



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSLAM HUKUKUNDA TAHKİM

HAYRUNNİSA SOYSAL

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İSTANBUL-2023



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSLAM HUKUKUNDA TAHKİM

HAYRUNNİSA SOYSAL

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İSTANBUL-2023

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar tüm safhalarında etik dışı olabilecek bir davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik etik ve kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, bu tez çalışması ile elde edilmeyen tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve bu kaynakları da kaynakçaya aldığımı, yine bu çalışmada ve yazım sırasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını beyan ederim.

HAYRUNNİSA SOYSAL



ÖNSÖZ

İnsanoğlu, tarihin ilk yıllarından bugüne dek sahip olduğu hakları koruma içgüdüsüyle yaşamış ve bu uğurda çetin hukuki mücadeleler vermiştir. Toplumsal yaşama düzenini sağlamak ve sürdürebilmek için gerekli olan hukuk sistemi, esasen kişilerin huzur içinde birlikte yaşamaları amacıyla çeşitli hukuki yöntemlere ihtiyaç duymuştur. İnsanlık tarihi kadar geriye dayanan tahkim müessesesi, insan ilişkilerini düzenlemek ve problemleri çözmek için geliştirilen hukuki yöntemlerden birisidir.

Sosyal bir varlık olan insanın birbirleriyle ilişkilerini sürdürürken uyuşmazlık yaşamaları olağandır. Tarafların yaşadıkları uyuşmazlıkları, kendi rızaları ile güvendikleri kişi veya kişilere havale edip çözüme kavuşturmalarını istemeleri hukuk düzeninin sağlanması için akla gelen en pratik yoldur. Bu sebepten tahkim sözleşmesinin ortaya çıkışı ve uygulanması fitrata uygun şekilde doğal sürecinde ilerlemiştir. Akabinde, gelişen hukuk sistemlerinde özel bir yargılama usulü olarak kendine yer etmiş, temelleri kanunlarla belirlenerek kendisine hukuki bir nitelik kazandırmıştır.

Tahkim sözleşmesi İslam hukukunda da oldukça önemli bir yere sahiptir. Yüce kitabımız Kur'an-ı Kerim'de tahkimin varlığına ilişkin delil olarak gösterilen ayetler mevcuttur. İslamiyet'in aile kavramına verdiği önem dikkate alındığında; Nisa suresinin 35. ayetinde açıkça eşler arasında bir anlaşmazlık çıkması halinde tarafların hakeme başvurmalarının öğütlenmesi bu müessesenin ne kadar kıymetli olduğunu bir kez daha göstermektedir. Ayrıca tahkime konu olan uyuşmazlığın çözümünde, tarafların güvendikleri kişi veya kişilerden hakem tayin etmeleri de bu kurumun güven ve hoşgörü ilişkisine dayandığını göstermektedir. Hucurât suresi 10. ayette geçen *"Müminler ancak kardeşirler. Onun için kardeşlerinizin arasını düzeltin..."* ifadesiyle insanlar arasında kardeşlik ve güven duygularının hakim olmasına kıymet veren İslam dini, tahkim kurumuna sahip çıkarak uygulama alanı bulmasına fırsat vermiştir.

Devletlerin gelişmesiyle beraber genel yargı sistemlerinin de değişmesi ve devletin yargı organlarının işlerliğinin artması ile tahkim, genel yargının gölgesi altında kalmıştır. Tahkimin uygulama alanının daralması ve bu kurumun uygulanması için yeterli yasal düzenlemelere gidilmemiş olması onun gelişmesini engellemiştir.

Tahkim sözleşmesi yavaş ve problemlili ilerleyen mahkeme süreçlerine nazaran oldukça pratik ve hayat kurtarıcıdır. Hayatın bu denli hızlı aktığı ve insan ilişkilerinin hat safhada tahammülsüz ilerlediği bu dönemde tamamen güven esasına dayanan ve sonuç odaklı olan tahkim kurumuna belki de en ihtiyaç duyulan dönemdeyiz.

Netice olarak tahkim sözleşmesi yavaş ilerleyen hukuk sistemlerine adeta bir nefes olarak hala güncelliğini korumaktadır. Pratik, hızlı ve sonuç odaklı olması en dikkat çekici yönüdür. Bu araştırma yapılırken tahkim müessesesine daha fazla ağırlık verilmesi, uygulama alanlarının artırılması gerektiği kanaatine varılmıştır. Mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve taraflar arasındaki sosyal ilişkilerde güven bağının korunması bu şekilde kolaylaşacaktır.

Sözü edilen araştırma ve incelemelerin tarafıma katkıları sebebiyle tahkim sözleşmesi üzerinde çalışmama fırsat tanıyan, kaynak araştırmamda ve yazım sürecinde tecrübelerini aktaran çok değerli tez danışmanım ve hocam Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın' a teşekkürlerimi sunarım.

Kaynak tarama sürecimi kolaylaştıran Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM) çalışanlarına, çalışmamda fikir alışverişinde bulunduğum arkadaşlarıma ve son olarak desteklerini hiçbir zaman benden esirgemeyen biricik annem, abim ve sevgili eşime; motivasyonumun kaynağını oluşturan kızım Âmine ve oğlum Ahmed'e şükranlarımı sunarım.

Hayrunnisa SOYSAL

Üsküdar 2023

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	vii
ÖZET.....	viii
ABSTRACT	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM TAHKİMİN TARİHÇESİ

1. ESKİ YUNAN'DA TAHKİM	3
2. ROMA HUKUKUNDA TAHKİM	4
3. ORTA ÇAĞ KİLİSE HUKUKUNDA TAHKİM.....	6
4. ORTA ÇAĞ SONRASI MONARŞİK DEVİRDE TAHKİM	8
5. FRANSIZ İHTİLALİ DÖNEMİNDE TAHKİM	9
6. İSLAM ÖNCESİ ARAP HUKUKUNDA TAHKİM	10
7. OSMANLI HUKUKUNDA TAHKİM.....	12
7.1. Genel.....	12
7.2. Tanzimat Öncesinde Tahkim	13
7.3. Tanzimat Sonrasında Tahkim	14
7.4. Mecellede Tahkim	16

İKİNCİ BÖLÜM İSLAM HUKUKUNDA TAHKİM

1. GENEL.....	18
2. TAHKİMİN TANIMI.....	19
2.1. Lügat Anlamı	19
2.2. Terim Anlamı.....	19
3. TAHKİMİN HUKUKİ DAYANAKLARI	21
3.1. Kitap	21
3.2. Sünnet	25
3.3. İcma	27
3.4. Örf ve Adetler	30
4. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ	31
4.1. Giriş	31
4.2. Yazılı Şekil Şartı.....	31

5. TAHKİMİN ŞARTLARI	32
5.1. Tahkime Taraf Olan Kişilerde Aranan Şartlar.....	32
5.2. Hakemde Aranan Şartlar	33
5.3. Tahkime Konu Olan Meselede Aranan Şartlar.....	34
6. TAHKİMİN HUKUKİ DEĞERİ VE NİTELİĞİ	34
6.1. Tahkimin Hukuki Değeri	34
6.2. Tahkimin Hukuki Niteliği	34
6.2.1. Akdilik Görüşü.....	35
6.2.2. Kazailik Görüşü	35
6.2.3. Karma Görüş	37
7. TAHKİMİN KONUSU	37
7.1. Giriş	37
7.2. Tahkimin Geçerli Olduğu Konular	38
7.3. Tahkimin Geçerli Olmadığı Konular	39
7.4. Tahkime Gidilmesinde İhtilaf Olan Konular	40

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKEMLER

1. TANIM	42
2. HAKEMDE ARANACAK ŞARTLAR	42
2.1. Müslüman Olmak	43
2.2. Eda Ehliyetine Sahip Olmak.....	44
2.3. Adil Olmak	45
2.4. Hukuk Bilmek.....	46
3. HAKEMLERİN SEÇİMİ.....	47
3.1. Genel Olarak	47
3.2. Aile Uyuşmazlıklarında Hakem Seçimi	48
4. HAKEMLERİN SAYISI	51
5. HAKEMLERİN YETKİ VE STATÜLERİ.....	53
5.1. Genel	53
5.2. Hakemlerin Statüsü.....	53
5.2.1. Vekil Konumunda Olduğunu Savunanlar:	54
5.2.2. Hakim Konumunda Olduğunu Savunanlar:	55
5.3. Hakemlerin Yetki Alanı.....	59
6. HAKEM KARARLARI	61
6.1. İslam'ın Genel Prensiplerine Uygunluk	61
6.2. Kararın Oybirliği ile Verilmiş Olması	62
6.3. Adalet ve Nesafet Kurallarına Uygunluk	63
7. HAKEMLİĞİN SONA ERMESİ VE KARARININ HAKİME ARZI	64
7.1. Hakemliğin Sona Ermesi	64

7.1.1. Hakemlik Süresinin Dolması	64
7.1.2. Hakemlerin Azli, İstifası ve Ölümü	65
7.1.3. Tarafların Dönme Hakkı	67
8. HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARI.....	69
9. HAKEM KARARLARININ KESİNLEŞMESİ VE BAĞLAYICILIĞI	71
9.1. Hakem Kararlarının Kesinleşmesi	71
9.2. Hakem Kararlarının Bağlayıcılığı.....	72
SONUÇ.....	74
KAYNAKÇA	77



KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
b.	: İbn
bs.	: Basım
c.	: Cilt
c.c.	: Celle Celalüh
çev.	: Çeviren
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
haz.	: Hazırlayan
M.Ö.	: Milattan Önce
md.	: Madde
s.	: Sayfa Numarası
s.a.s.	: Sallallahu Aleyhi ve Sellem
sy	: Sayı
t.y.	: Basım Tarihi Yok
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı

ÖZET

İnsanların toplum içinde yaşayan bir varlık olması sebebiyle sosyal ilişkilerini devam ettirirken birtakım anlaşmazlıklar yaşamaları kaçınılmazdır. Ortaya çıkan bu uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için çeşitli hukuki yollar mevcuttur. Uyuşmazlığı yaşayan tarafların, uygun şartları taşıyan bir kişiyi ya da kişileri hakem olarak seçmesi neticesinde onun verdiği hükme uyarak bu anlaşmazlığı sonuçlandırmalarına tahkim denir. İhtilafların çözülmesinde oldukça pratik bir yöntem olarak hukuka hizmet eden tahkimin uygulanabilirliğinin artması ve özelliklerinin kavranabilmesi isteği bu çalışmanın ortaya konulma amacıdır. Tahkimin tarihçesi hukuk tarihi kadar eskiye dayanmaktadır. Bu çalışmanın ilk bölümünde, kaynakların ı ışık tuttuğu ölçüde tahkim müessesinin tarihteki yeri aydınlatılmaya çalışılmıştır. İkinci bölümde ise tahkim müessesesinin İslam hukukundaki yeri ele alınmıştır. İslam hukukunda tahkime ilişkin kaynaklar ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Ayrıca konunun bütünü, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin tahkime ilişkin maddelerinin süzgecinden geçirilerek hazırlanmıştır. Tahkimin şekli, şartları, hukuki değeri ve konusuna ilişkin bilgiler verilmiş olup görüş farklılıkları ortaya konmuştur. Tahkime konu olan uyuşmazlığı çözümleyecek kişi olan hakemlik kurumu son bölümde ayrıca incelenmiştir. Hakemin vasıfları, seçimi, yetkileri ve kararları incelenmiş İslam hukukçularının bu konudaki görüşleri ortaya konmuştur.

Anahtar Sözcükler: hakem, hüküm, İslam Hukuku, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, tahkim.

ABSTRACT

Since people live in society, it is inevitable that they will experience some disputes while maintaining their social relations. There are various legal ways to resolve these disputes that arise. Arbitration is called arbitration when the parties experiencing the dispute finalise this dispute by complying with his/her judgement as a result of choosing a person or persons who meet the appropriate conditions as an arbitrator. The aim of this study is to increase the applicability of arbitration, which serves the law as a very practical method in resolving disputes, and to comprehend its features. The history of arbitration is as old as the history of law. In the first part of this study, the place of the arbitration institution in history has been enlightened to the extent that the sources shed light. In the second part, the place of arbitration in Islamic law is discussed. The sources on arbitration in Islamic law have been analysed in detail. In addition, the whole subject has been prepared by filtering the articles of Mecelle-i Ahkam-ı Adliye (The law prepared between 1868-1876 in the Ottoman Empire, which mostly includes the principles of debts, property and judicial law.) related to arbitration. Information on the form, conditions, legal value and subject matter of arbitration has been given and differences of opinion have been revealed. The institution of arbitration, which is the person who will resolve the dispute subject to arbitration, is also analysed in the last chapter. The qualifications, selection, powers and decisions of the arbitrator are analysed and the views of Islamic jurists on this subject are revealed.

Key Words: arbitrator, judgement, Islamic Law, Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, arbitration.

GİRİŞ

İnsanoğlu toplumsal yaşam biçiminde hayatını sürdürmeye devam ettikçe anlaşmazlıkların var olması kaçınılmazdır. Bu anlaşmazlıkların çözümünde henüz yargısal bir sistem mevcut değilken tahkim sistemine başvuruluyordu. Buradan hareketle tahkimin mevcut yargısal sistemlerden daha evvel var olduğunu söylemek mümkündür.

Yargısal sistemlerin insanların zihninde henüz yer etmediği zamanlarda, toplumsal hayatın bir sonucu olarak çıkan anlaşmazlıklarda adaleti sağlamak herkesin kendi şahsi gücünü kullanarak öç alma imkanından kaynaklanıyordu. Herkesin kendi adaletini sağlaması haliyle toplumda bir kargaşaya sebep olmaktaydı. Yine insani ilişkilerde çözüm insanla olmaktaydı. Böylece tahkim yoluna başvurmak kaçınılmaz olmuştur. “Ancak ilk tahkim uygulamalarında tam bir sistem ve müeyyide mevcut değildi. Kendi aleyhine karar verilen kişi o hükme uymaz ve kendi hakkını kendi alma (ihkak-ı hak) yöntemine başvururdu. Asırlarca yargı usul ve kuralları öç alma hakkı ve imkanı üzerine kuruldu.”¹

Esasen tahkim bireyler arasındaki ilişkinin doğal bir sonucu olarak insanlık tarihi kadar eskiye dayanmaktadır. Fakat “İnsanlık tarihi ne kadar eski olursa olsun ilim bakımından tarih, ancak kaynakların ışık tuttuğu devirlerden başlar. Bu açıdan tarihin, M.Ö. beş bin yılına kadar uzandığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla resmi olarak uygulanan tahkim kurumunun da hukuk tarihi kadar eski olduğu bilinmektedir.”² Tarihi metinler, Hz. Süleyman’ın hakem olarak uyuşmazlıkların giderilmesine baktığını kaydederler. Kitab-ı Mukaddes’in 1. Krallar kısmında aktarılanlara göre Hz. Süleyman’ın bilgeliği üst seviyedeydi. Bir çocuğu paylaşamayan iki kadının tartışmasına yaptığı hakemlik buna bir örnektir. İki kadının da birer çocukları vardı ve bu çocuklardan biri ölmüştü. Kadınların ikisi de sağ kalan çocuğun kendilerine ait olduğunu iddia ediyordu. Bu uyuşmazlığı Hz. Süleyman’a götürdüler. Hz. Süleyman:

¹ Yeğengil, Rasih, Tahkim (L’arbitrage)’ İstanbul 1974, s. 8.

² Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 13.

“Bir bıçak getirin, çocuğu ikiye böleyim ve size birer parça vereyim!” diye hükmetti. Kadınlardan ilki: *“Evet ne benim ne senin olsun. İkiye bölün.”* dedi. Bunun ardından çocuğu sağ olan küçük kadın içi yanarak: *“Sakın böyle yapma! Allah’ın rahmetine mazhar ol! Çocuk onundur.”* dedi. Hz. Süleyman, bu yanıt üzerine yavrunun küçük kadına ait olduğuna karar verdi.³ Bu hikayeden de anlaşılacağı üzere tahkim müessesesi hem hukuk tarihi kadar eski hem de insan ilişkilerini düzenleyecek kadar hayatidir.

Tahkim uygulamasının, devletin yargı organlarına bir rakip olarak görülmesi hasebiyle hep bir geri planda tutulma hali söz konusu olmuştur. Bu durum da onun tam anlamıyla gelişmemesine ve uygulama alanında daha kısıtlı kalmasına sebep olmuştur. Bu dar uygulama alanı da haliyle diğer yargı sistemlerine nazaran tahkimi çok az gelişme gösteren bir sistem haline getirmiştir. Lakin ehemmiyetini bu denli koruyarak günümüze kadar ulaşmış olması, tahkimin yine de gerek yaşamımızın devamı gerekse adalete olan ihtiyacımızda çok önemli bir rol oynadığını göstermektedir. Yargısal sistemimizi, tümseklerden oluşan bir yola benzetirsek eğer; bu yolda ilerlerken karşımıza çıkan bozuklukları gidermek düşüncesi tahkime duyulan şiddetli ihtiyacı an be an ortaya çıkarmaktadır.

Tahkim uygulamalarına ilişkin kaynaklar ise yukarıda bahsedildiği gibi tahkimin daha az gelişme göstermesi, tam olarak sahiplenilmemesi ve yalnızca istisnai durumlarda başvurulacak bir yargı yolu olarak görülmesi sebebiyle günümüze daha sınırlı olarak ulaşmıştır. Buna rağmen birçok medeniyette tahkime ilişkin uygulamaların varlığına bakarak tarihsel sürecini incelemeye çalışacağız.

³ Kitab-ı Mukaddes (Eski ve Yeni Ahit), Birleşmiş Kitab-ı Mukaddes Şirketleri, (t.y ve y.y), 1. Krallar 3/22-28.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAHKİMİN TARİHÇESİ

1. ESKİ YUNAN’DA TAHKİM

Eski Yunan hukukunda tahkim müessesesinin bilinip uygulandığını işaret eden kaynaklar arasında, Domesthene ve Aristote’nin eserleri mevcut bulunmaktadır.

“Domesthene, “Müdafaalar” ında; “Kişilerin aralarında çıkan anlaşmazlıklarda, hakeme müracaat etmelerinin muhtemel olduğu gibi istedikleri kişileri de hakem tayin edebilirlerdi, tayin ettikleri hakemin kararını kabul ederler ve ona karşı çıkmazlardı”⁴ diyor. “Keza, Aristote’da “Belagat” adli kitabında; hâkimin kanunu tatbik etmekle zorunda olmasına rağmen, hakemin nesafet ve adalet kurallarına göre hüküm vereceğini diyor.”⁵

Esasen Yunan hukukuna ilişkin kaynaklar oldukça yetersiz ve sınırlı kalmaktadır. Bu noktada eksik kalan bilgiler, başka milletlerin uygulamaları ile kıyas edilerek tahkime ilişkin bilgilerin birbirilerini tamamlamaları suretiyle gerçeklik payı olanların günümüze ışık tuttuğu görülmektedir. Bunun sonucunda tahkim müessesesinin Eski Yunanistan’da hem özel hukuk hem kamu hukuku alanında mevcut olduğu saptanmaktadır. M.Ö. 445 yılında Ispartalılar ile Atinalılar arasında çıkan ihtilaflar sonucu yapılan anlaşmalarda tahkim usulünün kabul edilmiş olduğu görülmektedir. Kamu hukukunda uygulanan bu yöntemin özel hukukta da uygulandığı tarihçiler aracılığıyla aktarılmaktadır.

“Eski Yunan’da iki şekilde yargılama usulü vardı. İlki esas ve niceliği önemli olan davaların yargılama biçimidir. Bu tür davalara genel yargıda bakılırdı. Niceliği ve mahiyetleri önem arz etmeyen davalarda ise özel yargılama usulü uygulanırdı ki bu da tahkim yöntemidir. Taraflar uyuşmazlıklarını çözecek hâkimi kendileri tayin ederler

⁴ Yeğengil, Rasih, a.g.e. s. 17.

⁵ Yeğengil, Rasih, a.g.e. s. 17.

ve bu seçtikleri özel hâkimin hükümlerine uyacaklarına dair söz verirlerdi. İşte tarafların atadıkları bu hâkim, hakemdir. Taraflar, hakemin kararlarını kabul edeceklerine dair sözü hakemin önünde verirler ve hakem aynı zamanda hükmünü açıklardı. Hakem önünde iddia ve savunmalar taraflarca bizzat yapılır, avukat kabul edilmezdi.”⁶

2. ROMA HUKUKUNDA TAHKİM

Roma Hukuku, Roma şehrinin kuruluşu olarak kabul edilen M.Ö. 753 senesinden, Doğu Roma İmparatoru Iustinianus’un ölümü olan M.S. 565 senesine dek Roma’da ve Roma’nın egemenliğindeki yurtlarda tatbik edilen hukuktur. Lakin şu bir gerçektir ki; Roma Hukuku kıta Avrupa’sı hukuk düzenlerini kavrayabilmek için adeta kilit bir noktadadır. Roma Hukuku günümüzde kıta Avrupa’sında yürürlükte olan birçok özel hukuk sistemine kaynaklık etmiştir.

Devletin yargı işlerine ilk müdahalesinin kamu menfaatine aykırı davranıldığı hallerde ortaya çıktığı görülmektedir. Özel hakların ihlalinde ise ilk başlarda bu eylemlerin kovuşturulmasını eylemden zarar gören kimseye bırakılmıştır ve bu da sosyal hayatta kaosa neden olmuştur. Meydana gelen bu kargaşaların giderilmesi için aralarında uyuşmazlık çıkan kimseler bu anlaşmazlığı bitirmek maksadıyla en başlarda üçüncü bir şahsın hakemliğine müracaat etmişlerdir. Uzmanlığına başvuru bu üçüncü şahıs toplumdaki gelenekleri iyi bilen, güvenilir kişilerdir. Bu kimselerin kendi rızalarıyla başvurdukları bu yola İhtiyari Tahkim adı verilmekteydi. Giderek devletin güçlenmesi ve yargı işlerine daha çok karışması ile beraber devlet aralarında husumet bulunan tarafların hakeme müracaat etmeleri hususunda mecbur kılmaya başlamıştır ve bu sistem de zamanla Zorunlu Tahkim adını almıştır.⁷

Roma’nın ilk hukuk sistemi salt devletin kontrolü altındaydı. Böyle bir durumda tahkimin uygulanabilmesi, izlerine rastlanması çok zordur. “Altı, yedi yüzyıllık bir

⁶ Yeğengil, Rasih, a.g.e. s. 18.

⁷ Küçükgüngör, Erhan, Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum), Batider, Cilt 19, Sayı 3, Ankara 1998, s. 137-138.

tarix süresi içinde durmaksızın gelişen Roma hukuku sonunda milattan 130 sene evvel kabul edilen Aebutia Kanunu ile tekâmül zirvesine yaklaştı. Şifahi muhakeme usulü yerine yazılı formül usulünü (systeme formularia) kabul eden bu kanun, dar ve şekilci hukukun' gerçek hayatın ihtiyaçlarına uyabilecek yumuşaklığı kazanması imkanını yarattı. Şekilci ve dar hukukun yaptırım uygulayamadığı haklar, hukuki gözetime kavuştu ve bir içtihat hukuku doğdu.⁸

Hukukun katı kurallarının hâkim olduğu dönemde nasıl ki yeni düzenlemelerin var olması çok zorsa tahkim müessesesinin uygulanması da o ölçüde zordu. Fakat içtihat hukukunun doğması ile beraber esneklik kazanan Roma hukukunda artık yeni düzenlemeler de hukuki bir zemine dayandırılabilirdi. Elbette ki tahkim akdi de bu gelişim sürecinde yerini aldı. Bu süreci bir hukuk zaferi olarak adlandırmak yerinde olacaktır.

Roma'da aralarındaki anlaşmazlığı üçüncü bir kişinin hakemliğine bırakmak isteyen taraflar bu arzularını bir akde dönüştürürler ve bu akde binaen hakemin hükmünün uygulanmasını mümkün kılarlardı. Tahkim müessesesi kanunla da müeyyide altına alınmış olduğu gibi, husumete uygulanacak kanun hükmü ve hukuk esası da hakem aracılığıyla değil, hâkim tarafından tayin ve takdir olunurdu. Anlaşmazlığa uygulanacak kaidelerin hâkim tarafından tespiti, örf ve gelenekleri geri plana atması, 'kamunun tahkime karışması' manasına gelebileceği gibi tahkimin geçirdiği aşamaları ve bugünkü hukukta belirlenen tahkim kurallarının geldiği evreyi göstermesi bakımından önemlidir.⁹

Karşılıklı sözleşmelerin meydana gelmesinin gereklerinden biri olan karşılıklı anlaşma tahkim sözleşmesi için de geçerlidir. Kişilerin yaptığı bu mukaveleye compromissum denir. Fakat tahkim sözleşmesi bir şekil şartına tabi değildir. Şekil şartı gerçekleşme de anlaşma geçerli sonuç doğurabilirdi. Bunun sebebi de esasen ancak hakem tarafından karar verilmesi halinde tahkim sözleşmesinin bir sonuç doğuracağıdır. Yani

⁸ Yeğengil, Rasih, a.g.e. s. 25.

⁹ Yeğengil, Rasih, a.g.e. s. 27; Balcı, Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, 1. Bs., İstanbul 1999, s. 43.

hakem karar vermedikçe tahkim sözleşmesi tarafları bağlamaz ve bir sonuç doğurmazdı.

Hakem kararına bağlanan tahkim sözleşmesinde, hakemin kararına uyulmadığı takdirde bir yaptırımının olması da kaçınılmazdır. Bu sebeple tahkim sözleşmesinin cezai şartı da barındırması gerekmektedir.

Geçerli bir tahkim sözleşmesi mevcutsa, hakemliği kabul eden kişi haklı bir sebebi bulunmadıkça hakemlikten çekilemezdi. Aksi halde maddi cezaya çarptırılır ve mallarına el konurdu. Hakem hükmüne uymayan kişi, tahkim sözleşmesindeki cezai şartı yerine getirmek mecburiyetindeydi.¹⁰

3. ORTA ÇAĞ KİLİSE HUKUKUNDA TAHKİM

Hristiyanlığın doğuşu ile beraber bu dini inanın yayılıp güçlenmesi sonucu ona inanan kişileri kendine özgü kurallarla bir nizam altında tutma ihtiyacı var olmuştur. Bu ihtiyacın sonucu olarak da kilisenin kendi hukuku meydana gelmiştir.

Halkı, idari teşkilatı, emir ve karar organları bulunan kilisenin bir yargı teşkilatı da bulunması gerekiyordu. Hz. İsa'nın Havarilerine: “Eğer kardeşin (din kardeşin) sana karşı bir suç işlerse onu yanına çağır ve aranızda anlaşın, o seni dinlerse bir kardeş kazanmış olursun. Eğer seni dinlemezse yanına bir veya birkaç kişi al öyle git eğer onları da dinlemezse o zaman kiliseye başvurun. Eğer kiliseyi de dinlemezse onu kiliseden kovsunlar.” dediği rivayet olunur. Saint Paul, Hz. İsa'nın bu emirlerini unutanları azarlıyor ve: “Birbirleriyle anlaşmazlık yaşamamaları gereken Hristiyan kardeşlerin devlet mahkemesine gitmeden aralarını düzelterek üçüncü bir kardeş yok mu?” diye soruyordu. Saint Paul Hristiyanlar arasında çıkan anlaşmazlıklarda Hristiyan kardeşlerden birinin hakemlik görevini yerine getirmesini öneriyordu.¹¹

¹⁰ Yeğengil, Rasih, a.g.e. s. 31; Balcı, Muharrem, a.g.e. s. 44.

¹¹ Yeğengil, Rasih, a.g.e. s. 41.

Bu tavsiyelerden hareketle tahkim müessesesinin Hristiyanlığın yaygınlaştığı bölgelerde uygulama alanı bulduğunu görmekteyiz. Aralarında husumet bulunan iki Hristiyan'ın üçüncü bir kişiyi hakem tayin ederek anlaşmaya varmaları bilhassa tavsiye edilen bir durumdur.

Zamanla güçlenip yayılan Hristiyanlığın yargılama yetkisi de artmış ve özel hukuk alanında da tahkimi birtakım kaidelere bağlamıştır. Misal, kişiler aralarındaki husumetlerde Papa'nın temsilcisini hakem seçebilecekleri ve duruma mahkemede bakılıyor olsa dahi hükümden evvel yapılmış bu şekilde bir akit karşısında hâkimin yetkisizlik kararı vermesi gerektiği ve hakem tarafından verilen kararların resmi makamlarca uygulanacağına dair düzenlemeler vardır.¹²

Orta çağın hukuki geçmişine o dönemin sonlarında kayda geçirilen Adet Hukuku vasıtasıyla hâkim olmaktayız. Adet Hukuku ileriki dönemlere de kaynaklık etmiş olup içerisinde tahkim müessesine de yer verilmesi hasebiyle bu dönemde tahkimin ne şekilde uygulandığı konusunda bizi aydınlatmaktadır.

Adetlerde tahkim sözleşmesi konu bakımından sınırlanmamıştır. İlk etapta ceza davaları dahi tahkime konu olabilirdi. Lakin daha sonra bazı sınırlamalara tabi tutularak cezaya ve kişinin özgürlüğüne ilişkin konular tahkimin dışında bırakılmıştır. Akabinde her türlü cezaya, evlenmeye, kölelik ve cismani fiillere ait davalarda tahkim men edilmiştir.¹³

Hakemler, hakemlik ehliyetine haiz olmalıydılar. Sağır, dilsizler, köleler, kötü şöhreti olanlar hakem olamazdı. Çoğunlukla küçüklerin de hakem olamayacağı kabul edilmiştir. Hakemler zaruri bir sebep olmadıkça hakemlik görevinden kaçınamazlardı. Aksi takdirde hâkim tarafından zorlanabilirlerdi. Fakat geçerli sebeplerin varlığı halinde hakemlerin reddi istenebilirdi. Örneğin, taraflardan biri ile düşmanlık bağı olan birinin hakem olması gibi. Çok hakemli tahkimde, hakemlerin hepsi tahkikat ve karar aşamasında hazır bulunmak zorundaydılar. Tahkimden çıkacak kararı

¹² Yeğengil, Rasih, a.g.e. s. 42.

¹³ Yeğengil, Rasih, a.g.e. s.42.

değiştirmeyecek olsa bile bu aşamada herhangi bir hakemin hazır bulunmaması kararı geçersiz kılırdı. Hakemliğin bir bedel karşılığında icra edilmesi onursuz bir davranış olarak görüldüğünden hakemlere fiyat ödenmezdi.¹⁴

Orta çağın adet hukuku, çok az değişikliklerle Fransız ihtilaline kadar sürmüş, Fransız İhtilali'nin ardından Avrupa'da yapılan kodifikasyon çalışmalarına tohum niteliğinde olmuştur.¹⁵

4. ORTA ÇAĞ SONRASI MONARŞİK DEVİRDE TAHKİM

Feodalite sisteminin yıkılıp monarşik düzenin güç kazanması döneminde çıkarılan ve genel kanun niteliğinde olan Ordonance'larda tahkim müessesesine yer verilmiştir. Tahkimin ilk kanun himayesine alınması ise 1510 yılında Fransa'da çıkarılan Ordonance ile olmuştur. Bu düzenleme ile hakem kararlarına karşı istinaf yolu açıldı. Akabindeki Ordonance'larda tahkime ilişkin hükümler mevcuttur lakin tahkim müessesesine tarafları bağlayıcı bir müeyyide tanınmadığı için, taraflardan biri tahkim sözleşmesine rağmen mahkemeye başvurabilirdi. 1566 yılındaki Ordonance ile mecburi tahkim şartı konulmuştur. Bunun sonucunda ticaretle uğraşanlar arasındaki davalar ile akrabalar arasındaki taksim davalarının kendi aralarında atayacakları hakemler vasıtasıyla çözüleceği uygun bulundu. Kişiler hakem seçiminde anlaşılmadıkları takdirde hâkim tarafından seçilen hakemi kabul etmek zorundaydılar. En nihayetinde 14. Louis'in ordonansları yürürlüğe girdi ve 1773 yılında tahkime ilişkin hükümler yerini aldı. Bu kaideler neticesinde şirket ortakları arasındaki anlaşmazlıklarda zorunlu tahkim esası kabul edildi. Yine bu ordonansta hakem kararlarının uygulanması için Tahkim Kalemi Katipliği oluşturuldu. Artık hakem kararları hâkimin onaylamasına gerek olmaksızın doğrudan bu kalemlerde tenfiz olunurdu. Bu hükümlerin tamamı 1789 Fransız İhtilaline kadar yürürlükte kaldı ve Fransız Medeni Kanunu'nun kabulü ile 1804 yılında ilga edildi.¹⁶

¹⁴ Yeğengil, Rasih, a.g.e. s. 45.

¹⁵ Balcı, Muharrem, a.g.e. s. 47.

¹⁶ Yeğengil, Rasih, a.g.e. s. 48-49.

Ticari anlaşmazlıklar, Anglo-Amerikan dünyasında da 13. asırdan beri özel kişilerden oluşan tacirler tarafından halledilmiştir. Giderek, üyeleri yalnızca tacirlerden ibaret olan kasaba mahkemeleri ve jüriler teşekkül etmiş, loncalar ve ticaret birlikleri, kendi bünyelerinde, kendi üyeleri ile alakalı uyuşmazlıklara bakacak mahkemeler kurmuşlardır. Sonunda 1697 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu (Arbitration Act) ile, İngiliz hukuk düzeni içerisinde hakemler tarafından verilen hükümlerin etkinliği arttırılmış ve tahkim kurumu sağlam bir yere konumlanmıştır.¹⁷

5. FRANSIZ İHTİLALİ DÖNEMİNDE TAHKİM

1789 tarihli Fransız İhtilali amacına ulaşabilmek adına birçok değişikliğe imza atmıştır. Bunları yaparken monarşi dönemden kalan birçok sistemi de yıkmakta oldukça aceleci davranmıştır.

İhtilalciler, mevcut adalet sisteminin yanlışlığının ve karmaşıklığının mesuliyetini hakimlere yükleyerek yargılama sisteminin belli esaslara dayandırmak istemişlerdir. Hakimlere yüklenen bu sorumluluğun ardından hakemlerin itibarını arttırarak bir değişiklik yoluna gitmişlerdir. Böylece tahkime ilişkin de 1790 tarihli kanunun 1. maddesinde yurttaşlar arası anlaşmazlıkların oluşması halinde en akla uygun usulün tahkim yolu olduğu açıklanmıştır. Açıklanan kararlara göre uyuşmazlığın tarafları açıkça kabul etmemişlerse, hakem hükümlerine karşı kanun yoluna başvurulamayacağı, tahkim sözleşmesinin zamanla sınırlanamayacağı gibi yenilikler getirildi. İstinasız olarak her konuda tahkim yapılabileceği kabul edildi. Akabinde 1791 tarihli kanunun 5. maddesi ile tüm yurttaşların anlaşmazlıklarını tahkim yolu ile çözebilecekleri açıklandı.¹⁸

Tahkim hususunda yapılan bu yeniliklerin uygulanma süresi çok uzun sürmedi. Bir geriye dönüş olarak 1795 tarihli kanun ile hakem kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabileceği kabul edildi. Ticari ortaklar arasındaki anlaşmazlıklar dışında, diğer

¹⁷ Şanlı, Cemal, a.g.e. s. 13.

¹⁸ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 50.

anlaşmazlıklara ait mecburi tahkim kaldırıldı. Ardından da tahkime ait hükümler iki ayrı kanunda derlendi. İhtiyari tahkime ilişkin olanlar, 1806 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na, mecburi tahkime ilişkin hükümler de 1807 tarihli Ticaret Kanunu'na alındı.¹⁹

6. İSLAM ÖNCESİ ARAP HUKUKUNDA TAHKİM

İslamiyet'ten evvelki Arap Yarımadası'nda kurulu bir siyasi yapı ve devlet düzeni olmaması sebebiyle yargı kurumları da yoktu. Hukuki hükümler ve uygulamalar atalardan kalan örf ve adetlere dayanırdı. Hicaz Arap topluluğunda otorite merkezi bir elden yönetilmemekteydi. Kabile hayatının hakim olduğu bu toplulukta hukuki ihtilafların çözümünde merkezi bir otoritenin olmaması sebebiyle kabile büyüklerine, geleneklere ve bilhassa hakemlere başvurulurdu.²⁰

Hakemler kabile ve bölgede öngörülülüğüyle, feraset ve adaletiyle ün salmış, tecrübe sahibi ve itibarı bulunan kişilerdi.²¹ Hakem ayrıcalıklı bir sınıfa tabi değildi. Kişiler, aralarında mutabık kaldıkları herhangi bir şahsı hakem seçmede özgürdüler; hakem çok nadir halde kabile reislerinden oluyordu. Hakem kişisel becerilerine ve şöhretlerine göre tayin ediliyordu çünkü o davaları neticelendirme konusunda kabiliyetleri ve belki de her şeyden evvel bir sırrı açıklamak suretiyle kişilerin daha önceden denemeye tabi tuttıkları tabiatüstü güçleri ile meşhur bir aileye mensuptu. Bu tabiatüstü güçler çoğunlukla kahinlerde olduğu için onlar sık sık hakem olarak seçilirdi.²²

Bu döneminin ünlü Arap hakemleri arasında Temîm kabilesinden Eksem b. Sayfî, Hâcib b. Zûrâre, Akra' b. Hâbis, Rebîa b. Muhâşir, Damre b. Damre; Kays kabilesinden Âmir b. Zarib; Sakîf kabilesinden Gaylân b. Seleme; Esed'den Rebîa b. Hızâr; Cumah kabilesinden Safvân b. Ümeyye; Kureys'ten Abdülmuttalib, Ebû Tâlib, Âs b. Vâil,

¹⁹ Yeğengil, Rasih, a.g.e. s. 51.

²⁰ Emin, Ahmed, Fecrî'l İslam, Ankara 1976, s. 255.

²¹ Akgündüz, Ahmet, Hakem, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, İstanbul 1997, c. 15, s. 171.

²² Schact, Joseph, İslam Hukukuna Giriş, çev: Mehmet Dağ-Abdülkadir Şener, Ankara 1986, s. 18-19.

Ebû Süfyân, Ömer b. Hattâb ve Alâ b. Hârise gibi kişiler, hatta Suñ bint Lukmân, Hind bint Hus, Cum‘a bint Hâbis, Huseyle bint Âmir gibi meşhur kadın hakemler de sayılır.²³

İslamiyet’ten evvelki Araplardaki tahkim sisteminde hakemlerin uygulayacakları tedvin edilmiş bir kanun yoktu. Hakemler kişisel görüş, adet ve geleneklere göre hüküm veriyorlardı. Hakemin net kararının icra ve infazı, tarafların iyi niyetlerine ve taraflardan hakkında olumlu hüküm verilen kişinin üstün kuvvetine bağlıydı. Davalar kişilerin üzerinde ittifak ettikleri hakemin önünde, mahkemenin yer ve zamanını kararlaştırmaları halinde yapılıyordu. Davaların görüleceği net bir yer yoktu. Ekseriyetle evler, toplantı salonları yargılama alanı olarak kullanılıyordu.²⁴

Bu dönemdeki Arap toplumunda ihtilafa düşüldüğü takdirde hakeme başvurmak oldukça uygulanan bir durumdur. Buna ilişkin çarpıcı örneklerden birisi de Hz. Muhammed’ in (s.a.s) daha peygamberlik vazifesinin başlamadığı dönemde yaptığı hakemliktir.

Kâbe duvarlarının yağmur ve sel sularının etkisiyle yıpranması sonucunda duvarların yeniden örülmesi söz konusu olmuştu. Duvarlar örülürken “Hacer’ül-Esved” taşının yerine tekrar konması kabileleri ihtilafa düşürdü. Her kabile taşı kendisinin yerine koyarak bu şerefe nail olmak istiyordu. Kabileler artık bu sebepten birbirleriyle savaşıma haline gelince Kureyş kabilesinin yaşça en büyük olan kişisi Ebu Ümeyye b. Mugîre: “Ey Kureyşliler! Anlaşamadığınız bu iste mabedin su kapısından ilk giren kimseyi kendinize hakem yapın, o kimse bu işi neticeye erdiresin. Kureyşliler bu teklifi kabul ettiler. Kâbe’nin Beni Şeybe kapısından ilk giren Hz. Muhammed (s.a.s) oldu. Bu durum ona anlatıldı. Hz. Muhammed bir bez parçası istedi ve kutsal taşı içine koydu. Her kabilenin temsilcisine bu bezin bir kenarından tutmasını söyledi ve bu

²³Açık, Fatma, İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi, Konya 2006, s. 22.

²⁴ Atar, Fahreddin, İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi, Ankara 1975, s. 27-28,30.

şekilde Kabe'nin yanına kadar kutsal taşın birlikte taşınmasını sağladı. Ardından kendi eliyle Hacer'ül-Esved taşını yerine koydu. Bu şekilde ihtilaf çözülmüş oldu.²⁵

Bu dönemde hakeme başvurmak sık uygulanan bir durum olsa da hakem kararlarının bağlayıcılığı noktasında birtakım eksiklikler vardı. Hakemin kararının neticesinde taraflardan biri bunu icra etmediği takdirde bir müeyyide söz konusu olmadığı için tarafların bu kararı uygulama mecburiyeti de yoktu. Ancak o dönemde itibari yüksek olan hakemler henüz tarafların davasını görmeden teminat veya rehin talep ederek tahkimin sonucunda karara uyulmasını bir nebze de olsa mecburi kılmaya çalışmışlardır.

7. OSMANLI HUKUKUNDA TAHKİM

7.1. Genel

Bir İslam Devleti olarak kurulan Osmanlı Devleti'ndeki yargı teşkilatı da İslam hukukuna dayanmaktadır. İslam esaslarına göre hükümdar, Kuran'a göre şekillenen şeriatın gereklerine aykırı emir veremez. Kişiler arasındaki ilişkiler de şeriatın tabi olduğu kurallara bağlıdır.²⁶

Osmanlı Devleti'nin kurulmasıyla beraber yeni ve kendine has bir hukuk düzeni benimsenmiş değildir. Bu devleti kuranlar daha evvel kurulmuş olan Türk ve İslam devletlerinin birçok özelliğiyle beraber büyük ölçüde hukuki düzenlerini de almışlardır. Fakat Osmanlı Devleti aldığı bu hukuki mirası kendine özgü şekilde elbette ki değişikliğe uğratarak kullanmıştır. Lakin yine de bu tarihi yolculuk incelendiğinde, tüm bu hukuki değişiklik ve yeniliklere rağmen Osmanlı hukukunun İslam ve Türk devletlerinin hukuklarıyla büyük oranda örtüştüğü görülmektedir.²⁷

²⁵ İbn Hişam, es-Siretü'n Nebeviyye (Hz. Muhammed'in Hayatı), çev: İzzet Hasan, Neşet Çağatay, Cilt 1, s. 210, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları 1971, s. 138; Köksal, Mustafa Asım, İslam Tarihi (Mekke Devri), İstanbul 1981, s. 115-116.

²⁶ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 73-74.

²⁷ Aydın, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2018, s. 65.

Tahkim müessesinin Osmanlı'daki gelişim sürecini kavrayabilmek için Osmanlı Devleti'ndeki hukuk düzeninin hangi aşamalardan geçtiğini bilmekte fayda vardır.

7.2. Tanzimat Öncesinde Tahkim

Tanzimat'tan evvel Osmanlı kanunlarında yargılama biçimine ait esaslı ve genel kararlar sınırlıdır. Yargılama kadılar aracılığıyla yapılırdı. Bu kadılar da ya padişah eliyle atanırdı ya da padişahın atadığı kadılar tarafından tayin edilirdi. Şeriat mahkemeleri dışında da yargılama hakkına ve yetkisine sahip askeri, idari mahkemeler ve meclisler de kendi içlerinde yargılama yaparlardı. Payitaht İstanbul'da, padişahın ya da sadrazamın önderliğinde bir araya gelen Divan-ı Hümayun da mahkeme görevi görürdü. Buna ek olarak başka mahkemeler de bulunmaktaydı. Bunlar, Evkaf Müfettişliği, Miri Katibi, Loncalar, Un Kapanı Naibi, Yağ Kapanı naibi gibi özel durumlarda hususi yargılamalar yapan mahkemelerdir.²⁸

Tanzimat'tan önceki Osmanlı hukukunda tahkim müessesesi, fıkıh kitaplarının Kitabı'l-Kaza kısımlarındaki hükümlere göre neticelenmiş, tahkime ilişkin ayrıca bir mevzuat gelişmemiştir.²⁹

Hem şeri mahkemelerde hem de onun haricindeki nizami ve örfi mahkemelerde yazılı bir yargılama biçimi bulunmuyordu. Bu mahkemelerde şeriatın kurallarına dayanan bunun yanında örf ve adetlere de uygun mahkeme usulleri uygulanırdı. Şeriata dayanan tahkim müessesinin tatbikatı da belirsizdi.³⁰

Fakat başka bir görüş ise; altı yüzyıl süresince varlığını devam ettirebilmiş bir devletin yazılı, teamüli ve örfi kurallara göre yargılama yapan bir hukuk sistemi ile adaleti

²⁸ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 73.

²⁹ Yıldırım, Mustafa, İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları İzmir 2002, s. 43.

³⁰ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 75.

sağladığını ve bu kadar uzun süre ayakta kaldığını es geçmemek gerektiği kanaatindedir.³¹

Osmanlı hukuk sistematğinde özel hukuk kaidelerine ve pratiklerine dikkat edildiğinde, bu hukuk düzeninin devlet elinden değil de tüm İslami düzenlerde olduğu gibi ulema aracılığıyla iletildiği anlaşılmaktadır. Devletin özel hukuk faaliyetlerine karışması oldukça nadirdir. Fıkıhçıların düzenleyip meydana getirdiği şeriat hükümleri ve uygulamaları kıymetli bir yere sahiptir.³²

7.3. Tanzimat Sonrasında Tahkim

Osmanlı İmparatorluğu'nun kodifikasyon çalışmaları Tanzimat dönemi ile başlamıştır.

Batı'da oluşan rasyonalizm anlayışı ve tabii hukuk hareketlerinin tesiriyle Osmanlı Devleti'nde kanunlaşma hareketleri başlamıştır. Osmanlı Devleti'nde, Gülhane Hattı Hümayunu'nun ilanı ile artık yeni bir devre başlamış ve bu belge ile birçok yeni ilke hukuki bir düstur halini almıştır.³³

Tanzimat'ın evvelinde düzenlenen kanun ve nizamnamelerde tahkime ilişkin kararlar bulunmakla beraber, Tanzimat'la birlikte başlayan kodifikasyon hareketiyle pek çok yargılama biçimi yazılı duruma gelmiştir. Fakat bu dönemde oluşturulan kanun ve nizamnamelerde tahkim ile alakalı en mühim çalışma Fransız Ticaret kanununun birinci ve üçüncü bölümlerinin bir kısım tercüme edilmesiyle aktarılan 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret, esasa ve biçime dair kuralları barındırır. Bahsi geçen Kanunname-i Ticaret'in 40-52. maddeleri tahkime ilişkin hükümlerdir. Fakat bu maddelerde bahsi geçen tahkim "Mecburi Tahkim"dir. Çünkü bahsi geçen maddelerde

³¹ Balcı, Muharrem, a.g.e., s. 86

³² Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 43.

³³ Gümüş, Musa, Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları, Tarih Okulu, s. 164.

ortaklar arasında şirket ilişkilerinden sebep oluşan uyuşmazlıkların hakem vasıtasıyla çözüme kavuşturulması zorunlu kılınmıştır.

Bu hükümlere göre anlaşmazlığa taraf olan kişiler, yazıya dökülmüş bir akit ile hakemi seçemezler ise mahkeme tayin edecektir. Taraflar tahkime konu olan davanın mahkemelerce yargılanmasını isteseler bile bu mümkün değildir.

Bu kanunda kanıtların sunulması ve sürelerle ilişkin usul hükümleri de bulunmaktadır. Hakemler arasında oybirliği sağlanamazsa, üçüncü hakemin ortaklaşa tayin edilebileceği bunda da anlaşma sağlanamazsa üçüncü hakemin hakim aracılığıyla atanacağı bu kanunun hükmüdür.

Hakemin kararlarının birebir uygulanacağı, davanın taraflarından birinin küçük ya da kısıtlı olması halinde vasisinin davanın tekrar mahkemede muhakeme edilmesini istemeye mecbur olduğu ve hakim emri ile kararın uygulanabileceği, ortaklardan herhangi birisinin ölümü durumunda şirket fesih olacağı gibi hayatta kalan ortak ile mirasçılar arasında tahkimin geçerli olacağı gibi konular bu kanunla dile getirilmiştir.

Kanunname-i Ticaretin ardından ilk defa tahkim müessesesinden 1861 tarihli Ticaret Usulü Muhakemesine ait Nizamnamede bahsedilmiştir. Bu düzenlemenin 38. maddesinde, anlaşmazlıkların incelenmesi ve tarafların anlaşması sağlanamadığı takdirde davayı sonuçlandıracak bir rapor temin edebilmek amacıyla mahkemelerin üç veya beş kişilik hakem kurulu seçebileceğini; alınan bu raporun tarafların, mahkemenin ve hakemlerin huzurunda inceleneceği; beyan ve itirazlar dinlendikten sonra heyetçe onaylanacağı ya da değiştirilebileceği belirtilmiştir. Fakat hakimler esasen burada hakem sıfatına sahip değildir, bilirkişi hükmündedir. Çünkü mahkeme bu hakemlerin hükümlerini onaylamak veya reddetmek suretiyle değerlendirebilirdi. Yine de bu çalışmanın 39. maddesinde hukuk terimlerinin içinde hakem ve tahkimname sözcüklerinin geçmesi tahkimin hukuki gelişim sürecinde önemli bir adım olarak değerlendirilmelidir.

1864 yılında yürürlüğe konan Ticaret-i Bahriye Kanununun 176. maddesi, deniz sigorta akitlerinde ortaya çıkan anlaşmazlıklarda hakemlerin vasıtaları ile husumetlerin çözüme kavuşturulması zorunlu bir koşul olarak kabul edilmiştir.³⁴

7.4. Mecellede Tahkim

Tanzimat döneminden beri Osmanlı Devleti'nde hem adli teşkilât hem de yasalaştırma konularında önemli yeniliklerin gerçekleştiği bilinmektedir. Bu bağlamda ilk başta borçlar, bir kısım eşya ve kişiler hukuku kararları 1868-1876 tarihlerinde *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, akabinde aile hukuku hükümleri 1917'de Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ismiyle yasalaşmıştır. Bunlardan ikisi de İslâm hukukuna göre düzenlenen ilk kanunlar olması sebebiyle yalnızca Osmanlı hukuk tarihi açısından değil İslâm hukuk tarihi açısından da önem arz eden bir değere haizdir. İslâm ülkeleri aracılığıyla düzenlenen yasalara önderlik ve örneklik teşkil etmiştir.³⁵

Divan-ı Ahkam-ı Adliyye nazırı Ahmet Cevdet Paşa öncülüğünde toplanan Mecelle Cemiyeti aracılığıyla sunulan Mecelle, bir mukaddime ve on altı kitap halinde 73 bab ve 1851 maddeden oluşmaktadır. Yaklaşık olarak dokuz senelik bir zamanda bitirilen Mecellenin hazırlığı tamamlanan her bir kısmı (kitab) bağımsız olarak yürürlüğe girmiştir.³⁶

On altı kitaptan oluşan Mecellenin sonuncu yani on altıncı kitabı (kitab'ül kaza) yargıya ilişkin düzenlemeleri oluşturmaktadır. Mecelle kitabının dördüncü babını oluşturan 1841-1851 sayılı maddeleri ise tahkimin usulünü kaleme alan maddelerdir. 1790. maddede ise tahkimin tanımı şu şekilde tarif edilmektedir: *Tahkim, hasmeynin husumet ve davalarını fasl için rızaları ile ahar kimseyi hakim ittihaz etmelerinden ibarettir.*³⁷ Bu maddenin sadeleştirilmiş şekli ise: Tahkim, hasım olan iki tarafın,

³⁴ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 77.

³⁵ Aydın, Mehmet Akif, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*, DİA, TDV Yayınları, Ankara 2003, c. 28, s. 231.

³⁶ Erdem, Sami, *Türkçede Mecelle Literatürü*, *Türkiye Araştırmaları Literatürü Dergisi*, c. 3, s. 5, 2005, s. 674.

³⁷ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 77.

ihtilaflarının halli için kendi rızaları ile üçüncü bir kişiyi hüküm vermek üzere seçmelerinden ibarettir.³⁸

Mecellede tahkimin tarafları için; Arap lisanında hakemi seçen kimse anlamına gelen ‘muhakkim’ ve hakem seçilen kimse manasına gelen ‘muhakkem’ tabirleri kullanılmıştır.

Mecelledeki tahkim maddelerini konularına göre tasnif edecek olursak; 1841. madde tahkimin konusuna ilişkindir. Ancak şahsın hukukunu alakadar eden konularda tahkime başvurulabileceği düzenlenmektedir. 1842. madde ise tahkimin bağlayıcılığını düzenlemektedir. Hakemin hükmünün yalnızca taraflarla ve hakeme başvurdıkları konuyla sınırlı olduğuna ilişkindir.

Ardından 1843. maddede hakem seçiminde herhangi bir sayısal sınırlama olmadığı dile getirilmiştir. 1844. maddede ise hakem kararlarının oybirliği ile verilmesinin uygun olduğu düzenlenmiştir. Hakemlerin de üçüncü kişileri hakem tayin edebildiği 1845. maddede belirtilmiştir.

Eğer tahkime ilişkin bir süre belirlenmişse belirlenen bu süre zarfında tahkim sonuçlandırılmalıdır. Aksi halde Mecellenin 1846. maddesi tahkimin zaman aşımına uğrayacağını düzenlemiştir. 1847. madde ile hakemlerin azline, devamındaki maddeler ise tahkim kararlarının icrasına yönelik kurallara yer vermektedir.

Mecellede tahkimin tanımının ardından uygulanış usulüne ilişkin kurallara da ayrıntılı şekilde yer verilmesinden anlaşıyor ki tahkim müessesesi Osmanlı hukukunda oldukça önemli bir yere sahiptir.

³⁸ Berki, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye), 3.bs., İstanbul 1982, Hikmet Yayınları, s. 406.

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA TAHKİM

1. GENEL

İslam tarihi yani Hicri tarih Hz. Muhammed'in Mekke'den Medine'ye göç ettikleri 622. milat yılında başlar. Bununla beraber İslam hukuku da İslam dinine dayanır. İslam hukukunda uygulanan tahkim müessesesinin köken olarak İslam hukuku tarafından mı yaratıldığı yoksa İslam hukukuna başka kaynaklardan mı girdiği konusunu hukuk tarihçileri tartışmışlardır. Yapılan araştırmalar neticesinde İslam hukukunun genel olarak temel ilkeleri ile yabancı hukukların etkisi altında olmadığı kanaatine varılmıştır. Lakin kendi asli kaynaklarına aykırı olmayan hükümlerin de farklı kaynaklardan alıntı yapılarak şeri kurallara uyarlandığı görülmüştür.³⁹ Tahkim müessesinin eski Arap örf ve geleneklerinde var olduğu dikkate alınır, İslamiyet'e bu şekilde intikal ettiğini öne süren görüşlerin mevcut olduğu yadsınamaz.

İslam öncesi dönemde Ortadoğu/İslami toplumlarında bireyler, gruplar veya dinsel gruplar arası uyuşmazlıklarda üçüncü taraf müdahalesi yaygın olarak kullanılmıştır. Buna ilişkin örnekleri yukarıda inceledik. Bunun akabinde İslamiyet'in Arap yarımadasına gelmesi ile beraber İslam öncesi uyuşmazlıklara uygulanan çözüm teknikleri İslam hukuku kapsamına girmiştir.⁴⁰ Buna karşılık olarak cahiliye zamanında uygulanan tahkimin, İslam hukukunda bahsi geçen tahkimle olan ilişkisinin yalnızca ad benzerliğinden ibaret olduğunu, ikisi arasındaki hükümlerde büyük ayrılıklar olduğunu savunan görüşler de mevcuttur.⁴¹

³⁹ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 58-59.

⁴⁰ Özçelik, Sezai, "İslami Çatışma Çözümüne Giriş: İslami Hakemlik (Tahkim), İslami Arabuluculuk (Wasata), İslami Barış Yapma (Sulha) ve İslami Üçüncü Taraf (Ombudsman)", Yeni Türkiye, 2017, Cilt 23, Sayı 95, s. 194.

⁴¹ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 59-60.

2. TAHKİMİN TANIMI

Tahkimi tanım anlamında iki şekilde incelemekteyiz.

2.1. Lügat Anlamı

Sözlükte tahkim şu şekillerde ele alınmaktadır: “Hükmetmesini emretmek”⁴² ve “Kendisine ait bir şeyde, karar verme yetkisini başkasına vermek. Bir kimseyi bir konuda hakem tayin edip gereğiyle hükmetmesini istemek, emretmek. Başkasını hakim kılmak. Bir kimseyi istediğinden men etmek.”⁴³

2.2. Terim Anlamı

Terim anlamı olarak: “Aralarında hukuki uyuşmazlık olan iki şahsın bu problemin çözümü bağlanması için üçüncü kişiyi ya da kişileri hakem tayin etmeleri ve bu hususta yaptıkları akit.”⁴⁴ manasına gelmektedir. Diğer bir ifade ile: “Tarafların kendi rızaları ile aralarındaki anlaşmazlığı çözümlemek üzere resmi sıfatı, kaza salâhiyeti olmayan bir şahsı hakem tayin etmeleridir.”⁴⁵ Bir başka tanım ise: “Müddei (davacı) ile müdde aleyhin (davalının) aralarındaki davalarını halletmek için kendi rızalarıyla bir kimseyi hakim tayin etmeleri tahkimdir.”⁴⁶

Öte yandan bazı İslam hukukçuları tahkimin tanımını şöyle ifade etmektedirler: “Davalı iki kişinin, aralarındaki dava mevzusunu çözmek amacıyla kendi istekleriyle başka bir kişiyi hakem tayin ettikleri sözleşmedir.”⁴⁷

Mecelle’de de tahkime ilişkin bir maddeye yer verilmiştir. On altı bölümden oluşan Mecelle’nin son kısmı Yargı (Kaza) ile alakalıdır. Bu kısımda Muhakeme

⁴² İbn Manzur, Cemalüddin Muhammed b. Mukarrem, Lisanü’l Arab, Beyrut 1955, H-K-M maddesi.

⁴³ Keleş, Ekrem, İslam Hukukuna Göre Anlaşmazlıkların Çözümünde Hakem Usulü, İstanbul 1988, s. 15; Asım Efendi Kamusu’l Mühîr Tercümesi, İstanbul 1250, c. 3, s. 430-431.

⁴⁴ Yıldırım, Mustafa, “Tahkim”, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2010, c. 39, s. 411-413.

⁴⁵ Açık, Fatma, a.g.e., s. 20.

⁴⁶ Bilmen, Ömer Nasûhi, Hukuk-i İslamiyye ve Istılâhat-ı Fıkhiyye Kâmûsu, İstanbul 1970, c. 8, s. 205.

⁴⁷ Açık, Fatma, a.g.e., s. 21.

Usulleri'nden bahsedilmiş ve Tahkim ile alakalı özellikler bu kısımda bulunmaktadır. Mecelle'nin 1790. maddesi şu şekildedir:

“Tahkim, hasmeynin husumet ve davalarını fasl için rızaları ile ahar kimseyi hakim ittihaz etmelerinden ibarettir.” Maddenin sadeleşmiş şekli: “Tahkim, hasım olan iki tarafın, ihtilaflarının halli için kendi rızaları ile üçüncü bir kişiyi hüküm vermek üzere tayin etmelerinden ibarettir.”⁴⁸

İslam Hukuku'nda tahkimi incelerken bu tanımlamaların yanı sıra günümüzdeki uygulanış biçimi ve süregelen değişimi görebilmek adına modern hukukta da tahkimin tanımından bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Türk hukukunda tahkime ilişkin birçok tanım mevcuttur.

“Bir hak üzerinde anlaşmazlık yaşayan iki kişinin, bu anlaşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması hususunda mutabık kalmalarına tahkim denir.”⁴⁹

Bu husumetin giderilmesi kendilerine bırakılan özel kişilere de hakem denir. Hakemler, kendilerine sunulan husumeti gidermek bağlamında hiçbir resmi sığata sahip değildirler.⁵⁰ Bir başka tanım ise şu şekildedir: “Taraflar arasında özgürce tasarruf edebilecekleri işlerde var olan geçimsizliğin veya ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkların halli için yapılan yazılı mutabakattır.”⁵¹

Tarafların rızalarına dayanan bu tahkim tanımları elbette modern hukukta önemli bir yer etmektedir. Bu tanımlamaların yanında bir de bazı hallerde bilhassa kamuya ilişkin anlaşmazlıkların olduğu durumlarda mecburi tahkimin de uygulandığını düşünürsek Rasih Yeğengil'in eksiksiz tarif olarak nitelendirdiği şu tanıma yer vermekte fayda

⁴⁸ Berki, Ali Himmet, a.g.e., s. 406.

⁴⁹ Yavuz, Cevdet, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2. Uluslararası Özel Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, s. 133.

⁵⁰ Nomer, Ergin; Ekşi, Nuray; Öztekin, Günseli, Milletlerarası Tahkim, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 13.

⁵¹ Dayındarlı, Kemal, HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997, s. 14

var: “Tahkim; kanunun yasaklamadığı konularda, taraflar arasında meydana gelmiş ve meydana gelebilecek, bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan, taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların ya da kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığıyla çözümlenmesidir.”⁵²

Bu açıklamalar ışığında, tahkime ilişkin tanımların büyük ölçekte farklılıklar barındırmadığı görülmektedir. Modern Türk Hukukunda da İslam Hukukunda da benzer unsurlar temel alınarak tanımlamalar yapılmıştır. Elbette ki zamanın ihtiyaçları ve değişen hukuk sistemine ilişkin düzenlemeler ışığında tanımlarda bazı farklılıklar olması normaldir. Lakin ana hatlarıyla tanımlamalar aynı manayı ifade etmektedirler.

3. TAHKİMİN HUKUKİ DAYANAKLARI

İslam Hukuku, İslam dinine haliyle de İslam dininin esaslarını barındıran Kur'an-ı Kerim'e dayanır. İslam Hukuku yani Şeriat değişen ve değişmeyen, inanca bağlı olan ve amel ile ilişkisi bulunan tüm dini hükümlerin ve talimatın adıdır.⁵³ İslam Hukukunun asıl delilleri Kur'an-ı Kerim ve Sünnet'tir. Öteki deliller ise Kur'an-ı Kerim ve Sünnet'ten doğmuş ve bunlardan yararlanmıştır.⁵⁴ İslam hukukunun dayanakları olan Kur'an-ı Kerim, sünnet ve icmanın dışında tahkim müessesine bazı akli gerekçelerin de delil olarak gösterilmesi uygun görülmüştür.

3.1. Kitap

İslam dinini ve ona ilişkin tüm esasları asıl kaynak olan Kur'an-ı Kerim'den öğrendiğimiz için hiç şüphesiz kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak tahkim yönteminde de ilk akla gelen delil yine Kur'an-ı Kerim'in kendisidir.

⁵² Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 94.

⁵³ Karaman, Hayreddin, “Soruşturma Dosyası”, İslamiyet Dergisi, Ankara 1998, s. 293.

⁵⁴ Balcı, Muharrem, a.g.e., s. 54.

Kur'an-ı Kerim'de tahkime doğrudan işaret eden ayet şöyledir:

“Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız; erkeğin ailesinden bir hakem kadının ailesinden de bir hakem gönderin. Bunlar barışmak isterlerse Allah aralarını bulur. Şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır.”⁵⁵

Bu ayet, karı ve kocanın aralarında çıkan anlaşmazlıkların çözümü için uygulanacak yöntemleri dile getiren önceki ayetlerin devamı mahiyetindedir. Anlaşıyor ki karı-koca arasında çıkan husumetlerde hakeme başvurulması ve bu şekilde husumetin çözülmesi Allah tarafından uygun görülen ve hatta emredilen bir durumdur.

Ayet-i kerime, eşler arasındaki tahkim hakkında nazil olmuştur. Eşler arasında tahkim müessesesi caiz olunca bu izin başka hukuk ve davalarda da tahkim müessesinin caiz olacağını gösterir.⁵⁶ Bu ayeti yorumlarken, kişiler arasında ya da devletle kişiler arasında ve hatta devletlerin kendileri arasında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna gidilebileceği ve bu hususta dini ve hukuki bakımdan bir engelin bulunmadığı anlaşılmaktadır.⁵⁷

Kur'an-ı Kerim'in bu hükmü ihtiyari tahkime vücut veren bir hükümdür. Bu hüküm İslam hukukunda kaza yetkisi ve hakimlik sıfatı olmayan kişilerin karı koca arasındaki uyuşmazlığı hakem olarak halletmelerine yetki vermiştir.⁵⁸ Ayrıca, aile içindeki uyuşmazlıklar için ayette bahsi geçen hakem gönderme ile ilgili emir hakimlere yöneliktir. Karı ve kocanın rızası söz konusu değildir. Oysa diğer konulardaki tahkimde tarafların rızası esastır. Diğer bir durum ise, Hanefi ekolüne göre eşler arasındaki hakemler vekil hükmündedir. Bu sebeple koca tarafından açıkça izin verilmemişse hakemler boşanmaya karar veremez, yalnızca eşlerin aralarını düzeltmeye çalışırlar. Ancak diğer hususlardaki tahkimde ise hakemin kararı kişiler için bağlayıcıdır. Ancak tüm bunlar ayetin indiği ve hukuk ekollerinin oluşturduğu

⁵⁵ Kur'an-ı Kerim, Nisa Suresi, Ayet 35.

⁵⁶ Ali Haydar, Hoca Emin Efendizade, Dureru'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l Ahkam, Çev. Raşit Gündoğdu-Osman Erdem, İstanbul 2016, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1. Baskı, c. 4, s. 3358.

⁵⁷ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 47.

⁵⁸ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 65.

durumlardaki uygulama ile yakinen alakadar olduğundan kapsamın daraltılmasına bir neden sayılamaz. Çünkü, hükümlerde sebebin özel olması mananın genel olmasına bir engel teşkil etmez.⁵⁹

Bu konuya ilişkin Kur'an-ı Kerim'de Maide Suresinin şu ayetleri mevcuttur:

“Hep yalana kulak verir, durmadan haram yerler. Sana gelirler ise ister aralarında hüküm ver ister onlardan yüz çevir. Eğer onlardan yüz çevirirsen sana hiçbir zarar veremezler. Ve eğer hüküm verirsen, aralarında adaletle hükmet. Allah adil olanları sever. İçinde Allah'ın hükmü bulunan Tevrat yanlarında olduğu halde nasıl seni hakem kılıyorlar da sonra, bunun arkasından yüz çevirip gidiyorlar? Onlar inanmış kimseler değildir.”⁶⁰

Bahsedilen ayetler Hz. Muhammed'in (s.a.s) gayrimüslimler arasında hakem olup olmamasına dairdir. Aktarılanlara göre Medine'de Müslüman olmayanların aralarında çıkan bir anlaşmazlık neticesinde Hz. Muhammed'in (s.a.s) kendi istedikleri bir sonuca göre hükmetmesini arzulayarak onu hakem seçmek istemeleri üzerine vuku bulmuştur. Ayetten anlaşılıyor ki Hz. Muhammed Müslüman olmayan kimseler arasında da hakem olup olmamak konusunda serbest bırakılmıştır.

Açıktır ki bu ayetler Müslüman olmayan kimseler arasındaki ihtiyari tahkime delil niteliğindedir. Çünkü Hz. Muhammed'in Müslümanlar arasında hüküm verme yetkisi halihazırda vardı. Doğrudan doğruya kamuyu alakadar etmeyen mevzular dışında Hz. Muhammed'in gayrimüslimler için hüküm verme yetkisi onların tercihlerine bırakılmıştır. Bu sebeple bu ayetlerde konu edilen tahkim kayıtlı tahkimin delilidir.⁶¹

Mevcut konu ile ilgili bir diğer ayet ise şudur:

⁵⁹ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 48.

⁶⁰ Kur'an-ı Kerim, Maide Suresi, Ayet 42-43.

⁶¹ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 64.

“Ey iman edenler! İhramlı iken (karada) av hayvanı öldürmeyin. Kim (ihramlı iken) onu kasten öldürürse (kendisine) bir ceza vardır. (Bu ceza), Kâbe’ye ulaştırılmak üzere, öldürdüğünün dengi olup, içinizden iki âdil kimsenin takdir edeceği bir kurbanlık hayvan veya yoksulları yedirmek suretiyle kefarete yahut onun dengi oruç tutmaktır. (Bu) yaptığı işin kötü sonucunu tatması içindir. Allah, geçmiştekileri affetmiştir. Fakat kim bir daha böyle yaparsa, Allah ondan intikam alır. Allah, mutlak güç sahibidir, intikam sahibidir.”⁶²

Ayette ihramlı iken av hayvanlarını öldürmenin cezasına ilişkin hakem tayin edilmesi haber verilmiştir. Buradaki hakemlikte de yetki kişiler tarafından verilmektedir. Yani cezayı kimin kararlaştıracığını cezayı işleyen kişi belirler. Lakin bu hakemliğin kapsamı sınırlıdır. Hakemler, yalnızca ceza kurbanının avlanan hayvana olan denkliliğini tespit etmeye yetkilidirler. Bunun dışındaki mevzularda hüküm vermeye yetkileri yoktur.⁶³

Bu ayetlerden anlaşılıyor ki Kur’an-ı Kerim tahkim müessesesinin kapsamını yalnızca aile içi anlaşmazlıklarla sınırlamamıştır.

Yine Kur’an-ı Kerim’de Hz. Muhammed’in (s.a.s) hakemliğine delil teşkil eden bir diğer ayet şöyledir:

“Hayır! Rabbine ant olsun ki onlar, aralarında çıkan çekişmeli işlerde seni hakem yapıp, sonra da verdiği hükme, işlerinde hiçbir sıkıntı duymaksızın, tam bir teslimiyetle boyun eğmedikçe iman etmiş olmazlar.”⁶⁴

Ayet-i kerime, Medineli iki komşunun bahçelerini sularken su yüzünden aralarında bir anlaşmazlık çıkması üzerine Hz. Muhammed’e başvurmaları sonucunda ortaya çıkan bir hadiseden sonra nazil olmuştur.⁶⁵ Müslümanların aralarında çıkan husumetlerde

⁶² Kur’an-ı Kerim, Maide Suresi, Ayet 95.

⁶³ Keleş, Ekrem, a.g.e., s. 25.

⁶⁴ Kur’an-ı Kerim, Nisa Suresi, Ayet 65.

⁶⁵ Çağrı, Mustafa; Dönmez, Kafi İbrahim; Gümüş, Sadrettin; Karaman, Hayreddin, Kuran Yolu Tefsiri, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, c. 2, s. 90-91.

Hiz. Muhammed'i (s.a.s) hakem tayin edip onun verdiği kararı tam manasıyla benimsemedikçe gerçekten iman etmiş olmayacakları belirtilmiştir.

3.2. Sünnet

İslam hukukunda tahkimin delillerinden bir diğeri de şüphesiz ki sünnettir. Sünneti, Hiz. Muhammed'in söz, eylem ve onaylarının ortak ismi, şeri kaynakların ikincisi şeklinde tanımlayabiliriz.⁶⁶

Tahkimin sünnetteki örneklerinden biri şöyledir:

Yahudi kabilesi olan Beni Kurayza kabilesi Hiz. Peygamber ve Müslümanlar ile yaptıkları anlaşmaya uymamışlardır. Bu ihanetleri sonucunda da Medine'den gönderilmişlerdir. Buna rağmen Beni Kurayza, Hendek Savaşı'nda müşrikler ile ittifak kurarak Müslümanları güç duruma sokmuş, aralarındaki barışı bozmuşlardır. Bunun akabinde Müslümanlar Beni Kurayza kabilesini kuşatmışlardır. Günler süren bu baskıya dayanamayan Yahudi kabilesi Hiz. Muhammed'den, haklarında karar vermek ve verilen bu karara göre teslim olmak üzere hakem tayin etme talebinde bulunmuşlardır. Hiz. Muhammed bu talebi kabul etmiş ve ashabından istedikleri kişiyi hakem tayin edebileceklerini söylemiştir.⁶⁷ Yahudi kabilesi Hiz. Muhammed'in ashabından Sa'd b. Muaz'ı⁶⁸ hakem olarak seçmişlerdir. Hiz. Muhammed Sa'd b. Muaz'ın hakemliğini onaylamıştır. Bunun üzerine Sa'd b. Muaz: "Bunların savaşanları öldürölür, kadınları ve çocukları da esir edilir" diyerek karar vermiştir.⁶⁹ Bu kararın akabinde de Hiz. Muhammed: "Ey Sa'd! Yüce Allah'ın hükmüne uygun

⁶⁶ Bedir, Murteza, Sünnet, DİA, TDV Yayınları, İstanbul 2010, c. 38, s. 150.

⁶⁷ Aksu, Güngör, "Beni Kurayza Yahudilerinin Cezalandırılması", Siyer Araştırmaları Dergisi, s. 6, Temmuz-Aralık, 2019, s. 86-87.

⁶⁸ Beni Kurayza Yahudilerinin Sa'd b. Muaz'ı seçme sebepleri aslında Sa'd b. Muaz'ın Kurayza Yahudilerine yakınlığı ile bilinen Evs kabilesinin mensubu olmasıdır. Yahudiler de bu dostlukları sebebiyle kendi lehlerine hüküm vereceğini umarak Sa'd b. Muaz'ı hakem tayin etmişlerdir. Algül, Hüseyin, Evs, DİA, İstanbul 1995, c. 6, s. 541.

⁶⁹ Buhari, Cihad ve's-Siyer, 168; Müslim, Cihad ve's-Siyer, 22.

hükmettin” diyerek onun verdiği kararlar amel etmiştir. Hz. Peygamber’in Sa’d b. Muaz’ın hükmüyle amel ettiği noktasında icma oluşmuştur.⁷⁰

Sünnette tahkim uygulamasına ilişkin, Ebu Şurayh’ın kavmi arasındaki çıkan ihtilaflarda hakemlik yapmasını Hz. Muhammed’in onayladığına dair yaşanan hadise şöyledir: Şurayh b. Hani, kendi kavmiyle beraber heyet halinde Hz. Muhammed’in yanına gelmişti. Hz. Peygamber, kavminin Hani’ye Ebu’l Hakem diye seslendiklerini duyunca onu yanına çağırdı ve şu şekilde buyurdu:

“- Şüphesiz ki hakem Allah’tır, hüküm vermek de O’na aittir. Niçin Ebu’l Hakem künyesini aldın?

-Kavmim herhangi bir konuda ihtilafa kapılınca bana gelirler, ben de aralarında hüküm veririm. Sonucunda da her iki taraf da benim kararıma rıza gösterir.

_ Bu ne kadar güzel! Evlat olarak neyin var?

_ Şureyh, Abdullah, Müslim var.

_ En büyüğü hangisi?

_ Şureyh.

_ Öyleyse artık sen Ebu Şureyh’sin.

Hz. Muhammed (s.a.s.) bu görüşmeden sonra ona ve evlatlarına dua etti.”⁷¹

Bu hadiseden anlaşıyor ki Hz. Muhammed’in, Şureyh b. Hani’ye kavmi tarafından hakemlik vazifesinin verilmesini “Ne güzel!” diyerek onaylamış ve tahkim müessesesinin uygulanmasını tasvip etmiştir.

Tahkime dair aktarılan şöyle bir hadise de mevcuttur:

⁷⁰ Ali Haydar, a.g.e., c. 4, s. 3358.

⁷¹ Ebu Davud, “Edep”, 62, “Sünnet” 5; Tirmizi, İstanbul, “Deavat”, 82; Nesai, “Kudât”, 7.

“Ebu Hureyre’den (r.a.) rivayet edildiğine göre Hz. Muhammed (s.a.s) şöyle buyurdu:

Bir zamanlar bir adam bir başkasından arsa satın aldı. Arsayı alan adam orada altınla dolu bir testi buldu. Arsayı satan adama:

- _ Altınını al. Zira ben senden altın değil arazi satın aldım, dedi. Arsanın ilk sahibi de:
- _ Ben sana o arsayı içindekilerle birlikte sattım, dedi.

Anlaşmazlıklarının halledilmesi için bir hakeme başvurdular. Hakem de onlara:

- _ Çocuklarınız var mı, diye sordu. Biri:
- _ Benim bir oğlum var, dedi. Diğeri de:
- _ Benim de bir kızım var, dedi. Hakem:
- _ Oğlanla kızı evlendirin. O altınların bir bölümünü onlara verini bir bölümünü de siz harcayın, dedi.”⁷²

3.3. İcma

İcma’nın tanımını şu şekilde yapılabilir: “İslam düşünürlerinin dini bir konunun hükmü üzerinde akıl birliği etmelerini ve tüm Müslümanların ortaklaşa kabul ettikleri dini hükümleri ifade eden şer’î delil, İslam fıkhnın Kur’an ve Sünnet’ten sonra üçüncü dayanağıdır.”⁷³

İcma’nın önemli unsurlarından biri, icma’nın hasıl olduğu zamanda yaşayan müçtehitlerin bütününün o konuda görüş birliği içinde olmalarıdır. İcma’nın en sahihi sahabenin icmasıdır. Sahabenin birliğine karşı gelinmez. Lakin bir meselede görüş ayrılıkları varsa, bu durumda görüşlerden herhangi birisi uygulanabilir.⁷⁴

⁷² Buhari, Enbiya, 54.

⁷³ Dönmez, Kâfi İbrahim, İcma, DİA, TDV Yayınları, İstanbul 2000, c. 21, s. 417.

⁷⁴ Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, İrfan Yayınevi, İstanbul 1974, s. 76.

Bu kısımda da icmanın en kuvvetlisi olan sahabenin icmasına ilişkin örneklere yer verilecektir. Tahkime dair sahabe hayatında birçok örnek mevcuttur. Çünkü gerek İslam öncesi dönemde gerek İslamiyet sonrası Hz. Peygamber'in yaşadığı dönemde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda hakeme başvurulması oldukça sık rastlanan bir durumdu. Bu sebeple sahabe hayatında tahkime dair örneklerin olması kaçınılmazdır.

Hz. Muhammed (s.a.s.) ve Dört Halife döneminde kazai faaliyetleri gerçekleştirmek adına kadılar tayin edilmekle beraber, bazı hallerde hakeme başvuruluyordu. Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Ali gibi halifelerin direkt hakemlere başvurarak kendilerine ait şahsi uyuşmazlıkları çözdürdükleri bilinmektedir ⁷⁵.

Sahabe döneminde hakemlik müessesesine ilişkin akla ilk gelen örnek Hz. Ali ve Muaviye arasında olan Sıffin Savaşı ardından gelişen hakem olayıdır.⁷⁶ Sıffin Savaşı'nda Hz. Ali ve Muaviye arasında günler süren çatışmanın ardından Muaviye'nin yenileceği aşikâr olmuştu. Bunun üzerine Muaviye'nin yardımcısı Amr b. As, ihtilâfın Kur'an-ı Kerim'in hakemliği ışığında neticelendirilmesi önerisini gündeme getirerek o sırada kaçmayı düşündüğü ifade edilen Muâviye ve ordusunu kaybetme durumundan kurtardı. Muaviye askerlerine Kur'an'ın sayfalarını mızraklarının ucuna takmalarını emretti. Netice olarak iki tarafı da temsil etmek üzere seçilecek iki hakem halifelik konusunu Kur'an'ın hükmüne göre çözecekti.⁷⁷

Sahabe arasında tahkime dair bir diğer örnek ise; Hz. Ömer ile Übeyy b. Kab'ın aralarında çıkan hurma ağaçlarına ilişkin ihtilafta Zeyd b. Sabit'i hakem olarak seçmeleri örnek gösterilebilir. Ayrıca Hz. Ömer ile Hz. Abbas arasında olan uyuşmazlıkta Übeyy b. Kab'ın hakem tayin edilmesi de tahkim açısından kayda değer bir örnektir. Hz. Ömer zamanında mescit Müslümanlara dar gelmeye, yetmemeye başlamıştı. Hz. Ömer, Hz. Abbas'ın evi mescidin yanında olduğu için ona evinin fiyatı karşılığında mescide katılması suretiyle kendisine satması için teklifte bulunmuştu. Hz. Abbas'ın bu teklifi kabul etmemesi üzerine de aralarında Übeyy b. Kab'ı hakem

⁷⁵ Atar, Fahreddin, a.g.e., s. 221.

⁷⁶ Doğrul, Ömer Rıza, Asr-ı Saadet, c. 5, s. 100; Açık, Fatma, a.g.e., s. 24; Cuheni, Mes'ad Avvad Hamdan, et Tahkim fi'ş-şeriatil İslamiyye ve'n-nuzmi'l vad'i Beyrut 1994, s. 79.

⁷⁷ Yiğit, İsmail, Sıffin Savaşı, DİA, c. 37, s. 108.

tain ederek bu ihtilafı çözmüşlerdir.⁷⁸ Übeyy b. Kab'ın bu hadisede Hz. Abbas lehine karar vermiş, Hz. Ömer'i haksız bulmuştur. Hz. Ömer'in bu karara riayet etmesi de onun hakemlik müessesesine verdiği öneme dair bir delil niteliğindedir.

Sahabenin tahkime dair bakış açısını gösteren bir diğer hadise de Hz. Ömer'in Şureyh'i Küfe kadılığına tain etmesine sebebiyet veren hakemlik olayıdır. Hz. Ömer halifelik zamanında bir kişiden at satın almak üzere pazarlık eder. Atı beğenmezse iade edeceğini söyler ve atı denemesi için bir biniciye verir. Binici atı sürerken kaza sonucu at sakatlanır. Bunun üzerine Hz. Ömer de ata sahip olmaktan vazgeçer ve sahibine geri vermek ister. Atın sahibi ise sakat olan atı kabul etmez. Bunun sonucunda aralarındaki ihtilafın çözümü için Şureyh'i hakem olarak seçerler. Şureyh: "Ey müminlerin emiri! Atı nasıl sağlam bir şekilde satın aldıysan, aynı şekilde sağlam şekilde iade etmen gerekir." diyerek karar verir. Şureyh'in verdiği bu karar Hz. Ömer'in çok hoşuna gider ve: "Hüküm dediğin böyle olur, hak ve adalet budur!" diyerek, Şureyh'i Küfe kadılığına tain eder.⁷⁹

Hz. Ali'nin, eşler arasındaki bir problemi çözmeye ilişkin hadisesi de şöyledir: Ali'nin (r.a.) yanına aralarında uyuşmazlık bulunan bir kadın ve bir erkek gelir. Ali (r.a.) onların etrafındakilere erkeğin ve kadının ailelerinden birer hakem göndermelerini söyler. Ardından hakemlere şöyle ifade eder: "Görevinizin ne olduğunu biliyor musunuz? Birleştirmeye karar verirsiniz birleştirin, ayırmaya karar verirsiniz bunu yapın." Bunun üzerine kadın hakemin vereceği kararı, aleyhine de lehine de olsa kabul edeceğini belirtir. Fakat erkek ise ayırma kararı verileceği takdirde buna razı olmayacağını dile getirir. Hz. Ali, "Vallahi kadının ikrar ettiği biçimde ikrar etmedikçe tahkimi kabul ettiğin hususunda yalan söylemiş durumdasın." diyerek tarafların ikisinin de hakemin kararını kabul etmedikçe tahkimin gerçekleşmeyeceğine dikkat çekmiştir.⁸⁰

⁷⁸ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 51.

⁷⁹ İbn Sa'd, Ebu Abdillâh Muhammed b. Sa'd el-Basrî, et-Tabakatü'l Kübra, Beyrut 1968, c. 6, s. 102; Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 52.

⁸⁰ Keleş, Ekrem, a.g.e., s. 28-29.

Hız. Osman ile Talha b. Ubeydullah arasındaki alım-satım akdinden çıkan uyuşmazlık sonucunda yine hakeme başvurulmuştur. Hız. Osman Kûfe’de bulunan ve hiç görmediğı arsasını Talha b. Ubeydullah’a satmıştır. Etrafindakilerin Hız. Osman’a “Aldandın!” demesi üzerine Hız. Osman, “Ben muhayyerim çünkü görmediğim bir malımı sattım.” demiştir. Bu kez Talha b. Ubeydullah’a da aldandığı söylenince Hız. Talha “Ben de görmediğim bir malı satın aldığım için benim de muhayyerlik hakkım mevcut.” demiştir. Bu ihtilafın sonucunda Cubeyr b. Mut’im hakem tayin edilmiştir. Hız. Cubeyr de Talha b. Ubeydullah’a muhayyerlik hakkı tanımıştır. Sahabenin önünde yaşanan bu hadiseye kimse karşı çıkmamıştır.⁸¹

Hız. Osman’ın Ukayl b. Ebi Talib ile eşi Fatıma binti Utbe arasındaki anlaşmazlığı çözmesi suretiyle Abdullah b. Abbas ve Muaviye’yi hakem seçtiğı bilinmektedir.⁸²

Bahsi geçen tüm bu hadiselerde uygulanan metoda, sahabenin ileri gelenleri tanıklık etmiş ve hiçbir i tiraz etmemiştir. Böylelikle tahkimin cevazı hususunda sahabe arasında icma vaki olmuştur. Mâverdî de bu hususta icma vaki olduğunu tasrih etmiştir.⁸³

3.4. Örf ve Adetler

Tahkimin delillerini incelerken, tüm bu örnekleri akıl düzleminde oturtamazsak esasen bir inandırıcılığı kalmayacaktır. Ki zaten akli gerekçelere dayanmayan bir hukuk müessesesinin de sürdürülebilir olması mümkün değildir. Tahkimin tarihçesini ele alırken, insanların sosyal hayatta ilişkilerini devam ettirdiklerinden beri tahkimin de var olduğundan bahsetmiştik. Eski zamanlardan beri süregelen bu uygulama ortaya çıkan uyuşmazlıklarda kullanılan en pratik ve hızlı çözümdür. Elbette ki kişiler arasındaki ihtilaflarda resmi kurumlara başvurmak esas olan yöntem olsa da, tüm uyuşmazlıkların mahkemelerce çözülmesi hem zaman hem iş yükü bakımından birçok probleme sebep olur. İnsanların haklarını elde edebilmeleri uzun yıllar süreceğı için de mağduriyetlerin doğması da kaçınılmaz olacaktır. Ayrıca kişiler bir uyuşmazlık söz

⁸¹ Açık, Fatma, a.g.e., s. 24.

⁸² Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 51.

⁸³ Keleş, Ekrem, a.g.e., s. 29; Hatib eş-Şirbînî, Muğni’l Muhtac, Mekke, c. 4, s. 359.

konusu olduğunda birini hakem tayin ettiklerinde toplumda sözüne inanılan, güvenilir insanların var olduğuna dair inançları da artmış olacaktır. İşte bu sebepler dahilinde tahkim; pratikliği, hızlılığı ve insan hayatını kolaylaştırması ile akıl düzleminde sağlam bir zemine oturabilmektedir.

4. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

4.1. Giriş

Tahkim sözleşmesi İslam hukukunda sıkça kullanılan bir müessesedir. Elbette ki bu uygulama kullanılırken belli bir şekle göre yapılmalıdır. Fakat modern hukukta olduğu gibi net bir şekil şartı bilgisi günümüze kadar ulaşmadığından, İslam hukukunda o dönemde yaşanan olaylardan hareketle tahkim sözleşmesinin genel olarak hangi şekle tabi tutulduğunu inceleyeceğiz.

4.2. Yazılı Şekil Şartı

Kaynaklar incelendiğinde, İslam hukukunda tahkim akdinin yazılı olarak yapılmasının şart olduğu bilgisine rastlanmamıştır. Gerek Hz. Muhammed'in de bulunduğu tahkim olaylarında gerekse sahabelerin yaşadığı tahkime ilişkin hadiselerde günümüze ulaşan yazılı belgeler mevcut değildir. Ancak hukukçular, karşılıklı olarak verilen sözlerin yazıya geçirilmesinin güzel bir davranış biçimi olduğunu ifade etmişlerdir. Hz. Muhammed'in Arap toplulukları ile yaptığı akitler yazıya geçirilmiştir. Bu duruma örnek olarak, Müslümanların Kureyşli kafirler ve Necranlı Hristiyanlarla yazılı olarak yaptığı anlaşmalar gösterilebilir. Tahkimin de bir sözleşme olmasından mütevellit; mahiyeti, tarafları, uygulanması, hakemlerin yetki ve kararları bakımından tahkime ilişkin esasların yazılı bir şekilde yapılmasına engel bulunmamakla birlikte aksine bu şekilde bir sözleşme yapılması tavsiye edilen bir durumdur.⁸⁴

Muaviye ve Hz. Ali, aralarında vuku bulan uyuşmazlığı gidermek için Ebu Musa'l-Eş'ari ile Amr ibnu'l-As'ı hakem seçtiklerinde, tahkime ve hakemlerin uyacakları

⁸⁴ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 81; Cuhenî, Avvad Hamdan el-Burkani, et-Tahkim fi's-Şeriatil-İslamiyye ve'n-Nazmi'l-Vad'iyye, Medine 1994, s. 160-161.

esaslara ilişkin bir sözleşme yaptılar. Bu durumun, tahkim sözleşmesinin kuruluşunda yazılı şekil şartı öngören modern hukuk uygulamalarına bir temel teşkil ettiği kabul edilir. Hz. Ali ile Muaviye'nin taraf olduğu ve hakemlerin tayin edilip uyacakları kuralları belirleyen, tahkimname olarak adlandırılan bu belgede bazı hükümler yazılmıştır. Şöyle ki; iki hakemin Kur'an-ı Kerim'e göre hüküm vereceği, burada hüküm bulamadıkları takdirde Hz. Muhammed'in sünnetine göre karar almaları gerektiği yazıya geçirilmiştir. İlaveten ümmetin, tahkimnamede bahsi geçen şartların elverdiği ölçüde hakem kararlarını ve bu kararların uygulanmasını kabul edecekleri belirtilmiştir. Ayrıca hakemin kararının ne kadar süre içinde vereceği ve hakemlerin toplanacağı yer de yazılarak kararlaştırılmıştır. Yazıya geçirilen bu sözleşme şahitler huzurunda onaylanmıştır.⁸⁵

Sonuç itibariyle sözleşmelerin yazılı olması İslam hukukunda bir şart olarak sunulmamışsa da tavsiye ve uygulamalardan bunun hoş görüldüğü anlaşılmaktadır. Nitekim Bakara suresinde "Ey iman edenler! Belirlenmiş bir süre için borçlandığınız vakit onu yazın. Bir katip onu aranızda adaletle yazsın..."⁸⁶ şeklinde geçen bu meal, İslamiyet'te hukuki açıdan yazılı şekil şartının delilini teşkil etmektedir.

5. TAHKİMİN ŞARTLARI

5.1. Tahkime Taraf Olan Kişilerde Aranılan Şartlar

Hakemi seçen kişinin tam eda ehliyeti bulunan yani reşit olarak bulüğe eren kimseler olması gerekmektedir. Eda ehliyetinin olmadığı çocukluk döneminde kişinin hakem seçmesi mümkün olmadığı gibi eda ehliyetini daraltan veya ortadan kaldıran hallerde de kişinin yapacağı tahkim sözleşmesi geçersizdir.⁸⁷ Tüm sözleşmelerde olduğu gibi tahkim akdinde de tarafların akli dengesinin yerinde olması koşulu vardır. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, bunama, sefahet gibi eda ehliyetini daraltan veya ortadan kaldıran hallerde kişilerin yapacağı tahkim sözleşmeleri geçersizdir veya kanuni

⁸⁵ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 81.

⁸⁶ Kur'an-ı Kerim, Bakara Suresi, Ayet 282.

⁸⁷ Ali Haydar, a.g.e., c. 4, s. 3359; İbn Abidin, Muhammed Emin b. Ömer, Reddu'l Muhtar Şerhu Tenviri'l-Ebsar, İstanbul 1984, c. 5, s. 428.

temsilcisinin rızasına muhtaçtır. Sefihin veya zayıf akıllının yaptığı tahkim sözleşmesi lehe veya aleyhe sonuç verebileceğinden, kanuni temsilcisinin bu sözleşmeye rızası ile gerçekleşebilir.⁸⁸ Taraflardan biri sözleşme yaptıktan sonra fakat karar verilmeden önce akli dengesini yitirirse, hakem bu kişi normale dönünceye kadar karar vermez, kişi normale dönünce akit yenilenir.⁸⁹

Tahkim sözleşmesinde taraf olan kişilerin müslüman ve hür olması şart değildir. Nitekim tahkimin hukuki dayanakları incelenirken verilen örneklerde gayrimüslimler ile yapılan birçok tahkim sözleşmesi hadisesine yer vermiştik. İslam ülkelerinde yaşayan gayrimüslimler hakem tayin edebildikleri gibi mükateb ve ticarete izinli köleler de tahkim sözleşmesi yapabilirler.⁹⁰ Ne var ki kölelik hem vücut hem de eda ehliyetini etkileyen bir ehliyet arızası olduğu için, kendileri adına tahkim sözleşmesini yapmaları da mümkün değildir.⁹¹

İslam hukukçuları, vakfın mütevellisi olan kişinin vakıfla alakalı meselelerde tahkime taraf olabilmesi hususunda net bir görüş açıklamamışlardır. Bu durumda genel kaideye bakıp, mütevellinin bu konuda bir yetkisi olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bunun sebebi, vakfın hakları mütevellinin şahsını ilgilendiren ve onun vazgeçebileceği haklardan olmamalıdır. Müteveliye vakfın yararı haricinde bir tasarruf etme yetkisi tanınmamıştır. Bunun yanında devlet yetkilileri de idari görevlerini yerine getirirken karşılaştıkları problemleri çözümlemede tahkim sözleşmesine taraf olabilirler. Zira Hz. Muhammed, Beni Kurayza Yahudileri ile çıkan ihtilafta Sa'd ibn Muaz'ı hakem tayin etmiştir.⁹²

5.2. Hakemde Aranan Şartlar

Bu konu ayrıca “Hakemler” başlığı adı altında incelenecektir.

⁸⁸ Aydın, Mehmet Akif, a.g.e., s. 224.

⁸⁹ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 89-90.

⁹⁰ Keleş, Ekrem, a.g.e., s. 30.

⁹¹ Aydın, Mehmet Akif, a.g.e., s. 221.

⁹² Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 90-91; Cuheni, et-Tahkim, s. 154-155.

5.3. Tahkime Konu Olan Meselede Aranan Şartlar

İslam hukukunda tahkime konu olan meselede bazı sınırlamalar mevcuttur. Tahkime konu olan durumlarda öncelikle kişinin o konuda ne derece tasarruf yetkisi olduğuna bakılmalıdır. Kişinin tam anlamıyla tasarrufunda olan konularda tahkimin uygulanması açısından bir sınırlama yokken, Allah'ın haklarını barındıran konular da bazı sınırlamalar mevcuttur. Bu koşullar, ileride ele alınacak olan “Tahkimin Konusu” başlığında ayrıntılı şekilde incelenecektir.

6. TAHKİMİN HUKUKİ DEĞERİ VE NİTELİĞİ

6.1. Tahkimin Hukuki Değeri

Tahkim müessesesinin uygulanabileceği noktasında İslam hukukçuları hemfikir olmuşlar ve ittifak etmişlerdir. Fakat verilen kararın hukuki değeri bakımından bazı fikir ayrılıkları doğmuştur. Ebu Hanife'ye göre tahkimin geçerliliği; iki tarafın da hakem tayin ettikleri kimsenin kararının, memleketlerinin resmi hakiminin hükmüne ve içtihadına uygun olmasına bağlıdır. Eğer hakemin kararı o bölgenin hakiminin görüşüne muhalif olursa, tahkim neticesinde çıkan kararın hiçbir hukuki değeri bulunmamaktadır.⁹³

İmam-ı Maliki ile İmam-ı Şafii ise yalnızca hükme ehliyeti olan kişinin hüküm vermesini, hüküm verilirken adaletli ve hakkaniyetli olunmasını şart kılmışlardır. Her iki tarafın hakkı hukuka uygun şekilde korunduktan sonra, hakemin kararının devletin kadısının hükmüne aykırı veya uygun olmasını önemsememişlerdir.⁹⁴

6.2. Tahkimin Hukuki Niteliği

Tahkimin hukuki niteliği bakımından doktrinde çeşitli tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar sonucu ortaya çıkan çeşitli görüşleri inceleyeceğiz.

⁹³ Keleş, Ekrem, a.g.e., s. 37-38.

⁹⁴ Kamil, Miras, Tecrid-i Sarih Tercemesi, c. 9, s. 205.

6.2.1. Akdilik Görüşü

Tahkim müessesesinin hukuki mahiyetini ilk olarak Fransız hukukçuları incelemişlerdir. Akdi görüşün kurucusu olan Merlin, tahkim anlaşmasının tahkimin ağırlık merkezini teşkil eden bir kaynak olduğu noktasından hareket ederek gerek tahkim sözleşmesinin gerek onun içinde yer alan diğer hukuki tasarruflarının menbaalarına bağlılıkları sebebiyle onun akdilik vasfını iktisap etmiş olduğunu kabul eder.⁹⁵

Tahkim sözleşmesi yargılama hukukunda yer alıyor olsa da temelinde tarafların serbest iradelerine dayanan akdi bir nitelik bulunmaktadır. Bunun sebebi ise sözleşmeye taraf olan kişilerin, uyuşmazlıklarını çözümünde özel kişileri tayin etmeleri ve çözümü onların kararlarına bırakmaları bunu yaparken de tamamen özel niteliği haiz bir ilişki içinde olmalarıdır. Bu durumun tüm hüküm ve sonuçları borçlar hukuku kapsamına girmektedir.⁹⁶

Hanefilerin çoğunluğu, Şafii ve Hanbelilerin diğer görüşlerine göre, tahkim akdi kişilere vekalet akdi hükmündedir.⁹⁷

6.2.2. Kazailik Görüşü

Tahkim müessesesinin esası, hukukun da amacı olan taraflar arasında meydana gelen ihtilafın belli bir düzen dahilinde çözülmesidir. Bu durumda tahkim uygulamasına, yargılamanın kapsamına giren ancak genel yargıdan daha bağımsız bir metoddur diyebiliriz. Tahkim sözleşmesi kazailik niteliğine de bu sebepten sahip olmaktadır.

Bu görüşe göre hakem kararları mahkeme kararı niteliğindedir. Çünkü hakemlerin görevi, kişilerin karşılıklı iddia ve savunmalarını maddi ve hukuki açıdan değerlendirerek neticesine göre bir karar vermektedir. Aralarında ihtilaf olan kişiler bunu bizzat yapamazlar. Çünkü hukuki düzen açısından bu mümkün değildir.

⁹⁵ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 109

⁹⁶ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 71.

⁹⁷ Yıldırım, Musrafa, a.g.e., s. 71; İbn Kudame, el-Muğni me'a's-Şerhi'l-Kebir, Beyrut 1983, c. 8, s. 167; Şirazi, el- Muhezzeb, Mısır 1976, c. 2, s. 89.

Herkesin kendi davasına karar vermesi gibi bir işleyiş hukukun asıl amacına aykırıdır. İşte bu durumda hakemlerin vekil sayılmalarına imkan yoktur.⁹⁸

Tahkim İslam hukukunda genel yargının bir dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasen hakem de aynı hakim gibi yargının işini yapmaktadır. Haliyle, tahkim hukuken bir vekalet niteliğindedir. Bu müessesenin tanımı yapılırken bahsi geçen “yetkilendirme” ibaresi bu vekalet mahiyetine işaret etmektedir. Lakin hakim bu velayet yetkisini resmi otoriteden aldığından umumi velayete, hakem kendisini tayin eden özel şahıslardan aldığı için özel bir velayete sahiptir.⁹⁹ Bu özel velayet hasebiyle hakemin vereceği karar onu seçenler için geçerli ve bağlayıcıdır. Nasıl ki hakim yargılamasını karara bağladıktan sonra görevine son verilse bile kararı geçersiz sayılamaz, aynı şekilde hakemin de kararı batıl olmaz.¹⁰⁰

Bu sözleşme de taraflar ile hakem arasında bir icap ve kabul olduğundan hakemlerin sözleşme esnasında belirli olması lazım gelmektedir. Yani bu durumdan ileride meydana gelebilecek bir uyuşmazlık için tahkime gidilemeyeceği anlamı çıkmaktadır. Ebu Yusuf’a göre tahkim akdi, dışarıdan bakıldığında velayet olsa da aslında uyuşmazlığa son vermek amacıyla yapıldığından sulh mahiyetindedir. Bu nedenle gelecekte meydana gelebilecek bir ihtilaf için öncesinde bir sulh akdinin yapılması mümkün olmadığından, tahkimi de bu kapsamda değerlendirerek; ileride oluşabilecek herhangi bir uyuşmazlığın tahkim şartına bağlanamayacağı dile getirilmiştir.¹⁰¹ Lakin İslam hukukunda tahkim akdinin kazailik niteliği dikkate alındığında ileride vuku bulacak ihtilaflar için tahkim koşulunun konulmasında herhangi bir beis yoktur.

Maliki mezhebi ile Şafii ve Hanbeli mezheplerinden bir görüşe göre, tahkim sözleşmesi kazai nitelik taşımaktadır. Bunun sebebi hakimler, hakem konumundadır

⁹⁸ Keleş, Ekrem, a.g.e., s. 38-39.

⁹⁹ Damad, Şeyhzade Abdurrahman, Mecmau’l-Enhur fi Şerhi Multeka’l-Ebhur, İstanbul 1301, c. 2, s. 165; Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 69.

¹⁰⁰ Ali Haydar, a.g.e., c. 4, s. 3360.

¹⁰¹ Yıldırım, Mustafa, a.g.e. s. 70; İbn Hümam, Fethu’l Kadir, Mısır 1970, c. 7, s. 315.

ve verdikleri kararları vekalet yoluyla değil özel bir yargılama yetkisiyle vermişlerdir.¹⁰²

6.2.3. Karma Görüş

Tahkim akdinin tek başına akdî veya kazaî niteliğe sahip bir sözleşme mahiyetinde olmadığını savunan görüştür. Bu sözleşmesinin kendine özgü bir yapısı olduğunu savunur. Çünkü, tahkim akdi karar ve etkisini tarafların iradelerinden almaktadır fakat aynı zamanda da usul ve esasa bağlı kurallarının uygulanmasını gerektiren kazaî bir niteliği mevcuttur.

Genel kabul gören görüş, tahkim sözleşmesinin hem kazaî hem akdî niteliğe sahip olduğu yönündedir.¹⁰³

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin tam bir görüş birliği sağlanamamıştır. Tahkimin hem gücünü taraf iradelerinden alması hem de genel yargının bir parçası olması sebebiyle kendine özgü bir yapısı olduğu kanaatindeyiz.

7. TAHKİMİN KONUSU

7.1. Giriş

İslam hukukunda tahkimin konusuna ilişkin çeşitli görüşler söz konusudur. Fakat genel olarak, davaya taraf olan kişilerin şahıslarını ilgilendiren hukuki işlemler de tahkime gidilebileceği hususunda görüş birliği mevcuttur.

İslam hukukçuları bu konuyu üç kısma ayırarak incelemişlerdir. Bunlar, tahkimin geçerli olduğu konular, tahkimin geçerli olmadığı konular ve tahkime gidilmesi ihtilaflı olan konulardır.

¹⁰² Yıldırım, Mustafa, a.g.e. s. 70; Şirazi, a.g.e., c. 2, s. 89.

¹⁰³ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 109-114.

7.2. Tahkimin Geçerli Olduğu Konular

Alım, satım, kefaret şuf'a nafaka, yaralama ve diğer bedeli olan akitler gibi içtihadı konu olan hususlar tahkimin geçerli olduğu durumlardır. Bu durumlarda hakemin vereceği her türlü kararın geçerli olacağı kabul edilmiştir. İslam hukukunda mezhepler açısından bu konuda bir görüş ayrılığı yoktur.¹⁰⁴

Hanefi ekolünde kişilerin kendilerinin şahsen yapmaya yetkili oldukları konularda tahkime gitmeleri geçerlidir. Bu hususlar genel ismiyle kul haklarıdır. Buna binaen, boşanma, azat etme, nikah, çalınan malın tazmini, kefalet, şuf'a, alışveriş, borç ve mal davaları gibi hususlarda tahkim yapılabilir.¹⁰⁵

Şafii ekolünde hadler dışındaki hususlar hakkında birkaç görüş mevcuttur. Bu görüşe göre, hakem kaza ehliyetine sahipse hadler haricindeki hususlarda hakeme başvurulabilir. Bir başka görüşe göre ise; tahkim yapılan yerde kadı olmaması şartı ile geçerlidir. Bir diğer görüşe göre ise; kısas, nikah vb. konularda olmamak kaydıyla yalnızca mal davalarında tahkim geçerlidir. Kabul edilen görüş ise tahkimin geçerliliğinin sadece mal davalarına özel olmayışındır. Çünkü devlet başkanı tarafından tayin edilen hakimin kararında olduğu gibi mal davalarındaki hükmü geçerli olan kimsenin diğer hususlardaki hükmü de geçerli olur.¹⁰⁶

Maliki ekolünde kural olarak, tarafın hakkından vazgeçmesinin uygun olduğu meselelerde tahkim geçerlidir. Yani mal ve yaralama davalarında tahkim geçerlidir. Hatta şöyle ki hakem, tahkim yapılamayan meselelerde doğru olarak hüküm verirse kararı geçerli olur. Devlet başkanı ve hakim verilen hükmü bozmaz. Hanbeli ekolünde ise, nikah, lian, kazf, ve kısas hariç tüm konularda hakemin verdiği hüküm geçerlidir ve hüküm doğurur.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 58.

¹⁰⁵ Ali Haydar, a.g.e., c. 4, s. 3358.

¹⁰⁶ Açıık, Fatma, a.g.e. s. 31.

¹⁰⁷ Açıık, Fatma, a.g.e. s. 31; İbn Arabi; Ahkamu'l Kur'an, c. 1, s. 426; İbn Kudame, a.g.e., c. 11, s. 484-485.

7.3. Tahkimin Geçerli Olmadığı Konular

Genel kural, Hanefi ekolünde hakem tayin eden kişilerin, şahsen yetki alanında olmayan yani içinde kul hakkını barındırmayan konularda tahkim yapmaları geçersizdir. Bu hususlar da Allah hakkı barındıran mevzulardır. Buna göre hadlerde tahkim geçerli değildir.¹⁰⁸

Kıyas konusu bir sonraki başlıkta incelenecek olsa da Hanefiler de kabul edilen olan görüşe göre, kıyasta tahkim geçerli değildir. Çünkü kıyasta kul hakkının yanında Allah hakkı da mevcuttur.¹⁰⁹

Hanefi ekolüne göre lian konusunda da tahkim geçerli değildir.¹¹⁰

Şafii ve Maliki ekolüne göre de hadlerde tahkim geçerli değildir. Fakat Malikilere göre hadlerde, lian, vela, neseb, talak ve azad konularında tahkim geçerli değilken hakem bu konuda hüküm verdiğinde asli kaynaklara uygun olarak karar verirse hükmü işlerlik kazanır. Devlet reisi ve hakim kararı bozmaz, onaylar. Ancak hakemi bir daha bu biçimde davranmaması üzerine uyarır.¹¹¹

Hanbeli ekolünde ise nikah, lian, kazf ve kıyasta tahkim yapılması uygun değildir. Bunun sebebi ise bahsi geçen konuların kendine has özellikleri vardır ve bu özellikler başka hükümlerle kıyas edilerek neticelendirilemez. Bu sebepten bu meselelere bakmak devlet reisine aittir. Ancak devlet reisinin yardımcıları da onun yerine geçer.¹¹²

Ekseriyetle uyulması direkt hakim ve resmi otoritenin sorumluluğunda olan, kul hakkının bulunmadığı Allah hakları (kamu davaları) tahkime konu olamaz. Çünkü bu haklar resmi otoritenin yetkisi altındadır. Bu hususlarda başka kişilerin velayet yetkisi

¹⁰⁸ Ali Haydar, a.g.e., c. 4, s. 3359.

¹⁰⁹ Ali Haydar, a.g.e., c. 4, s. 3359.

¹¹⁰ Keleş, Ekrem, a.g.e. s. 45.

¹¹¹ Ekrem Keleş, a.g.e., s. 46; Halil b. İshak, Muhtasar, Mısır 1326, s. 218; Salih Abdü's Semi el Abi, Cevahiru'l İklil, Mısır 1332, c. 2, s. 223.

¹¹² Keleş, Ekrem, a.g.e. s. 46.

bulunmamaktadır. Bu durum günümüz hukukundaki tahkim için konan kamu düzeni şartı ile benzerlik arz etmektedir.¹¹³

7.4. Tahkime Gidilmesinde İhtilaf Olan Konular

İslam hukukuna göre tahkime başvurulacak konuları incelerken; eğer konu sadece şahıs haklarına ilişkinse tahkime gitmek mümkündür. Kamusal hakları ilgilendiren bir konu söz konusu ise tahkime gidilemez. Hem Allah hakkını hem kul hakkını ilgilendiren kısas, iftira, nikah, talak, nesep, lian ve âkilenin ödeyeceği diyet gibi konularda mezheplerin farklı görüşleri bulunmaktadır.

Hanefi hukukçular, mali mevzular ile nikah, talak, kefalet gibi hukuki işlemler ile şahsa yönelik olan ve bir tazminat (diyet) yükümlülüğü doğuran haksız fiillerde tahkimi geçerli görürler. Fakat hadler, lian, ve âkilenin ödeyeceği diyet hususunda tahkime başvuracak olan tarafların dışındaki kişileri ilgilendirmesi nedeniyle tahkime başvurulamayacağı düşüncesindedirler.¹¹⁴

Kisas ile iffete iftira (kazf) cezasına ilişkin Hanefi ekolünde iki farklı görüş mevcuttur. İlk görüşe göre hukukçular genel kaideye göre hareket ederler. Kısasta şahıs hakkının ağır basması ve öldürülen şahsın velisinin kısastan vazgeçerek katili affetme hak ve yetkisinin bulunması nedeniyle kısasın tahkime konu olabileceğini onaylamışlardır.¹¹⁵

Bir diğer görüş ise kısası gerektiren suçlarda tahkimin geçersiz olduğu yönündedir. Çünkü kısas suçlarında her ne kadar şahıs haklarının ihlali mevcut ise de aynı zamanda içinde Allah hakkının ihlali mevcuttur.¹¹⁶ Tahkim bir nevi sulh olduğundan ve kişinin vazgeçme hak ve yetkisine sahip olmadığı haklar sulhe konu olamayacağından tahkime başvurulamaz. Çünkü bahsi geçtiği gibi kısas da Allah hakkı ile kul hakkı bir

¹¹³ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 59.

¹¹⁴ Açık, Fatma, a.g.e. s. 32.

¹¹⁵ İbn Hümam, a.g.e., c. 7, s. 318; Açık, Fatma, a.g.e. s. 32.

¹¹⁶ Ali Haydar, a.g.e., c. 4, s. 3359.

aradadır. Oysa tahkim tamamı ile kul hakkının bulunduğu konular bakımından geçerlidir. İmam Ebu Hanife bu görüştedir.¹¹⁷

Maliki ekolünü benimseyen hukukçular, hadler ve kısasta tahkime gidilemeyeceği konusunda Hanefilerle aynı görüşe sahipken ayrıca talak, lian ve nesep hususunda da tahkime başvurulamayacağı fikrindedirler. Çünkü, bunlar da resmi otorite ile karara bağlanabilen konulardır. Ayrıca lian ve nesepte, konu tarafların haricindekileri de alakadar etmekte bazen de direkt çocuğun durumunu etkilemektedir.

Şafii ve Hanbeli ekollerinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre resmi mahkemelerde dava olarak görülebilen her konu tahkime de konu olabilir. Hakemlerin mal konusunda verdikleri kararları geçerli ise diğer bütün konularda verecekleri hükümlerde geçerli olmalıdır. Bu görüşe göre aralarındaki anlaşmazlıkta taraf olan kişilerin kendi rızaları ile bir anlaşmaya varma çabaları da her türlü uyuşmazlığın tahkime konu olmasını gerektirir.

Bir diğer görüş ise tahkimin kısas, nikah, lian, ve iftira cezası dışında yalnızca malla ilgili uyuşmazlıklar için uygulanabilmesidir. Çünkü bu sayılan dört konuda karar verilirken hassas davranılmalıdır. Elde kesin delil olmadan bu konularda hüküm verilemeyeceğinden bu hususlar hakim kararı ile bir sonuca kavuşturulmalıdır. Esasen diğer hadler için de aynı durum mevcuttur. Hadler de Allah hakkını barındırdığı için dava bakımından bir tarafları yoktur. Böylelikle bu husustaki davalara kamu adına yalnızca resmi mahkemelerce bakılabilir.¹¹⁸

¹¹⁷ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s.60.

¹¹⁸ Yıldırım, Mustafa, a.g.e. s. 61-62.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKEMLER

1. TANIM

Hakemler, tahkim sözleşmesinin çok önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Bu nedenle hakemleri ayrı bir başlık altında incelemek konunun anlaşılması açısından daha faydalı olacaktır.

Lügatte “hüküm vermek, menetmek” gibi anlamlara gelen hükm kökünden türemiş bir isim olup örfte ve hukuk dilinde, aralarındaki uyuşmazlığı çözmesi için kişilerin kendi ihtiyarlarıyla başvurdukları şahıs veya mercii ifade eder.¹¹⁹

Bir başka ifade ile hakem, bir anlaşmazlığı çözen kimse olarak adlandırılır. Bir uyuşmazlığı bu biçimde hakeme götürmeye tahkim denildiği gibi hakeme (çoğulu hükkâm) daha teknik bir terim olarak muhakkem adı da verilir.¹²⁰ Aralarında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla tahkime müracaat eden kimselerin her birine de muhakkim denilir.¹²¹

2. HAKEMDE ARANACAK ŞARTLAR

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkta tayin edilen hakemin vereceği karar şüphesiz çok önemlidir. Tahkim sözleşmesi her ne kadar ihtiyari şekilde yapılsa da kişilerin aralarındaki ihtilafın hakkaniyete uygun şekilde çözümlenmesi hukukun doğru biçimde işleyişi açısından çok önemlidir. Bu sebeple hakemlerin belli nitelikleri taşıyan kişiler arasından seçilmesi gerekmektedir.

¹¹⁹ Akgündüz, Ahmet, Hakem, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, İstanbul 1997, c. 15, s. 171,

¹²⁰ E. Tyan, “Hakam”, The Encyclopaedia of Islam (new edition), c. 3, s. 72.

¹²¹ “Tahkim”, el-Mevsû’atü’l-Fıkhiyye, Kuveyt, c. 10, s. 236.

Tahkim akdi, kaza müessesesinin önemli bir dalıdır. Bu akdin ana unsurlarından olan hakemler de karar verme ve bu kararın sonuçları açısından hakim konumundadırlar. İşte bu nedenle İslam hukukçuları hakimlerde olan niteliklerin esasen hakemlerde de olması gerektiğini kabul etmişlerdir.¹²²

Hız. Muhammed, Dört Halife ve Emeviler devrinde hakimlik görevine teknik, manevi, ahlaki nitelikleri haiz şahıslar tayin edilmiştir. Hız. Muhammed ve Halifeler, hakim seçiminde titiz davranırlardı ve bu şahısların gerçekten yargı görevini yerine getirebilecek kişiler olduğunu tespit ettikten sonra bu göreve getirirlerdi.¹²³

Bu durumda hakemlerde aranacak özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz:

2.1. Müslüman Olmak

Hakem tayin edilen kişinin Müslüman olması şartı esasen İslam dininin diğer dinlerden daha üstün olması hasebiyle ona inanan kişilerin üzerinde farklı bir dine mensup kişiler tarafından velayet ve hakimiyet kurulamayacağı görüşüdür. Bu anlayış; “Allah kafirler için Müslümanlar aleyhine asla bir yol kılmayacaktır.”¹²⁴ ayetini temel almıştır. Tarafları bağlaması açısından yargı kurumu da bir velayet türüdür. Bu nedenle bu makamda olan hakim veya hakemde Müslüman olma koşulu aranmıştır. Bu bakımdan İslam hukukçuları arasında herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır.¹²⁵

Tarafların Müslüman olmaması halinde, hakemin Müslüman olma şartı ortadan kalkar. Farklı dinlere mensup kişilerin hakem seçiminde, kendi dinlerinden olan birini hakem tayin etmelerinde İslam hukuku açısından herhangi bir engel yoktur. Çünkü, onların birbirleri aleyhine şahitlik etmelerinde hukuki bir sakınca yoktur. Şahitlikle hakemlik arasında hukuki ehliyet açısından yakın bir ilişki söz konusudur.¹²⁶ Fakat

¹²² Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 103.

¹²³ Çeliker, Hüseyin, İslam Hukukunda Tahkim, Diyanet İlmi Dergi, Ankara 2005, c. 41, sy. 1, s. 30.

¹²⁴ Kur'an- Kerim, Nisa Suresi, Ayet 141.

¹²⁵ Açık, Fatma, a.g.e., s. 35.

¹²⁶ İbn Hümam, Fethu'l Kadir, c. 7, s. 316; Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, c. 2, s. 312.

teknik bilgi gerektiren bir hususta, o konunun ehli olan kişi bir gayrimüslim ise hakem olarak seçilen kişinin o uzmana başvurmasında bir sakınca yoktur. O uzman müracaat edilmesi gereken bir merci konumundadır.¹²⁷

2.2. Eda Ehliyetine Sahip Olmak

Vücub ehliyeti zimmete ve hukukî kişiliğe, eda ehliyeti ise akıl ve temyiz gücüne dayanır. Kişinin geçerli hukukî işlem yapabilmesi, dinî ve hukukî hükme bizzat muhatap olabilmesi için belirli bir derecede anlama ve muhakeme etme yeteneğinin olması gerekir. Hem bu şahsı hem de üçüncü kişileri koruyabilmek adına böyle bir tedbire gerek vardır. Lakin insan başlangıçta akıl ve temyiz gücünden mahrum iken gerek ruhî gerekse bedenî yetenekleri itibarıyla zamanla bir gelişme kaydettiğinden ehliyet de kişinin bu gelişimini bir gölge gibi izleyerek onunla ahenkli bir kapsam kazanır. Bunun için de eda ehliyeti başlangıçta hiç yok iken insanın iyiyi kötüden, faydalıyı zararlıdan genel hatlarıyla olsun ayırabilmesi demek olan temyiz döneminde noksan olarak başlar. Pek çok alanda bulûğ ile, bazı alanlarda ise rüşd ile tamamlanır. Bu nedenle insanların eda ehliyetini kazanması temyiz, bulûğ ve rüşd biçiminde ifade edilen üç aşamada gerçekleşir.¹²⁸

Bu genel bilgi ışığında hakemin eda ehliyetine sahip olmasından kasıt da hukuki bir sonuç doğurabilecek muamele ve fiillerde bulunabilmesidir. Bu nedenle hakem tayin edilecek kişinin akli dengesi yerinde olmalıdır. Akli dengesi yerinde olmayan kişilerin kendilerinin bir veliye ihtiyaç duymalarından ötürü başkaları hakkında hüküm vermesi mümkün değildir.¹²⁹ Bu sebeple akıl hastası olan kişilerin veya bunamış kimselerin hakem olarak seçilmesi uygun görülmemektedir.

Temyiz gücü gelişmiş, bedeni olgunluğa ermiş ve reşit olmuş kimseler bu ehliyete sahipken bu vasıfları taşımayan eksik eda ehliyetli kişilerin hakem olması mümkün

¹²⁷ Açık, Fatma, a.g.e., s. 35.

¹²⁸ Bardakoğlu, Ali, Ehliyet, DİA, İstanbul 1994, c. 10, s. 534.

¹²⁹ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 105; Derdir, Ebu'l-Berakat Ahmed b. Muhammed, eş-Şerhu'l-Kebir, Mısır, (t.y.), c. 2, s. 343.

değildir. Bazı İslam hukukçuları, mümeyyiz olan bir çocuğun hakemlik yapabileceği görüşünde ise de genelde bu görüş kabul görmemiştir.¹³⁰

Şafiilere göre kadının hakem olması mümkündür. İmam-ı Malik'e göre ise geçerli değildir. Hanbeliler de kadının hakem olmaması konusunda gerekçeler öne sürerek, hakemin erkek olması gerektiği görüşündedirler. Hanefi hukukçular kadının ceza davaları dışında kaza ve şahitlik ehliyetine sahip olduğu gerekçesiyle bu duruma itiraz etmişlerdir.¹³¹ Hukuki şartlar açısından incelendiğinde eda ehliyetine sahip bir kadının hakem tayin edilmesinde İslam hukukunun kuralları açısından bir engel yoktur. Bu esasen o dönemin yapı ve anlayışına göre fikirlerin değişiklik göstermesidir.

2.3. Adil Olmak

Hakemin adil olmasından kasıt; dini konularda hassasiyeti olan, büyük günahları işlemekten kaçınan, emanete hıyanet etmeyen ve iyi ahlaka sahip birinin olmasıdır. Hakemin adil olması noktasında İslam hukukçularının çeşitli görüşleri mevcuttur.

Şafii, Maliki ve Hanbeli ekollerinin hukukçularına göre hakemin adil olması bir koşuldur. Konu incelenirken fasıkın tanımlanmasını doğru yapmak gerekir. İki kişi arasında dahi olsa adaleti sağlayacak olan kimsenin bazı hasletlere sahip olması gerekmektedir. Aksine toplumda yüz kızartıcı suçlar işleyen, itibarı düşük birinden adalet tam anlamıyla beklenemez. Bu nedenle genel olarak kabul gören, hakemin adil olması şartına itibar edilmelidir. Çünkü bir başkası adına adaletli karar vermesi beklenen kişinin adil olma hasletine sahip olması gerekmektedir. Ayrıca tahkimden söz eden ayetlerin bazılarında da hakemin adil olma özelliği net bir şekilde dile getirilmiştir.¹³² Hanefiler ise bu hususta adalet özelliğinin şart olmadığını, bunun yalnızca hakimde bulunması gereken bir sıfat olduğunu belirtmişlerdir. Bu nedenle fasık bir kimsenin hakemliği mümkündür ve hukuken tahkimin geçerli olduğu konuların dışına çıkmadığı taktirde verdiği karar sahih kabul edilir. Esasen tahkim bir yargılamadır. Hanefilere göre bu kaza ehliyeti de şahitlik ehliyetidir. Bundan

¹³⁰ Şafii, el-Umm, c. 8, s. 305; Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 105.

¹³¹ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 105-106.

¹³² Maide Suresi, Ayet 95; Nisa Suresi, Ayet 58; İbn Kudame, el-Muğni, c. 8, s. 169.

mütevellit Hanefilere göre fasıkın şahitliği de geçerli sayıldığından hakemliği de geçerli kabul edilir.¹³³

2.4. Hukuk Bilmek

İslam alimlerinin çoğunluğu, hakemin tahkime konu olan meselede hukuki bilgisi olması gerektiğini savunmaktadır. Hanefiler hakemin ilgili konuda bilgili olmasının yeterli olduğunu, hukukun bütününde bilgi sahibi olmasının gerekli olmadığı görüşündedirler. Elbette ki hakemin hukukun tüm bölümlerini bilmesi şart olmamakla birlikte, genel bir hukuk bilgisine sahip olmasının faydalı olacağı belirtilmiştir. Hukuka tam olarak hakim olmamaktan kasıt şu örnekle açıklanabilir: Hukukun tamamına hakim olmamasına rağmen Beni Kurayza, Sa'd ibn Muaz'ı hakem tayin etmek istediğinde Hz. Muhammed (s.a.v) onun hakemliğini kabul etmiştir. Tahkimin sonunda da onun hükmünü takdirle karşılamıştır.¹³⁴

Hanefiler hakemin hukukun bütününde bilgi sahibi olması gerekmeme sebebi, hakemin uyuşmazlığın konusuna göre, hukuki bilgisinin yetersiz kaldığı durumlarda başka hukukçulardan görüş alarak karar verebilecek olmasıyla açıklarlar. Bunun yanı sıra hiç hukuki yetkinliği ve bilgi birikimi olmayan kimselerin hakem tayin edilmesi de uygun görülmemiştir. Bu durumda da seçilen hakem, farkında olmadan yanlış hükümler verebilecektir.¹³⁵

Buna mukabil bazı hukukçular, hakemin içtihat yapabilecek güce ve bilgi dağarcığına sahip olması gerektiğini savunurlar. Bunu yapamayacak kimsenin hakemliği kabul edilmez ve hükmü de geçersizdir. Şafii, Hanbeli, Maliki, Zahirî ve bazı Hanefî hukukçular ise hakemin müçtehid olması gerektiğini savunmuşlardır. İctihad yapabilmek hukuki açıdan çok geniş bir bilgi birikimine sahip olmayı gerektirir. Çünkü asli kaynaklarda açıkça çözüme kavuşturulmayan konularda, delillerden hareketle yeni hüküm çıkarabilmek oldukça zor ve meşakkatli bir iştir. Bu donanımlara sahip hakem bulabilmek de kısıtlı olduğundan bu görüşü, tahkim

¹³³ Açık, Fatma, a.g.e., s. 36.

¹³⁴ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s.107; Cuheni, et-Tahkim, s. 140.

¹³⁵ Açık, Fatma, a.g.e., s. 37.

esnasında tarafların kanıtlarını kavrayabilme ve sağlıklı hükümler verebilme kabiliyetine sahip kişilerin varlığının yeterli olduğu şeklinde anlamak daha gerçekçi olabilir. Hanefi hukukçular genel olarak hakemin müçtehid olma seviyesinde bir hukuk bilgisine sahip olmasının şart olmadığını belirtmiştir.¹³⁶

Bir kısım hukukçular ise daha orta bir yolu savunarak, hakem olarak seçilecek kişinin müçtehid olmasının esas olduğunu fakat böyle bir imkanın olmadığı durumlarda müçtehid olmayanın da bu görev için seçilebileceğini, seçilen bu kişinin kendinden önceki müçtehidleri taklit etmek suretiyle karar verebileceğini savunurlar.¹³⁷

3. HAKEMLERİN SEÇİMİ

3.1. Genel Olarak

Hakemi taraflar kendileri seçerler. Taraflardan her biri hakem kararını açıklamadan evvel tahkimden geri dönebilir. Lakin, karar verildikten sonra geri dönemezler.¹³⁸

Hakemin devlet elinden doğrudan tayin edildiği durumlar da mevcuttur. Ayrıca tarafların kendilerinin seçtiği hakeme, hakim tarafından onay verilirse, bu hakem onun yardımcısı konumunda olur. Şöyle ki yönetim tarafından tayin edilmiş ve yardımcı tayinine de yetkisi olan hakim, tarafların seçtiği hakemin görevini onaylarsa, hakimin onu halef seçmesi ile bu hakem onun yardımcısı konumunda olmaktadır.¹³⁹ Bu durumun doğal bir sonucu olarak da, iki taraf da artık bu hakemi azledemez. Çünkü bu durumda hakem artık hakimin vekilidir.¹⁴⁰

Tarafların usulüne uygun biçimde atadıkları hakemleri, atanmaları esnasında sulh yapmaları hususunda da yetkili kılmaları halinde bu hakemlerin yaptıkları sulh geçerli

¹³⁶ Çeliker, Hüseyin, a.g.e., s. 35.

¹³⁷ İbn Hümam, a.g.e., c. 5, s. 454; Çeliker, Hüseyin, a.g.e., s. 18.

¹³⁸ Keleş Ekrem, a.g.e., s. 53.

¹³⁹ Mecelle, md. 1847.

¹⁴⁰ Balcı, Muharrem, a.g.e., s. 77.

olur. Bunun neticesinde taraflardan herhangi biri bu barıştırmayı kabul etmekten kaçınamaz.¹⁴¹

Kişiler arası anlaşmazlıkta tarafların hakem olarak atamadığı bir kimse, bu husumeti ortadan kaldırmak adına tahkim yapar ve bir hüküm verirse akabinde taraflar da rıza göstererek hükmünü geçerli sayarlarsa, bu kimsenin verdiği karar uygulanır.¹⁴² Esasen Mecelle’de bahsi geçen bu maddenin atıfta bulunduğu bir diğer madde şöyledir: “İcazet-i lâhika vekâlet-i sâbika hükmündedir.”¹⁴³ Yani hukuki işleme sonradan verilen onay, sanki işlemin en başında verilmiş gibi hüküm doğurmasını sağlar.

Hakem ona verilen bu hakemlik görevini icra etmek istemez ise tahkim akdi de gerçekleşmez.¹⁴⁴

3.2. Aile Uyuşmazlıklarında Hakem Seçimi

Eşler arasındaki anlaşmazlıklarda hakemin görevlendirilmesini işaret eden ayet-i kerimede¹⁴⁵ hakemin görevlendirilmesi emri, İmam Şafii’ye göre kesin ve bağlayıcıdır. Fakat ekseriya hukukçular, bu durumu mendup yani kesin olmayan fakat istenilen bir durum olarak ifade etmişlerdir.¹⁴⁶

Bu tür eşler arasındaki geçimsizliklerde ayetteki hakem görevlendirme emri baskın olan görüşe göre, hakimlere verilmiştir. Birtakım alimler ise hitabın velilere yönelik olduğu görüşündedirler.¹⁴⁷

¹⁴¹ Mecelle, md. 1850.

¹⁴² Mecelle, md. 1851.

¹⁴³ Mecelle, md. 1453.

¹⁴⁴ Ali Haydar, Durer, a.g.e., c. 4, s. 3359.

¹⁴⁵ Kur’an- Kerim, Nisa Suresi, Ayet 35.

¹⁴⁶ Sabuni, Muhammed Ali, Safvetü’t-Tefâsîr “Tefsirlerin Özü”, tercüme: Sadreddin Gümüş-Nedim Yılmaz, İz Yayıncılık, İstanbul 1990, s. 521; Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 112.

¹⁴⁷ Nesefi, Ebu’l Berekat Abdullah b. Ahmed b. Mahmud, Medari’l-ku’t-Tenzil ve Hakaiku’t-Te’vil (Tefsiru’n Nesefi), İstanbul 1984, c. 1, s. 224; Kurtubi, el-Cami, c. 5, s. 174; Keleş Ekrem, a.g.e., s. 47.

Esasen fakihler arasında, eşlerin yaşadığı geçimsizlikte hakemi gönderenin kim olacağına ilişkin konuda çeşitli fikir ayrılıkları mevcut olmuştur.

Hakem görevlendirme yetkisi Said b. Cubeyr ve Dahhak’a göre, Devlet başkanına ya da onun vekili olan kadiya aitken; Suudi’ye göre, eşler bu konuda yetkilidir. Bir başka görüşe göre ise; Allah (c.c.) ayette genele hitapta bulunduğu için Müslümanlardan salih olarak bilinen her kimse bu konuda mükelleftir. Devletin başkanı olsun yahut olmasın bütün Müslümanlara vaciptir. Çünkü buradaki asıl amaç zararı ortadan kaldırmaksa bu durum her Müslümanın yapması gereken bir şeydir.

Bir diğer görüşe göre ise, hakem tayin etme yetkisi Müslümanları temsilen bu görevi yerine getirebilecek vasıfları taşıyan kişilerindir ki bunlar da hakimlerdir.¹⁴⁸

Sonuç olarak, öncelikle hakemi seçme yetkisi karı kocaya aittir. İki tarafın akrabalarının da fikrinin alınarak bu seçimi gerçekleştirmenin daha uygun olacağı ayette geçen “min ehlihi” (erkeğin ehlinde), “min ehliha” (kadının ehlinde) kayıtlarının işaretinden anlaşılmaktadır.¹⁴⁹

Birtakım alimlere göre eşler arasındaki uyuşmazlıklarda hakem tayin edilmesi vaciptir. İmam-ı Şafii bu fikirdedir. Devletin başkanı ve onun seçtiği hakimler, eşlerin arasındaki uyuşmazlığın ilerlediğinden haberi olunca hakem göndermeleri gerekmektedir. Problemin mahkemeye intikal etmesini beklemezler. Bir kısım alimlere göre ise bu müstehaptır.¹⁵⁰

Eşler arasındaki geçimsizlikte hakimın tahkime müracaat etmesi ve akabinde hakemi seçmesi ancak tarafların durumunun mahkemeye taşınması ve hakimın duruma el koyması halinde mevcuttur. Aksi halde, eşler her konuda tahkim yapabildikleri gibi bu durumda da aralarındaki mevzuyu hakime intikal ettirmeden, onun vereceği karara

¹⁴⁸ İbn Arabi, a.g.e., c. 1, s. 423; İbn Aşur, Muhammed Tahir, et-Tahrir ve’t Tenvir, Tunus 1997, c. 3, s. 47; Açık, Fatma, a.g.e., s. 40.

¹⁴⁹ Elmalılı, a.g.e., c.2, s. 1353.

¹⁵⁰ Keleş, Ekrem, a.g.e., s.48.

baştan rıza göstererek, kendi aralarında bir hakem seçebilirler. Her ne kadar Maliki kaynaklarda bu hususta hakemleri sadece devlet başkanının tayin edebileceği belirtilmişse de ittifak halinde değildir. Zira İbnu'l Arabi, eşler iki tane hakem tayin etseler ve bu hakemler hüküm verse geçerli olur demektedir.¹⁵¹

Hakemlerin eşlerin akrabalarından görevlendirilmesi; tarafların durumlarına hakim olmaları, aralarının bulunması arzusunun daha yüksek olması ve haksız olan tarafın belirlenmesinde şahitliğinin daha güvenilir olması hasebiyledir. Elbette ki bunu akraba olmayanlar da yapabilir. Lakin, akrabalar karı-kocayı daha iyi tanıyabilirler, içinde bulundukları hali daha iyi tahlil edebilirler ve geçimsizliğin çözümünde yabancılardan daha iyi rol oynayabilirler. İslam alimleri, hakemlerin tarafların akrabalarından olmasını daha uygun bulmaktadırlar. Çünkü aileden seçilen hakemler taraflara nasıl davranılması gerektiğini daha iyi bilebilirler ve taraflar arasında yabancılara anlatılmak istenmeyen mahrem konular aileden seçilen hakemlere anlatılabilir ve hakemlerde bu aile içi sırları saklamak konusunda yabancılara göre daha özen gösterebilirler.¹⁵² Ayrıca iki taraftan da birer hakem olunca, diğer tarafa meyletme ihtimalinden uzaklaşılır. Bu sayılan sebepler neticesinde hakemin akrabadan seçimi zorunlu bir şart olarak görülme de müstehaptır. Mevcut duruma göre akrabadan olmayan kimselerin seçilmesi de caizdir. Hakemi tayin etme hakkı, eşlere aittir.¹⁵³

Kur'an-ı Kerim'de geçen; "Eğer karı-koca arasının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden de bir hakem belirleyin."¹⁵⁴ ayetinden yola çıkarak taraflar arasında bir husumet olduğunda tahkim yapacak hakemin akrabadan olması gerektiği anlaşılr. Fakat tarafların akrabalarının bulunmadığı veya tarafların akrabalarının arasında bu durumun kendilerine havale edildiği takdirde çözüm

¹⁵¹ Keleş, Ekrem, a.g.e., s. 48.

¹⁵² Keleş, Ekrem, 'Dini Nikah' Adı Altında Yapılan Gayr-ı Resmi Nikah Akdinin Tahkim Yoluyla Sona Erdirilmesi, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, s. 3, 2004, s. 193-209.

¹⁵³ Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi, Hak Dini Kuran Dili, Eser Neşriyat, İstanbul 1979, c. 2, s. 1352-1353.

¹⁵⁴ Kur'an-ı Kerim, Nisa Suresi, Ayet 35.

üretecek ehil kimselerin olmadığı veyahut eşlerin yabancı bir kimseyi hakem olarak tercih ettikleri durumda yabancıların da hakemliği caiz olur.¹⁵⁵

Şüphe yok ki eşler arasında bir husumet olduğu zaman asıl mevzu husumete sebep olan konunun ivedilikle çözülmesi, çözülemediği takdirde de ona uygun bir sonuca varılmasıdır. Bu noktada hakemlerin kimlerden seçilmesinden ziyade hakemlerin doğru karara ulaşacak kimseler olması çok daha mühim bir meseledir.

4. HAKEMLERİN SAYISI

İslam hukukunun temel dayanağının Kur'an-ı Kerim olduğu dikkate alınırta tahkim sözleşmesine ilişkin ayetleri incelediğimizde hakem sayısına dair bir açıklamanın da mevcut olduğunu göreceğiz. Karı-koca arasındaki uyuşmazlığın tahkim ile çözülmesine ilişkin ayeti kerime de: “...her iki tarafın da akrabalarından birer kişi...”¹⁵⁶ diye belirtilmiştir. Tahkime ilişkin bir diğer ayet ise ihramlı iken av hayvanlarının öldürölmesi ile alakalı olan ayeti kerimedir. Burada da: “...içinizden iki âdil kimsenin takdir edeceği bir kurbanlık hayvan...”¹⁵⁷ diyerek tahkimde iki kişinin olması esası bildirilmiştir.

Bazı alimler de bahsi geçen ayetlerin lafzından direkt olarak anlaşılan ifadelere uymak gerektiğini aksi halde Kur'an nassına ters düşölümüş olacağını belirtmişlerdir. Aksi bir kanıt bulunmadıkça açıkça ifade edilen hükümlere muhalefet olunmayacağını söylemişlerdir.¹⁵⁸

Tahkim hususunda oldukça önemli çalışmaları bulunan Hamdan el-Cuheni şöyle bir örnek vermiştir:

¹⁵⁵ Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi, a.g.e., c. 2, s. 1453; İbn Arabi, a.g.e, c. 1, s. 426; Keleş, Ekrem, a.g.e., s. 49.

¹⁵⁶ Nisa Suresi, Ayet 35.

¹⁵⁷ Maide Suresi, Ayet 95.

¹⁵⁸ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., 121.

Muhammed ibn Sirin'in ifade ettiğine göre, bir kişi Hz. Ömer'in yanına gelerek arkadaşlarıyla beraber ihramlı iken bir ceylanı avladıklarını söyledi. Hz. Ömer'in bu husustaki fikrini sordu. Hz. Ömer ise hemen hüküm vermekten ziyade yanında bulunan Abdullah b. Avf'a yönelerek ikisinin birlikte hüküm vermesini uygun bulmuştur. Netice olarak bir keçi bedeli ödemelerine karar vermişlerdir. Lakin bu kişi giderken Hz. Ömer'in bir ceylan hakkında dahi hüküm verirken birinden yardım almasına hayıflanmıştır. Hz. Ömer ise bunun duyunca onu yanına çağırdı ve Maide suresinin "...adalet sahibi iki kişi hüküm versin." ayeti kerimesini okumuştur. Hz. Ömer İslamiyet'i dolayısıyla da Kur'an-ı Kerim'i en iyi kavrayanlardan biriydi. Yalnız başına hüküm verebileceği halde ayeti kerimeyi gerekçe olarak sunarak karara bir başkasını ortak kılması, Kur'an-ı Kerim'in ifadelerine muhalefet edilmemesi gerektiğinin kanıtıdır.¹⁵⁹

Hz. Ömer'in bu hadisedeki tutumunu, karar veren kişinin herhangi bir töhmet altında kalmaması için olduğuna dayandırabiliriz. Kur'an-ı Kerim'in mayasında evrensellik bulunduğu için her dönemin problemlerine ışık tutması esastır. Bu denli önem arz eden, problemlerin çözümüne ışık olan bir meselede ciddiyetin muhafaza edilmesi için de tek bir hakem yerine iki kişi kişinin uygun görülmesi oldukça anlaşılır durmaktadır.

Mecelle'de ise bu konuya ilişkin şu maddeye bakabiliriz: "Muhakemenin teaddüdü caizdir. Şöyle ki bir konuda iki veya daha fazla kişinin hakem nasb olunması geçerlidir. Müddei ve müdde aleyh taraflarından birer hakem nasb etseler geçerli olur."¹⁶⁰ Bahsi geçen bu maddede kişilerin iki tane hakem seçmesinin mümkün olduğu ve hatta ikiden daha fazla hakemin bile seçiminde bir sakınca olmadığı düzenlenmiştir.

¹⁵⁹ Yıldırım Mustafa, a.g.e., s. 121-122; Cuheni, et- Tahkim, s. 202-204.

¹⁶⁰ Mecelle, madde. 1843.

İslam hukukunda bir geçimsizlik söz konusu olduğunda tarafların seçeceği hakem sayısının iki ya da daha fazla olmasında bir sakınca yoktur.¹⁶¹ Bu geçimsizliğe taraf olan kimseler, bir kişiyi veyahut daha fazla kişiyi hakem olarak seçebilirler.¹⁶²

Kur'an-ı Kerim ayetlerinin bize bakan yönünü incelerken, bir yandan da değişen şartlara yeni açıklamalar getirilmesi kaçınılmazdır. Salt lafzi olarak yorumlanmayıp, ayetin hikmetini kanıksayarak, değişen hayat koşullarına göre yeni yorumlar yapılabilmesi İslam hukukunun evrenselliğinin bir kanıtıdır.

5. HAKEMLERİN YETKİ VE STATÜLERİ

5.1. Genel

Hakemlerin yetkilerinin sınırlarını çizebilmek için öncelikle onlara verilen bu görevin hangi misyonu yüklediğini bilmek gerekmektedir. Esasen hakemler yetkilerini husumete taraf olan kimselerin iradelerinden alırlar.

Lakin İslam hukukçuları bu tartışmayı genel olarak, karı-koca arasındaki geçimsizliklerin çözülmesi için tayin edilen hakemler arasında sınırlı tutmuştur. Hakemlerin geçimsizlik yaşayan çiftlerin ayrılığına hüküm verip veremeyeceği de onlara tanınan bu yetki ve statünün bir sonucu olarak önem arz etmektedir.

5.2. Hakemlerin Statüsü

İslam hukukunda da hakemlerin statülerine ilişkin İslam alimleri ihtilafa düşmüşlerdir. Hakemlerin tarafların vekili mi yoksa hakimın yetki verdiği naibler mi olduğu konusunda iki farklı görüş söz konusudur.

¹⁶¹ El-Fetaval'l Hindiyye, c. 3, s. 318; Şafii, Muhammed b. İdris, el-Umm, c. 5, s. 195; İbn Kudame, el-Muğni, c. 11, s. 484; Maverdi, Edebu'l-Kadi, c. 2, s. 384; Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 120.

¹⁶² Es-Semnani, Ebu'l Kasım Ali b. Muhammed er-Rahbi, Ravdatu'l Kudat ve Tariku'n-Necat, Bağdat, 1970, c. 1, s. 78; Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 120.

5.2.1. Vekil Konumunda Olduğunu Savunanlar:

Tahkim müessesesine ilişkin kaynakları incelerken de görüldüğü üzere günümüze kadar gelen çok çeşitli kaynaklar mevcut değildir. Sınırlı kaynaklar üzerinden çeşitli fikirler oluşturulmaya çalışılmıştır. Hal böyle olunca, ihtilafa düşülen meseleler de aslında kaynakların incelenirken aynı olaylara farklı yorumlar getirilmesiyle meydana gelmiştir. Hakemin statüsü incelenirken, onun vekil olduğunu savunan hukuk düşünürleri aslında hakim olduğunu savunan kişilerin sunduğu argümanları ileri sürmüşlerdir. Lakin bu delilleri farklı bir bakış açısıyla yorumlamışlardır.

Ebu Hanife, Ata, Zeyd b. Eslem, Katade, Davud, Hasanü'l Basri, Ebu Sevr, Ahmed b. Hanbel'in iki rivayetinden biri ve İmam-ı Şafii'nin iki sözünden en açık olanına göre, hakemler eşlerin vekili statüsündedirler. Haliyle karı-kocayı ayırmaya yetkili değildirler. Ancak eşler hakeme bu hususta yetki verirlerse bu tasarrufu gerçekleştirebilir.¹⁶³

Ayette geçen "...eğer iki taraf da işi düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur." ibaresinden anlaşılan, Allah'ın öncelikle isteğinin hakemlerin eşlerin aralarını bulmak için çaba sarf etmeleri gerektiğidir. Burada ayrılıktan bahsedilmemektedir. Yani eşler ayrıca bir izin ve vekalet vermeden hakem, onlara başvuran çiftin ayrılmasına hüküm veremez.¹⁶⁴

Bu görüşe bir diğer delil olarak; aralarındaki uyuşmazlık sebebiyle Hz. Ali'ye başvuran karı-kocanın hadisesi örnek gösterilmiştir. Hz. Ali bu karı-koca için atadığı hakemlere: "Vazifenizin ne olduğunu biliyor musunuz? Vazifeniz eşlerin ayrılmasına kanaat getirirseniz onları ayırmak, beraber olmalarını doğru bulursanız onları birleştirmektir." demiştir. Kadının: "Karar ne olursa olsun kabulümdür." demesine cevaben kocası: "Şayet karar ayrılık olursa razı olmuyorum." ifadesinde bulunmuştur. Hz. Ali bunun üzerine: "Vallahi kadının ikrar ettiği biçimde ikrar etmedikçe tahkimi kabul ettiğin hususunda yalan söylemiş durumdasın." demesini bu görüşe bir delil

¹⁶³ Keleş, Ekrem, a.g.e. s. 49.

¹⁶⁴ Açık, Fatma, a.g.e. s. 64.

olarak kabul etmişlerdir. Burada hakemin kararının ancak eşlerin rızasının olması ile geçerli olacağını görüyoruz. Eğer hakemler hakim gibi olsalardı bu rızayı alma gereksinimi olmazdı.¹⁶⁵

Evli çiftlerin yaşadıkları uyumsuzluklar zaman zaman da ayrılık ile neticelenebilir. Erkeğin boşanma hakkının yanı sıra; bir bedel karşılığında boşanabilme (muhâlea) bakımından kadının da hakkı mevcuttur. Bu kişiler hukuki ehliyete haiz olmaları sebebiyle, bu haklarından sadece velayet ya da vekalet yöntemiyle feragat edebilirler.¹⁶⁶ İşte bu nedenle hakemler vekil statüsünde oldukları zaman, yaptıkları işlemler müvekkillerinin onay ve rızalarına dayalı tasarruflar olarak nitelendirilebilir.

5.2.2. Hakim Konumunda Olduğunu Savunanlar:

Bu fikre göre hakemler hakim gibidirler. Şafiiler ve Ahmed b. Hanbel'den aktarılan bir görüşe ve Maliki ekolüne göre, hakem seçilenler, bu kişilerin vekili değil hakim pozisyonundadır. Bu sebeple hüküm verecekleri zaman tarafların rızalarını almaları şart değildir.¹⁶⁷

Hz. Ali, İbn Abbas, Ebu Seleme b. Abdurrahman, Şa'bi, Said b. Cübeyr, Nahai, İmam-ı Malik, Evzai, İshak ve İbnu'l Münzir gibi birçok alim bu görüştedirler.¹⁶⁸

Bu görüşü savunanlar öncelikle tahkime ilişkin ayetin apaçık ifadesinde: *“Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız; erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden de bir hakem belirleyin. Bunlar barışmak isterlerse Allah aralarını bulur. Şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır.”*¹⁶⁹ yer alan hakem kelimesine dikkat çekmektedirler. Burada, eşler tarafından tayin edilecek kimseler hakem olarak nitelendirilmiştir. Yüce Allah isteseydi hakem sözcüğü yerine vekil

¹⁶⁵ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 127.

¹⁶⁶ Açık, Fatma, a.g.e., s. 65.

¹⁶⁷ el-Baci, Ebu'l Velid Suleyman b. Sa'd b. Eyyub, el Munteka Şerhu, Muvatta' el İmam Malik, Mısır 1322, c. 4, s. 114; Şirazi, el- Mühezzeb, c. 2, s.89; Açık, Fatma, a.g.e., s. 61.

¹⁶⁸ Keleş Ekrem, a.g.e., s. 50.

¹⁶⁹ Nisa Suresi, Ayet 35.

kelimesini de kullanabilirdi. Gerek hukuk dilinde gerek örfi olarak vekil kelimesi hakem kelimesinin alternatifi olarak kullanılmamaktadır¹⁷⁰

Ayrıca tarafların arasındaki geçimsizliği gidermek için verilen hükmün geçerli olabilmesi için hakemlerin kararlarının uyumlu olması gerekmektedir. Ki ancak bu şekilde problem bir çözüme kavuşur. Ayeti kerimede geçen: “*Erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden de bir hakem gönderin.*” lafzından anlaşılabileceği gibi buradaki iki hakemin kararlarının bağdaşması neticesinde bir sonuca varılabilir. Eğer bu kimseleri vekil olarak nitelendirirsek, vekil olan kişinin, ona vekalet veren lehine hareket etme refleksinde bulunması kaçınılmaz olacaktır. Haliyle ayetin asıl iniş maksadı olan, uyuşmazlığın giderilmesi durumu gerçekleşmemiş olacaktır.¹⁷¹

Tahkime ilişkin ayette geçen: “aralarını düzeltmek isterlerse” ibaresinde kastedilen hakemlerin bunu istemesidir. Müfessir ibn Aşur da hakemin vazifesinin yalnızca ıslah ile hudutlandırılmasını doğru bulmamaktadır. Esasen ayette kastedilen ıslahtan daha öte tevfiik ifadesi ile bağdaşmaktadır. Tefvîkin sözlükteki manası: “farklı şeyleri ortak bir ilgi aracılığıyla bir araya getirmek; barıştırmak” olarak geçmektedir. İslam hukukunda kelam terimi olan tevfiik de şöyle açıklanmaktadır: “Allah’ın hayırlı işlerde kişiyi başarılı kılması.”¹⁷² Hakemlerin esas vazifesi karı-kocanın problemini gözlemleyip aralarını bulmaktır. Ancak bu mümkün olmaz ise ayrılığa karar verilebileceği uygun görülmüştür. Burada hakemlerin iyileştirme niyeti tevfiike bir vesiledir. Ayeti kerimenin bu mana haricinde yorumlanması da hikmetinin yitirilmesine sebep olmuş olur.¹⁷³

Hakemin, hakim konumunda olduğu fikrini savunanların buna ilişkin bir diğer delili ise; Ukayl b. Ebi Talip ile eşi Fatıma binti Utbe b. Rabia arasındaki anlaşmazlığı gidermek için Muaviye b. Ebi Sufyan ile ibn Abbas’ın hakem olarak tayin edilmesi hadisesidir. Rivayete göre Hz. Osman bu iki kişiyi hakem olarak atamış ve “...eğer

¹⁷⁰ Açık Fatma, a.g.e., s. 61.

¹⁷¹ Yıldırım, Mustafa, a.g.e. s. 125-126.

¹⁷² Alper, Hülya, DİA, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2012, c. 41, s. 8.

¹⁷³ Açık, Fatma, a.g.e., s. 62.

ayrılmalarını uygun görürseniz ayırın.”¹⁷⁴ diyerek, onları birleştirme veya ayırmaya yetkili kılmıştır. Eğer bu kişiler vekil statüsünde olsalardı böyle bir insiyatife sahip olamazlardı.

Yine yukarıda bahsi geçen olayda Hz. Ali’nin hakemin ayrılık kararı vermesi durumunda bunu kabul etmeyeceğini dile getiren kocaya; “Vallahi kadının ikrar ettiği biçimde ikrar etmedikçe tahkimi kabul ettiğin hususunda yalan söylemiş durumdasın.” diyerek hakemin eşleri birleştirme yetkisi kadar ayırma yetkisinin de var olduğuna dikkat çekmiştir. Ayrıca Hz. Ali’nin tarafları bu karara riayet etmeleri hususunda zorlaması, hakemin bu yetkiye sahip olduğu görüşünü desteklemektedir.¹⁷⁵

Bu görüşe ilişkin bir diğer delil de Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesinin 130. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Bu madde şu şekildedir: “Eşler arasında anlaşmazlık meydana gelir, eşlerden biri hakime başvurursa, hakim tarafların akrabalarından birer hakem seçer. Birisinin ya da her ikisinin akrabasından hakem seçilecek kişi bulunamaz ise ya da bulunup da hakem olabilecek özelliklere sahip olmazsa aileden olmayan yabancı, munasip kişileri seçer. Bu biçimde oluşturulan aile meclisi tarafların, ifade ve savunmalarını dinleyerek aralarını bulmaya çalışır. Bunun olası olmadığı hallerde kabahat kocada ise onları ayırır. Karıda ise mehrin bütününün ya da bir bölümünün karşılığında muhalaa yapar. Hakemler kendi aralarında fikir birliği sağlayamazlarsa hakim, gerekli nitelikleri barındıran diğer bir hakem heyeti ya da eşlerin yakını olmayan üçüncü bir hakem seçer. Hakemlerin vereceği karar kesindir, karşı gelinemez.”¹⁷⁶

Kararnamede bu görüşe yer verilmesinin nedeni ise şu şekilde dile getirilmiştir:

“Bu tasarı bugüne dek uygulanmaması hasebiyle ülkemiz için oldukça yeni olan bir yol olarak kabul edilmiştir. Esasen, eşler arasında bir uyuşmazlık meydana gelmesi halinde, karar vermesi için izin verilmiş bir aile meclisi yani eşlerin ailelerinden

¹⁷⁴ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 126.

¹⁷⁵ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 126.

¹⁷⁶ Aile Hukuku Kararnamesi, m. 130.

seçilen kimselerden oluşan bir hakem heyeti kurulması söz konusudur. Bu şekilde bir hakem heyetinin kurulması zorunlu olmasına rağmen memleketimizde uygulanmamasının nedeni, Hanefi ekolüne göre hakem heyetinin sadece eşleri barıştırmaya yetkili olması ve taraflarca vekalet verilmedikçe ayrılığa yetkili kılınmayışlarıdır.

Oysaki olay sadece arayı bulmaktan ibaret değildir. Bundan ibaret olsa, zorluğa girip böyle bir meclis oluşturulmasına lüzum yoktur. Çünkü zaten eşler mahkemeye başvurdukları takdirde hakimler karar vermeden evvel karı-kocanın arasını bulma vazifesini yerine getirmek için elinden geleni yapmaktadır. Eşlerin hakem heyetine vekalet vermeleri ise ihtiyari bir durumdur. Haklı olmayan eşin, bu durumda aleyhine vekalet vermeyeceği de aşıkardır. Bir diğer yandan Maliki ekolünde, vekalet koşulu olmaksızın hakem heyetine karar verme yetkisi verilmiştir. Hakemler eşlerin barışmasının mümkün olmadığı durumlarda, kabahat kocada ise karısının karşılıksız olarak ayrılmasına; kabahat kadında ise mehrin bütünü ya da bir bölümünün bedeli karşılığında muhâlea yapılmasına karar verirler.

Hakemlerin kararlarının eşler bakımından uygulanması esas olup, karı-kocanın daha sonra yapacakları itiraz kabul olunmaz. Zira hakemin kararı şahitliğe dayandırılarak değil, eşlerin bizzat durumları incelenerek verilmiştir.

Bu hususta Maliki ekolünün kabul, memleketimizde aileler içinde yaşanan birçok uygun olmayan durumların kalkmasına hizmet etmesi ve bilhassa zulüm ve haksızlık yaptıkları halde boşanma yetkisini elinde tutan kocaların bu haksız davranışlarını bitirmesi umuduyla belirtilen görüş kabul edilmiştir. 130. madde de işte bu gerekçeyle düzenlenmiştir.”

Lakin hakemler tayin edilirken, eşler hakeme ayırma, muhalaa dahil tüm bu işlemleri yapabileceklerine dair yetki tanırılsa, işte o vakit ayırma ve kadının malından bedel ödemesi gibi tasarrufları yapabilecekleri konusunda fikir ayrılığı yoktur.¹⁷⁷

Son dönemdeki İslam hukukçuları da hakemlerin hakim statüsünde bulunduğunu, haliyle de sulha/arabulmaya olduğu kadar tefrike/boşamaya da yetkili olduklarını dile getirmektedirler. Sonuç olarak hakemler ilk önce husumeti gidererek, karı-kocanın arasını düzeltmeye çalışırlar. Bütün uğraşlara karşın uzlaşma muhtemel değilse hakemler tarafların ayrılmasına karar vereceklerdir.¹⁷⁸

Sosyal meselelere yapılan yorumların o dönemin yaşayış şekline, geleneklerine göre şekillendiği aşıkardır. Bu meselede de taraflar aslında aynı olayları kendi sosyal yapılarına göre farklı yorumlayarak delil şeklinde sunmuşlardır. Lakin hakemin hakim statüsünde kabul edilmesi sunulan gerekçeler ışığında değerlendirildiğinde daha baskın gelmektedir.

5.3. Hakemlerin Yetki Alanı

İslam alimleri, hakemlerin karar verirken uyması gereken kesin kurallar bildirmemişlerdir. Bu kadar mühim bir meselede uyulması mecburi olan mutlak kurallar olsaydı şayet Hz. Muhammed bu kuralları bildirirdi. Hz. Muhammed Sa'd ibn Muaz'ı hakem olarak seçtiğinde ona sınırlar koymamış hatta serbest içtihat yetkisi vermiştir. Buradaki esas sınır, İslam hukukunun genel prensiplerine aykırılığın olmamasıdır.¹⁷⁹

Serbest içtihat etme yetkisinin hakemde haiz olduğuna kanıt olarak sunulabilecek ayeti kerime şöyledir: "... Bir kaledeki halkı kuşatır ve senden kendileri için Allah'ın hükmünü uygulamanı isterlerse, Allah'ın hükmünü uygulama. Kendi hükmünü uygula. Çünkü Allah'ın onlar için vereceği hükme isabet edip etmeyeceğini

¹⁷⁷ Elmalılı, a.g.e., c. 2, s. 1353.

¹⁷⁸ Yılmaz, İbrahim, İslam Aile Hukukunda Boşanmaları Önleyici Bir Tedbir Olarak Tahkim Müessesesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması, Türkoloji Araştırmaları, 2017, c. 12, sy. 10, s. 342

¹⁷⁹ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 130.

bilemezsin.”¹⁸⁰ Ebu Davud’un yine aynı mesele ile alakalı rivayetinde: “sonra onlar hakkında istediğiniz kararı veriniz.”¹⁸¹ eklemesi bulunmaktadır. Yani hakemler İslam hukukunun genel prensiplerine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde karar verme özgürlüğüne sahip olarak husumetleri giderme hakkına sahiptirler.

Elbette ki bu genel yetkinin de kendi içinde sınırları mevcuttur. Hakemler sadece, onu seçenler hakkında ve onların istedikleri konuda karar verme yetkisine sahiptirler. Yani kişiler hangi konuda hakeme yetki vermişlerse, hakem de yalnızca o konuda hüküm verebilir. Bunların haricindeki konularda yetkili değildir. Ayrıca hakemin kararı ancak evvelinden onun vereceği hükme rıza gösterenler için muteber olmaktadır, diğer kişilere sirayet etmemektedir. Halbuki hakimın vereceği karar kişilerin onay verip vermemesinden bağımsız olarak geçerlidir.¹⁸²

Aile hukukundan borçlar hukukuna, ceza hukukundan milletlerarası gibi birçok hukuk alanında problemlerin aşılmasında uygulanan tahkim kurumu, resmi yargı yoluna alternatif bir müessese olmayıp yardımcı ve uzlaştırıcı bir kurum olarak kabul görmektedir. Hakemi, hakimden ayıran temel nitelik ise hakemin kamu hukukundan doğan genel, resmi bir sıfat ve yetkisinin bulunmamasıdır. Bu sebepten hakemler, uyuşmazlık problemi bulunan tarafların kendi iradeleriyle seçtikleri kimseler olup yalnızca kendilerine havale edilen husumet konusunda yetkilidirler.¹⁸³

Karı kocanın boşanmasına hakemin hüküm vermesi halinde, bu kararı yerine getirirler ve bu tam bir boşanma kabul edilir. Bu boşanma, erkeğe verilen bir bedel karşılığında olsun ya da olmasın, erkeğin artık bir daha eşiyle birleşme hakkı bulunmamaktadır.¹⁸⁴

Hakemlerin bazı kişiler adına verdikleri kararlar da kabul görmemektedir. Bu duruma şöyle bir sınır çizilmiştir; lehine şahitlik yapılamayan kimse hakkında lehine karar da

¹⁸⁰ Müslim, Cihad ve’s-Siyer, 2.

¹⁸¹ Ebu Davud, Cihad, 82.

¹⁸² Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 131.

¹⁸³ Yılmaz, İbrahim, İslam Aile Hukukunda Boşanmaları Önleyici Bir Tedbir Olarak Tahkim Müessesesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması, Türkoloji Araştırmaları, s. 338.

¹⁸⁴ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 132.

verilemez. Hakem bir kimsenin yararına olacak şekilde karar verdiğinde bu kimsenin kendi ailesinden olmaması gerekmektedir. Yani hakem; annesi, babası, kardeşi ve karısı için lehe karar veremez. Fakat aleyhlerine karar verebilir.¹⁸⁵

Bir hakem geçimsizliğe taraf olanların onayını almadan gidermeye çalıştığı problem için kendi yerine bir başkasını hakem olarak atayamaz. Ola ki bunu gerçekleştirirse, hakemin verdiği karar, devlet otoritesi tarafından kabul edilse bile, tarafların rızası bulunmadığı için geçerli sayılmaz. Sözleşmenin yapıldığı esnada buna izin verilirse veyahut sonradan icazet verilirse hakem bu kimseler tarafından vekil seçilmiş olduğundan, gerçekleştireceği tahkim akdi ve bu akdin neticesinde vazifelendirilen hakemin kararı da kabul görür.¹⁸⁶

Hakem doğru karar verebilmek adına onu tayin edenleri hapsedme gibi yollara başvuramaz. Böyle bir yetkisi yoktur. Yetkisi yalnızca, elindeki kanıtlar çerçevesinde problemi çözmeye çalışmaktır.

Ayrıca tahkim sözleşmesi neticesinde hakem, taraflardan birinin aleyhine, bir hakkın tazminatı hali saklı kalmak üzere, mali bir yaptırım uygulayamaz. Hak edilmiş bir tazminat durumu olduğunda da kabahatli olan taraf için tazminat cezası hükmedilir.¹⁸⁷

6. HAKEM KARARLARI

Tahkim sözleşmesinin neticesinde hakem kararının geçerli olabilmesi bazı kriterleri barındırması gerekmektedir. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

6.1. İslam'ın Genel Prensiplerine Uygunluk

Şüphesiz ki hakemin kararının geçerli olması için İslam hukukuna aykırı olmaması lazım gelmektedir. Bunun tersi olan bir halde, hakemin hükmü geçerli olmaz. Örneğin

¹⁸⁵ Merginani, Şeyhü'l-İslâm Burhanüddîn Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir, ter: Ahmed Meylani, İslam Fıkhı, El Hidaye Tercümesi, Kahraman Yayınları, c. 2, s. 187-188.

¹⁸⁶ Ali Haydar, Durer, c. 4, s. 3362.

¹⁸⁷ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 132-133.

yanlışıyla öldürülen bir kişinin diyeti hususunda hakem atansa, seçilen hakem de diyet olarak, öldüren kişinin malvarlığından ödetilmesine karar verse bu karar geçerli sayılmaz. Bunun sebebi de bu kararın İslam hukuku kurallarına aykırı olmasıdır. İslamiyet'te böyle bir durum yaşandığında diyeti, âkilenin üstlenmesi gerekmektedir. Hakemin bunun aksine verdiği karar, hakim tarafından bozulur.

Hakemin kararı, İslam hukukuna aykırı olduğu zaman hakim bu kararı bozar ve bizzat kendisi İslami kurallara uygun karar verir.¹⁸⁸

6.2. Kararın Oybirliği ile Verilmiş Olması

Hakemlerin sayısı birden çoksa verdikleri kararın kabul edilebilmesi için bu hükme tamamının onay vermesi ve kararı ittifak ile vermeleri gerekmektedir.¹⁸⁹

Şeyh Ebu Ömer b. Abdi'l Ber, hakemler bir hususta hüküm verirken fikir ayrılığına düştükleri zaman, bu kararlarının geçerli olmayacağı noktasında alimlerin hemfikir olduğunu dile getirmektedir.¹⁹⁰

Bu açıdan bakıldığında, hakemlerden sadece birisinin kararıyla bir sonuca varılamaz. Zira taraflar tahkim müessesine başvururken sadece bir hakemin fikrine rıza göstermemişlerdir. Tamamının sunacağı fikrin ortak neticesine razı olmuşlardır. Nitekim tarafların ortak akla güvenerek oluşturdukları bu sözleşmenin oybirliği ile sonuçlanmasını istemek en doğal haklarıdır.

Oybirliği ile karara bağlanmayan tahkim kararları geçersiz olmaktadır. Örneğin, bir kişi hanımını boşamak suretiyle “sen bana haramsın” dese, lakin üç talaka birden niyet etmese, bunun üzerine eşler iki hakem seçseler, hakemlerden bir tanesi bir talakla

¹⁸⁸ Keleş, Ekrem, a.g.e., s. 57.

¹⁸⁹ Merginani, a.g.e., s. 189.

¹⁹⁰ Açık, Fatma, a.g.e., s. 44.

diğeri ise üç talakla boş olacağına dair hüküm verse, iki hakemin de verdiği karar geçerli değildir.¹⁹¹

Bir de geçimsizliğe taraf olan kişiler üç, dört kişiyi hakem seçerek, hakemlerin çoğunluğun fikriyle karar vermelerine onay verseler ve hakemler de ekseriyetin fikri doğrultusunda karar vermiş olsalar bu hüküm geçerli olmayacaktır. Çoğunluğu sağlayacak hakemlerin belirli olması esastır. Verilen örnekte çoğunluğu sağlayacak hakimlerin kimler olduğu meçhuldür. Bu yüzden verilen karar de geçerli sayılmaz.¹⁹²

6.3. Adalet ve Nesafet Kurallarına Uygunluk

Adalet ve nesafet kurallarına uygun şekilde karar vermenin manası, yürürlükte olan hukukta var olan problemi karşılayacak kurallar bulunmasına rağmen hakemlerin bu problemi kendi adalet ve nesafet kriterleri doğrultusunda çözmeleridir.

Tahkim akdinde de şayet geçimsizlik, maddi hukuk kurallarınca giderilmesi gibi bir şartı barındırmıyorsa, bu ihtilaf hakemlerin hak ve nesafetine göre sonuca ulaştırılır. Çünkü asıl kural hakemlerin adalet ve nesafetle karar vermeleridir. Mahkemeler de ise mecburi olarak maddi hukuk kurallarının uygulanması söz konusudur. Aralarındaki problem için tahkim müessesine başvuranlar, birçok faydasının yanında, maddi hukuk kurallarının yetersiz kalması yahut problemin aşılmasına uygun olmaması nedeniyle tahkime başvurmaktadır.

Hakemlerin adalet ve nesafet ölçülerinin, onu seçen tarafların inanç ve anlayışları ile uyuşması tahkimin istenilen yararı sağlaması açısından mühimdir. Taraflar açık şekilde hakemin adalet ve nesafet ölçülerine güven duyarak, ona bu manada yetki vermiş iseler zaten bir problem yoktur. Hakem bu halde kendi kriterlerine göre tahkimi neticelendirecektir. Açıkça olmasa da tarafların hallerinden böyle bir yetkinin hakeme

¹⁹¹ Keleş, Ekrem, a.g.e., s. 58.

¹⁹² Ali Haydar, a.g.e., c. 4, s. 3362.

verildiği anlaşıyorsa da yine mesele olacak bir problem yoktur. Hakem bu durumda da kendi adalet ve nesafet kurallarına göre karar verecektir.¹⁹³

Burada en mühim mesele, hakemlerin keyfi şekilde karar vermelerinin önlenmesidir. Hakem seçerken aranacak şartları dikkate almak bu noktada atılacak ilk adımdır. Şartlardan bir tanesi de hakemin adil olması şartıdır. Nitekim adaletli olma hasletini muhafaza etmiş bir hakem, tarafların tahkim süresince de güven ortamı içinde kalmasını sağlayarak, verdiği kararlara tarafların da riayet etmesini sağlar.

Ne olursa olsun hakemler geçimsizliğe sebep olan duruma karşı karar verirken, o olayın örf ve geleneğine aykırı olmayacak şekilde düşünülmelidir. Tahkime başvuranların inanç ve yaşayışlarına uygun olan mevcut hukuk kuralları da araştırılıp incelenmeli, lüzumu var ise uygulanmalıdır. Çünkü tahkim müessesesinin taraflarının inanç ve iradeleri hakemleri yetkili yapmaktadır. İşte bu irade ve inanca aykırı olmayan hükümler ancak bu müesseseden beklenen faydayı ve çözümü sağlar.¹⁹⁴

7. HAKEMLİĞİN SONA ERMESİ VE KARARININ HAKİME ARZI

7.1. Hakemliğin Sona Ermesi

İslam hukukuna göre hakemin vazifesinin sona ermesi bazı hallerde mümkün olmaktadır. Hakemin ölmesi, hakemlikten istifa etmesi, hakeme karar vermesi için tanınan zamanın sona ermesi, hakemi seçenlerin onu azletmesi durumlarında hakemin görevi sona erer. Bu durumlar aşağıda incelenecektir.

7.1.1. Hakemlik Süresinin Dolması

İslam hukukçuları taraflar arasında bir uyuşmazlık olduğunda hakemin tahkimi ne kadar zamanda neticelendirmesi hususunda net bir süre belirlememişlerdir. Ancak,

¹⁹³ Balcı, Muharrem, a.g.e., s. 219.

¹⁹⁴ Balcı, Muharrem, a.g.e., s. 219.

Mecelle'nin 1846. maddesinde, tahkim akdinin sonuçlanmasına dair taraflar bir süre tayin etmişlerse, bu sürenin bitmesi ile beraber hakemliğin de sona ereceği belirtilmiştir. Bu durumda hakem onu tayin edenlerin kararlaştırdığı zaman içinde soruşturmasını yapıp hükmünü taraflara bildirmek mecburiyetindedir. Zira, vereceği hüküm geçerli olmaz. Fakat, zamanını aştığı halde verdiği hükmü taraflar onaylayacak olursa, bu durumda geçerlilik hali söz konusu olabilir.¹⁹⁵

7.1.2. Hakemlerin Azli, İstifası ve Ölümü

Azil, hakeme verilen yetkinin tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilmesi anlamına gelir. Eğer gerekli koşullar olursa, hakemi tayin eden taraflar onun görevden alınmasını da talep edebilirler. Bu düşünceye sahip olan İslam hukukçularının düşüncesi şu şekildedir: Hakem hakkında vekil hakkındaki hüküm uygulanır. Yani vekili vekillikten çıkaran nedenler hakemi de hakemlikten çıkarır. Hakem hakkında bir şikayetin olması durumunda, güvenilir olan kimselerin açıktan veya gizli şekilde soruşturmaları neticesinde, bu şikayetlerin gerçeği yansıtması halinde hakem görevden azledilebilir.¹⁹⁶

İslam yargı tarihinde; sünnet ve icmaaya karşı gelme, nedensiz yere taraflardan çok konuşmak, hızlı hüküm vermek gibi gerekçeler azil nedeni olarak kabul edilmiştir. Yalnızca bir şikayete binaen, soruşturma yapılmadan ve kayda değer bir neden olmadan hakemin azli gerçekleştirilemez. Bazı İslam alimleri de hakemin azline neden olarak; hakemin ceza almasına sebep olacak bir suç işlemesi, vazifesini iyiye kullanmaması, onu tayin ederken aranan özelliklerinin bazılarını kaybetmesi, sağlığı bakımından vazifesine devam edemeyecek hale gelmesi, dini açıdan haram olan hareketlerde bulunması ve rüşvet alması gibi hususları göstermişlerdir.¹⁹⁷

Hakem kararını vermeden evvel, onu seçen taraflardan ikisi veya bir tarafın onayı olmadan diğeri hakemi azletme hakkına sahiptir. Tahkim akdi, iki tarafın da onayı ile yapıldığı için, o akdin sürmesi için de bu onayın aynı şekilde var olması lazımdır.

¹⁹⁵ Ali Haydar, a.g.e., c. 4, s. 3363.

¹⁹⁶ Çeliker, Hüseyin, İslam Hukukunda Tahkim, Diyanet İlim Dergi, c. 41, sy. 1, 2005, s. 43.

¹⁹⁷ Atar, Fahreddin, Azil, DİA, İstanbul 1991, c. 4, s. 327.

Taraflar bu tahkim akdine hakemin azledilemeyeceği şartını eklemiş olsalar dahi bu koşul geçerli değildir.¹⁹⁸

Ayrıca İslam hukukçuları, hakemin aklının gidip gelmesi, görevini yerine getirmeye engel bir hastalığa yakalanması ya da hakemlik ehliyetine zıt bir vasfa sahip olması, hakemlik koşullarından bazılarını yitirmesi durumlarında vazifesinden alınabileceği konusunda hemfikir olmuşlardır. Hakemde yukarıda sayılan durumlardan bir tanesi bile meydana geldiğinde, hakemlik vazifesi resen sona ermiş olmaktadır. Bu sebeple de bu durumdaki bir hakemin verdiği hüküm de geçersiz olacaktır.¹⁹⁹

İslam hukukçularından bazıları da rüşvet alan hakimlerin görevlerinden alınmalarını ve ceza almaları gerektiğini savunur. “Vazifelerinden alınmadıkça görevlerine son verilmiş olmaz.” ifadesinde bulunmuşlardır.²⁰⁰ İmam Şafii de “Rüşvet alan hakemi görevden alacağım zira adalet hasleti, şahitlik ehliyeti için şart olduğu gibi yargı ehliyeti için de şarttır.” diye belirtmiştir.²⁰¹ Hanefi hukukçulara göre de hakim rüşvet nedeniyle vazifeden alınmış sayılmaz, aksine görevden alınmaya müstehak olur ve hakim resen vazifeden ayrılır.²⁰² Hakemlere rüşvet vermek de almak da haramdır.²⁰³ Hakemin rüşvet aldığı konuda verdiği hüküm uygulanmaz.

Hakemlerin hüküm vermelerinin ardından yapılan azil işlemi geçerli değildir. Hakemin verdiği karar geçerliliğini muhafaza eder.²⁰⁴

Hakemler bu vazifelerini, tahkim sözleşmesi ile kabul etmiş olmaktadır fakat her zaman bu vazifelerinden istifa edebilirler. Hakemlik görevini kabul etmeye zorlanamayacakları gibi kabul ettikleri hakemlik vazifesini ifaya da zorlanamazlar.

¹⁹⁸ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 140.

¹⁹⁹ Çeliker, Hüseyin, a.g.e., s. 43.

²⁰⁰ Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul 1976, c. 8, s. 247.

²⁰¹ Bilmen, a.g.e., c. 8, s. 247.

²⁰² Bilmen, a.g.e., c. 8, s. 247; Nebhan, Muhammed Faruk, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, Ter: Servet Armağan, Sönmez Neşriyat Yayınları, İstanbul 1980, s. 588; Çeliker, Hüseyin, a.g.e., s. 44.

²⁰³ Serahsi, Ebu Bekr Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed, el Mabsut, ter: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, c. 16, s. 98.

²⁰⁴ Ali Haydar, Durer, c. 4, s. 3363-3364; Bilmen, Kamus, c. 8, s. 252.

Tahkim sözleşmesinin bir tarafı da hakemler olduğuna göre, onu tayin eden kimselere tanınan azil yetkisinin bir karşılığı olan hakemin istifası hakkı da hakemlere tanınmalıdır, bu oldukça doğal bir haktır. Kur'an-ı Kerim hakemin, hakemlik görevini kabul edip etmeme konusunda serbest olduğuna ilişkin ayetlerde²⁰⁵ Hz. Muhammed'i hakemliği kabul veya reddetmekte özgür bırakmıştır.²⁰⁶

Hakem karar vermeden önce kendisi ya da taraflardan biri veya ikisi de ölürse hakemlik sona erer.

7.1.3. Tarafların Dönme Hakkı

Hakemlerin vazifelerine başlayıp soruşturma aşamalarına geçtikten sonra, onu seçenlerin tahkim müessesesinden cayma haklarının olup olmaması hususunda fikir ayrılıkları mevcuttur.

Malikilerin büyük bir kısmı, birtakım Şafiiler ve Ahmed ibn Hanbel'den aktarılanlara göre, eğer tahkime taraf olanlar kendi kanıtlarını hakeme sunmuşlarsa ve dava aşamasına geçilmiş ise tarafların bu tahkim müessesesinden dönme hakları söz konusu değildir. Hakemin kararına uymak mecburiyetindedirler.²⁰⁷

Burada dikkat çekilen nokta, tahkime taraf olanların davalasma sürecine başlamaları halinde bir de kanıtların sunulmasıyla artık bu sözleşmeden dönemeyecekleridir. Zira taraflardan biri bu dava sürecinin kendi aleyhine devam ettiğini haliyle hakemin vereceği hükmün de aleyhine olacağını öngörerek sözleşmeden dönebilir. Bu durumda tahkimde istenilen yararın elde edilmesini engeller ve hatta farklı sorunların ortaya çıkmasına neden olur.²⁰⁸

Hanefiler, Şafiilerin kalan bir kısmı ve Ahmed ibn Hanbel'den aktarılan bir diğer görüş ise şöyledir: Tahkim sözleşmesinin tarafları, hakem henüz hükmünü vermemişse

²⁰⁵ Nisa Suresi, Ayet 58; Maide Suresi, Ayet 42.

²⁰⁶ Yeğengil, Rasih, a.g.e., s. 70.

²⁰⁷ İbn Kudame, el, Muğni, c. 11, s. 484; Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 142.

²⁰⁸ Cuheni, et- Tahkim, s. 236, Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 142-143.

tahkimden cayabilirler. Lakin hakemin hükmünü açıklaması halinde taraflar kabul etse de etmese de kararı geçerlidir.²⁰⁹

Nihayetinde hakemleri, husumete taraf olanlar tayin etmektedirler. Hakemi tayin eden bu kimseler kendi şahısları için velayet hakkına sahiptirler. Bu velayetleri nedeniyle hakemi seçebildikleri gibi hakem kararını vermeden önce de azletme ve tahkimden dönme hakları da söz konusudur. Fakat hakem kararını verdikten sonra bu mümkün değildir. Zira verilen bu karar, yetkisini onu seçen taraflardan alan gerçek bir velayetle vücut bulmuştur.²¹⁰

Kanaatimizce ilk görüş daha sağlam bir hukuki temele dayanmaktadır. Çünkü hukuk çerçevesinde bakılacak olursa tahkim sözleşmesinin amacı da tarafların karşılaştıkları problemlerde adalete olabilecek en hızlı şekilde ulaşmalarını sağlamaktır. Davalaşma aşamasına geçildikten sonra hüküm verilmesi dahi tarafların tahkimden dönme hakkının saklı kalması bu adalet ihtiyacının tam olarak karşılanamamasına sebep olacaktır. Zira tarafların aleyhlerine işleyen bir yargılama sürecinde, sözleşmeden dönme haklarını kullanma ihtimali oldukça yüksektir. Bu durumda adaleti sağlama amacına ters düşmektedir.

Hakeme başvurma nedenini meydana getiren husumetin yok olması halinde de hakemlik biter. İbn Abbas'tan aktarılanlara göre; Hz. Osman, Ukeyl ibn Talib ile eşi Fatıma binti Utbe ibn Rebia arasında olan husumeti çözmek amacıyla bizzat kendini ve Muaviye'yi hakem olarak tayin etmiştir, hakemler problemi çözmek için yanlarına intikal ettiğinde ise taraflar barıştıkları için hanelerinin kapısını kilitlemek suretiyle hakemleri içeri sokmamışlardır. Ayrıca tarafların husumetine neden olan malın, hakemin hukuken şahitlik edemeyeceği akrabaları tarafından satın alınmış olması veya hakemin taraflardan birinin vekilliğini kabul etmiş olması, hakemliği sonlandıran bir nedendir. Zira hakem bu halde davanın bir tarafı olmaktadır.²¹¹

²⁰⁹ İbn Kudame, a.g.e., c. 11, s. 484, Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 143.

²¹⁰ İbn Hümmam, a.g.e., c. 7, s. 317; Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 143.

²¹¹ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 146-147.

8. HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARI

İslam Adliye teşkilatında, mahkemeler tek dereceli olarak kaza icra etmişlerdir. Mahkemelerde alınan kararlar, kesin hüküm niteliğinde olduğundan ikinci dereceli bir mahkeme tarafından tekrar görülmez. Fakat daha alt dereceli mahkemeler tarafından alınan kararlar kesin hüküm teşkil etmekle beraber, üst dereceli mahkemeler tarafından, şekil bakımından temyizden incelenir. Hz. Muhammed'in zamanından beri, İslam mahkemeleri bu şekilde çalışma sürdürmüşlerdir.²¹²

Bu durumda İslam hukuku çerçevesinde hakemin hükümlerinin temyizden muhtemel olduğu belirtilebilir. Nitekim hakemin hükmü kesin ve bağlayıcıdır. Fakat usul bakımından bu şekilde bir temyiz kapısını açık bırakmak, adaletin hakikaten sağlanabilmesi yönünden faydalı olacaktır.

İslam hukukunda çoğunluk görüşüne göre, İslam dininin ana kurallarına zıt olmayan hakem hükümleri yetkili makamlarca bozulanmaz. Resmi yargının hukuk ekolü ile verilen hükmün uyum içinde olup olmaması mühim değildir. Lakin Hanefi hukukçular, bu hususa farklı bir bakış açısı getirerek, hakemin o hükmünün o bölgedeki yargılamadan sorumlu resmi yetkilinin mezhebi ile örtüşmesi şartını ileri sürmüşlerdir. Yani hakemin hükmü, hakim hukuk ekolüne aykırıysa bu bir bozma nedenidir.²¹³

Bu görüşün kabul görmesinin gerekçesi olarak da tahkim sözleşmesini sulh akdi niteliğinde konumlandırmalarındandır. Hakimin sulh akdini her zaman kabul etme veya reddetme hakkı olduğu için tahkim hükümlerini de aynı yetkiye dayanarak onaylayabilir veya bozabilir. Zira tahkim sözleşmesi hakimin adına hakem tarafından yapılan bir hukuki işlem niteliğindedir fikrine binaen bu görüş savunulmaktadır.²¹⁴

²¹² Atar, Fahreddin, İslam Adliye Teşkilatı, s. 150.

²¹³ Sarahsi, a.g.e., ter.: Mustafa Cevat Akşit, c. 16, s. 166.

²¹⁴ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 179.

Fakat aksi olan bir diğ er g r    n gerekçesi şöyledir; hakemlerin velayetlerinin yalnızca  ah slarına aidiyetleri söz konusudur. Haliyle bu velayetten doğan yetki yalnızca o hakemi seçen taraflardan ibaret olmalıdır. Yani hakemin yetkisi onu seçenlerle kısıtlıdır. Onun kararları hakimi alakadar etmez. Açıktır ki hakimin velayeti, onu atayan devletin başındaki kimsenin genel velayeti hasebiyle, seçilmiş olduğu alandaki insanların hepsi için önem arz etmektedir. Fakat hakem de bu durum söz konusu değildir..²¹⁵

Hanefi mezhebinin haricindeki diğ er mezheplere göre, ortada alenen bir zulüm var olmadıkça veya İslamiyet'in ana kurallarına karşıtlık söz konusu değilse hakemin hükümlerini hakimin bozması doğru değildir. Çünkü sözleşmede taraf iradelerinin esas olduğunu d    n rsek, bu iradelerin seçtiği hakemin kararı İslamiyet'in genel çizgilerinin de dışına çıkmıyorsa artık o kararın kimse tarafından bozulması söz konusu değildir. Zira taraflar kendi iradeleri ile hakemin vereceği karara rıza göstermişlerdir..²¹⁶

Hakemlerin niteliğinin, yetkisini devletten alan ve kararı geçerli olan hakim vasfında olduğunu kabul eden önemli bir çoğunluk vardı. Haliyle hakem, kar ıla tığı olay neticesinde aldığı kararı farklı bir bölgedeki hakime yazılı şekilde iletse, bu mektubu önem arz eder ve gereği işleme alınır..²¹⁷

Bu iki fikri de değerlendirecek olursak kanaatimizce her koşulda hukuki olarak kararların denetlenebilmesi fikri daha sağlıklı olacaktır. Bu halde Hanefi mezhebinin g r     hem modern hukuka uygunluğu hem de daha realist olması bakımından daha doğrudur. Zira mahkemeler ve onların hükümleri hem hitap ettikleri kitlenin genişliğinden hem de gücünü aldığı otoriteden daha kuvvetlidir. Tahkim müessesesinin kararlarının asla ve kati olarak mahkemelerce bozulamaması burada bir tezatlık yaratmaktadır.

²¹⁵ Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 180.

²¹⁶ Açık, Fatma, a.g.e., s. 46.

²¹⁷ Yıldırım, Mustafa, a.g.e. s. 180.

Ayrıca bir bölgede kabul gören mezheplerin o bölgenin hukuki kararlarını da etkileyeceği aşıkardır. Tüm mahkeme kararları bu mezhebe uygun seçilen hakimlerce veriliyorken, tahkim akdi için seçilen hakemlerin de bu hukuk ekolüne göre hüküm vermesini istemek, verilmemişse bu kararların bozulması yadsınamaz bir gerekliliktir. Toplumdaki hukuki düzenin bozulmaması bu uyumlulukla mümkün olacaktır.

Her alanda olduğu gibi hakemlerin de hataya düşme ve haksızlık yapma olasılığı vardır. Devlet otoritesi tarafından atanan hakimlerin dahi yanlış karar verme ihtimallerine karşın kanun yoluna gidilebiliyorken, ondan daha dar bir kitleye hitap eden tahkim müessesinin taraflarca seçilen hakemlerinin kararlarının denetlenmemesi en azından taraflardan biri haksızlık olduğu kanaatinde olduğunda bir üst merciye bunu iletememesi hukuki olarak bir çıkmaza sebep olacaktır. Kanaatimizce Hanefi mezhebinin görüşü hem modern hukukun bakış açısına daha uygundur hem de keyfi kararların önüne geçilmesi açısından önem arz etmektedir.

9. HAKEM KARARLARININ KESİNLEŞMESİ VE BAĞLAYICILIĞI

9.1. Hakem Kararlarının Kesinleşmesi

Tahkim müessesesinde hakemin hüküm vermesinin akabinde verilen kararın kesinleşmesi, kanun yollarının tüketilmesi ile mümkün olacaktır. Bunun için taraflarca seçilen hakemin hükmünü, devletin atadığı bir hakime bildirilmesi ve o hakim de hükmün usul yönünden münasip olduğuna karar vermesi halinde hakemin hükmü kesinleşecektir.²¹⁸

Bir hakim tarafından tahkim kararının onaylanması bu karara resmîlik kazandıracaktır. Mahkeme kararı niteliğine haiz olacaktır.

²¹⁸ Ali Haydar, a.g.e., s. 3365.

9.2. Hakem Kararlarının Bağlayıcılığı

Mecellenin 1848. maddesinde bu konuya açıklık getirilmiştir. Maddenin sadeleştirilmiş hali ile:

“Hakimlerin, yargı çevresi dahilinde, yaşayanların hepsi hakkındaki hükümlerinin, nasıl ki icrâ edilmesi gerekirse, hakemlerin de onları hakem tayin edenler hakkında ve tahkim oldukları husustaki hükümlerinin aynı şekilde icrası gerekir.

Bu duruma ilişkin, hakemler usule uygun olarak karar verdikten sonra, tahkimin taraflarından hiçbirisi bu kararı ikrardan kaçınamaz.”

Bu madde, hakemlerin usul yönünden uygun olarak, tahkim tarafları ve konusu hakkında vermiş oldukları kararın, aynı mahkeme hükümleri gibi uygulanmak mecburiyetinde olduğunu dile getirmektedir.²¹⁹

Ayrıca bu madde bize gösteriyor ki hakem kararlarının bağlayıcılığı ancak husumete taraf olan kimseler ve o anlaşmazlığın konusu ile sınırlı tutulmuştur.²²⁰

Hakemlerin verdiği hükümler, taraflar açısından bağlayıcıdır. Bu kararlar, tahkim müessesesinin kurallarına uyulduğu takdirde her iki taraf da kabulden kaçınamaz. Zira tahkim, iki tarafın rızasına dayalı olan sulhten daha az kıymetli değildir.²²¹

İslamiyet’in getirdiği hukuki kurallar ışığında da hakem şayet ki biçim ve koşulları bakımından uygun hükümler vermiş ve bunlar da yetkili merciilerce kabul edilip kesinleşmiş ise bu hüküm akde taraf olanları bağlar. Yani bu tahkim akdine taraf olanların bu hükme uyma mecburiyeti vardır. Zira verilen hüküm velayet yetkisine sahip biri tarafından verilmiştir. Burada hakemin mahkeme tarafından yahut husumete

²¹⁹ Sancak, Yusuf/ Kıyak, Emre, Günümüz Türkçesi ile Mecelle’nin Onaltıncı Kitabı Kitâbü’l Kazâ, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 22, sy. 2. 2014, s. 93.

²²⁰ Ali Haydar, Durer, c. 4, s. 3364-3365.

²²¹ Yücel, Ensari, İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü, İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi, 3(2) s. 150, 2017.

taraf olanlarca atanmış olması bu durumu değiştirmez. Hakemin verdiği hüküm kesinleştikten sonra, taraflar verilen kararın kendi İşlami görüşlerine uygun olan mezhebe göre verilmediğini iddia edip bu kararı reddetme imkanları yoktur. Buradaki önemli nokta hakemin kararını verdikten sonra bu kararın kesinleşmesidir.²²²

²²² Yıldırım, Mustafa, a.g.e., s. 190.

SONUÇ

İnsanoğlu toplumsal yaşam biçiminde hayatını sürdürmeye devam ettikçe anlaşmazlıkların var olması kaçınılmazdır. Bu anlaşmazlıkların çözümünde henüz yargısal bir sistem mevcut değilken tahkim sistemine başvuruluyordu. Buradan hareketle tahkimin mevcut yargısal sistemlerden daha evvel var olduğunu söylemek mümkündür.

Tahkim, aralarında husumet olan iki tarafın, aralarındaki anlaşmazlığın çözülmesi için kendi istekleri ile üçüncü bir kimseyi karar vermek üzere seçmeleridir. Tahkim akdi, hızlı ve pratik bir şekilde uyuşmazlıkları çözüme ulaştırabilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Tahkim müessesesi İslam hukukunun tüm kaynaklarında kendine dayanak bularak İslamiyet'in doğuşundan bugüne kadar ihtilafların çözümünde genel yargıya ortak olmuştur. Tahkim usulü İslamiyet'in asıl kaynağı olan Kuran-ı Kerim'de farklı ayetlerle zikredilmiş, sünnette ve sahabenin hayatında uygulama alanı bulmuştur.

Tahkim sözleşmesinin yazılı olması İslam hukukunda bir şart olmamakla beraber tavsiye ve uygulamalardan bunun hoş görüldüğü anlaşılmaktadır.

Tahkimin farklı yönlerden çeşitli hukuki nitelikleri bulunmakla beraber genel kabul edilen görüş, tahkim sözleşmesinin hem kazai hem akdi niteliğe sahip olduğu yönündedir.

İslam hukukunda tahkime konu olabilecek hakları tasnif ederken kişilerin onlar üzerindeki tasarruf yetkilerine göre bir ayrım yapılmıştır. İslam hukukuna göre Allah'a ait haklar üzerinde insanların herhangi bir tasarruf yetkisi bulunmadığından bu haklara ilişkin davalarda tahkim yapılamaz. İnsanların, üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu haklarda ise böyle bir sınırlandırma yoktur.

Hakem, tahkimin en önemli unsurlarındandır. Hakem olacak kişi de müslüman olmak, eda ehliyetine sahip olmak, adil olmak, hukuk bilmek gibi şartlar aranmıştır. İslam alimleri eşler arasında çıkan anlaşmazlık için tahkime başvurulması halinde hakemin iki tarafın akrabalarından seçilmesini daha uygun bulmuşlardır. Ancak önemli olanın, uyuşmazlığın ivedilikle çözülmesi ve adil bir şekilde neticeye ulaştırılması olduğundan akrabadan olmayan kimselerin hakemliğini de geçerli kabul etmişlerdir.

Hakem kararlarının geçerli olabilmesi için bazı kriterleri barındırması gerekir. Bu kararların, İslam'ın genel prensiplerine uygun olması, oy birliği ile verilmiş olması, adalet ve nesafet kurallarına uygun olması gerekir.

İslam hukukuna göre hakemin vazifesinin sona ermesi bazı hallerde mümkün olmaktadır. Hakemin ölmesi, hakemlikten istifa etmesi, hakeme karar vermesi için tanınan zamanın sona ermesi, hakemi seçenlerin onu azletmesi durumlarında hakemin görevi sona erer.

İslam hukukunda çoğunluk görüşüne göre, İslam dininin ana kurallarına zıt olmayan hakem hükümleri yetkili makamlarca bozulamaz. Resmi yargının hukuk ekolü ile verilen hükmün uyum içinde olup olmaması mühim değildir. Lakin Hanefi hukukçular, bu hususa farklı bir bakış açısı getirerek, hakemin o hükmünün o bölgedeki yargılamadan sorumlu resmi yetkilinin mezhebi ile örtüşmesi şartını ileri sürmüşlerdir. Yani hakemin hükmü, hakimnin hukuk ekolüne aykırıysa bu bir bozma nedenidir. Her koşulda hukuki olarak kararların denetlenebilmesi fikri daha sağlıklı olduğundan Hanefi mezhebinin görüşü hem modern hukuka uygunluğu hem de daha realist olması bakımından daha doğrudur.

Hakemlerin verdiği hükümler, taraflar açısından bağlayıcıdır. Bu kararlar, tahkim müessesesinin kurallarına uyulduğu takdirde her iki taraf da kabulden kaçınmaz.

Bu çalışmada tahkim müessesesinin tarihteki konumuna ışık tutmak istenmiştir. Ayrıca tahkimin İslam hukukundaki yeri detaylıca incelenmeye çalışılmıştır. Tahkim

kurumunun özellikleri incelendiğinde, insan ilişkilerinin devam ettiği her koşulda tahkime ihtiyaç duyulduğu gözlemlenmiştir. Tahkim pratik ve hızlı olması sebebiyle uyuşmazlıkların çözümünde sonuç odaklı bir yöntemdir. Devletin yargı organlarının var olması ve tahkimin bu yargı yoluna bir rakip olarak görülmesi bu kurumun gelişmesinin önüne geçmiştir. Aynı zamanda, toplumdaki dejenerasyonun artması, ahlakın bozulması insanların birbirlerine olan güvenin azalmasına sebep olmuştur. Bu sebepler de özünde güven ilişkisine dayanan tahkim yolunun daha az kullanılmasına yol açmıştır. Kamuoyuna tahkimle ilgili bilgilendirici çalışmalar yapılması bu kurumun hak ettiği değeri görebilmesi adına yararlı olacaktır. Tahkim ile çözülebilecek konuları mahkemelere taşımadan bu yöntem ile halletmek zaman tasarrufunun yanı sıra toplumdaki huzur ve güveninin artmasına katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

“Tahkim”, el-Mevsû’atü’l-fıkhiyye, Kuveyt, 1404/1983.

Açık, Fatma, İslam ve Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi, Konya 2006.

Aile Hukuku Kararnamesi, neşr: Orhan Çeker, İstanbul 1985.

Akgündüz, Ahmet, “Hakem”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1997.

Aksu, Güngör, “Beni Kurayza Yahudilerinin Cezalandırılması”, Siyer Araştırmaları Dergisi, Temmuz-Aralık 2019, s. 6.

Algül, Hüseyin, “Evs”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1995.

Alper, Hülya, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2012.

Asım Efendi, Kamusu’l Muhit-Tercemesi, İstanbul 1250.

Atar, Fahreddin, “Azil”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1991.

Atar, Fahreddin, İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi, Ankara 1975.

Aydın, Mehmet Akif, “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 28, Ankara 2003, s. 231-235.

Aydın, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2018.

Balcı, Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999.

Bardakoğlu, Ali, “Ehliyet”, DİA, Cilt 10, İstanbul 1994, s. 534.

Bedir, Murteza, “Sünnet”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2010.

Berki, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye), İstanbul 1982.

Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-i İslamiyye ve Istılâhat-ı Fıkhiyye Kâmûsu, İstanbul 1970.

Buhari, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, el- Câmiu’s- Sahih, İstanbul t.y.

Cüheni, Mes’ad Avvad Hamdan, et-Tahkim fi’ş-şeriatil İslamiyye ve’n-nuzmi’l vad’i Medine 1994.

Çağrıcı, Mustafa ve diğerleri, Kuran Yolu Tefsiri, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, t.y.

Çeliker, Hüseyin, “İslam Hukukunda Tahkim”, Diyanet İlmi Dergi, 2005.

Damad, Şeyhzade Abdurrahman, Mecmau’l-Enhur fi Şerhi Multeka’l-Ebhur, Cilt 2, İstanbul 1301.

Dayındarlı, Kemal, HUMK’da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara 1997.

Derdir, Ebu’l-Berakat Ahmed b. Muhammed, eş-Şerhu’l-Kebir, Mısır t.y.

Doğrul, Ömer Rıza, Asr-ı Saadet, Cilt 5.

Dönmez, Kâfi İbrahim, “İcma”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2000.

E. Tyan, “Hakam”, The Encyclopaedia of Islam (new edition), 1-11, Leiden 1954-2002.

Ebu Davud, Süleyman b. Eş’as es- Sicistanî, Sunenu Ebi Davud, Sunenu Ebi Davud, İstanbul 1981,

el-Baci, Ebu’l Velid Suleyman b. Sa’d b. Eyyub, el Munteka Şerhu, Muvatta’ el İmam Malik, Cilt 4, Mısır 1322.

El-Fetaval’l Hindiyye, Cilt 3, t.y.

Emin, Ahmed, Fecrü’l İslam, Ankara 1976.

Erdem, Sami, “Türkçede Mecelle Literatürü”, Türkiye Araştırmaları Literatürü Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, 2005, s. 673-722.

Es-Semnani, Ebu’l Kasım Ali b. Muhammed er-Rahbi, Ravdatu’l Kudat ve Tariku’n-Necat, Bağdat 1970.

Gümüş, Musa, “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları”, Tarih Okulu, Sayı 14, İlkbahar-Yaz 2013, s. 163-200.

Halil b. İshak, Muhtasar, Mısır 1326.

Hatîb, eş-Şirbînî, Muğni’l Muhtac, Mekke t.y.

Hoca Emin Efendizade, Ali Haydar, Dureru'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l Ahkam, İstanbul 1330.

İbn Abidin, Muhammed Emin b. Ömer, (v. 1252/1836), Reddu'l-Muhtar Ale'd-Durri'l-Muhtar Şerhu Tenviri'l-Ebsar, İstanbul 1984.

İbn Aşur, Muhammed Tahir, et-Tahrir ve't-tenvir, Tunus 1997.

İbn Hişam, es-Siretü'n Nebeviyye (Hz. Muhammed'in Hayatı), (Çev. Hasan, İzzet Neşet Çağatay), Cilt 1, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları 1971.

İbn Kudame, Abdullah b. Ahmed b. Mahmud, el- Muğni mea's-Şerhi'l-Kebir, Beyrut 1983.

İbn Manzur, Cemalüddin Muhammed b. Mukarrem, Lisanü'l Arab, Beyrut 1995.

İbn Sa'd, Ebu Abdullah Muhammed, et- Tabakatü'l-Kübra, Beyrut t.y.

İbn Arabi, Ahkamu'l Kur'an, t.y.

İbn Hümam, Kemalüddin Muhammed b. Abdulvahid, Fethu'l Kadir, Mısır 1970.

Kamil, Miras, Tecrid-i Sarih Tercemesi, t.y.

Karaman, Hayreddin, "Soruşturma Dosyası", İslamiyet Dergisi, Ankara 1998.

Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, İrfan Yayınevi, İstanbul 1974.

Keleş, Ekrem, "Dini Nikah' Adı Altında Yapılan Gayr-ı Resmi Nikah Akdinin Tahkim Yoluyla Sona Erdirilmesi", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 3, 2004, s. 193-209.

Keleş, Ekrem, İslam Hukukuna Göre Anlaşmazlıkların Çözümünde Hakem Usulü, İstanbul 1988.

Kitab-ı Mukaddes (Eski ve Yeni Ahit), Birleşmiş Kitab-ı Mukaddes Şirketleri, t.y , 1. Krallar 3/22-28.

Köksal, Mustafa Asım, İslam Tarihi (Mekke Devri), İstanbul 1981.

Kurtubi, Ebu Abdillâh, Muhammed b. Ahmed, El-Cami' li Ahkami'l-Kur'an, c.5, Beyrut 1965.

Küçükgüngör, Erhan, “Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)”, Batider, Cilt 19, Sayı 3, Ankara 1998, s. 137-138.

Maverdi, Edebü'l-kadi, t.y.

Merginani, Şeyhü'l-İslâm Burhanüddîn Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir, İslam Fıkhı, El Hidaye Tercümesi, (Çev. Ahmed Meylani), Cilt 2, Kahraman Yayınları.

Müslim, Ebu'l Hüseyin b. Haccac el Kuşeyri, el-Camiu's Sahih, İstanbul 1981.

Nebhan Muhammed Faruk, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, Ter: Servet Armağan, Sönmez Neşriyat Yayınları, İstanbul 1980.

Nesai, Ebu Abdurrahman Ahmed b. Ali b. Şuayb, Sunenu'n-Nesâi, İstanbul 1981.

Nesefi, Ebu'l Berekat Abdullah b. Ahmed b. Mahmud, Medari'l-ku't-Tenzil ve Hakaiku't-Te'vil (Tefsiru'n Nesefi), İstanbul 1984.

Nomer, Ergin / Ekşi, Nuray / Öztekin, Günseli, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003.

Özçelik, Sezai, “İslami Çatışma Çözümüne Giriş: İslami Hakemlik (Tahkim), İslami Arabuluculuk (Wasata), İslami Barış Yapma (Sulha) ve İslami Üçüncü Taraf (Ombudsman)”, Yeni Türkiye, Cilt 23, Sayı 95, 2017, s. 190-202.

Sabuni, Muhammed Ali, Safvetü't-Tefâsîr “Tefsirlerin Özü”, (Çev. Gümüş, Sadreddin / Yılmaz, Nedim) İz Yayıncılık, İstanbul 1990.

Salih Abdü's Semi el Abi, Cevahiru'l İklil, Mısır 1332.

Sancak, Yusuf / Kıyak, Emre, “Günümüz Türkçesi ile Mecelle'nin Onaltıncı Kitabı Kitâbü'l Kazâ”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 2, 2014, s. 45-105.

Schact, Joseph, İslam Hukukuna Giriş, (Çev. Dağ, Mehmet / Şener, Abdulkadir) Ankara 1986.

Serahsi, Ebu Bekr Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed, el Mebsut, (Çev. Akşit, Mustafa Cevat), Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, t.y.

Şafii, Muhammed b. İdris, el-Umm, Kahire 1961.

Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986.

Şirazi, el- Muhezzeb, Cilt 2, Mısır 1976.

Şirbini, Muhammed el-Hatib, Muğni'l- Muhtac, Kahire 1985.

Tirmizi, Ebu b. İsa b. Sevre,, el-Camiu's Sahih, İstanbul t.y.

Yavuz, Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2. Uluslararası Özel Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009.

Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi, Hak Dini Kuran Dili, Cilt 2, Eser Neşriyat, İstanbul 1979.

Yeğengil, Rasih, Tahkim (L'arbitrage)' İstanbul 1974.

Yıldırım, Mustafa, İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, İzmir 2002.

Yıldırım, Mustafa, “Tahkim”, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2010.

Yılmaz, İbrahim, “İslam Aile Hukukunda Boşanmaları Önleyici Bir Tedbir Olarak Tahkim Müessesesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması”, Türkoloji Araştırmaları: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Cilt 12, Sayı 10, 2017, s. 329-360.

Yiğit, İsmail, Sıffin Savaşı, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt 37, t.y.

Yücel, Ensari, “İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü”, İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2017, s. 137-160.