

**T. C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

MECELLE'DE TAHKİM

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Haticetül Kübra YAVUZ

**Danışman:
Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU**

**İSTANBUL
2024**

T. C.
İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

MECELLE'DE TAHKİM

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Haticetül Kübra YAVUZ

Danışman:
Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İSTANBUL
2024

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.

İSTANBUL 29 MAYIS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı'nda 200921YL03 numaralı Haticetül Kübra YAVUZ'nun hazırladığı “*Mecelle'de Tahkim*” konulu yüksek lisans tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 18/07/2024 günü (11:00 - 13:00) saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin başarılı olduğuna oy birliği ile karar verilmiştir.

Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU
İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi
(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)

Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ
İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
İstanbul Medipol Üniversitesi

BEYAN

Bu tezin yazılmasında bilimsel ahlak kurallarına uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunulduğunu, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, tezin herhangi bir kısmının bu üniversite veya başka bir üniversitedeki başka bir tez çalışması olarak sunulmadığını beyan ederim.

Haticetül Kübra YAVUZ

18/07/2024

ÖZ

İnsanlar arasındaki ilişkilerin bir düzen dahilinde yürütmesi, hukukun esas gayelerindendir. Toplumda kişilerin, aralarında kendi iradeleri ile çözemedikleri ihtilafları, sayılan, sevilen, bilgili ve liderlik vasfı olan kimselere götürerek yardım istemeleri, çok eski zamanlardan beri süregelen adetlerdendir. Kişinin, kendi hakkını kendisinin almaya (ihkak-ı hak) kalkmasının, barış ve huzur ortamını ne kadar bozucu olacağı aşîkardır. Uyuşmazlıkların çözümünde, hakimiyet hakkı gereği, resmi otoritenin görevlendirdiği kurumlara müracaat esas olsa da bu kurumların iş yükünü azaltmak, zaman kazanmak gibi sâiklerle hakemlere başvurmanın uygun bir yol olduğu görülmektedir. Tarihte bu yolun kabul gördüğü ve çokça uygulanarak bugünlere geldiği bilinmektedir. Bugün hem İslam hukuku hem de modern hukuk uygulayıcıları, tahkim kurumunu, belli şart ve kurallarla düzenleyerek, sağlıklı bir tahkim süreci işleyişini garanti altına almaya çalışmaktadırlar. Bu çalışmanın konusu, bir hukuk kurumu olan “tahkim”in önce tarihsel arka planı ve İslam hukukunda bulunduğu yerin tespiti, sonra İslam hukuku alanındaki ilk kanunlaştırma örneği olan *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*’deki düzenlemenin incelenmesidir. Üçüncü bölümde ise, bugün yürürlükte bulunan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde “tahkim” kurumunun geldiği noktanın tesbiti ve son olarak Mecelle’de düzenlenen tahkim ile HMK’da düzenlenen tahkim arasındaki farkların belirlenmesine çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Tahkim, hakem, hâkim, hüküm; Mecelle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, uyuşmazlık, alternatif uyuşmazlık çözümü.

ABSTRACT

One of the fundamental purposes of law is to regulate relationships among individuals in an orderly manner. Throughout history, it has been customary for people to seek assistance from respected, knowledgeable, and leadership-qualified individuals to resolve disputes they cannot settle through their own efforts. It is evident that individuals attempting to enforce their own rights (*ihkak-ı hak*) would disrupt peace and harmony within society. Although the primary method for resolving disputes involves appealing to institutions designated by official authorities under the right of sovereignty, resorting to arbitrators is seen as a suitable alternative to reduce the workload of these institutions and save time. Historically, arbitration has been widely accepted and practiced up to the present day. Today, both Islamic and modern legal practitioners strive to ensure a healthy arbitration process by regulating the institution of arbitration with specific conditions and rules. This study aims to first identify the historical background and the role of arbitration as a legal institution in Islamic law. It then examines the regulations within *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye*, the first codification in the field of Islamic law. In the third section, the study aims to ascertain the current state of the arbitration institution within the framework of the *Code of Civil Procedure No. 6100*, and finally, to identify the differences between the arbitration regulations in *Mecelle* and those in the current *Code of Civil Procedure*.

Keywords:

Arbitration, arbitrator, judge, judgment, Mecelle, Code of Civil Procedure, dispute, alternative dispute resolution.

ÖNSÖZ

Tahkim, devletin hâkimiyet haklarından olan yargı yetkisine bir istisna teşkil ettiği için, ancak devletin bu kuruma müsaade ettiğine dair bir yasama tasarrufu, kanun ile hukuki varlık kazanabilir. Kişilerin serbestçe tasarruf edebildikleri, kendilerine ait hak ve fiillerine dair uyuşmazlıkların çözümü konusunda bile, devletin hakimiyet hakkını gözetmek zorunluluğu vardır. Zira, kişinin kendi hakkını kendisinin alması (ihkak-ı hak) uygun olmaz ve her şekilde hükmün icrası devlet tarafından yapılacaktır. Tahkimin dayanağı, devletin kendi yargı hakkına koyduğu sınırlama ile tahkime izin vermiş olması ve bu meyanda yürürlüğe koyduğu kanunlardır.

Günümüzde tahkim yönteminin önemli bir ihtiyacı karşıladığı bilinmektedir. Geçmiş zamanlarda tahkim uygulaması var mıydı? İslam’da tahkimin yeri neydi? İslam hukuku prensiplerine dayanılarak yapılan ilk kod-kanun *Mecelle*’de tahkim nasıl düzenlenmişti? sorularını takip ederek başladığımız bu çalışmada, “Mecelle’de tahkim” uygulamasını odağımıza yerleştirerek tahkimin geçmişten bugüne kadar geçirdiği süreci inceledik.

Bu eğitim ve araştırma süresince sınırsız destek ve yardımlarını gördüğüm başta danışman hocam Prof. Dr. Ali BARDAKOĞLU olmak üzere Prof. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ, Prof. Dr. M. Âkif AYDIN ve Prof. Dr. Sami ERDEM hocalarıma çok teşekkür ediyorum. Araştırma konumun kararlaştırılmasında, kaynaklara erişimimde ve yazım süresince bana destek olarak, teşvik ederek yanımda olan sayın hocam Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a da minnet borçluyum. Ayrıca, araştırma ve okuma zevkini bana kazandıran ilk hocam Prof. Dr. M. Saim YEPREM ile sevgili Sabahat YEPREM, Prof. Dr. M. Safa YEPREM ve özellikle teknik konularda her zaman desteklerini hissettiğim sevgili Dr. M. Selim YAVUZ ve Dr. A. Sinan YAVUZ’a da şükran duygularımı ifade etmek isterim.

Haticetül Kübra YAVUZ

18.07.2024

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
BEYAN.....	iii
ÖZ.....	iv
ABSTRACT	v
ÖNSÖZ.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ.....	1
1. Çalışmanın Konusu, Önemi	1
2. Yöntem.....	3
3. Terminoloji.....	3
4. Konunun Sınırlandırılması.....	4
5. Plan.....	4
I. BÖLÜM: TAHKİM VE TARİHTEKİ YERİ.....	5
1.1. Tanım, Kavram	5
1.2. Tarihsel Arka Plan	7
1.2.1. İslam Öncesi Dönemde Tahkim	7
1.2.1.1. Eski Yunan Hukuku.....	8
1.2.1.2. Roma Hukuku.....	9
1.2.1.3. Ortaçağ Kilise Hukuku ve Âdetler	10
1.2.1.4. Cahiliye Toplumunda Tahkim.....	12
1.2.2. Hz. Peygamber Döneminde Tahkim	15
1.2.3. İslam Hukuk Doktrininde Tahkim	18
1.2.3.1. Hanefî Mezhebi	21
1.2.3.2. Mâlikî Mezhebi.....	22
1.2.3.3. Şâfiî Mezhebi.....	23
1.2.3.4. Hanbelî Mezhebi.....	24
1.2.4. Osmanlı Devleti’nde tahkim	24
II. BÖLÜM: MECELLE’DE TAHKİM.....	30
2.1. Mecelle, Hukuk Usulü ve Tahkim	30
2.1.1. Mecelle	30
2.1.2. Mecelle’de Hukuk Usulü	33
2.1.3. Tahkim	35
2.1.3.1. Madde 1790: Tahkim.....	35
2.1.3.2. Madde 1841: Tahkimin Konusu	37
2.1.3.3. Madde 1842: Tahkimin tarafları bağlayıcı olması	39
2.1.3.4. Madde 1846: Tahkimde Süre	41
2.1.4. Hakem	43
2.1.4.1. Hakemliğin Şartları.....	45

2.1.4.1.1. Müslüman Olmak	45
2.1.4.1.2. Eda (Fiil) Ehliyetine Sahip Olmak.....	46
2.1.4.1.3. Hürriyet.....	48
2.1.4.2. Hakem Olabilmek İçin Gerekli Vasıflar.....	48
2.1.4.2.1. Adalet.....	48
2.1.4.2.2. Hukuk Bilgisine Sahip Olmak	49
2.1.4.2. Hakemlik Sözleşmesi	50
2.1.4.4. Hakemin Yetki ve Sorumlulukları.....	51
2.1.5. Madde 1843: Hakemin Birden Fazla Olabilmesi.....	52
2.1.6. Madde 1844: Hakem Kararlarında Oybirliği Şartı.....	53
2.1.7. Madde 1845: Hakemlere Başka Hakem Tayin Etme Yetkisinin Verilmesi	54
2.1.8. Madde 1847: Hakemin Azli	55
2.1.9. Madde 1848: Hakem Hükümünün Kapsamı	56
2.1.10. Madde 1849: Hakem Kararlarının Onanması	57
2.1.11. Madde 1850: Hakemlere Sulh Yetkisinin Verilmesi	60
2.1.12. Madde 1851: Yetkisiz Hakem Kararına İcazet	61
2.2. Mecelle'nin Uygulanması ve Sonraki Dönem	62

III. BÖLÜM: MECELLE'DEKİ TAHKİM DÜZENLEMESİNİN (MODERN)

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM İLE MUKAYESESİ 66

3.1. Modern Türk Hukukunda Tahkime Dair Düzenlemeler ve Tahkim Türleri	66
3.1.1. Tahkime Dair Düzenlemeler	66
3.1.2. Tahkim Türleri	68
3.1.2.1. Ulusal ve Uluslararası Tahkim	68
3.1.2.1.1. Ulusal Tahkim.....	68
3.1.2.1.2. Uluslararası Tahkim.....	68
3.1.2.2. Ad Hoc tahkim ve Kurumsal Tahkim.....	69
3.1.2.2.1. Ad Hoc Tahkim	69
3.1.2.2.2. Kurumsal Tahkim	69
3.1.2.3. Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi	70
3.1.2.3.1. Ticarî Tahkim	70
3.1.2.3.2. Yatırım Tahkimi	70
3.1.2.4. Zorunlu Tahkim – İhtiyârî Tahkim.....	70
3.1.2.4.1. Zorunlu Tahkim	70
3.1.2.4.2. İhtiyârî Tahkim	71
3.1.3. Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....	71
3.1.3.1. Arabuluculuk	71
3.1.3.2. Hakem-Bilirkişilik	73
3.1.4. HMK. ile Tahkime Getirilen Değişiklikler	73
3.1.4.1 Tahkim Sözleşmesi-Hakem Sözleşmesi.....	74
3.1.4.2. Tahkim Sözleşmesinin Tarafları.....	75
3.1.4.3. İrade Beyanı.....	76
3.1.4.4. İhtilafın Belirli Olması.....	76
3.1.4.5. Tahkim Sözleşmesinde Şekil.....	77
3.1.4.6. Müstakil Tahkim Sözleşmesi ve Tahkim Şartı.....	77
3.1.4.7. Hakemin Reddi Usulü	78
3.1.5. Tahkimin Sona Ermesi ve Tahkime Karşı Kanun Yolları	80
3.1.5.1. Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi.....	80

3.5.2. Tahkime Karşı Kanun Yolu: İptal Davası	80
3.2. Mecelle'deki Düzenleme ile Modern Hukuktaki Tahkim Arasında Farklar	81
3.2.1. Temel Farklılıklar	81
3.2.1.1. Tahkim-Hakem Sözleşmeleri	81
3.2.1.2. Hakemin Azli veya Seçimi İle Tahkim Süreci İlişkisi	82
3.2.1.3. Hukuk Sistemi Seçimi	82
3.2.1.4. Tahkimin Mahiyeti	83
3.2.2. Fer'î Nitelikte Farklılıklar	83
3.2.2.1. Tahkimin Şarta Bağlanması	83
3.2.2.2. Hakem Kararlarının Oluşması	84
3.2.2.3. Hakemler Tarafından Başka Bir Hakem Tayini	84
3.2.2.4. Tahkim Süresi	85
3.2.2.5. Tahkimin Şekli	85
3.2.2.6. Tahkimin Şartları	85
3.2.2.7. Hükümün Onanması	86
3.2.2.8. Tahkim Türleri	86
3.2.2.9. Tahkime Elverişlilik	86
3.2.2.10. Hakemlik Ehliyeti	87
SONUÇ	88
KAYNAKLAR	92
ÖZGEÇMİŞ	102

KISALTMALAR

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
a.g.e.	adı geçen eser
a.g.m.	adı geçen makale
a.g.md.	adı geçen madde
b.	bin
BK.	Borçlar Kanunu (Eski)
Bkz./bkz.	Bakınız
c.	cilt
çev.	çeviren
DİA	TDV İslam Ansiklopedisi
dn.	Dipnot
ed.	editör
H.	hicrî
HMK.	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK.	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
M.	Miladî
M.Ö.	Milattan Önce
M.S.	Milattan Sonra
md.	madde
MTK.	Milletlerarası Tahkim Kanunu
muh.	Muharrir
muhk.	Muhakkik
nşr.	Neşreden
ö.	Ölümü
s.	Sayfa
sy.	sayı
TBK.	Türk Borçlar Kanunu
thk.	Tahkik
TMK.	Türk Medenî Kanunu
trc.	Tercüme
t.y.	Tarihi yok
vdgr.	ve diğerleri
vb./vs.	ve benzeri / vesaire
vd.	ve devamı
vr.	varak
y.y.	basım yeri yok

KISALTMALAR-Kurumlar

Kısaltma	Bibliyografik Bilgi
ICC.	International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası)
ICSID.	International Center for Settlement of Investment Disputes (Uluslararası Yatırım İhtilaflarının Çözüm Merkezi)
ISTAC.	İstanbul Tahkim Merkezi
OIC.	Organisation of Islamic Cooperation Arbitration Center (İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi)
PCA.	Permanent Court of Arbitration- Daimî Tahkim Mahkemesi
TBB.	Türkiye Barolar Birliği
TOBB.	Türkiye Odalar Birliği
UNCITRAL.	United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)

GİRİŞ

1. Çalışmanın Konusu, Önemi

Tahkim, tarihin erken zamanlarından beri, insanlar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde başvurulan hukuki bir yöntemdir. İnsanlık tarihindeki uzun geçmişiyle, çözüm yöntemi olmanın ötesinde, barış ve huzura katkı sağlayan önemli bir araç olarak hem uzlaşma, adalet ve eşitliğe imkân sağlamış hem de toplumsal uyumu desteklemiştir. Bu özellikleriyle tahkim, şimdiye kadarki süreçte ve bugün, devlet yargısının yanında, ağır yük altındaki mahkemelerin yükünü hafifleten, tarafların hızlı ve etkin sonuca ulaşmasını sağlayan, önemli bir ‘uyuşmazlık çözme yöntemi’ olarak varlığını devam ettirmektedir.

Tahkim yöntemi, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar bakımından; bu uyuşmazlığın halli için ‘uygulanacak hukuku’ ve ‘tarafsızlığına güvendikleri kişiyi hakem olarak seçme’ özgürlüğünün bulunduğu, başkalarının bilmesini istemeyecekleri ‘sırlarını mahfuz tutabilme’, devlet yargısına nazaran daha ‘kısa sürede sonuç alabilme’ ve bu süreçte ‘kişilere ait geniş imkanları kullanabilme’ gibi birçok imkânı içeren etkili bir yöntemdir. Bununla birlikte, tahkimde yargı yetkisi kullanıldığı ve bu yönün, ‘devlete ait bir yetkinin kullanılmasına istisna’ teşkil ettiği düşünüldüğünde, kanunlarla düzenlenip güvence altına alınması gerekmiştir.

İslam dini, insanların adalet, doğruluk, dürüstlük üzere yaşamalarını prensip olarak belirlemiştir. Bu temel gayeyi temin için, Peygamber Efendimiz, hayatta iken, uygulamada olan doğru davranış, örf ve âdetleri yerinde bırakmış, zararlı sonuçları olan yanlış davranış ve âdetleri ise kaldırıp, yerine düzgün sonuçlara ulaştıracak esaslar getirmek yolunu seçmiştir.¹ Tahkim de bunlardan biridir. Zaten adaletle ulaşmak için doğru, dürüst ve bilgisine güvenilir kimseleri aralarında hakem seçmek ve onun vereceği hükme rıza göstermek, çok eski zamanlardan beri insanlar arasında tercih edilen bir

¹ Hayrettin KARAMAN; *Bağlayıcılık Bakımından Rasulullah’ın Davranışları*, “Hz. Peygamber ve Aile Hayatı” Tartışmalı ilmî toplantılar dizisi, (İstanbul: İlmî Neşriyat İç ve Dış Ticaret A.Ş., t.y.) 127-150.

yöntemdi. Hz. Peygamber de ya bizzat kendisi uygulayarak ya da sahabeyi yönlendirerek, tahkim uygulamasının isabetli bir usul olduğunu göstermiştir.

İslam Hukuku, Hz. Peygamber ve sonra gelenlerin, hayatın getirdiği yeni hadiseler karşısında yaşayışlarını düzenlemek üzere, ellerindeki Kur'an ve sünnetin koyduğu kural ve prensiplere aykırı düşmeksizin yaptıkları içtihatlardan oluşan bir hukuktur. Bu hukuk, belli bir süreden sonra tedvin edilmeye başlanmış, zaman içinde mezheplerin oluşumu ve mezhep mensubu büyük alimlerin eserleriyle geniş coğrafyalara ulaşabilmiştir.

Osmanlı Devleti zamanına gelindiğinde, fıkıh alanında zengin bir literatür bulunmakla birlikte, genişleyen coğrafyanın her alanına ulaşabilecek 'yeterli sayıda' ve 'alana hâkim', âlim kimseler yetiştirmek zorlaşmıştı. Yargı faaliyetini yürütecek kadıların, ana kaynakları 'kendi başlarına inceleyerek içtihad edebilecek' kabiliyette olanları çok azdı. Kadılara yardımcı olacak fetva mecmuaları ve muhtasarlar gibi yazılı kaynaklar çoğalmıştı. Fakat, *Tanzimat Fermanı*yla sayıları ve faaliyet alanları artan mahkemelerin, yetişmiş hukukçu ihtiyacının hızlıca karşılanması ve uygulamaya esas teşkil edecek kanunların çıkarılması gerekiyordu. İşte bu noktada, Osmanlı coğrafyasında kadıların uygulamasına esas teşkil etmek üzere, Hanefî mezhebine ait görüşler bir araya getirildi ve yedi yıllık süreç sonunda, '*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*' ismiyle bir medeni kanun hazırlanıp yürürlüğe girdi.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, İslam şeriatı prensipleriyle uyum içinde ve Hanefî fıkının zengin birikimine dayalı olarak hazırlanan ilk kod-kanundur. Bu özelliğiyle, sadece Osmanlı coğrafyasında bulunan ülkelerin ihtiyacını karşılamamış, aynı zamanda Müslüman ülkelerin kodifikasyon hareketlerine öncülük ve örneklik etmiş önemli bir çalışmadır. *Mecelle*; borçlar, kısmen eşya ve şahıslar hukuku ile yargılama hukukuna dair bazı meseleleri bünyesinde barındırmaktadır. Aile hukukuna dair esaslar, daha sonra *Osmanlı Hukuk-u Aile Kararnamesi* ile ayrı olarak düzenlenmiştir. "Tahkim" konusu, 16 kitaptan oluşan bu kanunun, son kitabının son babında bulunmakta ve son maddeleri teşkil etmektedir.

"İslam Hukukunda Tahkim" konusuna yönelik bir literatür araştırması yaptığımızda, yapılan çalışmaların, doktora ve yüksek lisans tezlerinin, daha çok Nisa suresi 35. ayette ifadesini bulduğu üzere, 'eşler arasında meydana gelen geçimsizlik' ve 'boşanmaya götüren problemlerin çözümü için hakem tayini tavsiyesi' odağında yapılmış

olduğunu gördük. Halbuki “tahkim” kurumunun, gündelik hayatın diğer alanlarındaki problemleri çözme yönünde de önemli bir katkısı bulunmaktadır ve bu yönüyle, İslam Hukuku açısından ilk defa Mecelle’de bir kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Bu anlamda, tahkimin, Mecelle’deki düzenleme odağında çalışılmamış olması önemli bir eksiklik olarak görülmektedir.

2. Yöntem

“*Mecelle’de Tahkim*” tezimize başlarken, önce ‘bir hukuk müessesesi olarak tahkim yöntemi’nin, tarihçesi başta olmak üzere, sırasıyla İslam tarihinde ve doktrinindeki yerine dair bir literatür araştırması yapılmış, okunan çok sayıda lisansüstü tez ve makaleler değerlendirilerek “tahkim” konusuna genel bir giriş yapmak hedeflenmiştir.

Mecelle’de Tahkim bölümünde; Hanefî mezhebinin muteber addedilen kaynakları ve *Mecelle’ye* yapılan şerhlerin (tahkim konusuna kadar ulaşabilmiş olanlar) incelenmesinden başka, konuyla ilgili varsa diğer mezheplerin -yine doktrin alanında önemsenmiş bazı kaynaklarına başvurmak suretiyle- farklı görüşlerine de atıf yapabilmek imkânı araştırılmıştır. Yine bu alanda, ulaşılabilen kitap, tez ve makaleler de incelenmiştir.

Bugünkü Modern Türk Hukuku’nda tahkimin durumu ve *Mecelle* ile mukayesesini yapmaya çalıştığımız son bölümde, konuyla ilgisi olan başta anayasa ve *Hukuk Muhakemeleri Kanunu* olmak üzere kanunî düzenlemeler, gerekçeler, resmî metinler incelenmiş ve gerekli atıflar yapılmış; yine konuyla ilgili kitap, tez ve makaleler araştırılarak konunun değerlendirilmesine çalışılmıştır.

3. Terminoloji

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 1868-1876 yılları arasında hazırlanıp bölüm bölüm yürürlüğe giren kanunun tam adıdır. Fakat genel kullanım itibarıyla bu ismin tamamı değil, sadece günümüz Arapçasında anlamı “derleme, dergi” olan “Mecelle” kısmı zikredilmekte ve bu kelime, Türkiye’de kullanıldığı zaman “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*”yi kasıt ve ifade ettiği bilinmektedir. Bu sebeple biz de incelememizde kısaca “*Mecelle*” ismini kullandık ve bu isimle “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*”yi kastetmiş olduk.

4. Konunun Sınırlandırılması

İncelememizde, “*Mecelle*’deki Tahkim (md.1841-1851)” düzenlemesini ve konuyla ilgili olarak bu düzenlemenin dayanağı kabul edilen ‘Hanefî mezhebinin görüşlerini’ esas aldık. Günümüzde tahkim konusunda ise, ‘yürürlükte olan ana düzenleme’ niteliğindeki 6100 sayılı *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*’nda bulunan esaslar ile mukayesesini yapmaya çalıştık.

5. Plan

“Tahkim ve Tarihteki Yeri” başlıklı birinci bölümde, “tahkimin tanımı” ve “tarihsel arka planı” ana başlıkları altında sırasıyla “İslam öncesi dönem”, “Hz. Peygamber Dönemi”, “Klasik Dönem İslam Hukuk Doktrini” ve “Osmanlı Dönemi” tahkim uygulamalarını inceledik.

“*Mecelle*’de Tahkim Düzenlemesi” başlıklı ikinci bölümde, *Mecelle* ve *Mecelle*’deki yargılama usulüne yönelik düzenleme konusunda kısa bilgi verip *Mecelle* maddelerini incelemeye başladık. Bu kısımda, önce *Mecelle* maddesinin sadeleştirilmiş halini ve ilgili dipnotta aslını verip, her bir maddeyle ilgili İslam hukuk doktrininde farklı bir görüş varsa yeniden onlara da atıflar yaparak *Mecelle*’ye yapılmış şerhlerdeki izahları gözden geçirdik.

“Modern Türk Hukukunda Tahkim ile *Mecelle*’de Tahkim Arasındaki Farklar” başlıklı üçüncü bölümde, önce, bugün ülkemizde ‘tahkim’ kurumunun geldiği noktayı anlamak üzere kısaca kanuni düzenlemelere ve tahkim çeşitlerine değindik. Arabuluculuk-sulh anlaşması ve hakem-bilirkişilik konularında kısa bilgiler verip tahkimden farklılıklarına göz gezdirdik.

En son “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu*”ndaki tahkim ile “*Mecelle*’deki tahkim düzenlemesinin mukayesesini” bakımından kısa bir tesbit yapmaya çalıştık.

Sonuç bölümüyle incelememizi tamamladık.

I. BÖLÜM:

TAHKİM VE TARİHTEKİ YERİ

1.1. Tanım, Kavram

Sözlükte tahkim, Arapça (ح ك م) kökünden masdar olarak, “bir kimseyi bir konu hakkında gereğince karar vermek üzere görevlendirmek”², “bir hükmü bir kimseye tefviz etmek”³ “(bir dava için) hakem tayin etme”⁴ şeklinde tarif edilmektedir.

Kavram olarak ise tahkim, “aralarında ihtilaf bulunan iki şahsın, bu ihtilafı çözmek üzere, kendi rızalarıyla, hâkim yerine kazâî salahiyeti olmayan başka bir şahsı görevlendirmeleri”⁵ ni ifade etmektedir. Arapça kelime kökü (ح ك م) den türetilmek üzere, kendisine ihtilafı çözerek hüküm verme yetkisi verilmiş kişiye ‘hakem’ veya ‘muhakkem’, taraflara ‘muhakkim’, sürecin sonunda verilen karara da ‘hüküm’ denilir.

Tahkimle ilgili terimler olarak, bir kimsenin tahkimini kabul edip hakem olmak ve hakemliği kabul etmek manalarında ‘ihtikâm’⁶, hâkimin, hükmedilen hakkındaki hükmünün geçerli olması anlamında ‘tahakküm’⁷ kelimelerini zikredebiliriz.

² ÂSİM Efendi, *Kâmus tercümesi*, (İstanbul: Cemal Efendi Matbaası, 1305), 4/243; Ebu'l-Fazl İBN MANZUR, *Lisânü'l Arab*, (Beyrut: Darü Sadır, 12/142; İBN ABİDİN, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (ö. 1252/1836) *Haşiyetü Reddi'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar: Şerhü Tenvîri'l-Ebsâr*, 2.Bası, (Beyrut: Nşr: Şeriketü Mektebeti ve Matbaati Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve Evlâdihi, Mısır, Darü'l-Fikr 1386/1966) , 6 cilt, 5/428.

³ Ömer Nasuhi BİLMEN, *Hukuk-u İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970), 8/205.

⁴ Ferit DEVELLİOĞLU, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, 25.Baskı, (Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2008), 1019.

⁵ Mustafa Ahmed ez-ZERKA, *el-Fıkhü'l-İslami fî Sevbihî'l-Cedîd, El-Medhalü'l-Fıkhiyyü'l-Âmm*, (Dımaşk: Dârü'l-Kalem, 1433/2012), 2 Cilt, 1/528; Şemseddin SAMÎ, *Kâmus-i Türkî*, (muh: Ahmed Cevdet), (İstanbul: Dersâadet İkdâm Matbaası, 1317, Kapı yayınları, İstanbul 2004), 555. Fahrettin ATAR, *İslam Adliye Teşkilatı*, 4. Bası, (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1999), s. 221.

⁶ ÂSİM EFENDİ, *Kâmus*, 4/243.

⁷ ÂSİM EFENDİ, *Kâmus*, 4/243.

Kur'an-ı Kerim'de 'tahkim', (h-k-m) masdarından türeyen fiiller halinde iki yerde (Nisâ 4/65; Mâide 5/43)⁸; 'hakem' kelimesi ise Nisâ 4/35'de iki kere olmak üzere, toplam üç yerde (Nisâ 4/35; En'âm 6/114)⁹ zikredilmektedir.¹⁰

Hadislerde ise, 'hükmeden kişi' manasında 'hakem' şekliyle ve bundan farklı olarak 'tahakküm' ve 'ihtikâm' masdarlarından türeyen fiillerle 'hakem tayin etme veya hâkime gitme' şekillerinde geçtiği bilinmektedir.¹¹

Mecelle md.1790 tahkimi "... tarafların çekişme ve davalarını çözdürmek için rızalarıyla başka bir kimseyi hâkim kabul etmelerinden ibarettir..."¹² ifadeleriyle tanımlamaktadır. *Mecelle*'de yapılan bu tahkim tanımı, hem ihtilafın halli konusunda taraflar haricinde bir kimsenin hakem olarak seçilmesini hem de tahkim usulünü ifade etmektedir.¹³

Modern Türk hukukunda da tahkime dair çeşitli tarifler yapılmıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)¹⁴, tahkimi, 'sözleşme'¹⁵ olma özelliğiyle öne çıkarıp tanımlarken, öğretide, 'taraflar arasında doğmuş, ve doğacak uyuşmazlıkların

⁸ "Hayır, rabbine andolsun ki, aralarında çıkan anlaşmazlık hususunda seni hakem kılıp sonra da verdiğin hükümden içlerinde hiçbir sıkıntı duymaksızın onu kabullenmedikçe ve boyun eğip teslim olmadıkça iman etmiş olmazlar." Nisâ 4/65. "İçinde Allah'ın hükmü bulunan Tevrat yanlarında olduğu halde seni nasıl hakem tayin ediyorlar; bunun ardından da yüz çevirip gidiyorlar. Onlar asla inanmış değildirler." Mâide 5/43.

<https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Nisâ-suresi/558/65-ayet-tefsiri> (erişim 5.10.2023)

<https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Mâide-suresi/712/43-ayet-tefsiri> (erişim 5.10.2023)

⁹ "Eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır. Nisâ/35; ⁹ "(De ki:) 'Allah'tan başka bir hakem mi arayacağım? Hâlbuki size kitabı açıklanmış olarak indiren O'dur.' Kendilerine kitap verdiğimiz kimseler, Kur'an'ın gerçekten rabbın tarafından indirilmiş olduğunu bilirler. Sakın şüpheye düşenlerden olma!" En'âm/114.

<https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/En%27âm-suresi/903/114-ayet-tefsiri> (erişim 20.10.2023)

¹⁰ Muhammed Fuad ABDÜLBAKÎ, *Mu'cemü'l-Müfrehes li Elfazi'l-Kur'ani'l-Kerim*, Darü'l-Hadis, Kahire H.1422-M.2001, 261-262; Mustafa YILDIRIM, "*TAHKÎM*", DİA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/tahkim--fikih> (erişim 02.10.2023).

¹¹ YILDIRIM, "*TAHKÎM*", a.g.md. (erişim 02.10.2023).

¹² Sadeleştirilmiş metin: Yaşar GÜÇLÜ, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 580. Madde 1790: "Tahkim: Hasmeynin husumet ve da'valarını fasl için rızalarıyla âhar kimseyi hâkim ittihaz etmelerinden ibarettir..." Asıl metin: *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 3.Bası, (İstanbul: Dersaadet Matbaa-i Osmâniyye, 1308 H.)

¹³ Mustafa YILDIRIM, *İslam ve Medenî Yargılama Hukukunda Tahkim*, (İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2002), s. 22.

¹⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu,

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6100.pdf> (erişim 2.10.2023)

¹⁵ HMK., "MADDE 412- (1) Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır."

çözümünün özel kişilere bırakılması'¹⁶ veya 'uymazlıkların çözümünün havale edildiği kişilerle ihtilaflı taraflar arasında yapılan anlaşma'¹⁷ veyahut da 'uymazlığın hakemlerce karara bağlanması işlemlerinin bütünü' olarak ifade edildiği görülmektedir.¹⁸

1.2. Tarihsel Arka Plan

1.2.1. İslam Öncesi Dönemde Tahkim

Yaratılış itibariyle, topluluklar halinde yaşamakta olan insanların, aralarında anlaşmazlıklar çıkması ve bu anlaşmazlıkları çözmek için diğer insanlarla yardımlaşma yolunu tutmuş olmaları gayet tabiidir. Öyle anlaşıyor ki insanlık, anlaşmazlık ve çatışmaları, kaba kuvvete başvurarak çözenin fayda sağlamayacağını anladıkça, öncelikle sulh yoluna gitmeyi tercih etmiş, bu süreçte de aralarında uygun gördükleri kişilere hakemlik vazifesi vererek barışa ulaşmayı istemişlerdir. Bu yollar, zamanla adaletin yetkili kimseler tarafından sağlanması şeklinde geliştirilmiş ve kendi hakkını kendi alma (ihkak-ı hak) usulünün getirdiği mahzurlar ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Tahkim kurumunun zorlayıcılığının olmaması ve tarafların zaman zaman kararı beğenmeyerek ihkak-ı hakka yönelmeleri, kurumsal yargı-devlet yargısının oluşması sonucunu doğurmuştur. Devlet yargısı, tahkim kurumunun da bağlayıcı olabilmesi için gerekli tedbirlere başvurmuş, fakat yine de kendi hakimiyetine istisna olarak gördüğü tahkim yargısının sınırlarını belirleme ihtiyacı duymuştur.¹⁹

Tahkimin, bir yargı kurumu olarak niteliğini yitirmediği, fakat tarihin seyri içinde bazen tek başına adalet dağıtma işlevi görecektense kadar muteber, bazen de haksızlıkların koruyucusu olmakla itham edilecek derecede itibarsız bulunduğu, inişli çıkışlı bir maziye sahip olduğu görülür.²⁰

¹⁶ Bâki KURU, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, (Ankara: Yetkin yayınları, 2020), 2/1857.

¹⁷ Hakan PEKCANITEZ ve Oğuz ATALAY ve Muhammed ÖZEKES, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine göre Medeni Usul Hukuku*, 10.bası, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 680; Cevdet YAVUZ, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler*, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", <https://hukuk.marmara.edu.tr/akademik/yayinlar/ii-uluslararasi-ozel-hukuk-sempozyumu-tahkim> (erişim 4.1.2024).

¹⁸ Muharrem BALCI, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, (İstanbul: Danışman Yayınları, 1999), s. 103.

¹⁹ Muharrem BALCI, *İhtilaflar*, s. 40.

²⁰ Rasih YEĞENGİL, *Tahkim (L'arbitrage)*, (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974), s. 8.

Tarihçiler, bize ulaşabilen en eski kaynaklardan edindikleri bilgilere göre, Asya'dan Avrupa'ya doğru akan insan göçlerinin, Akdeniz havzasında medeniyet bakımından en yüksek seviyelere ulaştığı ve bu bölgedeki eski Yunan ve Roma uygarlıklarının temelinin, Hindistan ile Akdeniz havzasını çevreleyen Sümer, Sami, Fars, Mısır ve Fenike gibi eski milletlere dayandığını düşünmektedirler.²¹ Fakat tahkimin tarihçesini izleyebilmek için, yargı tarihine dair yeterli miktarda kayıt bulunmamaktadır.

Nil vadisinde yaşamış olan Mısırlıların ve Mezopotamya'da yaşamış Sümer ve Samilerin büyük bir imparatorluk kurdukları bilinmektedir. Babil hükümdarı Hammurabi'nin meşhur kanunları önemli bir hukuki gelişimin izlerini yansıtmaktadır. Bu hukuki uygulamalar içinde, hakemi andıran "Puhrum" isimli hâkim grupları (*assemblée de justice*) bulunduğu ve bu hakimlerin duvar diplerinde toplanarak tahkim benzeri bir işlev gördükleri anlaşılmaktadır.²² Devletlerarası tahkim konusunda ise, tarihi milattan önce beş binlere kadar uzanan Sümer devletleri, Lagash ile Umma arasında baş gösteren bir anlaşmazlığın Kish kralı tarafından hakem sıfatıyla çözüldüğü rivayet edilmektedir.²³

Tahkim uygulamalarını kaydeden kaynaklar, ancak M.Ö. üçbinlere kadar ulaşabilmesine rağmen, bize çok kıymetli bilgiler temin etmeyi başarmışlardır. Mesela, Kitab-ı Mukaddes ile ilgili kaynaklar, Hz. Süleyman'ın hakem olarak ihtilafların çözümüne nezaret ettiği bilgisini verirler.²⁴

1.2.1.1. Eski Yunan Hukuku

Demosthéne ve Aristo'nun eserlerinde, Eski Yunan hukukunda tahkim uygulamasının bilinip uygulandığına dair ifadeler bulunmaktadır:

Demosthéne, "Müdafaalar"ında: "Taraflar aralarındaki anlaşmazlıklarda, hakeme başvurmaları mümkün olduğu gibi, istedikleri kimseleri de hakem seçebilirlerdi. Seçtikleri hakemin kararına boyun eğdiler ve ona itiraz etmezlerdi" diyor. Keza Aristo da "Rétorique (Belâgat)" isimli eserinde;

²¹ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 11.

²² YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 13.

²³ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 15.

²⁴ Cemal ŞANLI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986), s. 13.

hâkimin kanunu tatbik etmekle mükellef olmasına karşılık, hakemin nasafet ve adalet esaslarına göre karar vereceğini söylüyor.²⁵

Eski Yunan hukukunda; kaynaklara göre, tahkimin hem özel hukuk hem de siteler arası anlaşmazlıklarda uygulandığı rivayetleri vardır. Tarafların, aralarındaki tahkimnâmeye göre, kendi seçtikleri ‘ihtiyârî’ veya devlet tarafından belli süreyle görev yapmak üzere seçilmiş ‘umumî’ hakemlere müracaat etme hakları bulunuyordu.²⁶

1.2.1.2. Roma Hukuku

Eski Roma’da; geçerli olan kendi hakkını kendi alma (ihkak-ı hak-öç alma) sisteminin mahzurlarını gidermek üzere, XII. Levha kanunuyla, haksız fiiller açısından, kısas benzeri bir sistem getirilmişti. Fakat bu sistemde de zarar miktarının ve karşılığının tespiti yine kişinin kendisine aitti. Ancak, ilk imparatorluk dönemine doğru, kişinin kendi kuvvetini kullanması yasaklanabilmiş ve ceza ile müeyyidelendirilebilmiştir. Bu dönemden itibaren, haksız fiiller için diyetin belirlenmesi, hakemlere bırakılmaya başlandı. Roma imparatorluğunun siyasi sınırlarının genişlemeye başlamasından sonra, aynı kurallar, yeni bölgelerdeki uyuşmazlıklarda da uygulanmaya devam etmiştir. Bu uygulamaların geçmişini M.Ö.76’ ya dayandıran kaynaklar mevcuttur. M.S. 1880 de Este’de bulunan bronz tabletlerde, hakemlere ilişkin atıflara rastlanmıştır. Bu tabletlerde, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkları yargılama ve ‘hâkim’, ‘hakem’ ve devletler arasındaki uyuşmazlıkları çözecek ‘özel yetkili (*recuperatores*) hakemler’ atama yetkilerinden bahsedilmektedir.²⁷ İhtilaflı taraflar, öncelikle aralarında hakemlik yapacak kişinin tespitinde, daha sonra da hakemin vereceği karara uyma konusunda anlaşılardı. Fakat, bu karara uymayı sağlayıcı bir devlet yaptırımını henüz yoktu. Dolayısıyla, Roma Hukukunda ilk tahkim uygulamalarının ‘ihtiyârî tahkim’ şeklinde olduğu ifade edilmektedir. Öğretide, bu uygulamaların, devlet yargısının oluşmasında temel

²⁵ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 17.

²⁶ YILDIRIM, *Tahkim*, s. 33.

²⁷ İpek Sevdâ SÖĞÜT, *Roma Hukukunda Tahkim*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007), 23: “Özel hukuk ve kamu hukuku meselelerinin birbirinden tamamen ayırt edilmediği en eski devirlerde, Roma vatandaşı olmayanlarla ihtilaflı olunması halinde, yetkili (*recuperatores*)lerin hakem olarak görev yaptıklarından bahsedilmektedir. Cumhuriyet ve imparatorluk devirlerinde de eyaletlerde ferdi ihtilaflar için, yetkili (*recuperatores*)lere başvurulduğu belirtilmektedir.”

oluşturduğu görüşleri vardır. Bununla birlikte, Roma idarecilerinin ferdin tasarruflarına karşı ‘çok büyük baskılar uyguluyor’ olmaları sebebiyle, devlet yargısından önce, nispeten özgürlük içeren, tahkim gibi bir uygulamanın gelişemeyeceğini iddia eden görüşler de bulunmaktadır.²⁸

Roma Hukuku, milattan 130 yıl kadar öncesinde kabul edilen ve şifahî muhakeme usulünün yerine yazılı usulü getiren *Aebutia* kanunundan sonra, ihtiyaçlardan dolayı yeni hukuki müesseselerin doğmasına imkân veren bir yapıya erişti. Bunun sonucu bir içtihatlar hukuku (*jus honorarium*) doğmuş oldu. Bu dönemden sonra tahkim uygulaması; tarafların kendi aralarında tahkimi kabul ettikleri bir anlaşmanın (*compromissum*) varlığı ile hakemin vereceği karara taraflardan herhangi birisinin uymaması halinde ödenecek cezaî şartı da içermek kaydıyla, sözlü şekle bağlı (*stipulatio*) olarak yapılan, hakemin kabulü ve sonra uyuşmazlığa dair kararını vermesiyle tamamlanan bir süreç halini almıştır.²⁹

1.2.1.3. Ortaçağ Kilise Hukuku ve Âdetler

Büyük mücadelelerden sonra yayılıp kuvvetlenmeye başlayan Hristiyanlık, bağlıları arasında barış ile dayanışmayı sağlamak ve bir düzen oluşturmak zorundaydı. Bu vazifeyi kilise üstlenmiştir. Kilisenin görevlileri arasında hiyerarşik bir yapılanma vardır. Katolik kilisesi, Roma devletinin idari teşkilatına benzer bir yapı kurmuştu. Bu yapı içinde, idarî bir teşkilat ile emir ve karar organları bulunuyordu. En önemli kararlar, Konsil (*Concilé de oecumenique*³⁰) isimli karar organında alınıyor ve bu kararlar kanunları (*canon*) oluşturuyordu. Bütün Hristiyanlar bu kanunlara uymak zorundaydılar.

Bir devlet gibi idari teşkilatı ve karar organları bulunan Hristiyanlar, aralarındaki uyuşmazlıkları çözerken, Hz. İsa’nın tavsiyelerine binaen, önce birbirlerini barıştırma yoluna gitmeleri, sonra da kiliseye müracaat etmeleri gerektiğini bilirlerdi. Aziz Paul’un, devletin mahkemesine gitmeden önce, Hristiyanlardan bir üçüncü kişinin hakemlik yaparak ihtilafları çözmesini tavsiye ettiği bilgisi de kaynaklarda yer almaktadır.³¹

²⁸ SÖĞÜT, Tez, s. 24.

²⁹ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 31.

³⁰ *Concilé de oecumenique*: Bütün Katolik Kilisesi bölge dini liderlerinin (*evêque*) davet edildiği ve papanın veya vekilinin başkanlık ettiği meclistir. YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 41.

³¹ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 41.

Hristiyanlar, bölgelerindeki dini lidere-görevliye (*evêque*) aralarında hakemlik yapması için müracaat edebiliyor, bu şekilde alınmış karar geçerli ve infaz edilebilir nitelik taşıyordu.

Orta çağın hukuk tarihi bakımından, son dönemlerinde Fransa Kralı VII. Charles (1403-1461 M.) tarafından kayda geçirilen âdetlerin önemini de zikretmeliyiz. Âdet Hukuku (*Droit Coutumier*), Fransız Hukukunun önemli bir kaynağını teşkil etmektedir ve bünyesinde tahkim müessesesine geniş yer verilmiştir. Tahkim müessesesi, konu bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın ceza davalarında bile uygulanabiliyordu. Zamanla bazı sınırlamalar konulmuş, cezaya ve şahsın hürriyetine ilişkin meseleler tahkim dışında bırakılmıştır. Daha sonra da her türlü cezaya, evlenmeye, esarete, cismani fiillere ait davalarda tahkim menedilmiştir. Âdet hukukunda, tahkim anlaşması şekle bağlı olmayıp, yemin, müddet ve cezai şarttan oluşan üç unsurun varlığı yeterli görülmüştür.³²

Âdet hukuku, az çok değişikliklerle umumi hukuk kaideleri haline getirildikten sonra, Fransız İhtilaline kadar devam etmiş ve ihtilalden sonraki kodifikasyon hareketlerinin çekirdeğini teşkil etmiştir.³³

Fransa’da tahkim, ilk defa 1510 tarihinde kanun himayesine alınmış ve hakem kararlarına karşı mahkemeye müracaat hakkı tanınmış, 1566’ da ise ‘mecburi tahkim’ kabul edilerek tüccarlar arasındaki anlaşmazlıklar ile yakın akrabaların miras taksimi davalarının, kendi aralarında seçecekleri hakemler vasıtasıyla hallolabileceği kabul edilmiştir. 1673’ten itibaren kanunlaştırılan tahkim hükümleri, Fransız ihtilalinden sonra kabul edilen *Fransız Medeni Kanunu* ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Anglo-Amerikan ülkelerde ticarî uyuşmazlıklar, çok uzun zamandır, tacirler arasında ve onlar tarafından oluşturulmuş mahkemeler, loncalar ile ticaret birlikleri bünyesinde kurulan hakem heyetleri tarafından çözümlenmekteydi. 1697 tarihli *İngiliz Tahkim Kanunu (Arbitration Act)* ise, hakemlerce verilen kararların etkinliğini artırmıştır.³⁴

İsviçre Kantonlarında da tahkimin Orta çağa kadar uzanan geniş bir tarihçesi vardır.

³² BALCI, *İhtilaf*, s. 45.

³³ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 43-46.

³⁴ ŞANLI, *Milletlerarası Ticari Tahkim*, s. 3.

1.2.1.4. Cahiliye Toplumunda Tahkim

Arap toplumları, bulundukları coğrafyanın gereği olarak kabileler halinde yaşamak yolunu seçmişlerdir. Bu yaşayış tarzının en önemli dayanağı, ‘asabiyet’ kavramıdır.³⁵ Ortak bir atadan geldiklerine inanmış bireyler, asabiyet duygusuyla birbirlerini koruyup kollayarak, yaşamak ve geçinmek için olmazsa olmaz güvenli ortamı temin edebilmekteydi. Kabilelerin güvenli ortam ihtiyacı, menfaat ve rekabet gerekleriyle birbirleri arasında savaşlara sebep olmuştur. Fakat, kabileler arası ilişkileri belirleyen kavram, yalnızca savaş değildir. Yine, ortaya çıkan bu ihtiyaçlara binaen gerek birbirleriyle gerekse güçsüz düşmüş kimselerle himaye antlaşmaları ve ittifaklar oluşturdukları da bilinmektedir. *Velâ, civar, ilaf* ve *hîlf* isimli antlaşmalar, bu ihtiyaçlara binaen yapıldı ki, Hz. Muhammed’in hakaret ve eziyetlere maruz kaldığı Tâif’ten dönüşünde müşriklerin ileri gelenlerinden olan akrabası Mut’im b. Adî’nin himayesinde Mekke’ye girişi *civar* antlaşmasına; Kureyş suresinde bahsedilen ve bir tür serbest dolaşım ve ticaret izni diyebileceğimiz antlaşmalar ise *ilâfa* örnek gösterilebilir. Çöl şartlarında ayakta kalabilmek için, zayıf düşmüş bir kabilenin, kendisinden daha güçlü bir kabileye sığınmak suretiyle himaye talep etmesi de *hîlf* antlaşmalarının içeriğini oluştururdu. *Velâ* ve *civâr*, zorda veya zayıf durumda olanları, sosyal ve ekonomik statüleri ile diğer imkânları bakımından güçlü olanların koruması şeklindeyken, *hîlf* eşitler arasında yapılmaktaydı.³⁶

Burada, Mekke’de zulme uğrayan kişilerin haklarını almak ve onlara teslim etmek üzere anlaşmış, faziletli, erdemli kişilerin oluşturduğu ve üyeleri arasında Hz. Peygamberin bulunduğu *Hilfu’l-Fudul* topluluğunu da zikretmeliyiz.³⁷

Araplar, bireysellik ve özgürlüklerine çok düşkün oldukları için, kendilerinden üstün ve kutsal özelliklere sahip krallar tarafından yönetilmeyi hiçbir zaman kabullenmemiş, kendilerine seyyid, şeyh veya reis adı verilen ve şahsi meziyeti veya

³⁵ Aynı soydan gelenlerin veya bir başka sebeple aralarında yakınlık bulunanların muhaliflere karşı birlikte hareket etmelerini sağlayan dayanışma duygusu. CEVAD ALİ, *el-Mufasssal*, 7/27; Âdem APAK, *Ana Hatlarıyla İslam Tarihi (I)*, 18.Baskı, (İstanbul: Ensar Yayınları, 2016), 1/81.

³⁶ Aynur ÖZÇELİK, *Cahiliye Toplumunun Sosyo-Kültürel Yapısı*, II. Genç Akademisyenler Sempozyumu, Cahiliye Dönemi, ed. Feyza Betül KÖSE, s. 247-252.

³⁷ İBN HİŞAM, *es-Sîretü’n-Nebeviyye*, çev: İzzet HASAN ve Neşet ÇAĞATAY, (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1971), s. 83-84.; CEVAD ALİ, *el-Mufasssal*, 7/63, 86 vd.

zenginliği gibi sebeplerle öne çıkmış kişiler tarafından idare edilmişlerdir. Kabile reisinin görevi, kabile ileri gelenlerinin oluşturduğu istişare heyetini bir araya getirerek işleri organize etmekle başlar, o, kabilesi adına savaş ilan eder, barış anlaşması imza eder, diğer kabilelere karşı kabilesini temsil eder ve her türlü elçilik vazifesini yüklenirdi.³⁸ Kabilenin önünde ailesinin sorumluluğunu fedakârca yüklenen âkil adamlar olarak bulunan bu reislerden, zor zamanlarda canı ve malıyla bütün yükü yüklenmesi bile beklenebilmiştir.³⁹

Arap toplulukları, geçimlerini çoğunlukla tarım, hayvancılık ve ticaretle temin ederlerdi. Çöldeki hayat şartları ve geçim zorluğu, hele aralarında anlaşma yoksa, kabileler arasındaki irtibat ve tabii durumun ‘düşmanlık’ şeklinde oluşmasına yolaçmıştır. Düşmanlık, birçok savaşa sebep olmuş, kabilelerin birbirlerine karşı yaptıkları baskın ve yağmalar bir nevi geçim vasıtası haline dönüşmüştür. Her kabile, kendisine yapılan baskının intikamını alabilmeyi hedefler ve bunun için fırsat kollara hale gelmiş, *Eyyâm ’ül-arab*⁴⁰ adı verilen bu savaş zamanları, Cahiliye Araplarının hayatında önemli zamanlar olarak yerini almıştır.

Cahiliye toplumunun bugünkü anlamda bir yargı sistemleri ve yasaları olmamasına rağmen, aynı işlevi gören ‘örf’ ve ‘âdetler’i vardı.⁴¹ Buna rağmen, Arap yarımadasının farklı bölgelerinde farklı hukuk uygulamaları da görölürdü. Mesela, Yemen bölgesinde hükümdarların emirleri, doğu ve kuzeydoğu bölgelerde Zerdüş dini etkisi altındaki Sâsâni hukuku, bu bölgelerdeki Hristiyanlar arasında da Roma hukuku ile karışık kilise örf ve adetleri kabul görmüştü. Hicaz bölgesindeki Yahudiler ve onlarla yaşayan Araplar, *Tevrat* ve şerhi *Talmud* hükümlerini uygular, Suriye ve Filistin bölgesinde ise Roma Hukuku uygulanırdı.⁴²

³⁸ Mes’ud Avvad Hamdan el-Burkânî el-CÜHENÎ, *et-Tahkîm fi ’ş-Şerîati ’l-İslâmiyye*, (el-Medînetü’l-Münevvere: Mektebetü Dâri’l-Îmân, 1414/1994), s. 21.

³⁹ Casim AVCI ve Recep ŞENTÜRK, *"KABİLE"*, DİA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kabile> (erişim 17.10.2023).

⁴⁰ Eyyamü’l-Arab ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: CEVAD ÂLİ, *el-Mufasssal*, 10/13; Mehmet Ali KAPAR, *"EYYÂMÜ’l-ARAB"*, DİA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/eyyamul-arab> (erişim 17.10.2023).

⁴¹ CÜHENÎ, *et-Tahkim*, s. 21.

⁴² Mustafa Necati BARIŞ, *Cahiliye döneminde Yargı Sistemi*, Fırat Üniversitesi İlahiyat Faköltesi Dergisi, 17:1, s. 161.

Cahiliye dönemi Hicaz-Arap toplumunda, adli işleri yürütecek bir organ bulunmadığı için, kabile büyükleri ve hakemler bu vazifeyi üstlenmişlerdir.⁴³ Hakemler; şan ve şeref sahibi, doğruluk ve adaletiyle bilinen kabile reislerinden (şeyh, seyyid) ya da kâhin ve arraflar (falcı, müneccim) arasından seçilirdi⁴⁴. Bu hakemlere, soy ve üstünlük iddialarından çıkan ihtilaflar (*münâfere*)⁴⁵ ile su hakkı ve kan davaları götürülürdü.⁴⁶ Hakemler, kadınlar arasından da seçilebilirdi.⁴⁷ Kaynaklar, bu zamanın meşhur hakemlerini ayrıntılı bir şekilde vermektedirler.⁴⁸

Cahiliye döneminde, hakemlerin belli bir görev yeri yoktu. Takip ettikleri müdevven bir kanun da bulunmuyordu.⁴⁹ Hakemler, taraflarca ister kendi kabilelerinden isterse başka kabilelerden olmak üzere sözlü olarak serbestçe seçilebilir, davanın yer ve günü tesbit edilirdi. Hakemlerin evleri veya toplantı alanlarında dava görülebilirdi. Duruşma esnasında tarafların delilleri incelenir, şahitler, ehl-i vukuf dinlenir ve gerekirse yemin teklif edilirdi. Hükmün uygulanması, tarafların iyi niyetine veya üstünlüğüne bağlı idi. Bir hakem kararına karşı, ikinci bir inceleme mercii yoktu. Bu konudaki tek yaptırım gücü, batıl inançlar ve kamuoyu baskısı idi. Hakemler kararlarını kafiyeli sözlerle açıklarlardı.⁵⁰

Mekke'de kurulan Ukâz panayırında hüküm vermek hakkı, Temim kabilesine aitti. Hiçbir kabile onlarla bu konuda münakaşa etmez, hakem ölünce yerine oğlu geçerdi. Bazı devirlerde bu panayırda iki hakemin bulunduğu, birine ticârî uyuşmazlıklar, diğerine ise bir nevi isti'naf makamı gibi müracaat edildiği olurdu.⁵¹

⁴³ Joseph SCHACHT, *İslam Hukukuna giriş*, çev: Mehmet DAĞ, Abdülkadir ŞENER, (Ankara: Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1977), 18. Fahrettin ATAR, *İslam Adliye Teşkilatı*, (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1999, s. 36.

⁴⁴ BARIŞ, *Cahiliyede Yargı*, s. 161.

⁴⁵ Araplar arasında çok yaygın olan 'müfâhare' nin (övünme) bir türü olan ve rekabet ve düşmanlıktan kaynaklanan 'münâfere' geleneği de çok önemliydi. İki kabilenin üyeleri soy, şeref, cesaret ve cömertlik gibi sıfatlar sebebiyle birbirlerine üstünlük iddiasına girerler ve bu konuda ehil olduğunu düşündükleri bir hakeme başvurlardı. Hakemin verdiği karar, iki kabile üyesi için de kabul edilirse övünme yarışı sona ermiş olurdu. CEVAD ALİ, *el-Mufasssal*, 8/180-184; CÜHENİ, *et-Tahkim*, s. 24.

⁴⁶ BARIŞ, *Cahiliyede Yargı*, s. 161.

⁴⁷ CEVAD ALİ, *el-Mufasssal*, 15/351.

⁴⁸ Kahtan Abdurrahman DÛRÎ, *Akdü't-Tahkîm fî'l-fikhî'l-İslâmî ve'l-Kânûnu'l-Vad'î*, 1.Baskı, (Bağdat: el-Cumhuriyyetü'l-İrâkiyye Vezâretü'l-Evkaf ve's-Şuûni'd-Diniyye İhyau't-Türâsi'l-İslâmî, 1405 /1985), s. 39-40.

⁴⁹ CÜHENİ, *et-Tahkim*, s. 21.

⁵⁰ DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 43. BARIŞ, *Cahiliyede Yargı*, s. 161.

⁵¹ DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 40; Muhammed HAMİDULLAH, *İslam Peygamberi*, trc: Said MUTLU ve Salih TUĞ, (İstanbul: İrfan Yayınevi, 1969 M 1388 H), 2/138; Âdem ARSLAN, *İslam Öncesi Cahiliye Dönemi Muhakeme Hukuku*, (Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Aralık 2016, c.9, sy.47), s. 1023.

Suçluların takip ve cezalandırılmasında, geleneklerin, hakemler ve kabile büyüklerinin otoritesi ile şahsi intikam, mâli uzlaşma ve kolektif sorumluluğun önemli olduğunu görürüz. En yaygın suçlar, adam öldürme, eşkıyalık, yol kesme, hırsızlık ve zina ile örf ve adetlere karşı gelmekti. Cahiliye toplumunda adam öldürmenin cezası kısas, hırsızlığın ise malın bedelinin birkaç katını ödetme ve daha sonraları el kesme idi. Hırsıza el kesme cezasını ilk uygulayanın, Velid b. Muğire veya Abdülmuttalib olduğu rivayetleri vardır. Hırsızın elini kesme cezası, İslam'da da devam ettirilmiştir. Araplar, diyet usulünü pek makbul görmezler, ölenin intikamını almayı isterlerdi. Bu da çoğunlukla kabileler arası savaşların ve kan davalarının sebeplerini oluşturmuştur.⁵²

Cahiliye döneminde tahkim örneği olarak kaynaklarda en çok zikredilen olaylar şunlardır: Abdülmuttalib'in *Zemzem* kuyusunu kazmasını isteyen rüya üzerine kuyuyu kazması ve diğerlerinin de suya ortak olmak istemeleri sebebiyle çıkan anlaşmazlık üzerine yaşananlar⁵³, *Ka'be* duvarlarının yeniden örülmesi esnasında *Hacerü'l-Esved*'in yerine konması için yaşanan uyuşmazlıkta, Hz. Peygamberin hakem olarak tayin edilmesi ve ridâsının her bir ucunu bir kişiye tutturarak problemi çözmesi.⁵⁴ Bazı araştırmacılar, *Hacerü'l-Esved* olayının bir tahkim örneği olarak verilemeyeceği, zira Hz. Peygamberin taraflar arasında sulh sağlamak yoluyla uyuşmazlığı çözdüğü görüşündedirler.⁵⁵

1.2.2. Hz. Peygamber Döneminde Tahkim

Kur'an-ı Kerim'de, Araplar arasındaki hakemlik geleneğine binaen aslında gerçek hakemin Allah olduğu (En'âm 6/114)⁵⁶, Müslümanların da aralarında çıkan uyuşmazlıklar için Hz. Peygambere müracaat ettikten sonra, O'nun verdiği hükmü,

⁵² Ali BARDAKOĞLU, *Toplum-Hukuk İlişkisi Açısından Cahiliyye Hukuku Örneği*, (Bursa: Düden Bugüne İslam Dünyasında Zihniyet değişiklikleri ve Çağdaşlaşma Problemleri Sempozyumu, 1990), s. 101.

⁵³ İBN HİŞAM, *es-Siret*, s. 88-91; CEVAD ALİ, *el-Mufasssal*, 7/77-78; CÜHENÎ, *et-Tahkim*, s. 24.

⁵⁴ İBN HİŞAM, *es-Siret*, s. 118-122; CEVAD ALİ, *el-Mufasssal*, 7/62; CÜHENÎ, *et-Tahkim*, s. 24.

⁵⁵ Fatıma Muhammed el-AVVÂ, *Akdü'-Tahkim fi'ş-Şeriatı ve'l-Kanûn*, 1.bası, (Beyrut: El-Mektebetü'l-İslâmî, 1423/2002), 211; APAK, 1/141-147.

⁵⁶ “(De ki:) ‘Allah’tan başka bir hakem mi arayacağım? Hâlbuki size kitabı açıklanmış olarak indiren O’dur.’ Kendilerine kitap verdiğimiz kimseler, Kur’an’ın gerçekten rabbın tarafından indirilmiş olduğunu bilirler. Sakın şüpheye düşenlerden olma!” En’âm 6/114.

<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/En%27âm-suresi/903/114-ayet-tefsiri> (20.10.2023).

tereddütsüz kabul etmedikçe iman etmiş olmayacakları (Nisâ 4/65)⁵⁷ bildirilmişti. Yahudilerin de ellerinde *Tevrat* olduğu halde, Hz. Peygamberi hakem tayin edip sonra da hükmünü kabul etmemeleri tenkit edilmiş ve Hz. Peygamber onlar arasında hakemlik yapma hususunda serbest bırakılmıştı (Mâide 5/42-43).⁵⁸

Hz. Peygamberin bulunduğu Mekke ve diğer Arapların yaşadığı bütün bu bölgede, siyasi ve idari bir otorite olmadığı için, tabii olarak uyuşmazlıkların ana çözüm yolu, sulh olma, uzlaştırma ve tahkimdi. Tahkim, uyuşmazlığın iki tarafının da bunu talep etmesi açısından sulhten farklıydı. Sulh yolunda, uyuşmazlığı bilen kişi kendiliğinden inisiyatif alabilirken, tahkimde tarafların istediği hakem, inisiyatif sahibi oluyordu.

Hz. Peygamber, vahiyden sonra da tarafları sulhe ikna etmeye ve onlar arasında hakemlik icra etmeye devam etti. Fakat Arap kabilelerinin İslam bayrağı altında buluşmasından sonra, onları toplum haline getiren temel, Kur'an-ı Kerim olmuştur. İslam döneminde ilk hakem olan Hz. Peygamber, daha sonra sahabeden bir kısmını da hakemlikte yetkili kıldı ve çeşitli yerlere bu vazifeye gönderdi. Örnek olarak, fetih günü Mekke'de görevlendirilen Attab bin Useyd ile Yemen'e gönderilen Sa'd b. Muâz ve Ali b. Ebî Talib'i gösterebiliriz.⁵⁹

Hz. Peygamber, Müslümanlar arasında veya Müslümanlar ile gayr-i Müslimler arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkları adaletle çözüp, İslam toplumunda yargı teşkilatını kurmuş, aynı zamanda kendi özel ve ailevi hayatı ile sahabe arasındaki anlaşmazlıklarda, devlet işleri ve gayr-i Müslimlerle ilişkilere kadar birçok konuda hakemlik yöntemini kullanmıştır. Hâkim ve hakemlere yönelik emir ve tavsiyeleri olduğuna dair çok miktarda örnek bulmak mümkündür. Zaten, insanlar arasında adaletle hükmetmeyi emreden, herhangi bir sebeple haksızlık yapmayı ve bir tarafı kayırarak davranmayı yasaklayan

⁵⁷ “Hayır, rabbine andolsun ki, aralarında çıkan anlaşmazlık hususunda seni hakem kılıp sonra da verdiğin hükümden içlerinde hiçbir sıkıntı duymaksızın onu kabullenmedikçe ve boyun eğip teslim olmadıkça iman etmiş olmazlar.” Nisâ/65.

<https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Nisâ-suresi/558/65-ayet-tefsiri> (erişim 5.10.2023).

⁵⁸ “Onlar, hep yalana kulak veren ve durmadan haram yiyen kimselerdir. Sana gelirlerse aralarında hüküm ver veya onlardan yüz çevir. Onlardan yüz çevirirsen sana hiçbir zarar veremezler. Eğer hüküm verirsen aralarında adaletle hükmet. Şüphesiz Allah âdil olanları sever. / İçinde Allah'ın hükmü bulunan Tevrat yanlarında olduğu halde seni nasıl hakem tayin ediyorlar; bunun ardından da yüz çevirip gidiyorlar. Onlar asla inanmış değildirler.” Mâide /42-43.

<https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Mâide-suresi/712/43-ayet-tefsiri> (erişim 5.10.2023).

Ahmet AKGÜNDÜZ, “*HAKEM*”, DİA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hakem> (20.10.2023).; Bedreddin ÇETİNER, *Fâtihâ'dan Nâs'a Esbâb-ı Nüzûl, Kur'an Ayetlerinin İniş Sebepleri*, 5.Baskı, (İstanbul: Çağrı Yayınları, 2016), 2 cilt, 1/313.

⁵⁹ AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 212-213.

ayetler (Bakara 2/188⁶⁰; Nisâ 4/58⁶¹; Mâide 5/8⁶², 42; Sâd 38/22, 26⁶³) hem yönetici konumunda olan hem de hâkim, hakem, arabulucu gibi yargılama hizmetlerinde görev alan kimselere yol gösterici niteliktedir⁶⁴ ve bu ayetler, helâli haram, haramı helal kılma durumu haricinde⁶⁵ tahkim yolunun caiz olduğuna delil olarak kabul edilmiştir.

Hiz. Peygamber ve Hulefa-i Raşidin⁶⁶ döneminde, yargı işlerini yürütmek için kadılar atanmış olsa da zaman zaman özellikle Hiz. Ömer, Hiz. Osman ve Hiz. Ali gibi halifeler, kişisel meselelerini çözüme kavuşturmak amacıyla hakemlere başvuruyorlardı.

Hiz. Ömer ile Übey b. Ka'b arasında hurma ile alakalı olarak çıkan ihtilafın çözülmesi için Zeyd b. Sabit'in hakemliğine razı olmuşlardı.⁶⁷ Yine Hiz. Osman ile Hiz. Talha'nın aralarındaki problemi çözmek için Cubeyr b. Mut'im'in hakemliğine baş vurmaları⁶⁸, Sıffin savaşı sonrasında meydana gelen meşhur hakem olayı⁶⁹ sahabenin bu konudaki uygulamalarından bazılarıdır.⁷⁰

⁶⁰ "Mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin. Bile bile, günaha saparak, insanların mallarından bir kısmını yemeniz için onun bir parçasını yetkililere aktarmayın." Bakara 2/188.

⁶¹ "Allah size, emanetleri mutlaka ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder. Allah size ne güzel öğütler veriyor. Şüphesiz Allah her şeyi işitmekte, her şeyi görmektedir." Nisâ 4/58.

⁶² "Ey iman edenler! Allah için hakkı ayakta tutun, adaletle şahitlik eden kimseler olun. Herhangi bir topluluğa duyduğunuz kin, sizi adaletsiz davranmaya itmesin. Adaletli olun; bu, takvâya daha uygundur. Allah'tan korkun. Şüphesiz Allah yaptıklarınızdan haberdardır." Mâide 5/8.

⁶³ "DavaLaşanlara dair bilgi sana ulaştı mı? Bu adamlar mabedin duvarına tırmanıp Davud'un yanına girmişlerdi. Dâvud onları görünce telâşlanmıştı. "Korkma" dediler, "Birimizin diğerini haksızlık etmekle suçladığı iki davacıyız biz. Aramızda âdil bir hüküm ver; doğruluktan sapma, bize de doğru yolu göster." Sâ'd 38/22.

"Ey Dâvud! Biz seni yeryüzünde halife yaptık; onun için insanlar arasında adaletle hükmet, nefsin isteklerine uyma, sonra seni Allah yolundan saptırır. Kuşkusuz, Allah yolundan sapanlara, hesap verme gününü unutmaları yüzünden çok ağır bir azap vardır." Sâ'd 38/26.

⁶⁴ AKGÜNDÜZ, a.g.md.

⁶⁵ MALİK BİN ENES (ö.179), *el-Müdevvene*, Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1415/1994, (Mektebetü's-Şamile nşr:1431), 3/47.

⁶⁶ Hiz. Peygamber'in vefatından sonra halifelik vazifesini üstlenen dört kişi, Hiz.Ebu Bekir, Hiz.Ömer, Hiz.Osman ve Hiz.Ali'ye verilen 'doğru yoldaki halifeler' manasında isim.

⁶⁷ ÇELİKER, *İslam hukukunda tahkim*, s. 25; İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/295.

⁶⁸ CÜHENİ, *et-Tahkim*, s. 79; ÇELİKER, *İslam hukukunda tahkim*, s. 25.

⁶⁹ Hiz. Ali ile Muaviye arasındaki ihtilafta; Muaviye'nin, 'iki tarafın birer hakem tayin etmesi ve bu hakemlerin ihtilafı hükme bağlaması' teklifi üzerine, Hiz. Ali'nin kabul etmesi; Hiz. Ali'nin Ebu Musa el-Eş'ari'yi, Muaviye'nin de Amr İbnü'l-As'ı hakem tayin etmesi sonucu aralarında "Tahkimnâme" imzalamaları hadisesidir. Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr b. Yezid El-Âmilî et-TABERÎ, (ö.310/923), *Tarihu'r-Rusul ve'l-Mulûk ve Silatü Tarih et-Taberî*, 1-11, (Beyrut: Darü't-Türâs, 1387/1967), 4/561-575, 5/1-93; DÜRÎ, *et-Tahkim*, s. 50-59.

⁷⁰ ÇELİKER, *İslam hukukunda tahkim*, s. 25.

SCHACHT, Emeviler devrine kadar Müslümanların aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim usulüyle çözmeye devam ettikleri ve Emeviler devrinde artık hakemin yerini ‘kadı’nın aldığı görüşündedir.⁷¹

1.2.3. İslam Hukuk Doktrinde Tahkim

İslam hukuku, Kur’an-ı Kerim ve Hz. Peygamber’in uygulamalarıyla somutlaşan vahyi-sünneti esas almış, alimlerin içtihatlarıyla genişlemiş ve şekillenmiştir.

Şer’î meselelerde kanun koyucu Allah’tır, kulların işi, ilâhi kanunu araştırıp bulmak ve ona uygun bir hayat düzeni oluşturarak mükellefin tabi olacağı dinî-hukukî hükmü bulmaktır. Fıkıh ilminin gelişme ve teşekkül dönemi sürecinde, âlimler, her meseleye ayrı çözüm bulunarak hükme bağlanması (kazuistik metot) yolunu tercih etmiştir. Bu usul, fıkıhın farklı şart ve çevrelere göre farklı hüküm ve çözümler üretebilmesine vesile olmuş, içtihadla geniş bir alan bırakmıştır.

Ayet ve hadisler, ferdî ve ictimâî hayatın her alanında ihtiyacı karşılayacak genel hüküm ve ilkelerin yanı sıra, bazen özel ve ayrıntılı hükümler de içermiştir. Fakat Hz. Peygamber’in vefatından sonra, fetihlerle genişleyen İslam coğrafyası, kültür karışması, siyasi istikrar ihtiyacı ve maddi gelişmeler, fıkıh alanında sınırlı naslarla re’y⁷² yoluna müracaat etme zorunluluğu meydana getirmiştir. Kamu düzenini korumak, hak ve adaleti gerçekleştirmek, zaruretleri gidermek gibi gerekçelerle, ‘illet ve hikmetinin değişmiş olduğu sabit’ olan bazı hükümlerin uygulanması askıya alınmış, yine, şartların değişmesi sebebiyle ‘şeriatın istemediği kötü sonuçlar’ doğuracak cevaz hükümleri ve seçenekler uygulanmamıştır. Nesiller değiştikçe, kaybolur korkusuyla hadisler kayıt altına alınmış, çoğalan tabiîn, tebeu’t-tabiîn içtihatlarının yanında nazarî-farazî fıkıh çalışmaları da başlamıştır. İctihatlar belli kitaplarda toplanmış ve bunlardan istifade etmek isteyenler için büyük imkânlar oluşmuştur. Bu imkanlar, büyük alimlerin doğuşuna vesile olmuş, birçok eserler yazılıp ortaya çıkmıştır. Fakat sonraki dönemde, büyük imamların yetiştirdikleri, kendileri de alim olan öğrenciler, hocalarına duydukları ‘aşırı bağlılık ve

⁷¹ Joseph SCHACHT, *İslam Hukukuna giriş*, s. 35.

⁷² “Re’y, kitap ve sünnetin hükmünü açıklamadığı meseleleri nasların parça parça ve bütün olarak açıklamalarına dayanıp bunlar üzerinde düşünerek hükme bağlamaktır.” Hayreddin KARAMAN, "FIKIH", DİA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fikih#1> (erişim 03.06.2024).

saygı' ile onların görüşlerini uygulama konusunda gösterdikleri titizlik sebebiyle yeni içtihatlar oluşturmak yerine olanları taklit etmeyi tercih etmişlerdir.

Önceki dönemlerde, kadılar müçtehidler arasından seçilirken, hukuki istikrar ihtiyacı ağır basınca 'ictihadları kitap haline getirilmiş bir müçtehide' bağlı kadılar tercih edilmeye başlanmıştır.⁷³ Devlet başkanlarının bir mezhebin müntesibi olmaları ve o mezhebi desteklemeleri, o mezhebin alimlerinin görüşlerine öncelik sağlayabiliyordu. Kadılar, mesela Irak'ta Hanefî, Suriye ve Mağrib'te Malikî, Mısır'da Şafii mezhebine göre hüküm vermişlerdir. Bu arada kadıların görev ve yetki alanları genişlemiş ve mahkemeye, kadının bağlı olduğu mezhep dışından birisi müracaat ettiğinde, müracaat eden kişinin mezhebinden bir kadı naibi atanarak problem aşılmaya çalışılmıştır.⁷⁴

SCHACHT'ın "Emeviler dönemine kadar, müslümanların aralarındaki uyuşmazlıkları hakeme götördükleri fakat sonra mahkemeye müracaat etmeye başladıkları"⁷⁵ düşüncesinde olduğunu ve bu durumu Emeviler döneminde devlet teşkilatının büyük ölçüde tamamlanarak her bölgede, mahkemede, vazife icra edecek kadıların bulunabilmesi sebebine bağladığını ifade etmiştik. Buna rağmen, adliye teşkilatının gelişimiyle beraber hakem usulü de yaşamaya devam etmiş, uyuşmazlıkların, özellikle de 'mahkemeye taşınarak alenileşmesi istenmeyen' özel ihtilafların, hakem yoluyla çözülmesine devam edilmiştir.⁷⁶

Klasik dönem⁷⁷ İslam hukukçuları, tahkim konusunu kitaplarının Kitabü'l-Kaza, Kitabü'd-Da'va, Edebü'l-kâdî bölümlerinin içinde Tahkim olarak isimlendirdikleri bab veya fasıllarda işlemişlerdir. Ana hatlarıyla bu görüşleri şu şekilde tesbit etmek mümkündür:

Bir belde görevli hâkim bulunup bulunmadığına göre değerlendirenler:

1. "Bir belde görevli hâkim bulunsa bile tahkime gitmek caizdir" düşüncesinde olanlar: Bu görüşte olan hukukçular, "Eğer taraflar, aralarında hüküm verecek bir kimsenin sözüne rıza gösteriyorlarsa bu onlar için geçerli bir durum olur"

⁷³ KARAMAN, "FIKİH", DİA.

⁷⁴ KARAMAN, "FIKİH", DİA.

⁷⁵ Joseph SCHACHT, *İslam Hukukuna giriş*, s. 35.

⁷⁶ Ahmet AKGÜNDÜZ, "HAKEM", DİA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hakem> (erişim 03.06.2024).

⁷⁷ Klasik dönem, genel olarak fıkıh risalelerinin yazılmaya başlandığı H.1.yy.dan itibaren, Batıdaki zihni ve yapısal dönüşümün etkisiyle, fıkıh ilminin yeni bir anlayış ve metodla ele alınması ihtiyacının hissedildiği ve bu yeni usullerle fıkıh eserleri meydana getirilmeye başlandığı M.XIX.yy. a kadar olan geniş zamanı ifade eder.

kanaatindedirler. Bu görüşte olanlar arasında, sahabeden Abdullah b. Utbe, tâbiinden İbn Sîrin ile Hanefi hukukçular⁷⁸, Malikiler⁷⁹, bazı Şafiiler⁸⁰ ve bazı Hanbelî⁸¹ hukukçuları zikretmek mümkündür. İslam hukukçuları, tahkim konusunda çoğunlukla bu görüşe uymayı tercih etmiştir.⁸²

2. “Bir beldede hâkim bulunmuyorsa tahkime gidilebilir” düşüncesinde olanlar: Bu Şafiilerin hâkim görüşüdür.⁸³ Sadece ‘zaruretin varlığı’ halinde uyuşmazlığın giderilmesi için tahkime gidilmesini uygun görmüşlerdir. Çünkü hâkimin yeri, hakeme nisbetle daha üstündür. Hâkimin hükmü, tarafların rızasına bağlı olmaksızın geçerlidir. Bu anlamda velâyeti umuma yöneliktir. İbn Hazm’a göre de beldede hâkim bulunuyorsa tahkime gitmek yasaktır. Zira hâkim, her şekilde hakemden üstündür.⁸⁴
3. “Mutlak olarak tahkimin caiz olmadığını” düşünenler: Görüşlerini “Tahkim, hükmü veren müctehid bile olsa geçerli değildir, zira hâkimin hükmüyle hakem hükmünün birbirine olan hiyerarşisi, karışıklığa sebep olur.” şeklinde ifade etmektedirler. Bazı Şafiiler⁸⁵ ve İmamiyye⁸⁶ bu görüştedir. Hariciler de hakemliği, sadece karı-koca anlaşmazlığı (şikâk) konusunda kabul etmektedirler.

İslam hukukçuları ayrıca hakemin de yargı görevi ifa eden bir kimse olarak hâkimle aynı vasıfları taşıması gerektiğini düşünmüştür.⁸⁷ Hakemin tam eda ehliyetine

⁷⁸ MERGINÂNÎ, *Hidaye*, 3/108; İBN ABİDİN, *Reddül-Muhtar*, 5/428.

⁷⁹ DESÛKÎ, *Haşiyetü’l-Desûkî ala şerhi’l-Kebîr*, 4/136.

⁸⁰ MAVERDÎ, *Edebü’l-kâdî*, 2/379.

⁸¹ DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 80.

⁸² İBN HÜMAM, *Fethül kadir* 7/296; İBN ABİDİN, *Reddü’l-Muhtar*, 5/428; İBN RÜŞD (el-Hafid), Ebü’l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî (ö. 595/1198), *Bidayetü’l-Müctehid ve Nihayetü’l-Muktesid*, (Nşr: Darü’l-Hadîs, 1425/2004), 4 cilt, 4/244; DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 109.

⁸³ Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-ŞİRBÎNÎ el-Kâhîrî (ö. 977/1570), *Muğni’l-muhtac ilâ ma’rifeti meânî elfâzi’l-minhâc*, thk: Ali Muhammed Muavvad ve Adil Ahmed Abdü’l-mevcud, 1. Bası, (Darü’l-Kütübü’l-İlmiyye, 1415/1994), 6 cilt, 6/267-268; İBN ABİDİN, *Reddü’l-muhtar*, 5/428; DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 106.

⁸⁴ Ebü Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd b. HAZM el-Endelüsî el-Kurtubî (ö. 456/1064), *el-Muhallâ bi’l-Âsar*, thk: Abdülgaffar Süleyman el-Bendarî, (Beyrut: Darü’l-Fikr, t.y.), 12 cilt, 8/428-429; DÛRÎ, *et-Tahkim*, 108.

⁸⁵ ŞİRBÎNÎ, *Muğni’l-muhtac*, 6/268; DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 108.

⁸⁶ DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 82.

⁸⁷ MERGINÂNÎ, *Hidaye Tercümesi*, 3/187; İBN ABİDİN, *Reddü’l-Muhtar*; MAVERDÎ, *Edebü’l-kâdî*, 2/379; Ahmed el-KUDURÎ, *Muhtasâru’l-Kudurî*, trc. Soner DUMAN ve Osman Güman, (İstanbul: Beka Yayıncılık, 1441/2019, s. 552-553.

sahip bulunması ve hakeme başvuran taraf müslümansa hakemin de müslüman olması gerektiği konularında görüş birliği vardır.

Doktrinde, tahkim konusundaki ihtilafların, çoğunlukla, ‘kişilerin tasarruf yetkisine sahip olduğu hakların tespiti’ konusunda ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Uygulaması doğrudan hâkimin yetkisi altında bulunan kamu davalarında ve sadece Allah haklarının (hukukullah) bulunduğu konularda tahkime gidilemez⁸⁸; fakat kul ve Allah haklarının birlikte olduğu durumlarda (iftira vb.) ihtilafa düşülmüştür.

Tarafların, yalnızca kendilerini ilgilendiren ve hakkında af ve ibranın geçerli olduğu konularda tahkime müracaat edebilecekleri düşünülmüştür. Satım (Buyu’), kefalet, şuf’a, nafaka ve diğer bedelli sözleşmeler, içtihadı konu olabildikleri için bu konularda tahkime gitmek mümkündür. Tahkime cevaz veren hukukçular, bu konuda görüş birliği halindedirler.⁸⁹

Dört mezhebin tahkim konusundaki genel yaklaşımlarını şöylece özetlemek mümkündür:

1.2.3.1. Hanefî Mezhebi

Hanefî hukukçular, mali konular ile nikah, talak, kefalet, kefaretları, bir organa yönelik haksız fiillerin diyeti gibi içtihad edilebilen diğer konularda tahkimi caiz görürken, hadler, lian ve âkilenin ödeyeceği diyet konularında tahkime gidilemeyeceğini düşünmektedir. Kazif ve kısas cezası konusunda ise bir grup, kısasta öldürülen kişinin velisinin af yetkisine sahip olması sebebiyle tahkime gidilebileceğini savunurken⁹⁰; diğer bir grup tahkimin bir çeşit sulh olduğunu ve kişiye sıkı surette bağlı haklardan

⁸⁸ Ebû Bekr Şemsü’l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-SERAHSÎ (ö. 483/1090), *el-Mebsut*, (Nşr: Matbuatü’s-Saade Mısır, Darü’l-Ma’rife Beyrut-Lübnan), 31 cilt, 16/111; İBN KUDÂME, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâilî el-Makdisî (ö. 620/1223), *el-Muğnî*, thk: Abdullah b. Abdî’l-Muhsin Et-Türkî, Abdü’l-fettah Muhammed el-Hulv, 3.Bası (Riyad: Darü Alimi’l-kütüb li’t-Tabâati ve’n-Neşri ve’t-tevzî’, 1417/1997), 15 cilt, 14/93.

⁸⁹ İBN HÜMAM, *Fethül kadir* 7/296; İBN ABİDİN, *Reddû’l-Muhtar*, 6 cilt, 5/428; İBN RÜŞD, *Bidayetü’l-Muctehid*, 4/244; YILDIRIM, *Tahkim*, s. 58.

⁹⁰ İBN HÜMAM, *Fethü’l-Kadir*, 7/295; Ebû Muhammed Fahrüddîn Osmân b. Alî b. Mihcen b. Yûnus es-Sûfî el-Bârî ez-ZEYLAÎ (ö. 743/1343), *Tebyînu’l-Hakâyık Şerhü Kenzi’d- Dekâik*, (Haşiye: Şihabüddin Ahmed eş-Şebli), 2.baskı., (Beyrut: Darü’l-Kütübî-İlmiyye, 2010), 7 cilt, 5/117-120; YILDIRIM, *Tahkim*, s. 60.

vazgeçilemeyeceğinden caiz olmadığını ifade ederler. Ebû Hanîfe'nin⁹¹ görüşü, tahkimin, bütünüyle kul haklarında geçerli olduğu şeklindedir. İftira ve adam öldürme suçunun büyük oranda kamu haklarını ihlal ettiği düşünüldüğünde, tahkimin caiz olamayacağı görüşü ağırlık kazanmıştır ki İbn Hümam⁹² ve İbn Nüceym⁹³ de bu görüştedir.

Kudurî, Muhtasâr'ında Hanefî mezhebinin görüşünü şöyle ifade etmektedir:

İki kişi aralarında hüküm vermek üzere, bir şahsı hakem tayin ederek vereceği hükme razı olduklarında o kişi, hâkimlik niteliklerini taşıyorsa onun hakemliği caiz olur. Kafir, köle, zimmî, kazif haddi uygulanan kişi, fâsık ve küçüğün hakem tayin edilmesi geçerli değildir. Hakem tayin eden iki taraftan her biri hakem hüküm vermedikçe bundan cayabilir. Hakem hüküm vermişse bağlayıcı olur. Hakemin verdiği hüküm hâkime götürüldüğünde onun görüşüne uyuyorsa hâkim onu geçerli sayar, uymuyorsa iptal eder. Had ve kısas cezalarında hakem tayin etmek caiz değildir.⁹⁴

1.2.3.2. Mâlikî Mezhebi

Mâlikî hukukçular, kaide olarak kişinin hakkından vazgeçmesinin caiz olduğu konular ile bütün mâli konularda tahkime izin verirken, hadler ve kısasın yanında talak, lian ve nesep konusunda tahkime gidilemeyeceği görüşündedirler. Çünkü bu konular resmî otoritenin yargı yetkisini kullanarak karar verebileceği konulardır.⁹⁵ Fakat hakem, caiz olmayan konularda hukuka uygun olarak karar verirse, hükmü nafiz olur. Devlet başkanı veya kadı bu hükmü bozamaz.⁹⁶

Hakem, ehl-i şهادet olmalıdır. Hakikate ulaşılması için dava konusu hakkında dirayet ve bilgi sahibi olmalıdır. Kafir, fâsık ve küçüğün tahkimi caiz değildir. Hâkimlik

⁹¹ Ebû Hanîfe Nu'mân b. Sâbit b. Zûtâ b. Mâh (ö. 150/767), Hanefî mezhebinin imamı, büyük müctehid. İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/26. ZEYLAÎ, *Tebyînu'l-Hakâyık*, 5/117.

⁹² Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî (ö. 861/1457), Hanefî fakihî, usul ve kelâm âlimi. İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/295; YILDIRIM, *Tahkim*, s. 60.

⁹³ Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî (ö. 970/1563), Hanefî fıkıh âlimi. İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/26.

⁹⁴ KUDURÎ, *Muhtasârü'l-Kudurî*, 552-553; İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/297, *Edebü'l-Kâdî*, 553/2092-2096; KÂSÂNÎ, *Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-* (ö. 587/1191), *Bedâi'u's-Sanâi' fi tertîbi's-Şerâi'*, 7 cilt, 1-2.c. Matbaatü Şeriketi'l-Matbûâtü'l-İlmiyye, 3-7.cilt, Matbûâtü'l-Cemaliye Mısır, 7/3.

⁹⁵ Muhammed b. Ahmed ed-DESÛKÎ (ö. 1230/1815), *Haşiyetü't-Desûkî alâ Şerhi'l-Kebîr*, 1-4, 4/135-136; CÜHENÎ, *Akdü't-Tahkim*, s. 218; YILDIRIM, *Tahkim*, s. 60.

⁹⁶ Ekrem KELEŞ, *İslam Hukukuna Göre Anlaşmazlıkların Çözümünde Hakem Usulü*, Yüksek Lisans Tezi 1987, s. 20; AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 236.

yapmasının uygun olmadığı konular haricinde ‘kadın’ın hakemlik yapması mümkündür.⁹⁷

Tahkimden önce taraflar, tahkim süreci ve sonucuna uyacakları konusunda taahhütte bulunmalıdırlar. İbn Ferhun⁹⁸, hakemin içtihad ehli olması gerektiği ve bu niteliği haiz bir hakem karar verdiğinde hüküm, açıkça hukuka aykırı ve adaletsiz değilse, mezhebiyle çelişiyor olsa bile hâkimin bu kararı bozma hakkı bulunmadığı görüşündedir.⁹⁹

1.2.3.3. Şâfiî Mezhebi

Şâfiî hukukçulara göre hakem, ehl-i şehadet ve ehl-i içtihad olmalıdır.¹⁰⁰ İctihad ehliyeti şart olduğu için, hâkimin hakemlik yapmasında mahzur görmemişlerdir. Zira, hakem de tahkim sırasında hâkim gibi olur ve aksi durumda hükmü batıldır. Bu durum, hakemin davanın görülüşü sırasında hâkimin icraat usullerini kullanması ile açıklanmaktadır.¹⁰¹

Davaya taraf olanların rızası oldukça, resmi mahkemelerde dava edilebilen her türlü konunun, tahkime de uygun olabileceğini düşünen bir grup¹⁰² ile kısas, nikah, talak, lian, hadler ve iftira cezası gibi karar vermekte ihtiyatlı davranılması gereken konuları tahkimin sınırları dışında tutan bir grup¹⁰³ da vardır.

Hüküm konusunda ilke, hükmün geçerli ve tarafları bağlayıcı olmasıdır. Fakat, taraf rızalarının tahkimin başlaması zamanında varlığının yeterli olduğu veya tahkim süresi boyunca rızanın devam etmesinin (istimrar) gerekliliği konusunda ihtilaf edilmiştir.¹⁰⁴

⁹⁷ AVVÂ, *et-Tahkim*, 235.

⁹⁸ Ebü'l-Vefâ (Ebû İshâk) Burhânüddîn İbrâhîm b. Alî b. Muhammed el-Ceyyânî el-Medenî (ö. 799/1397).

⁹⁹ İBN FERHUN, *Tabsiratü'l-Hükkam*, 1/63.

¹⁰⁰ Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-MÂVERDÎ (ö. 450/1058), *Edebü'l-Kadî*, 2/380.

¹⁰¹ AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 238.

¹⁰² MÂVERDÎ, *Edebü'l-Kadî*, 2/379.

¹⁰³ MÂVERDÎ, *Edebü'l-Kadî*, 2/381.

¹⁰⁴ DURÎ, *Akdü't-Tahkim*, s. 132.

1.2.3.4. Hanbelî Mezhebi

Hanbelî hukukçulara göre, hâkimde olması gerekli içtihad kudreti, adalet ve hürriyet gibi şartların hakemde de olması gereklidir. Beldede hâkimin varlığı, hakeme müracaat edilmesine engel değildir. Diğer mezheplerin hilafına İmam Ahmed b. Hanbel, nikah, lian, kazif, had ve kısasa dair bütün meselelerde tahkime gidilmesine cevaz vermiştir. Fakat İbn Kudame, *el-Muğnî* adlı eserinde Ebu'l-Hattab'a atfen Ahmed b. Hanbel'in kanaati zâhiren bütün meselelerde tahkime cevazın olduğu izlenimi vermekte ise de nikah, kısas, hadler ve kazif konusunda hüküm vermenin imam veya naibine münhasır işlerden olduğunu beyan etmektedir.¹⁰⁵ Hakemin hükmünün tıpkı imam tarafından görevlendirilen hâkim gibi geçerli olduğu ve tarafları bağlayıcı ve geçerli olduğu kanaatini de ayrıca ifade etmiştir.¹⁰⁶ 'Kadın'ın hakemliği ise caiz değildir.

Tam eda ehliyetine sahip kişilerin taraf ehliyeti vardır.

Hanbelîlere göre, uyuşmazlık kararın verilmesiyle sona erer. Davanın görülmeye başlanmasından sonra, sözleşmeden dönme veya hakemi azletme hakları yoktur. Tahkim süreci, başladığı anda tarafları bağlar.

Hüküm verildiği andan itibaren hem tarafları hem de infazı için gönderilen hâkimi bağlayıcıdır. Hâkim, açıkça hukuka aykırılık ve adaletsizlik durumu istisna olmak üzere mezhebine muhalif bile olsa, hükmü iptal edemez. Hanbelî alimlerin çoğunluğu bu görüşe sahiptir.¹⁰⁷

1.2.4. Osmanlı Devleti'nde tahkim

Osmanlı Hukuku dediğimiz zaman, tek gövdeden oluşan yeknesak bir yapı değil, birbiriyle uyumlu çalışan ikili bir yapıyla karşılaşırız. Bu yapının bir ayağını şer'i hukuk diye adlandıracağımız İslam Hukuku, diğer ayağını ise örfî hukuk oluşturmaktadır. Devlet başkanının, işleri yürütürken, İslam dininin öngördüğü ilkeleri dikkate alması; kuruluş ile beraber görmeye başladığımız mahkemelerde şer'i hukukun uygulanması,

¹⁰⁵ İBN KUDAME, *el-Muğnî*, 14/93.

¹⁰⁶ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, 14/93; AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 242.

¹⁰⁷ İBN KUDÂME, *el-Muğnî*, 14/93; AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 242.

meşruiyetin İslam Hukukuna dayandırılmak istendiğini göstermektedir. Bu hukuk sisteminde, şer' tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmemiş ve düzenlenmesi devlet başkanı ile diğer yöneticilerin iradesine bırakılmış hususlarda ise örfi hukuk kurallarının uygulandığını söylemek mümkündür.

Fatih Sultan Mehmet¹⁰⁸ dönemine gelindiğinde, elde dağınık olarak bulunan kurallar bütünü'nün kanunnameler halinde bir araya getirilerek tedvin edilmesi ihtiyacı hasıl olmuştur ki bunun ilk örneği, pazar vergisinin toplanması ile ilgili olandır. Daha önceki İslam devletlerinde de padişahın fermanlarıyla düzenlenen bir örfi hukuk alanının varlığı bilinmektedir. Bu fermanlar, daha sonra kanunlaştırma faaliyetine evrilerek gelişimini devam ettirmiştir.¹⁰⁹

Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerinde padişahlar, haftanın belli günlerinde halkın dilek ve şikayetlerini bizzat dinlerlerdi. Osmanlı'da mahkemeler, 1864'te nizamiye mahkemelerinin kuruluşuna kadar tek dereceli mahkemelerdi. Divan-ı Ahkam-ı Adliye'nin kuruluşuna kadar da bir istinaf mahkemesinin varlığından ve belirli bir temyiz usulünden bahsetmek mümkün değildi. Sadece kadıların verdikleri idam ve vücut bütünlüğü ile ilgili kararlar, hemen uygulanmayarak belirli ölçüde Beylerbeyi Divanlarında ve Divan-ı Hümayun'da tasdik edilmesi usulüne tâbi tutulurdu. Kadıların verdiği kararlara karşı, Cuma Divanı, Çarşamba Divanı, Kazasker ve Eyalet Divanlarına başvurmak imkânı da bulunuyordu.¹¹⁰

Osmanlı devletinde, hukukun kaynakları¹¹¹ olarak, çoğu medreselerde okutulan Hanefi fıkhi kitapları, fetva mecmuaları, kanunnameler ve şer'iyye sicil defterlerini saymak mümkündür.

Belli bir dönemden sonra, kadıların yanı sıra atanan müftülerden de bahsedebiliriz. Kadıya müracaat etmek isteyenler, bazen müftüden alınmış fetva ile müracaat ederler, bazen de kadı bizzat fetva verebilirdi.¹¹² Hukuk uygulamasında, Hanefi

¹⁰⁸ Mehmed II (ö. 886/1481), Osmanlı padişahı (1444-1446, 1451-1481).

¹⁰⁹ M.Âkif AYDIN, *Osmanlı Hukuku Devleti Aliyye'nin Temeli*, (İstanbul: İSAM Yayınları 2020), s. 48-49; Halil İNALCIK, *Osmanlı Tarihinde İslamiyet ve Devlet*, 1.Baskı, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2016), s. 79.

¹¹⁰ AYDIN, *Osmanlı Hukuku*, s. 215-243.

¹¹¹ Ekrem Buğra EKİNCİ, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, (İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2021), 7. Bası, s. 151-164.

¹¹² AYDIN, *Osmanlı Hukuku*, s. 268.

mezhebinin hâkim görüşleri tatbik edilirdi.¹¹³ Şeyhü'l-islamların, mezhep içinde kökleşmiş ve hâkim hale gelmiş görüşün uygulamasını değiştirmek üzere, padişaha, başka bir kuralın uygulamasını teklif ettikleri ve bu teklifleri padişahın onaylamasıyla 'bir nevi kanun' haline dönüştürdükleri bilinmektedir. Şeyhü'l-islamın teklifine 'ma'ruz', bu yolla edinilen fetvalara da 'ma'ruzat' denirdi ki, kadılar, bu hükümlere uymak zorunda idiler. Mehmet Âkif AYDIN, bu durumun, 'icthatlar hukuku' niteliği taşıyan İslam Hukukunun, siyasi otorite iradesinin müdahaleleri ile 'kanunlar hukuku' haline dönüşmesinin ilk adımları sayıldığı görüşündedir.¹¹⁴

Tahkim konusunda, özel herhangi bir düzenlemenin varlığına rastlanılmamaktadır. Fıkıh kitaplarının 'Kitabü'l-Kaza', 'Kitabü'd-Da'vâ', 'Edebü'l-Kâdî' bölümlerinde tahkim ile ilgili öngördükleri usullerin tatbik edilmiş olması muhtemeldir. Fakat, Şeyhü'l-islam Ebussuud Efendi'nin¹¹⁵ Ma'rûzât'ında bulunan 'tahkim memnudur'¹¹⁶ şeklindeki fetvasının, Osmanlı Devleti'nin belli bir döneminde tahkim uygulamasının gelişimi üzerinde etkisinin olması ihtimali de değerlendirilmelidir.¹¹⁷

¹¹³ Suphi MAHMESÂNÎ-İbrahim Kâfi DÖNMEZ; *İslam Hukukunun Tedvini I*, "Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri" içinde, İbrahim Kâfi DÖNMEZ, (Ankara: TDV Yayın ve Matbaacılık-İsam Yayınları, 2015), s. 443: "Tek bir mezhebin yani Hanefî mezhebinin kurallarının uygulanma gerekçesi olarak, Mecelle komisyonu başkanının sadrazama sunduğu raporun son cümlesini zikredebiliriz: 'Müslümanların imamı (halife), icthad konusu meselelerde belirli bir görüşe göre amel edilmesini emrederse, artık bu görüşe göre amel edilmesi farz olur.' Daha sonra bu görüş Mecelle'de md.1801'de ifade edilmiştir."; AYDIN, *Osmanlı Hukuku*, s. 257.

¹¹⁴ M.Akif AYDIN, *İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, sy.1, 2006 (Bahar), s. 11-21.

¹¹⁵ Ebussuûd Efendi (ö. 982/1574) Osmanlı şeyhülislâmı, hukukçu ve müfessir. Pehlül DÜZENLİ, *Şeyhülislam Ebussuûd Efendi ve Fetvaları*, (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2012), s. 65.

¹¹⁶ "İki (kimesneler) (bir hususda) bir (kimesneyi) (tahkim) edüb (da'vaların) fasl (ettürseler) hükmi nâfiz olur mu? El-cevab: Olmaz. (Tahkim) memnu'dur." Pehlül DÜZENLİ, *Ma'rûzât Şeyhülislam Ebussuûd Efendi*, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2013), s. 129-130.

¹¹⁷ Betül KARA, *Dürerü'l-Hükkam Fî Şerhi Gururü'l-Ahkam'ın Şerh ve Haşiyeleri Bağlamında Fikhî Düşüncenin Gelişimi*, Yayınlanmamış Doktora tezi, (İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2022), s. 225-228: "Metinlerde ve şerhlerde hem tahkimin sahih olduğu şeklinde fetva verilmeyeceği hükmü kabul edilmiş, hem de Ebussuûd'un Ma'rûzât'ında "tahkim yasaklanmıştır" şeklinde şeyhülislam fetvası varid olmuştur. Tahkimin yasaklanması, hakem tayini uygulamalarının olmadığına işaret olmalıdır. Ancak şerh ve haşiyelere baktığımızda uygulaması olmayan bu mesele hakkında geniş tartışma ve yorumların olduğunu görürüz.". "Had ve kısasta tahkim caiz değildir. Had ve kısasın tahsis, diğer içtihadî konularda tahkimin caiz olduğuna delildir. Bu sahihtir. Ancak bu görüşle fetva verilmez. Denilmiştir ki: Avâmın (tahkime) cesaretlenmemesi için müvellâ (atanmış) kâdının hükmüne ihtiyaç vardır. Merginânî, *el Hidaye*, II/108.". Dipnot 142: "Çünkü şeriatın hükümleri ve revnakı ortadan kalkar. Hükümlerin güzelliği ve ziyneti yok olur." Hâdimî, *Haşiyeye ale'd-Dürer*, 445."; dipnot 144: "Halvânî "kısas ve haddin tahsis edilmesi, bu meseleler dışındaki içtihadî konularda hakemin hükmünün geçerli olduğuna delildir. Ashabımıza göre bu zahirdir. Bundan sonra şuna işaret etti: Bu sahihtir. Lakin meşayihimiz bu görüşle fetva vermekten imtina ettiler. Dediler ki: Avâm buna cesaretlenmesin diye had ve kısasta olduğu

Osmanlı imparatorluğunun batıya yönelmesi, gayr-ı Müslimlerle ilişkilerini düzenleyerek Batının kullandığı kurum ve düzenlemeleri kendi bünyesine katmaya başlamasında milat olarak, Tanzimat dönemini göstermek mümkündür. Tanzimat'ın ilanını müteakip, hukuk alanında yapılması gerekli değişiklikler konusunda, Avrupa'da kabul edilmiş kanunların tercüme edilerek iktibas edilmesi fikri ağır basmış, bu yolla birçok düzenleme yapılmıştır.

Tanzimat'tan sonra çıkarılan ilk kanun, Avrupa devletlerinin ceza kanunlarından ilhamla hazırlanan *Ceza Kanunnamesi* (1840) olmuş, bunu 1850 de bir kısmı yayınlanan *Kanunname-i Ticaret* takip etmiştir. '*Kanunname-i Ticaret-i Berriyye*', 1808 tarihli *Fransız Ticaret Kanununun* tercümesidir. 1864'te yayınlanan '*Kanunname-i Hümayun-u Bahriyye*'de Hollanda, Almanya ve Belçika kanunlarından alınan bölümler de vardır.

Tahkime dair ilk hükümler, 1850 tarihli '*Kanunname-i Ticaret*' içinde 40 ilâ 52. maddeler arasındadır.¹¹⁸ Bu maddeler hem esas hem de usule dair hükümler içermekte ve ortaklar arasındaki şirket işlemlerinden doğan hukuki uyuşmazlıkların, 'hakem eliyle çözülmesinin zorunlu olduğu bir mecburî tahkim' yöntemi önermektedir. 1864 tarihli '*Kanunname-i Hümayun-u Bahriyye*'nin ise 176. maddesi tahkime dairdir.¹¹⁹ Bu maddede, deniz sigorta sözleşmelerinde, 'çıkacak uyuşmazlıkların, hakemler eliyle çözümlenmesine dair şart' konulabileceği kabul olunmuştur.

'Tahkim usulüne yer veren ilk usul kanunu' niteliğindeki 1861 tarihli '*Ticaret Usulü Muhakemesine dair Nizamname*'nin 38 ve 39. maddelerinde de bazı düzenlemeler bulunmaktadır.¹²⁰ Bu maddelerde ise, uyuşmazlıkların tetkiki, tarafların sulh olmasını temin ve davanın sonucunu tesbit için mahkemelerin, bir komiser veya hakem heyeti

gibi [diğer meselelerde de] hâkimin/kadının hükmüne ihtiyaç vardır. Bkz. Sadruşşehid, *Şerhu Edebi'l-kâdi*, IV/63, 64.”; dipnot 145: “*Mültekâ*’da da tahkim faslı ayrıca işlenmiş ve “meşayihimiz avamı cesaretlendirmemek için tahkimin caiz olduğuna fetva verilmez” demiştir. Şeyhîzâde’nin bu ibaresi şerhi meselenin farklı bir yorumunu barındırır: “Bu sözün manası, fetva verilmez, fetvaya yazılmaz, lisan ile helal olduğu cevabı verilmez. Müftü sessiz kalır. Bunu düşün.” Bkz. Şeyhîzâde, *Mecmau'l-enhur*, III/ 242. Şeyhîzâde’nin bu açıklaması tahkimin caiz olduğu fetvasının açıkça verilmediği ancak uygulamasının olduğu izlenimini uyandırmaktadır”. Bu konu hakkında ayrıca bkz: Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkam şerhü Gureri'l-Ahkam*, Haşiyesi: *Ğunyetü zevi'l-Ahkâm fi buğyeti dürrü'l-Ahkam*, Ebu İhlas Hasan b. Ömer Şürûnbülâli, Darü İhyai'l-Kütübü'l-Arabiyye, 2 cilt, 2/411; İBN ABİDİN, *Reddü'l-Muhtar*, 5/430; *Fetâvâ-yı Hindîyye*, 3/397.

¹¹⁸ Fikri GÜRZUMAR ve Tekin GÜRZUMAR (Yeni Harflere Çevirenler), *Kanunname-i Ticaret ve Zeyilleri*, Ali Himmet BERKİ (Metni Kontrol Eden), (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1962) s. 51-52.

¹¹⁹ GÜRZUMAR vdgr., s. 189.

¹²⁰ GÜRZUMAR vdgr., s. 225.

belirleyebileceği, yapılan tetkikin bu heyetler tarafından tasdik veya değiştirilebileceği hükümleri yer almaktadır.¹²¹

Osmanlı Devleti'nin ilk medeni kanunu niteliğinde olan '*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*' bölüm bölüm (1869-1877) kabul edilerek yürürlüğe konmuştur. On altı kitaptan oluşan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'nin, on altıncı 'Kitabü'l-Kaza' bölümü, yargı faaliyetine dair olup, tahkimle ilgili hükümlerini "Mecelle'de Tahkim" bölümünde inceledik.

Mecelle'den sonra kabul olunan 1879 tarihli '*Usulü Muhakemat-ı Hukukiye Kanun-u Muvakkati*'nde de tahkim hükümleri mevcuttur. 1806 tarihli *Fransız Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu*'ndan alınan hükümleriyle bu kanun, *Mecelle*'deki tahkim düzenlemesine de atıflar yapmıştır. Tarafların, 'aralarındaki uyuşmazlığın, sulha veya tahkime elverişli' olduğu durumlarda, bu yola yönlendirilmelerinden sonra *Mecelle*'deki tahkim hükümlerinin uygulanmasını tavsiye eden 60 ve 61. maddelerde, ayrıca, tahkim akdi 'yazılı şekle' tabi tutulmuş ve hakem kararlarına karşı 'istinaf yolu' kabul edilmiştir.¹²²

Osmanlı Devleti'nin usul ve esasa dair bu kanun ve nizamnamelerinin dışında, bazı mahalli kanun ve düzenlemelerde de tahkimle ilgili hükümlere rastlanmaktadır ki bunlardan biri, tarafların istediği takdirde davalarını kendi seçtikleri hakemlere gördürebilecekleri hükmünü ihtiva eden *Girit Vilayeti Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu*'dur. Yine, Cebel-i Lübnan'da uygulanmak üzere vazedilen 1865 tarihli bir nizamname de mevcuttur.¹²³

Son olarak, 1917 tarihli *Hukuk-u Aile Kararnamesinden* de bahsetmeliyiz.¹³⁰ maddede:

Zevceyn beyninde niza ve şikâk zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse, hâkim tarafeyn ailelerinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsafı haiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler. Bu suretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifâdât ve müdâfaâtını tetkik ile beynlerini ıslaha çalışır. Kabil olmadığı surette kusur zevcede ise beynlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlaa eyler. Hakemler ittifak edemezler ise hâkim evsâf-

¹²¹ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 75-77.

¹²² *Usulü Muhâkemat-ı Hukukiye*, Kavânîn-i Cedîd Kütüphanesi, (Nşr: İkbâl Kütüphanesi Sahibi Hüseyin, Dersaadet-Sancakyan Matbaası, 1327-1329 H.) s. 104-105.

¹²³ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 81-82.

ı lâzımeı hâiz diğeri bir heyet-i hakemiyye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'î ve nâ-kâbil-i itirazdır.¹²⁴

denilmektedir.

Mecelle'de yer alan tahkim ve usulü maddelerinde, Aile Hukukuna (nikah, talak vb.) dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple karı-koca arası ihtilaflara dair hakem usulü ve ona ait ayrıntılar, inceleme konumuzun sınırları dışında kalmaktadır

¹²⁴ Orhan ÇEKER, *Osmanlı Hukuk-u Aile Kararnamesi*, 4.Baskı, (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2016), s. 55-56.

II. BÖLÜM: MECELLE'DE TAHKİM

2.1. Mecelle, Hukuk Usulü ve Tahkim

2.1.1. Mecelle

Osmanlı Devleti'nde, Tanzimat dönemi ve sonrası kanunlaştırma faaliyetleri başlamış ve adli teşkilatla ilgili birçok değişiklikler yapılmıştı. Bu süreçte, önce kısmen bir medeni kanun denilebilecek *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 1868-1876 tarihleri arasında kabul edilerek yürürlüğe girmiş, sonra, aile hukukuna ait hükümler 1917'de *Hukuk-u Aile Kararnamesi* ismiyle kanunlaşmıştır. Bu düzenlemeler, kodifikasyon anlamında İslam Hukukuna dayalı olarak hazırlanan ilk kanunlar olması sebebiyle hem Osmanlı Hukuk tarihi bakımından hem de 'İslam hukukuna dayalı kanunlaştırmalara öncülük ve örneklik misyonu'yla' diğer İslam ülkeleri bakımından çok önemli bir yere sahiptir.¹²⁵

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin hazırlanarak kabul edilmesi sürecinde, Osmanlı'da klasik tek hakimli şer'iyye mahkemelerinin yanısıra çok hakimli ticaret, hukuk ve ceza mahkemeleri kurulmuş, nizamiye mahkemeleri olarak adlandırdığımız bu mahkemelere yetecek sayıda hukuk bilgisi ve fıkıh literatürüne vâkıf, vasıflı hâkim bulunamamıştı. Ayrıca bu mahkemelerin hangi usullerle işleyeceğine dair muhakeme usulü kanunlarına ihtiyaç vardı. Adliye nâzırı Said Paşa zamanında, Fransız kanunlarından tercüme ile *Usul-ü Muhakemat-ı Hukukiye*, *Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiyye* ve *Teşkilat-ı Mehâkim muvakkat kanunları* hazırlandı ve bu kanunlar zaman zaman yapılan değişikliklerle cumhuriyete kadar yürürlükte kaldı. Ahmet Cevdet Paşa, kırkıncı tezkiresinde bu dönemi şöylece tarif etmektedir:

¹²⁵ M. Âkif AYDIN, "MECELLE-i AHKÂM-ı ADLİYYE", DİA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mecelle-i-ahkam-i-adliyye> (erişim 24.11.2023).

...Fransa'nın Usul-ü Muhakeme-i Cezaiyesi tercüme olunarak Şuray-ı devlette kerrât ile mevki-i müzakereye konulmuş ise de Fransa usulünün bizim halimize tevfiği müşkül olduğu alehusus Fransa'da bu usulün esas menzilesinde bulunan müddei umumîler henüz bizde îcad olunmamış bulunduğu cihetle tâdilât-ı külliyyeye mevkuf olduğuna mebni iş sürüncemede kalmıştı. Said Paşa kemal-i sür'at ve isticâl ile müddeiumumi sınıfını açıp her vilayete adliye müfettişi tayin ettirip mezkûr kanunnameleri Fransızcadan tercüme ettirip ve Fransa'da mer'îyyü'l-icra olan harç tarifesine tevfiğân bir de tarife kaleme aldırıp cümlesini de bir defa da mevki-i icraya vazî' edivermişti. Halbuki bu kanunların memleketimize tevfiği için arız-ü amik mütâlâa ile tadili lazım gelirdi. Maahaza böyle acelelen tercüme ettirilmiş olduğundan bazı mahallerinde tercüme yanlışlıkları dahi vardı. Ve bir de hiçbir vakitte umur-u adliyede istihdam olunmamış ve o yolda malumat kazanmamış olan binlerce adam def'aten memûrîn-i adliye meslekine ithal olunmuş ve ekseri kabiliyet ve ehliyetten mahrum bulunmuş idi...¹²⁶

Tanzimat ve sonrası dönemin siyasi şartları, içte ve dışta çözülmek zorunda kalınan problemler, yenileşme ve Batılılaşma çabaları, Osmanlı Devleti'ni hem müdahaleye açık hale getirmiş hem devlet adamlarını zor durumda bırakmıştı. Bu dönemde ortaya çıkan ihtiyaçların yabancı kanunların tercümesi yoluyla halledilmesini isteyen bir grup vardı ve bu grup Fransız '*Code Civil*'in tercüme edilerek Medeni Kanun ihtiyacının giderilmesini istiyordu. Ticaret ve hukuk altyapısının Batı etkisinde ortaya çıkmış olması hem ticaret faaliyetlerini kolaylaştıracak hem de Fransızlara bir siyasi prestij kazandırmış olacaktı. Bu süreçte, İslam hukukuna uygun bir metin hazırlanması yolunda teşebbüsler olmuş ve bu grupla, Fransız kanununun tercümesini isteyenler arasında çok çeşitli mücadeleler yaşanmıştır.¹²⁷

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin hazırlanması süreci, Mecelle Cemiyeti'nin oluşturulması ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye nâzırı Ahmed Cevdet Paşa'nın başkanlığında kanun telifine geçilmesiyle başladı. 100 maddelik mukaddime ve Kitabü'l-Büyük'un padişaha sunulması, tasdik edilip yürürlüğe girmesi, 19 Nisan 1869'da vuku bulmuştur. Sırasıyla icârât, kefalet, havale, rehin, emânât, hibe, gasb ve itlâf, hacr, ikrah, dava,

¹²⁶ Cevdet Paşa, *Tezâkir, 40-Tetimme*, yayınlayan: Cavid BAYSUN, 3.Baskı (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi 1991), 4 cilt, 4/195-196; Ebu'l-ülâ MARDİN, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2009), s. 229.

¹²⁷ AYDIN, "MECELLE" md. DİA.

beyyinât ve kazâ (15 Eylül 1876) kitapları, bu süre içinde kısım kısım tamamlanarak yürürlüğe girmiştir.¹²⁸

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye:

1. Bir mukaddime ve 16 kitap içinde, 1851 maddeden ibarettir. Birbirinden tamamen ayrı mevzuların ele alındığı bölümler, ‘Kitab’ başlığı altında toplanır. Kitab’ların başlangıcında bulunan izah mahiyetindeki giriş bölümünden sonra, ihtiyaç kadar bablara ve fasıllara ayrılarak konu tamamlanır. Maddeler numaralandırılmış ve bazı maddelerin yanında o maddenin içerdiği hükmü açıklayıcı mahiyette bir-iki misale de yer verilmiştir. Maddeler, teker teker madde başlıklarına sahip değildir.¹²⁹
2. Mukaddime kısmı, biri fıkıh ilminin tarifini yapan, diğeri de hukukun genel kaidelerini (*kavaid-i külliye*) 99 madde halinde açıklayan iki makaleden oluşmaktadır. Bu maddelerin içeriğine bakıldığında, hukukun kaynakları olan örf ve âdet kuralları, yorum kuralları ve hukukun çeşitli alanlarına dair prensiplerden oluştuğu görülür.¹³⁰ Mecelle, aynı zamanda içerdiği ahlâki ilkelerle diğer medeni kanunlardan belirgin olarak farklıdır.
3. *Mecelle*, İslam hukukunun klasik literatüründe olduğu gibi kazuistik (meselecî) metodla hazırlanmıştır. Bu sebeple, borçlar ve akidlere dair genel hükümler kısmı bulunmamaktadır. Her borç ve akdi ilgilendiren genel hüküm, ilgili bölümün içinde izah edilmektedir. Bu sebeple oluşan bazı tekrarlar bulunmakla beraber, bu durumun ve yargılama usulüne dair bölümlerin o dönemde, hukukçular açısından eksikliği hissedilen bilgi ihtiyacını gidermeye yönelik pratik sonuçlarının olabileceği de düşünülebilir.¹³¹
4. Sadece Hanefî mezhebi hükümleri dikkate alınarak hazırlanmış, mezhep içi görüşler arasında tercihler yapılmışsa da mezhepler arası tercih yapılmamıştır.

¹²⁸ AYDIN, “MECELLE” md. DİA.

¹²⁹ Osman ÖZTÜRK, *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, (İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, 1973), s. 32.

¹³⁰ Osman KAŞIKÇI, *Mecelle’nin hazırlanışı, Özellikleri ve Üzerinde Yapılan Değişiklik Çalışmaları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul: İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü, 1995), s. 150-151. Sami ERDEM, *Türkçede Mecelle Literatürü*, Türkiye Araştırmaları Literatür dergisi, c.3, sy. 5, 2005, s. 674.

¹³¹ AYDIN, “MECELLE”, md. DİA.

5. Ali Himmet BERKİ'nin ifadesiyle¹³² mutavassıt üslubla (kanunlarda, ilim ve fenne ait metinlerde kullanılan dikkate muhtaç üslub) hazırlanmış olsa da dönemine göre nisbeten sade bulunmuştur.

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, Cumhuriyetin ilanından sonra benimsenen resepsiyon süreci dahilinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce, *İsviçre Medeni Kanunu*'ndan iktibas niteliğinde kabul edilen '*Türk Kanun-u Medenisi*' (17 Şubat 1926) ile yine *İsviçre Borçlar Kanunu*'ndan iktibas ile kabul edilen '*Borçlar Kanunu*' (22 Nisan 1926) nun, 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girmesiyle birlikte ve 864 no.lu kanunun 43. maddesi¹³³ gereğince Türkiye Cumhuriyeti'nde tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

2.1.2. Mecelle'de Hukuk Usulü

Yargılama ve usulü konularını ihtiva eden 14.Kitab “Kitabü'd-Da'va” ve 15.Kitab “Kitabü'l-Beyyinat ve't-Tahlif” inceleme konumuzun sınırları dışındadır. Bu kitaplar hakkında ayrıntılı bilgi vermeyeceğiz.

16. kitap olan “Kitabü'l-Kaza”, 15 Eylül 1876 tarihli sadaret arz tezkeresi ile padişaha arz olunmuş, hemen ertesi gün kabul görerek Sultan II. Abdülhamid tarafından 16 Eylül 1876 tarihli irade-i seniyye ile kanunlaştırılmıştır.¹³⁴

Kitabü'l-Kaza, bir mukaddime ile dört baktan oluşmaktadır. Mukaddimede (1784-1791.maddeler) bazı fikhî terimler yer alır.

Mecelle'de 'kadı' kelimesi yerine 'hâkim' kelimesi kullanılmıştır.

1. Bâb, hâkimler hakkında dört bölümden oluşur. 1.Bölüm (1792-1794.md.) Hâkimin Evsafı, 2.Bölüm (1795-1799.md.) Hâkimin Adâbı, 3.Bölüm (1800-1814.md) Hâkimin Vazifeleri, 4.bölüm (1815-1828.md) ise Muhakeme Şekil ve Usulü hakkındadır.
2. Bâb, hüküm hakkında iki bölümden oluşur. 1. Bölüm (1829-1832.md.) Hükümün Şartları, 2. Bölüm (1833-1836.md) Gıyâbî hüküm hakkındadır.

¹³² Ali Himmet BERKİ, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)*, (İstanbul: Hikmet Yayınları, 1978), s. XI.

¹³³ 864 no.lu Kanun-u Medenî'nin suret-i mer'iyet ve şekl-i tatbiki hakkında Kanun, md.43: “Kanunu Medenî'ye, Borçlar Kanunu'na ve bu tatbikat kanununa muhalif olan hükümler ile Mecelle mülğadır.” https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400864.pdf (erişim 5.02.2024)

¹³⁴ ÖZTÜRK, *Mecelle*, s. 81.

3. Bâb, (1837-1840.md.) Davanın hükümden sonra görülmesi hakkındadır.

4. Bâb, (1841-1851.md.) Tahkime ait meseleler hakkındadır.

Mecelle üzerine yapılmış birçok şerh çalışması bulunmaktadır. Fakat bu çalışmaların bir kısmı, belli aşamalara kadar gelip yarım kalmıştır. “Tahkim” konusunu tamamlayarak *Mecelle*’nin sonuna kadar ulaşmış şerhlerin meşhurları içinde, Mes’ûd Efendi’nin¹³⁵ “*Mir’at-ı Mecelle*”¹³⁶ isimli eseri, Ali Haydar Efendi’nin¹³⁷ “*Dürerü’l-Hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*”¹³⁸ isimli eseri, Mehmet Ziyaeddin’in¹³⁹ “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi*”¹⁴⁰ isimli eseri, Hacı Reşit Paşa’nın¹⁴¹ “*Rûhu’l-Mecelle*”¹⁴² isimli eserlerini saymak mümkündür. Biz incelememizde bu eserleri dikkate alacağız.

“Tahkim” konusu, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*’nin 16. Kitabı olan “Kitabü’l Kaza” içinde 4.Bâb’ı teşkil etmektedir. İncelememizde, *Mecelle*’deki maddenin sadeleştirilmiş halini¹⁴³ metinde, aslını¹⁴⁴ ise ilgili dipnotta vereceğiz. Maddeyi *Mecelle*’ye yapılmış şerhleri dikkate alarak izah ettikten sonra, meselenin İslam fıkıh doktrininde ne şekilde ele alındığı konusunda örneklerle yer vermeye çalışacağız. Madde sıralamasında, konu bütünlüğünün sağlanması hedeflenerek önce “tahkim” sürecini açıklayan maddelere, sonra hakemlikle ilgili maddelere yer verilmiştir.

¹³⁵ Mes’ûd Efendi (ö.1894), Osmanlı âlimi.

¹³⁶ MES’ÛD EFENDİ, *Mir’at-ı Mecelle*, 1310/1892. İstanbul: Matbaa-i Osmaniye, 1884/1302.

¹³⁷ Ali Haydar Efendi (Hoca Emin Efendizade), Küçük, (1853-1935), son devir Osmanlı hukukçusu ve *Mecelle* şârihi.

¹³⁸ ALİ HAYDAR EFENDİ (Hoca Emin Efendizade), *Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, 1.Baskı, (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2016), 4.cilt.

¹³⁹ Türkzâde Hacı Hafız Mehmet Ziyaeddin Efendi (1865-t.y.). *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi* eserinin müellifi.

¹⁴⁰ MEHMET ZİYAEDDİN EFENDİ, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi*, (İstanbul: Dersaadet Kasbar Matbaası 1312).

¹⁴¹ Hacı Reşid Paşa (ö. 1918) *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* üzerine yazdığı *Rûhu’l-Mecelle* adlı şerhiyle tanınan Osmanlı âlimi.

¹⁴² HACI REŞİD PAŞA, *Rûhu’l-Mecelle*, (İstanbul: Dersaadet-Matbaa-i Hayriye, 1328).

https://kutuphane.aku.edu.tr/kutuphane/nadireserler/E001510;_Ruhul_Mecelle_5-8_Cilt;_Paşa_Hacı_Reşit_1328/index-h5.html#page=1084 (erişim 16.08.2024)

¹⁴³ Yaşar GÜÇLÜ, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 1.Baskı (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019)

¹⁴⁴ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 3.Bası, (İstanbul: Dersaadet Matbaa-i Osmâniyye, 1308 H).

2.1.3. Tahkim

2.1.3.1. Madde 1790: Tahkim

Tahkim bir hukuki kurum olarak **Mecelle'nin 1790. Maddesinde** tarif edilmektedir:

Mecelle Madde 1790: Tahkim: Tarafların çekişmelerini ve davalarını çözdürmek için rızaları ile başka bir kimseyi hâkim kabul etmelerinden ibarettir.

O kimseye, harflerin üstünle okunmasıyla 'hakem', ve "mim"ın ötre, "ha"nın üstün ve "kâf"ın şedde ve üstünle okunmasıyla 'muhakkem' denilir.¹⁴⁵

Bu tanımdan anlaşıldığı üzere tahkimin unsurları:

1. Taraflar: Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşmenin konusu üzerinde etkili olacak bir sonuç meydana getirmeye yönelik, birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Tahkimin bir 'sözleşme' olarak kurulduğunu göz önüne aldığımızda, asgarî iki tarafının olacağı değerlendirilmelidir. En az birer kişi olmak üzere birden fazla kişiden müteşekkil, çok sayıda gerçek ve tüzel kişiler de tarafları oluşturabilir.¹⁴⁶ Taraf olabilme ehliyetinin şartları şu şekilde özetlenebilir:

1.1. Hakem tayin edecek kimselerin akit yapmaya ehil, kendi hakları konusunda tasarruf edebilecek nitelikte, eda ehliyetine sahip kimselerden olmaları gereklidir.¹⁴⁷ Eda ehliyeti, "Kişinin dini-hukuki sorumluluk ile kendisine verilen haklardan yararlanmaya (ilzâm) ve bu hakları kullanıp borçlar altına girmeye (iltizam) elverişli olması" manasında kullanılır.¹⁴⁸ Yalnız eda ehliyetine (fiil ehliyeti) sahip kişinin haklarını kullanarak hukuki işlem ve

¹⁴⁵ "Madde1790 – Tahkim. Hasmeynin husumet ve da'valarını fasl için rızaları ile âhar kimseyi hâkim ittihaz etmelerinden ibarettir. / Ol kimseye fethateyn ile hakem ve mîm'in zammı ve ha'nın fethi ve kâf-ı müşeddede-i meftûha ile muhakkem denilir." *Mecelle*, s. 595.

¹⁴⁶ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/428.

¹⁴⁷ AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 232.

¹⁴⁸ Zekiyyüddin ŞABAN, *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usulü'l-Fıkıh)*, trc. İbrahim Kâfi DÖNMEZ, 34. Baskı, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2020), s. 384 vd.; APAYDIN, H. Yunus, *İslam Hukuk Usulü*, (Ankara: Bilay Yayınları, 2020), s. 177.

tasarruf yapabilmesi mümkün olduğu için bu şartları taşımayan küçük ve mecnunun tahkimi caiz değildir.¹⁴⁹ Temyiz gücüne sahip mümeyyiz küçüklerin ve kısıtlıların bu işlemlerini, onların adına veli, vasi veya kanuni temsilcileri yapabilir. ¹⁵⁰ Devlet, vakıf, beytülmal, şirket, mescit, yol, köprü gibi kamu malları ve kurumlarla ilgili olan fikhî hükümlerde, ‘tüzel kişilik’ fikrinin sonradan zikredilmeye başlandığı ve bir nevi “zimmet ve vücub ehliyeti” varlığının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Yine ‘tüzel kişiliğe’ ait bu yetkinin, kanuni temsilcisi tarafından kullanılacağı açıktır.¹⁵¹

1.2. Tarafların Müslüman olması şart değildir. Zimmînin¹⁵² zimmî hakem tayin etmesi caizdir.¹⁵³

1.3. Hanefi mezhebine göre tahkim, sulh niteliğinde olduğundan mükateb¹⁵⁴ ve me’zun¹⁵⁵ kölelerin tahkime gitmeleri caizdir.¹⁵⁶

1.4. Tasarrufa yetkili olmak: Kişiler, ancak üzerinde tasarrufa yetkili oldukları hak ve varlıkları ile ilgili ihtilaflar için tahkime gidebilirler.¹⁵⁷ Veli, velayeti altındaki küçük adına tahkim sözleşmesi yapabilir. Fakat vasînin mahkemeden izin alması gereklidir.

2. Konu: Tarafların çekişmesine sebep olan bir ihtilafların bulunması (tahkimin konusu). Taraflar, sadece kendilerine ait haklar söz konusu olduğunda ve af ile ibranın geçerli olduğu alım-satım, kefalet, şuf’a, nafaka gibi takdire ve tespite konu olabilen mâli hususlarda tahkime gidebilir.¹⁵⁸

3. Karşılıklı rıza-irade: Tahkim, tarafların kendilerinden başka bir kimseyi hakem kabul etmelerine yönelik iradelerinin bulunması ve bu serbest iradeye bağlı olarak yaptıkları akiddir. Hukukî sonuç doğurmak üzere belirtilen ve

¹⁴⁹ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/428; İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'Râik*, 7/24; İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/316; SERAHSÎ, *el-Mebsut trc.*, 21/216.

¹⁵⁰ Ali El-HAFİF, *İslam Hukukuna göre Hukuki işlemler ve Hükümleri*, çev. Rahmi YARAN, 4.Baskı, (Ankara: TDV yayınları 2020), s. 302; ZERKÂ, *Medhal*, 1/498; Mehmed ZİYAEDDİN, *Mecelle*, s. 1179; Bkz. *Mecelle* md.1616; ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/2820.

¹⁵¹ BARDAKOĞLU, Ali; “Ehliyet”, DİA, İstanbul 1994, 10/535.

¹⁵² İslâm ülkelerinde yaşayan gayri müslim tebaa için kullanılan terim.

¹⁵³ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/428; MES'ÜD EFENDİ, *Mir'at*, s. 737.

¹⁵⁴ Mükateb: Bir bedel karşılığında hürriyetini elde edebilmek üzere efendisiyle anlaşılan köleyi ifade eder.

¹⁵⁵ Me’zun: Hukukî işlemlerde bulunması için efendisi tarafından kendisine izin verilen köleye “ehliyeti genişletilmiş kimse” anlamında “me’zun” denir.

¹⁵⁶ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/428; İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/24; DÜRÎ, *et-Tahkîm*, 165.

¹⁵⁷ H. REŞİD PAŞA, *Rûhu'l-Mecelle*, 8/270.

¹⁵⁸ YILDIRIM, “TAHKİM”, <https://islamansiklopedisi.org.tr/tahkim--fikih> (02.10.2023).

birbirine uygun olan her karşılıklı irade (iki irade) akdi oluşturur.¹⁵⁹ Hakem tayin etmeye delalet eden ifade yani icap ile hakem tayin etmek istedikleri kimse veya kimselerin kabulüdür ki bu iradeler, tahkimin rûknünü oluşturur.¹⁶⁰

- 4. Hakem-Muhakkem:** Bir kişi olabileceği gibi, birden çok kişi de olabilir. Hakem, tahkim süresince ve hüküm verdiği zaman hakemlik ehliyetini muhafaza etmelidir¹⁶¹. Ayrıca, hakem, muayyen-belirli bir kimse olup taraflar, “kapıdan ilk kim girerse” şeklinde bir tayin yapsalar bu seçim geçerli olmaz. Hakem, şahsen belirlenmiş olmalıdır.

Bu konularla ilgili ayrıntılı açıklama, maddeler incelenirken, yeri geldikçe yapılacaktır.

2.1.3.2. Madde 1841: Tahkimin Konusu

Mecelle Madde 1841: Kişilerin hukuku ile ilgili mal davalarında tahkim caizdir.¹⁶²

Nikah, talak, nafaka, bey’ ve şirâ, kefalet, şuf’a ve düyûn gibi kişilerin hukukuna dair meselelerde tahkim caizdir.¹⁶³

Tahkimin cevazı kitap¹⁶⁴, sünnet¹⁶⁵ ve icma¹⁶⁶ ile sabit olup, eşler arasında çıkan anlaşmazlıkların çözümü için ailelerinden birer hakem seçilmesini emreden Nisâ 4/35 ayeti, eşlerin tahkimi hakkında inmiştir. Ali Haydar Efendi, konuyu, *Dürrü’l Hükkâm* isimli şerhinde ‘Eşler hakkında tahkim caiz olduğuna göre, bu cevaz hükmü, diğer hukuk ve da’valar hakkında da geçerlidir’¹⁶⁷ çıkarımıyla izah etmektedir.

¹⁵⁹ EL-HAFİF, *Hukuki İşlemler*, s. 232; DÜRÎ, *et-Tahkim*, s. 114; ZERKA, *Medhal*, 1/408.

¹⁶⁰ Muhammed b. Ali EL-HASKEFÎ, *ed-Dürrü’l-muhtâr şerhu tenyîri’l-Ebsâr*, Haşiyesi Reddû’l-Muhtar ile birlikte. 5/428; ALÎ HAYDAR EFENDÎ, *Dürrer*, 4/3359. MES’ÜD EFENDÎ, *Mir’at*, s. 737; H. REŞİD PAŞA, *Rûhu’l-Mecelle*, 8/270.

¹⁶¹ HASKEFÎ, *ed-Dürrü’l-muhtar*, 5/428.

¹⁶² “Bâb-ı Rabi’/ Tahkime dair mesâil hakkındadır. / Madde 1841: Hukuk-u nâsa müteallik mal da’valarında tahkim caizdir.” *Mecelle*, s. 611.

¹⁶³ İBN ABİDİN, *Reddû’l-Muhtar*, 5/428; MERGINÂNÎ, *el-Hidaye*, 3/108; ALÎ HAYDAR EFENDÎ, *Dürrer*, 4/3358; BİLMEN, *Kâmus*, 8/250.

¹⁶⁴ Nisâ suresi, 4/35. Ayet.

¹⁶⁵ Hz. Peygamberin Sa’d b. Muaz’ı Benî Kureyza’ya hakem olarak tavsiye etmesidir.

¹⁶⁶ Sahabe Hz. Peygamberin tavsiyelerine uyarak, birbirlerini tahkim etmişlerdir.

¹⁶⁷ ALÎ HAYDAR EFENDÎ, *Dürrer*, 4/3358; *Fetavâ’l- Velvâliciyye*, 5/69.

M. Ziyaeddin Efendi, madde hükmündeki ‘mal davaları’ kısmının ‘ihtirâzî kayıt’ olduğu, tahkimin başka nitelikli davalarda geçerli olamayacağını ifade ettiği ve bu anlamda tahkimin sadece özel hukuk alanında mümkün olabileceği görüşündedir.¹⁶⁸ Halbuki, H. Reşid Paşaya göre ‘mal davaları’ ifadesinin ‘ihtirâzî kayıt’ olarak kabul edilmesi mümkün değildir, zira tahkimin caiz olduğu nikah, talak ve geçiş hakkı gibi davalar bu kategoride değerlendirilemez.¹⁶⁹

Kur’an-ı Kerimdeki ayetlerle, Hz. Peygamberin uygulamaları ve teşviki ile tahkimin caiz olduğu hususunda ittifak edilmiştir. Tarafların, tasarruf yetkisi sahibi oldukları, kendilerini ilgilendiren veya hakkında af ve ibranın geçerli olduğu konularda tahkime müracaat edebilecekleri¹⁷⁰, satım (buyu’), kefalet, şuf’a, nafaka ve diğer bedelli sözleşmeler konusunda ise içtihadı elverişli olabildikleri ölçüde tahkime gitmeleri mümkündür. Tahkim konusundaki ihtilafların, çoğunlukla, kişilerin ‘tasarruf yetkisine sahip olduğu hakların tespiti’ konusunda ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Uygulaması doğrudan hâkimin yetkisi altında bulunan kamu davalarında ve sadece Allah haklarının (hukukullah) bulunduğu konularda tahkime gidilemez¹⁷¹; fakat kul ve Allah haklarının birlikte olduğu durumlarda ihtilafa düşülmüştür.

Zina, hırsızlık gibi suçların hadleri Hukukullah’a dair olduğu için tahkim yapılamaz. Çünkü tahkim bir nevi sulh niteliğindedir ve kişinin kendini affetmeye hakkı yoktur. Kısas gerektiren durumlar ve kazif suçlarında, her ne kadar sadece kul hakkı ihlali var gibi görünse de toplum düzenini bozucu özellikleri sebebiyle Hakkullah’ın varlığı göz ardı edilemez.¹⁷²

Hanefî hukukçuların tahkim konusundaki görüşlerini “1.2.3.1. Hanefî Mezhebi” başlıklı bölümde ayrıntılarıyla incelemiştik. Maddeleri incelerken yeri geldikçe tekrar değineceğiz.

¹⁶⁸ MEHMET ZİYAEDDİN, *Mecelle*, s. 1179.

¹⁶⁹ H. REŞİT PAŞA, *Rûhu’l-Mecelle*, 8/270.

¹⁷⁰ İBN HÜMAM, *Fethül kadir* 7/296; İBN ABİDİN, *Reddü’l-Muhtar*, 5/428; İBN RÜŞD, *Bidayetü’l-Müctehid*, 4/244; YILDIRIM, *Tahkim*, s. 58.

¹⁷¹ Ebû Bekr Şemsü’l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-SERAHSÎ (ö. 483/1090), *el-Mebsut*, (Nşr: Matbuatü’s-Saade Mısır, Darü’l-Ma’rife Beyrut-Lübnan), 31 cilt, 16/111; İBN KUDÂME, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâîli el-Makdisî (ö. 620/1223), *el-Muğnî*, thk: Abdullah b. Abdi’l-Muhsin Et-Türkî, Abdü’l-fettah Muhammed el-Hulv, 3.Bası (Riyad: Darü Alimi’l-küttüb li’t-Tabâati ve’n-Neşri ve’t-tevzî’, 1417/1997), 15 cilt, 14/93.

¹⁷² MOLLA HÜSREV, *Gurer ve Dürer Tercümesi*, (İslam Fıkhi ve Hukuku), trc. Arif ERKAN, (İstanbul: Eser Neşriyat, 1980), 4 cilt, 4/323; ZEYLAÎ, *Tebyînü’l Hakâik*, 5/118. İBN NÜCEYM, *el-Bahrü’r-Râik*, 7/26. MES’ÛD EFENDÎ, *Mir’at-ı Mecelle*, s. 737; *Fetâvâ’l- Velvâliciyye*, 5/70.

Mâlikî hukukçular, kaide olarak kişinin hakkından vazgeçmesinin caiz olduğu konular ile bütün mâli konularda tahkime izin verirken, hadler ve kısasın yanında talak, lian ve nesep konusunda tahkime gidilemeyeceği görüşündedirler. Çünkü bu konular resmî otoritenin yargı yetkisini kullanarak karar verebileceği konulardır¹⁷³. Fakat hakem, caiz olmayan konularda doğru olarak karar verirse, hükmü nafiz olur. Devlet başkanı veya kadı bu hükmü bozamaz.¹⁷⁴

Şâfiî ve Hanbelî hukukçulara gelince; içlerinde, davaya taraf olanların rızası oldukça, resmi mahkemelerde dava edilebilen her türlü konunun, tahkime de uygun olabileceğini düşünen bir grup¹⁷⁵ ile kısas, nikah, talak, lian, hadler ve iftira cezası gibi karar vermekte ihtiyatlı davranılması gereken konuları tahkimin sınırları dışında tutan bir grup¹⁷⁶ da vardır.

Mecelle'nin hazırlandığı zaman, kadıların çokça müracaat ettikleri eserlerden biri olan ve Hanefî mezhebinin görüşlerini esas alan *Mülteka'l-Ebhur*'da¹⁷⁷ “Bir kısım hukukçular (Fukahâ-Meşâyih), kaide olarak, üzerinde içtihad edilebilen konularda tahkime gidilebileceği, “fakat hakem hükmünün caiz olabileceğine dair fetva verilmemesi gerektiği, zira sıradan halkın (avâm-ı nâs) cahilce cesaretleri ile asıl velayet sahibi kadınlara gitmeyi terkederek, şer'i şerifin itibarının sarsılmasına vesile olacakları” şeklindeki çekincelerini ifade etmişlerdir.” denilmektedir. Bu yaklaşımda, hakem hükmünün ‘kadıya arz olunup’ şer'i şerife uygunluğunun denetlenebileceği, ‘kadı’nın usule uygun bulmadığı takdirde hükmü iptal etmesi imkanının değerlendirilmediği düşünülebilir.

2.1.3.3. Madde 1842: Tahkimin tarafları bağlayıcı olması

Mecelle Madde 1842: Hakemin kararı, ancak kendisini hakem tayin eden iki taraf hakkında ve tahkim ettikleri konuda geçerli ve hüküm doğurucu

¹⁷³ Muhammed b. Ahmed ed-DESÛKÎ (ö. 1230/1815), *Haşiyetü't-Desûkî alâ Şerhi'l-Kebîr*, 1-4, 4/135-136; CÜHENÎ, *et-Tahkim*, s. 218; YILDIRIM, *Tahkim*, s. 60

¹⁷⁴ DESÛKÎ, *Haşiyetü't-Desûkî*, 4/136; Ekrem KELEŞ, İslam Hukukuna Göre Anlaşmazlıkların Çözümünde Hakem Usulü, Yüksek Lisans Tezi 1987, s. 20. Ayrıntılar için bkz. “1.2.3.2. Malikî Mezhebi”.

¹⁷⁵ Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-MÂVERDÎ (ö. 450/1058), *Edebü'l-Kadî*, 2/379.

¹⁷⁶ İBN KUDÂME, *el-Muğni*, 14/93. Ayrıntılar için bkz. “1.2.3.3. Şafii Mezhebi”, “1.2.3.4. Hanbelî Mezhebi”.

¹⁷⁷ İbrahim HALEBÎ, *Mülteka'l-Ebhur* (İzahlı Mülteka el-Ebhur Tercümesi), trc: Mustafa Uysal, Kuzucular Ofset, Konya 1982, 3 /212. Aynı görüş için bkz: İBN ABİDİN, *Reddü'l-Muhtar*, 5/430; MERGINÂNÎ, *el-Hidaye Tercümesi*, 3/188.

olup onlardan başkasını etkilemez ve onlara ait diğer konuları da etkilemez.¹⁷⁸

Bu maddeyi üç ayrı bölüme ayırarak incelemek mümkündür:

1. Hakemin kararı, kendisini ‘hakem tayin eden taraflar bakımından’ geçerlidir. Zira, taraflar, hakem tayin ederken, hakemin hükmüne uyacaklarına dair anlaşmışlardır ve bu durum hakem bakımından onların üzerinde bir hukukî yetki meydana getirir. Kendileri bakımından ise “tahkim konusunda anlaşmaları ile hakemin hükmüne uymayı” taahhüt etmiş olurlar (Mecelle md.1848).¹⁷⁹ Hakem, hükmünü verdikten sonra azledilse bile, hükmü geçerli olmaya devam eder. Ali Haydar Efendi, burada sulh akdine atıf yaparak, “nasıl ki sulh tamamlandıktan sonra taraflar bu sulhün hukukunu yerine getirmekten imtina edemezlerse (Mecelle md.1556) muhakkemin hükmünü de aynı şekilde yerine getirmekten imtina edemezler” şeklinde görüşünü ifade etmiştir.¹⁸⁰ Bu durumun tek istisnası, hüküm hâkime arz edildiğinde hükmün şeriata aykırı bulunarak iptal edilmesidir.¹⁸¹
2. Hakemin kararı, sadece onu hakem tayin eden taraflar için geçerli olup ‘başkasını etkilemez’. Metindeki ‘ancak’ kelimesinden bunu anlamak mümkündür. Çünkü hakemin yetkisi veya velayeti ‘sadece kendisini kendi rıza ve ittifaklarıyla hakem tayin edenlerin üzerinde geçerli’ olur.¹⁸² Bu konuda istisna olarak, şerhlerde verilen bir örneği zikretmek uygun olacaktır: Birlikte iş yapan ortaklardan biri, ortak işlerindeki bir problem yüzünden diğerinin yokluğunda karşı tarafla bir tahkim sürecine girse, hakemin hükmünün diğer ortak için geçerli olup olamayacağı sorusunun cevabı ‘Evet’ olacaktır, zira hakemin hükmü, diğer ortak açısından sulh niteliğindedir. Tacirler bakımından, sulh yapılması, normal ticaret işlerindendir. Ortağın

¹⁷⁸ “Madde 1842: Muhakkemin hükmü ancak kendisini tahkim eden hasmeyn hakkında ve tahkim ettikleri hususda caiz ve nâfiz olup onlardan başkasına tecâvüz etmez. Ve onların hususât-ı sâiresine dahi şâmil olmaz.” *Mecelle*, s. 611.

¹⁷⁹ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/429.

¹⁸⁰ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3360.

¹⁸¹ NESEFÎ, *Kenzü'd-Dekâik*, 465; İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/296; İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/429; ZEYLAÎ, *Tebyîn*, 5/118; İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/26; MOLLA HÜSREV, *Gurer ve Dürer*, 4/324; ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3360; MES'ÛD EFENDİ, *Mir'at*, s. 738.

¹⁸² MERGINÂNÎ, *el-Hidaye Tercümesi*, 3/188; İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/429, İBN HÜMAM, *Fethü'l-kadir* 7/296.

yaptığı sulh, diğer ortak açısından da geçerli olur ¹⁸³. Madde metninde ise bu konuda sarahat yoktur.

3. Hakemin kararı, kendisini hakem tayin eden tarafların ‘sadece hüküm istedikleri anlaşmazlıkları (tahkim konusu) üzerinde’ geçerli olur. Bu konu dışındaki hiçbir ilişkilerini etkilemesi söz konusu değildir. Çünkü hakemin sadece o konu üzerinde yetkisi-velayeti bulunmaktadır. Yetkisi bulunmayan bir konuda hüküm vermesi durumunda ‘fuzûlî’ (vekaletsiz iş gören) konumunda kalır ¹⁸⁴. Ayrıca hakem, hüküm istenen konunun sadece bir kısmında da karar veremez, hüküm konunun tamamını kapsar nitelikte olmalıdır.¹⁸⁵

2.1.3.4. Madde 1846: Tahkimde Süre

Mecelle Madde 1846: Hakemlik, bir vakit ile sınırlandırıldığında o vaktin dolmasıyla ortadan kalkar. / Mesela falan günden bir aya kadar karar vermek üzere atanan hakem, ancak bu bir ay içinde karar verebilir. O ay geçtikten sonra karar veremez. Verirse hüküm doğurmaz.¹⁸⁶

Mecelle’nin bu maddesinde, tahkim anlaşmasına, davanın tamamlanması bakımından bir süre konulmuş ise, hakemin o süre içinde kararını vermek zorunda olduğu, bu süre içinde karara varacak duruma gelinebilmeyse bile, hakemliğinin kendiliğinden sona ereceği beyan olunmaktadır.¹⁸⁷ Nitekim yine Mecelle’nin 1801. maddesinde “Yargılama, zaman ve mekân ile ve bazı hususların istisna edilmesiyle kayıtlıdır ve tahsislidir...”¹⁸⁸ denilmekte, zaman konusunda sınır konulmasının caiz olduğu anlaşılmaktadır. Bu madde ile ilgili izahlardan anladığımız üzere, ‘kaza’ faaliyeti için bir vakit belirlenmişse, bu vakit gelmeden önce hakemlik veya hakimlik vazifesine

¹⁸³ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürrer*, 4/3361; M. ZİYAEDDİN, *Mecelle*, s. 1179, BİLMEN, *Kâmus*, s. 251; MES’ÜD EFENDİ, *Mir’at*, s. 738; H. REŞİT PAŞA, *Rûhu’l-Mecelle*, 8/275-276; *Fetâvâ’l- Velvâliciyye*, 5/70; İBN ABİDİN, *Reddû’l-Muhtar*, 5/429.

¹⁸⁴ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürrer*, 4/3361; CÜHENÎ, *et-Tahkim*, s. 184.

¹⁸⁵ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürrer*, 4/3362.

¹⁸⁶ “Madde 1846: Tahkim bir vakit ile takyid olundukta, ol vaktin müruruyla zâil olur. / Mesela filan günden bir aya kadar hükmetmek üzere nasb olunan hakem ancak bu bir ay içinde hükmedebilir. Ol ayın mürurunda hükmedemez. Ederse hüküm nafiz olmaz.” *Mecelle*, s. 612; MES’ÜD EFENDİ, *Mir’at*, s. 738.

¹⁸⁷ CÜHENÎ, *et-Tahkim*, s. 184.

¹⁸⁸ Mecelle md.1801 / 1.:” Kaza: Zaman ve mekân ile ve bazı hususâtın istisnasıyla tekayyüd ve tehassüs eder...” , s. 598.

başlanamayacağı gibi, bu vaktin geçmesinden sonra yapılacak faaliyet ve verilecek karar da geçerli olmayacaktır.¹⁸⁹ Fakat, bu hükme istisna teşkil edecek bir durum olarak, sürenin bitmesinden sonra, tarafların rızası varsa, bu duruma icazet verip hükmü geçerli kılmaları mümkün olur ki hakemin yaptığı iş, fuzulî (vekaletsiz iş gören)in yaptığı iş gibi kabul olunur.¹⁹⁰

Tahkim için belirlenecek süre ile tahkimin bir şarta bağlı veya belirsiz bir vakte ertelenmesi durumlarını ayırt etmeliyiz. Zira kabul görmüş görüşe (müftâ-bih) ¹⁹¹ göre, “filan ay gelirse, sen bize hakemlik et” şeklinde bir zaman belirlenmesi (vakte izafet), şartın gerçekleşme ihtimali olup olmaması ve şart gerçekleşse bile ortaya çıkan durumun tahkime elverişli olup olmayacağının belirsizliği sebebiyle geçersizdir.¹⁹² H.Reşid Paşa, bu konuyu “tahkim, her ne kadar uyuşmazlığı ortadan kaldıracak bir yetki(velayet) ihdas ediyor olsa da verilecek hüküm, tarafların rızasına binaen ortaya çıkmakta ve bu yönüyle sulh niteliğinde olmaktadır. Sulhun ise bir şartın vukuuna veya ileriki bir zamana ertelenmesinin geçerli olması mümkün değildir” şeklinde izah etmektedir. ¹⁹³

Mecelle’nin bu maddesinde, tahkim süreci belirli bir zamanla sınırlanmamış, eğer taraflar bir süre belirlemişlerse, bu süre bittiği zaman, hakemin vazifesinin de kendiliğinden bitmesi hükmü getirilmiştir.

Diğer mezheplerde, hakem kararının geçerli olması için tarafların rızasının tahkim süresince devam etmesi gerekip gerekmediği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Malikiler, taraflardan birinin bu süreç dahilinde ayrılabilceğini düşünürken, Şafiiler tarafların rızası ile tahkim sürecinin başlamasını yeterli görmüşlerdir.¹⁹⁴

¹⁸⁹ M. ZİYAEDDİN, *Mecelle*, s. 1181; ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3256; KASANÎ, *Bedai’ü’s-Sanai*, 7/7.

¹⁹⁰ “Madde 1453: İcazet-i lâhika vekâlet-i sâbika hükmündedir. /Sonradan onay verme, önceden vekalet verme hükmündedir.” *Mecelle*, s. 454.

¹⁹¹ “Hakemliğin bir şarta ta’lik edilmesi veya ileri bir zamana izafe edilmesi Ebu Yusuf’a göre caiz değildir.” İBN ABİDİN, *Reddû’l-Muhtar*, 5/431.

¹⁹² ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/33; AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 232. Bu konuda İmam Muhammed’in görüşü ise şöyledir: “Bu, vekil atama olarak düşünülebilir. Hakemin yapacağı iş ise sulh gibidir. Bu bakımdan onlar hakemi, aralarındaki meseleyi, bağlayıcı olacak bir sulh ile çözmek üzere vekil atamış gibi kabul edebilirler. Vekilliğin ise koşula bağlanması mümkündür.”; SERAHSÎ, *Mebhut trc*, 21/225.

¹⁹³ H. REŞİD PAŞA, *Rûhu’l-Mecelle*, 8/283.

¹⁹⁴ İBN FERHUN, Burhanüddîn İbrahim b. Ali b. Muhammed (ö.799/1397), *Tabsiratü’l-Hükkam fî usûli’l-akdiyeti ve menâhici’l-ahkâm*, Nşr: Mektebetü’l-Külliyeti’l-Ezheriyye, 1.baskı, 1406/1986. 2 cilt. (Mektebetü’ş-Şamile 1431), 1/63; AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 239.

2.1.4. Hakem

Yargılama faaliyeti, toplumda barış, huzur ve adaletin tesis edilmesi bakımından insanların çok önemli bir ihtiyacını karşılar. Bu ihtiyacın giderilmesine hizmet edecek kimselerin seçiminde titizlik gösterilmesi ve kaza faaliyetini yürütecek hakimlerin bir takım şart ve vasıflara sahip olması gerekir. KÂSÂNÎ, *Bedâiü's-Sanâi'* isimli eserinde “Kâdının helâli harâmı bilen bir âlim olması gerekir. İctihat sınırına erişecek ölçüde insanlar arası muaşeret ve muamelatı bilmeli, adil, töhmetten uzak, afif ve tamahtan korunmuş olmalıdır...”¹⁹⁵ şeklinde kanaatini ifade etmektedir.

Tahkim, bir yargılama (kaza) faaliyetidir. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü bir başka kişiye (hakem-muhakkem) bırakarak (tefvîz), kendi üzerlerinde bir hüküm verme yetkisi (velayet) meydana getirmiş ve bu kişinin hükmüne uymayı taahhüt etmiş olurlar. Tahkim yargılamasında bulunacak hakem, aynı devlet yargısında olabileceği gibi murafaa yapar, delilleri değerlendirir, şahit dinler, yemin, ikrar ve nükûlü değerlendirerek anlaşmazlığı sonuca ulaştırır. Bu anlamda İslam hukukçuları hakemi, yaptığı kaza faaliyeti sebebiyle ‘hâkim menzilesinde’ görmüş¹⁹⁶, verdiği ‘hükmü sulh mesabesinde’ değerlendirmiş, fakat, verdiği ‘hükmün İslam hukukuna uygun olması şartı aranacağı’ için kazaya ve şahadete ehil bir kimse” olmasını gerekli görmüşlerdir.¹⁹⁷ Bu sebeple, hükmü geçerli olacak kişi anlamında hâkim için şart görülen kazâ ve şahadet ehliyeti¹⁹⁸ (müslüman olma, edâ ehliyetine sahip bulunma, adalet sıfatını taşıma ve fıkıh bilgisine sahip olma) şartlarının hakemde de bulunması gerektiği görüşünde olmuşlardır.¹⁹⁹

¹⁹⁵ KÂSÂNÎ, *Bedâiü's-Sanâi'*, 7/3.

¹⁹⁶ İBN HÜMAM, *Şerhü Fethi'l-Kadir*, 7/296; İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/24 (Şamile), *Fetâvâ'l-Velvâliciyye*, 5/69; Şâfiîler bakımından AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 237.

¹⁹⁷ İBN HÜMAM, *Şerhü Fethi'l-Kadir*, 7/296; *Fetâvâ'l-Velvâliciyye*, 5/69; ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3359; MES'ÛD EFENDİ, *Mir'at*, 737; H. REŞİD PAŞA, *Rûhu'l-Mecelle*, 8/270.

¹⁹⁸ Şahadete ehliyetin şartları: “Akıl, bülûğ, gözü görür olmak, konuşabilmek, hürriyet, adalet, iftira cezası (hadd-i kazif) almamış olmak, dikkatli olma ve uluorta konuşmamak, şahidin davada menfaatinin bulunmaması, şahit ile taraflardan biri arasında düşmanlık bulunmaması, kendi davası olmaması, hadiseyi bizzat müşahade etmek.” Ayrıca şahitlerde aranan diğer özel şartlar için bkz. Abdülaziz BAYINDIR, *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, 2. Baskı, (İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2015), s. 180-187.

¹⁹⁹ MERGINÂNÎ, *el-Hidaye* 3/108; İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/24; MAVERDÎ, *Edebü'l-Kâdî*, 2/379; İBN FERHUN, *Tabsiratü'l-Hükkam*, 1/63; YILDIRIM, “TAHKİM”, DİA.

Molla Hüsrev, *Dürerü'l-Hükkam* isimli eserinin “Kazâ” bölümünde “Kazâ, beyyine, ikrar veya yeminden dönmekle başkası üzerine ilzam (gerekli kılmak) dır. Zira kazânın hakikati, husumeti ayırmaktır. Bu da ancak ilzam ile olur. Kazâ ehli, şahâdete ehil olan kimsedir. Çünkü her ikisi de velâyet bâbındandır. Kazâ ve şahâdet her biri ilzamdır. Şahâdet kâdi üzerine, kazâ ise hasım üzere mülzimdir (gerekli kılıcı). Bu sebeple şahâdete ehil olmak için gerekli şartlar, kazâyâ ehil olmak içinde gereklidir. Şahadete ehil olmanın şartı, kazâyâ ehil olmanın da şartıdır...” diyerek konuyu açıklamaktadır.²⁰⁰

Hakemin kazâyâ ehil olması gerektiği hususunda Hanefiler²⁰¹, Hanbeliler²⁰², Şafiîler²⁰³, Malikîlerden Mâzerî²⁰⁴ ve İmamiyye'den Ebû Azbe²⁰⁵ gibi alimler hemfikirdir. ‘Hakem, tahkim sırasında hâkim olur ve hükmü kadı gibi tarafları bağlar’ görüşündedirler.²⁰⁶ Kazaya ehliyetin şartlarının ise “İslam, akıl, bulûğ, adalet, görme ve konuşma” olduğu hususunda yine Hanefiler, Şafiîler²⁰⁷, Hanbeli²⁰⁸ ve Malikîler²⁰⁹, Zeydiyye ve İmamiyye alimleri ittifak halinde olmuşlar, Zâhirî alim İbn Hazm²¹⁰ ise bu şartların ilk üçünü kabul etmiştir.²¹¹

Hakemin sorumluluğunun, vekalet ilişkisi gibi mi yoksa hâkimin üstlendiği gibi bir velayet ilişkisi mi olduğu tartışılmıştır:

Hz. Ömer, Osman, Ali, İbn Abbas gibi sahabîlerle birlikte Nehâî, Şa'bî, Mâlik ve Evzâî gibi âlimler, hakemin vereceği kararların mahkeme kararı gibi geçerli olduğu ve hâkimin sorumluluğu gibi bir velâyet yetkisine sahip olunduğu görüşündedirler...Halbuki Ebu Hanife ve onun gibi düşünen

²⁰⁰ MOLLA HÜSREV, *Gurer Tercümesi*, 4/307; ZEYLÂÎ, *Tebyîn*, 5/117. *Fetâvâ'l- Velvâliciyye*, 5/69; ALÎ HAYDAR EFENDÎ, *Dürer*, 4/3359.

²⁰¹ İBN ABÎDÎN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/428, 5/431; İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Raik*, 7/24; KÂSÂNÎ, *Bedâiu's-Sanaî*, 7/3; MERGINANÎ, *el-Hidaye*, 3/108; KUDURÎ, *Muhtasar*, 552-553; DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 182.

²⁰² İBN KUDAME, *Muğnî*, 14/93; DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 182.

²⁰³ ŞİRBİNÎ, *Muğnil-muhtâc*, 6/267; DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 182.

²⁰⁴ DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 182.

²⁰⁵ DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 183.

²⁰⁶ MERGINANÎ, *el-Hidaye*, 3/108; MAVERDÎ, *Edebü'l-Kâdî*, 2/375; İBN KUDAME, *Muğnî*, 14/93; DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 183.

²⁰⁷ ŞİRBİNÎ, *Muğnil-muhtâc*, 6/262; DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 182.

²⁰⁸ İBN NECCÂR el-FÛTÛHÎ, Ebû Bekr (Ebû'l-Beka) Takıyyüddîn Muhammed b. Ahmed b. Abdilazîz el-Fûtûhî (ö. 972/1564), *Münteha'l-İrâdât*, 5/261.

²⁰⁹ DÛRÎ, Ebû'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed ed-Derdîr elAdevî (ö.1201/1786), *eş-Şerhü'l-Kebîr li'ş-şeyhi'd-Derdîr ve haşiyetü'd-Desûkî*, 4/129; İBN FERHUN, *Tabsiratü'l-Hükkam*, 1/63.

²¹⁰ İBN HAZM, *el-Muhalla*, 8/428.

²¹¹ DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 183.

bazı müçtehidler, hakemin, tarafların isteği dışında bir şeye hükmedemeyeceği ve sorumluluğunun bir vekilin sorumluluğu kadar olduğunu düşünmüşlerdir. Zira, onlara göre hakemin vazifesi, tarafların arasını düzeltmek ve kusurlu olana uygulanacak müeyyidelerin belirlenmesinden ibarettir.²¹²

Mecelle 'nin şerhlerinde bu problem, “hakemin vereceği kararın tarafları bağlayıcı olması, tarafların rızalarıyla kendi üzerlerindeki ‘velayeti’ hakeme vermiş olmaları sebebiyledir” şeklinde izah edilmektedir.²¹³

2.1.4.1. Hakemliğin Şartları

2.1.4.1.1. Müslüman Olmak

İslam hukukunda, Müslüman kişi üzerinde, diğer dinlerden kimselerin yetkileri (velayetleri) olamayacağı için ‘Müslüman tarafların hakemliğini de Müslümanlar yapmalıdır’ görüşü vardır. Bu sebeple gayr-ı müslimin tahkimi geçerli değildir.²¹⁴ Hakem, tahkim süresince (vakt-i eda) ve hüküm verme zamanında (vakt-i hüküm) müslüman olmalıdır.²¹⁵ Müslüman kişiler üzerine verilen hükmün ve yapılan şahitliğin geçerli olması için bu şarttır. Yalnız bu şart, ‘tarafların Müslüman olması’ halinde geçerlidir. Müslümanlar zimmî hakem seçseler, sonra bu kimse Müslüman olsa da hakemliği geçerli olmaz. Zimmî olanın zimmî hakem seçmesinde ise bir mahzur görülmemiştir.²¹⁶

²¹² KARAMAN vdgr., *Kur'an Yolu Tefsiri*, 2/62.

²¹³ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3360; H. REŞİD PAŞA, *Rûhu'l-Mecelle*, 8/270.

²¹⁴ İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/296; *Fetâvâ'l-Hindiyye*, 3/397; DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 195.

²¹⁵ İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-râik*, 7/24; *Fetâvâ'l-Hindiyye*, 3/397.

²¹⁶ İBN ABİDİN, *Reddü'l-Muhtar*, 5/428; DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 197.

Fâsık²¹⁷ kimse de hakem olabilir.²¹⁸ Hanefî mezhebinde çoğunluk ulemâ, fâsıkın hâkim olabileceğini ve şer'i sınırları aşmadığı sürece hükmünün geçerli olacağını beyan etmişlerdir.²¹⁹ Zira fık, adalet sıfatına hâlel getiren bir husustur, fakat şehadet ehliyetini ortadan kaldırmaz. Hakemlikte adalet, evleviyetle şarttır²²⁰, sıhhat şartı değildir. Diğer mezhepler fâsıkın hakimliğini kabul etmemişlerdir.²²¹

Hassaf, Kerhî ve Tahtâvî gibi ulema, fâsık ve mürteşî (rüşvet yiyen kimse) ye bu kusurları sebebiyle güvenilemeyeceği, dolayısıyla hükümlerinin caiz olmayacağı görüşündedirler.²²² İmameyn'e göre de fâsık kimse hakimlik görevine getirilse veya tayininden sonra fâsık ya da mürteşî olsa hemen görevi bırakılır (mün'azil).²²³

2.1.4.1.2. Eda (Fiil) Ehliyetine Sahip Olmak

Genellik ve eşitlik ilkesi uyarınca ırk, din, dil ve cinsiyet farkı olmaksızın sağ olarak dünyaya gelen herkes hak ehliyetine sahiptir.

Hâkim olabilmek için ise, hukuki sonuç doğuran işlem ve fiilleri tam olarak yapabilme kabiliyeti anlamına gelen eda ehliyetine sahip olmak gereklidir ki bunun şartları, İslam hukuku bakımından, âkil (ayırt etme gücü olan-temyiz-i tâmma muktedir) ve bâliğ (bülüğa ermiş) olmaktır. Hakemliğe ehil olmak için şehadete ehliyet de şarttır. Şehadete ehil olan, hakemliğe de ehil olur. Çünkü, başkası üzerine velayet ancak böyle sabit olur.

Mecelle Madde 1794: Hâkimin tam olarak ayırt etme gücünün bulunması gereklidir. Bundan dolayı küçük, akıl zayıflığı olan, görme engelli ve

²¹⁷ “İslam hukukunda fık, adalet sıfatının karşısı bir terim olarak, kişinin büyük günahları işlemesi, küçük günahları işlemekte ısrar etmesi veya farzları terketmesi, haramları işlemesi ve kötü davranışlarının iyi davranışlarından daha çok olması şeklinde zâhirî bir vasıf olarak anlaşılır...Hanefilere göre, fâsık kimse, ihtiyaç sebebiyle kadı olarak tayin edilmişse verdiği kararlar geçerli olur, fakat böyle kimsenin kadılığa getirilmemesi daha uygundur...” Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Yusuf Şevki YAVUZ, "FÂSİK", TDV İslâm Ansiklopedisi,

<https://islamansiklopedisi.org.tr/fasik> (erişim 05.02.2024)

²¹⁸ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/428; İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-râik*, 7/26; ZEYLÂÎ, *Tebyin*, 5/118; *Fetâvâ'l-Velvâliciyye*, 5/69.

²¹⁹ İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadîr*, 7/296; KÂSÂNÎ, *Bedâi'u's-Sanâi*, 7/3.

²²⁰ HALEBÎ, *Mülteka Tercümesi*, 3/194.

²²¹ ŞİRBİNÎ, *Muğni'l-Muhtac*, 6/262.

²²² ALİ HAYDAR EFENDÎ, *Dürer*, 4/3241.

²²³ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/428.

tarafların konuşmalarını işitemeyecek kadar sağır olan kimselerin yargılama yapması doğru değildir.²²⁴

Ali Haydar Efendi, madde 1784'te tanımlandığı üzere²²⁵, 1794. madde metnindeki 'kazâ' kelimesinin de hem 'hüküm' hem de 'hakimlik' manalarına geldiğini, maddede her ikisinin de kastedilmiş olabileceğini ve bu sebeple sayılan kişilerin hakimlikleri gibi verdikleri hükümlerin de caiz olmayacağı görüşündedir.²²⁶

Hakemler bakımından hem tahkim süresince (vakt-i eda), hem de karar zamanında ehliyetin bulunması şarttır.²²⁷

İslam hukuku kaynaklarında, mümeyyiz küçüklerin hakem olabileceğine ve doğru karar verdikleri zaman hükümlerinin geçerli olacağına dair görüşler vardır. Zira, küçükler bakımından buluştan sonra bir yaş haddi belirlenmemiştir.²²⁸ Bir de mümeyyiz küçükler bakımından, şehadete ehliyetin, hakem oldukları vakit (vakt-i tahkim) de değil, hakemlik edecekleri vakit (vakt-i eda) olması gerektiğini eklemeliyiz.²²⁹ Fakat, kendi haklarını kullanma ehliyetleri olmayan kimselerin, başkaları üzerinde velayetleri yoktur. Hürriyetten yoksun bulunan kölenin hakemliği de aynı durumdadır. Ma'tûh, görme engelli ve yüksek sesleri duyamayacak kadar sağır olanlar ile kazif cezası almış kimselerin şahadet ehliyetleri yoktur, bu sebeple hakem de olamazlar.²³⁰

Hanefî, Mâlikî ve Zahirî mezheblerine göre kadınlar hakem olabilir. Çünkü, kadınların had ve kısas dışında kazaya ve şehadete ehliyetleri vardır²³¹. Diğer mezhepler, 'kadın'ın ceza davaları ve şahidliği ile ilgili erkeklerden farklı hükümlere tabi olduğunu, bu yüzden kaza ehlinin erkek olması gerektiğini düşünmüşlerdir²³².

²²⁴ "Madde 1794: Hâkimin temyiz-i tâmma muktedir olması lazımdır. / Binaen aleyh sağır ve ma'tûh ve a'mâ ve tarafeynin savt-i kavillerini işitemeyecek mertebe sağır olan kimesnenin kazâsı caiz değildir." *Mecelle*, s. 696.

²²⁵ "Madde 1784: Kazâ, hüküm ve hakimlik manâlarına gelir."

²²⁶ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3240.

²²⁷ İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/41; İBN ABİDİN, *Reddül-Muhtar*, 5/428; *Fetâvâ'l-Hindiyye*, 3/397.

²²⁸ ÇELİKER, *İslam hukukunda tahkim*, s. 32.

²²⁹ YILDIRIM, *Tahkim*, s. 105.

²³⁰ *Fetâvâ Velvâlicîyye*, 4/69.

²³¹ İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadîr*, 7/296; İBN ABİDİN, *Reddül-Muhtar*, 5/428; KÂSÂNÎ, *Bedâi'u's-Sanâi*, 7/3; SERAHSÎ, *el-Mebstut* trc., 21/216; Şeyh Muhammed b. Muhammed el-BEZZÂZÎ, *Fetâvâ el-Bezzâziye*, thk. Salim Mustafa el-Bedrî, 1.Baskı, (Lübnan: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2009), 2 cilt, 1/519; Burhanpurulu Şeyh NİZAM, *Fetâvây-ı Alemgiriyye- Fetâvây-ı Hindiyye*, trc: Mustafa EFE, (Ankara: Akçağ Yayınları 1985), 6/388, 3/398; ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3359.

²³² DÜRÎ, *et-Tahkim*, s. 184 ve 200.

2.1.4.1.3. Hürriyet

Hakem olacak kimsenin, hür olması gerekir. Hür olmayan kimsenin, kölenin, kendi üzerinde velayeti olmadığı için başkası üzerinde de velayeti olamaz, şهادete ehil değildir²³³. Hanefi mezhebine göre tahkim, sulh niteliğinde olduğundan mükatep ve me'zun kölelerin tahkime gitmeleri caizdir²³⁴.

2.1.4.2. Hakem Olabilmek İçin Gerekli Vasıflar

Mecelle Madde 1792' de zikredilmiştir:

Madde 1792: Hâkim, bilge, anlayışı kuvvetli, doğru ve güvenilir, kararlı ve itibar edilir olmalıdır.²³⁵

2.1.4.2.1. Adalet

Ahlâkî bir vasıf olarak herkeste bulunması gereken adaletin, hâkim ve hakemde bulunması çok önemlidir. Hâkim, öncelikle hakîm, âdil olmalıdır. Cenab-ı Hak, Kur'an-ı Kerim'de "Muhakkak ki Allah adaleti, ihsanı, akrabaya karşı cömert olmayı emreder..."²³⁶, "Eğer hüküm verirsən aralarında adaletle hükmet. Şüphesiz Allah âdil olanları sever"²³⁷ buyurmaktadır. Bu sebeple, adil olmayan kimseye hakimlik vazifesi verilmemelidir. Adil davranamayacağını bilen kimsenin hakimliği kabul etmesi, haramdır.²³⁸

Hakimler için geçerli olan bu vasıflar, hakem için de geçerli olmalıdır zira hükümleri, tarafları hâkim gibi bağlar.²³⁹ Fakat, Hanefi hukukçular, adalet sıfatının hakemlik için evleviyet (tercih sebebi) olup 'şart' olmadığını ve bu anlamda fâsık

²³³ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3359.

²³⁴ İBN ABİDİN, *Reddü'l-Muhtar*, 5/428; DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 165.

²³⁵ "Madde 1792: Hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm ve emîn, mekîn, metîn olmalıdır." *Mecelle*, s. 596.

²³⁶ Nahl suresi, 16/90.ayet.

²³⁷ Mâide Suresi, 5/42.ayet.

²³⁸ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3235.

²³⁹ İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/316 (Ş); MERGINÂNÎ, *el-Hidaye*, 3/108; KUDURÎ, *Muhtasar*, 552-553; DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 183.; CÜHENÎ, *et-Tahkim*, s. 234; AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 238.

kimsenin hakemliğinin de caiz olacağı yönünde görüş bildirmişlerdir.²⁴⁰ Zira, fâsık kimsenin şهادeti geçerlidir, öyleyse verdiği hüküm de geçerli olmalıdır. İstenilen derecede adil kimse bulmanın zorluğundan ve belki de hakemin yapacağı işin sulh hükmünde kabul edilmesi sebebiyle böyle bir cevaz hükmü verilmiş olmalıdır.²⁴¹ Şâfiî, Malikî ve Hanbelî hukukçulara göre ise hâkimin adalet sıfatına sahip olması şarttır.²⁴²

2.1.4.2.2. Hukuk Bilgisine Sahip Olmak

Mecelle Madde 1793'te “Hâkim fikhî meselelere ve yargılama usulüne vâkıf olmalı ve davadaki olayları onlara tatbik ederek çözüme ulaşabilme iktidarı olmalıdır”²⁴³

denilmektedir.

Hanefiler haricinde, diğer mezhep hukukçularının çoğunluğu, hakemin de hâkim gibi, tahkim konusu hakkında hukukî bilgisinin olması gerektiği görüşündedirler. Bunun aksi durumda tahkim geçerli olmaz.²⁴⁴ İmam Şâfiî ve bazı alimler, hakem olarak tayin edilecek kimsenin içtihad yapabilecek güçte olması ve bunun için gerekli dini bilgilerle mücehhez olması gerektiği görüşündedir ve cahilin hakemliğini kabul etmemiştir.²⁴⁵ Ebû Hanife ise, hâkimin bile müçtehid olmasını gerekli görmemektedir²⁴⁶. Hanefiler bakımından, müçtehid olmak, hakem için evleviyet şartıdır.²⁴⁷ Şهادet ehli olması, bu anlamda kaza ehli olması için yeterlidir.²⁴⁸ Aslında, *Şerhü'l Hidaye*’de “Bir meseleyi, o meselenin mahiyetini kavrayacak ve inceliklerini gözden kaçırmayacak şekilde bilen kişi, o mesele hakkında müçtehid sayılır” denilmektedir.²⁴⁹ Ali Haydar Efendi de md.1793’ü şerh ederken bu maddedeki “olmalıdır” kelimesinden, “hâkimin âlim olması şart değildir.

²⁴⁰ *Fetâvâ'l- Velvâliciyye*, 5/71.

²⁴¹ ÇELİKER, *İslam hukukunda tahkim*, s. 33.

²⁴² ŞİRBİNÎ, *Muğni'l-Muhtac*, 6/262.

²⁴³ “Madde 1793: Hâkim mesâil-i fikhîyyeye ve usul-i muhakemeye vâkıf ve de'âvi-i vâkı'ayı anlara tatbikan fasl ve hasma muktedir olmalıdır.” *Mecelle*, s. 596; Mehmed Ali Bey, *Rehber-i Tâlibin-i Mecelle*, (İstanbul: Dersaadet Mahmud Bey Matbaası 1305 H.) s. 537.

²⁴⁴ İBN RÜŞD, *Bidayetü'l-Müçtehid*, 4/243.

²⁴⁵ İBN HAZM, *el-Muhalla*, 8/428; ÇELİKER, *İslam hukukunda tahkim*, s. 35.

²⁴⁶ İBN RÜŞD, *Bidayetü'l-Müçtehid*, 4/243.

²⁴⁷ HALEBÎ, *Mülteka Tercümesi*, 3/194

²⁴⁸ KÂSÂNÎ, *Bedâi*, 7/3; DÜRÎ, *Tahkim*, s. 185.

²⁴⁹ Şeyh Bedreddin SİMAVÎ, *Camîu'l-Fusuleyn*, s. 42.

Başkasının fetvasıyla hükmedebilir, hatta bilgisi az olduğu halde müttaki bulunan bir zat, hakimliğe, fâsık olan bir alimden daha layıktır” çıkarımını yapmaktadır.²⁵⁰

İslam hukuku bakımından, hakemin, geçerli olacak ve adil bir hüküm verebilmek için, uyuşmazlığı çözerken, en azından, tahkîm konusunu ve umumi yargıdan farklarını, İslâm hukukunun genel kaidelerini, örf ve âdeti, tarafların inanç ve uygulamalarına ters düşmeyen yürürlükteki hukuk kurallarını dikkate alabilmesi gereklidir.²⁵¹

2.1.4.2. Hakemlik Sözleşmesi

Hakemlik sözleşmesi, taraflar ile hakem arasında uyuşmazlığı çözmek üzere yapılan anlaşmadır. Hakemlik sözleşmesi, Borçlar hukukuna tabi bir sözleşme olup akidlerin kurulması için gerekli olan icap ve kabul ile kurulur.²⁵²

Mecelle’de, akit şu şekilde tarif edilmiştir:

Mecelle md.103.: Tarafeynin, bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabul irtibatından ibarettir.

Mecelle md.104. İcabin, mevzuunda neticesini gösterecek, meşru bir tarzda kabul ile bağlanmasıdır.²⁵³

Tarifinden de anlaşıldığı gibi hukukî sonuç doğurmak üzere, taraflarca tahkime delalet eden sözlü, yazılı veya eğer dilsiz ise tereddüte mahal bırakmayacak şekilde olmak üzere işaret ile ifade ettikleri icap ve hakemin kabulü (iki irade), hakem sözleşmesini oluşturur.²⁵⁴

Tahkimin rüknü, hakem tayin etmeyi belirleyen ifadelerle, hakem tayin edilmesidir.²⁵⁵

İslam hukukunda, böyle bir sözleşmenin yapılabilmesi için yazılı şekil şartı yoktur. Tarafların “bizim aramızda hakemlik yap” veya “biz seni hakem tayin ettik” şeklinde ifade edecekleri bir icap ve hakem olması istenen kimsenin bu icabı kabul etmesi

²⁵⁰ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3239.

²⁵¹ KÂSÂNÎ, *Bedâiü’s-Sanâi’*, 7/3; AVVÂ, *et-Tahkim*, 237; CÜHENÎ, *et-Tahkim*, s. 234.

²⁵² DÜRÎ, *et-Tahkim*, s. 115; CÜHENÎ, *et-Tahkim*, s. 30. İslam hukukunda akdin kuruluş şartları için bkz. ZERKÂ, *Medhal*, 1/405-418; EL-HAFÎF, *Hukuki İşlemler*, s. 233 vd.

²⁵³ *Mecelle*, s. 37.

²⁵⁴ EL-HAFÎF, *Hukuki İşlemler*, s. 232; DÜRÎ, *et-Tahkim*, s. 114,167; ZERKÂ, *Medhal*, 1/408.

²⁵⁵ İBN ABİDİN, *Reddî’l-Muhtar*, 5/428.

suretiyle sözleşme ‘geçerli’ olarak kurulur.²⁵⁶ Bilhassa tahkim sözünün kullanılması gerekli değildir.²⁵⁷ Hakemlik sözleşmesi, ‘teklifi içeren yazı’ veya ‘sözlü teklif’, bir haberci ile karşı tarafa ulaştırıldıktan sonra hakemin kabulü yoluyla da kurulmuş olur.²⁵⁸

İslam’ın ilk dönemlerinden itibaren, kaza işlerini yürüten hakimlere, çalışmalarına mukabil bir ücret ödenmiştir.²⁵⁹ Hakem de yaptığı işle bir hizmet göreceği için ücret talep edebilir.

2.1.4.4. Hakemin Yetki ve Sorumlulukları

Hakemler, uyuşmazlığı çözerken, İslam Hukuku prensiplerine göre ve adaletle çözmek durumundadırlar. Hakem, hukukun genel kuralları çerçevesinde, kendisini hakem tayin eden kimseler için ve kendisine çözmesi için gösterilen konuda, bir ictihad hürriyetine sahip olarak uyuşmazlığı halletmek yetkisine sahiptir. Bir hakkın tazmini söz konusu olduğunda, kusurlu bulunduğu taraf için tazmin cezası verebilir.²⁶⁰ Fakat, hakemler, genel yargının yetkisi dahilinde olan hapis, haciz ve cebrî icra gibi tasarruflarda bulunamazlar.²⁶¹ Hakemlerin, lehlerine şahadetleri geçerli olmayan (anne-baba, eş ve çocuklar gibi) yakınlarının lehine verdiği hükümler geçerli olmayıp, aleyhlerine verdiği hükümleri geçerlidir.²⁶²

Hakemin, verdiği hüküm ile ilgili sorumluluğuna gelince, ağır kusurlarından sorumlu tutulması, hafif kusur ve ihmallerinden ise sorumlu tutulmaması yönündedir.²⁶³

Tahkimin bir yargılama faaliyeti olarak görüldüğü ve Mecelle’de bu yargılama usulüne dair bir bölüm ayrıldığı gözetildiğinde, hakemin bir yargılama faaliyeti üyesi

²⁵⁶ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/428.

²⁵⁷ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/428; “Mecelle Madde 3: Ukudda itibar, makâsıd ve meâniyedir. Elfaz ve mebâniye değildir.”; H. REŞİD PAŞA, *Rûhu'l-Mecelle*, 8/271.

²⁵⁸ DÛRÎ, *et-Tahkim*, 159-164.

²⁵⁹ YILDIRIM, *Tahkim*, s. 99.

²⁶⁰ CÜHENÎ, *et-Tahkim*, s. 189.

²⁶¹ YILDIRIM, *Tahkim*, s. 133.

²⁶² İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Raik*, 7/48 Okul; İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/431; MERGINÂNÎ, *el-Hidaye*, 3/108; YILDIRIM, *Tahkim*, s. 132.

²⁶³ YILDIRIM, *Tahkim*, s. 137.

olarak, hâkimin edebine sahip olmasının uygun olduğu söylenebilir.²⁶⁴ Bu adab, Mecelle'nin 1795-1799. maddelerinde ayrıntılarıyla açıklanmıştır.²⁶⁵

2.1.5. Madde 1843: Hakemin Birden Fazla Olabilmesi

Mecelle Madde 1843: Hakemin birden fazla olmasında sakınca yoktur. / Yani bir hususa iki yahut daha fazla kimsenin hakem tayin edilmesinde sakınca yoktur. / Davacı ve davalı taraflar birer hakem atasalar sakıncası olmaz.²⁶⁶

Bu maddedeki hüküm, devlet yargısında bir mahkemeye birkaç hâkim atanabilmesine benzetilmiştir.²⁶⁷ *Mecelle* md. 1802'de "Bir davayı birlikte dinlemek ve hükmetmek üzere nasb olunan iki hâkimden yalnız birisi o davayı dinleyip hüküm veremez." denilmektedir. Çünkü hâkimi atayan makam, iki hâkimin birlikte hükmetmesini şart kılmış olup tek hâkimin hükmü, bu talebin gereğini yerine getirmemiş olur.

Yine, *Mecelle* md. 1465'te "Bir kimse iki kişiyi birden vekil etse, vekil oldukları hususta yalnız biri işlem yapamaz" denilmektedir.

Hakemlik bakımından da durum aynıdır. Davalı ve davacı ittifakla bir hakem belirleyebilir veya her biri ayrı ayrı kendi hakemlerini belirlerse, bu hakemler birlikte davayı görür ve birlikte hüküm verir.²⁶⁸ Böyle yapılmasında herhangi bir sakınca yoktur. Fakat İslam hukukçuları, iki hakem belirlendiği zaman, bu hakemlerin şahsî özellikleri

²⁶⁴ BALCI, *İhtilaf*, s. 93.

²⁶⁵ "Mecelle 1795. Madde: Hâkim, yargılama oturumunda, alış-veriş ve şakalaşma gibi oturumun saygınlığını zedeleyecek fiil ve hareketlerden kaçınmalıdır." Mecelle 1796. Madde: "Hâkim, iki taraftan hiçbirinin hediyesini kabul etmez." Mecelle Madde 1797: Hâkim, iki taraftan hiçbirinin ziyafetine gitmez. Mecelle 1798. Madde: "Yargılama sırasında hâkim, iki taraftan yalnız birini evine kabul etmek ve karar oturumunda biriyle yalnız kalmak veya ikisinden birine el veya göz veya baş ile işaret etmek veya onlardan birine gizli bir şekilde veya onların bilmediği bir dilde söz söylemek gibi töhmet ve olumsuz kanaat oluşmasına sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır. Mecelle Madde 1799: "Hâkim iki taraf arasında adil davranmakla görevlidir. / Bundan dolayı taraflardan biri, ileri gelenlerden ve diğeri sıradan insanlardan olsa bile yargılama sırasında, iki tarafı oturtmak ve kendilerine bakışlarını çevirmek ve konuşma yöneltmek gibi yargılama ile ilgili işlemlerde tamamen adil olması ve eşit davranması gereklidir."

²⁶⁶ "Madde 1843: Muhakkemin te'addüdü caizdir. / Ya'ni bir hususa iki yahut daha ziyade kimesnenin hakem nasb olunması caizdir. / Müdde'î ve müdde'â aleyh taraflarından birer hakem nasb etseler caiz olur." *Mecelle*, s. 611.

²⁶⁷ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3239.

²⁶⁸ İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Raik*, 7/26; İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/316 (Ş); SERAHSÎ, *el-Mebcut* trc., 21/62; *Fetâvây-ı Hindiyeye*, 6/393,3/399.

ve birbirlerine karşı denge unsuru oluşturabilmeleri açısından sahip olmaları gereken nitelikler konusunda ihtilafa düşmüşlerdir.²⁶⁹ Tartışılan kalemelerin çokluğu, bu hükmün uygulanmasının güçlüğüne göstermektedir.

Taraflar, bir uyuşmazlığı çözmek üzere iki hakem belirlemişlerse, ikisinin birlikte bulunması lazımdır. Hakemlerden biri, diğerinin yokluğunda hüküm verse geçerli olmaz, zira ikisinin birlikte görüş ve rızalarının olması murad edilmiştir.²⁷⁰ Hanefî, Şâfiî ve Malikî alimler bu konuda görüş birliği halindedirler.²⁷¹

2.1.6. Madde 1844: Hakem Kararlarında Oybirliği Şartı

Mecelle Madde 1844: “Yukarıda açıklandığı gibi hakemler birden fazla olduklarında hepsinin görüşünün müttetik olması gerekir. Yalnız birisi karar veremez.”²⁷²

Bu maddede, hakemler birden fazla oldukları zaman, hükümde oybirliğinin şart olduğu ifade edilmektedir. Taraflar, birden fazla hakem belirlediklerine göre, hepsinin görüş ve rızalarına ihtiyaç duymuşlardır.²⁷³ Bu durumda yalnızca birinin hükmü yeterli olmadığı gibi, biri başka diğeri başka tarzda hüküm verecek olursa yine anlaşma sağlanamayacak ve tahkim geçersiz olacaktır.²⁷⁴

Taraflar, ikiden fazla, mesela üç veya dört kişiyi hakem olarak seçip hükmün, çoğunluğun görüşüne uygun olarak meydana gelmesine izin vermiş olabilirler. Ali Haydar Efendi, çoğunluğun görüşü uyarınca hüküm oluşmuş olsa bile, başlangıçta bu izin verilirken hangi hakemlerin çoğunluğu oluşturacağı bilinemeyeceği için, bu hükmün yine geçersiz olacağı görüşündedir. Çünkü, hükmü oluşturacak hakemlerin belirli (muayyen-

²⁶⁹ DURÎ, *et-Tahkim*, s. 326-340.

²⁷⁰ MOLLA HÜSREV, *Gurer ve Dürer Tercümesi*, 4/324; MERGINÂNÎ, *el-Hidaye Tercümesi*, 3/189; İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/431; İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/26; *Fetâvâ-yı Hindiyeye*, 6/390, 3/399; *Fetâvâ'l- Velvâliciyye*, 5/69; MES'ÛD EFENDÎ, *Mir'at*, s. 738.

²⁷¹ DURÎ, *et-Tahkim*, s. 172.

²⁷² “Madde 1844: Ber vech-i bâlâ muhakemler müte'addid oldukları surette hepsinin re'yi müttetik olmak lazımdır. Yalnız birisi hükmedemez.” *Mecelle*, s. 611; M. ZİYAEDDİN, *Mecelle*, s. 1180.

²⁷³ MERGINÂNÎ, *el-Hidaye*, 3/108; MES'ÛD EFENDÎ, *Mir'at*, s. 738.

²⁷⁴ İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/320; İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/431; İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik* 7/26; *Fetâvâ-yı Hindiyeye*, 6/390, 3/399; *Fetâvâ'l- Velvâliciyye*, 5/69.

ma'lum)²⁷⁵ olması gereklidir ve başlangıçta çoğunluğun hangi hakemlerden oluşacağını bilmek mümkün değildir.²⁷⁶

2.1.7. Madde 1845: Hakemlere Başka Hakem Tayin Etme Yetkisinin Verilmesi

Mecelle madde 1845: Hakemler, iki taraftan hakem atamaya yetkili iseler, diğer bir kimseyi hakem tayin edebilirler. Yetkili değilseler edemezler.²⁷⁷

Taraflar ve hakem arasındaki ilişkinin, 'bir vekalet ilişkisi'²⁷⁸ olarak da değerlendirilebileceği ve 'başka hakem tayinine izin' de vekalet dair olduğu düşünüldüğünde, Mecelle md.1459'da belirlendiği şekliyle bu 'vekalet ilişkisine binaen', hakemlerin yeni bir vekil-hakem tayin etmeleri mümkün olur. Zikredilen maddede²⁷⁹, vekalet konu olacak işin belirli olması şartıyla, bir işi yapmak için yetkilendirilmiş vekilin, bir başka kimseyi daha vekil tayin edebileceği düzenlenmektedir.

Hakemler, eğer 'tahkim yetkisi kullanacak başka bir hakem' tayin etmeye yetkili değil iseler, yeni bir hakem daha tayin edemezler.²⁸⁰ Bu durumu da hâkimlerin kendi vazifeleri dahilinde 'naib' atamalarına benzetebiliriz²⁸¹ ki, Mecelle madde 1805'te "Hâkim, eğer naib atamaya ve azletmeye yetkili ise diğer kimseyi kendisine naip olarak atayabilir ve azledebilir. Yetkili değilse edemez..." denilmektedir.

Her halükârda hakemler, yetkili olmadıkları halde, başka bir hakem tayin etmişlerse, tarafların sonradan bu duruma onay vermesi halinde yeni hakem tayini geçerli

²⁷⁵ Bkz: Yukarıda Mecelle madde 1790' ın açıklaması. DÜRÎ, *et-Tahkim*, s. 236.

²⁷⁶ ALÎ HAYDAR EFENDÎ, *Dürer*, 4/3362.

²⁷⁷ "Madde 1845: Hakemler, tarafeynden tahkime me'zûn iseler diğer bir kimseyi tahkim edebilirler. Değil iseler edemezler." *Mecelle*, s. 612.

²⁷⁸ H. REŞİD PAŞA, *Rûhu'l-Mecelle*, 8/281: H. Reşid Paşa, burada İmam Muhammed'in görüşünün benimsendiğini ve tahkimdeki hakem-taraflar ilişkisinin vekalet olarak vasıflandırıldığını ifade etmektedir.

²⁷⁹ "Mecelle Madde 1459: Bir kimse bizzat yapabileceği hususlar ve işlemlerle ilgili her hakkın yerine getirilmesinde ve elde edilmesinde başkasını vekil edebilir. / Meselâ bir kimse satış, satın alma, kiraya verme, kiralama, rehin verme, rehin alma, emanet bırakma, emanet alma, hibe verme, hibe kabul etme, sulh, ibra, ikrar, da'va, ön alım talebi, payların ayrılması, borç ödeme, borç tahsili ve malı teslim alma için bir kimseyi vekil etse hukuka uygun olur. / Fakat vekalet konu olan işin belirli olması gerekir."

²⁸⁰ KÂSÂNÎ, *Bedaiü's-Sanâi*, 7/29; İBN ABİDÎN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/431; *Fetâvây-ı Hindîyye*, 6/392.; M. ZİYAEDDİN, *Mecelle*, s. 1180; MES'ÛD EFENDÎ, *Mir'at*, s. 738.

²⁸¹ ALÎ HAYDAR EFENDÎ, *Dürer*, 4/3362.

olur ki Mecelle madde 1453'te "Sonradan verilen onay, önceden verilmiş vekalet gibidir" denilmektedir.²⁸²

2.1.8. Madde 1847: Hakemin Azli

Mecelle Madde 1847: Hakemin karar vermesinden önce, iki taraftan her biri hakemi azledebilir. / Şu kadar var ki; iki taraf onu hakem tayin edip de Sultan tarafından atanmış ve yardımcı-nâib atama yetkisi olan hâkim de onun hakemliğini onaylarsa, o hakem, bu hâkimin yardımcısı-nâibi yerinde olur.²⁸³

Taraflardan herhangi biri veya ikisi birlikte, hükümden önce²⁸⁴, hakemi azledebilir. Tahkim akdi, aslı itibariyle bağlayıcı (lâzım) olmayan, fakat hükümden sonra bağlayıcı (lüzum ifade eden) olan akitler grubundandır²⁸⁵. Bu sebeple, hakem tayini iki tarafın birlikte rızasıyla olsa bile, yalnız bir tarafın hakemi azletme tasarrufu, geçerli olur²⁸⁶. Hakem, bir tarafın azletme tasarrufundan sonra, diğer taraf hakkında hüküm verse, geçerli olmaz. Aynı şekilde, hakem, tarafların birkaç davasını çözmek üzere tahkim olunmuşsa, mesela iki dava hükme bağlandıktan sonra, taraflardan biri hakemi azletmiş olsa, hükme bağlanmış davalar bakımından hüküm, geçerli olmaya devam eder. Fakat, hükme bağlanmamış diğer davalar bakımından, hakemin hükmü geçerli olmaz. Çünkü diğer davalar bakımından velayeti sona ermiştir.²⁸⁷

Hakem, hüküm verip davayı sona erdirdikten sonra ise, hakemin hükmünden geri dönüş yoktur.²⁸⁸

Hakemin azli (mün'azil olması-görevinin sona ermesi) şu şekillerde olur:

1. Taraflardan biri veya her ikisinin birden azil iradesini beyan etmesiyle.

²⁸² ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3362; BİLMEN, *Kâmus*, s. 251.

²⁸³ Madde 1847: "Muhakkemin hükmünden evvel tarafeynden her biri ânı 'azledebilir. / Şu kadar var ki tarafeyn ânı tahkim edip de taraf-ı sultânîden mansub ve nâ'ib nasbına me'zûn olan hâkim dahi ânı mücîz olsa, hâkim ânı istihlâf etmiş olmasıyla ol muhakkem bu hâkimin nâ'ibi menzilesinde olur." *Mecelle*, s. 612.

²⁸⁴ "Bu ifade kayd-ı ihtirâzîdir: M. ZİYAEDDİN, *Mecelle*, 1181."; SERAHSÎ, *el-Mebcut* trc., 16/111; İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/26; İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/317; KÂSÂNÎ, *Bedâiü's-Sanâi*, 7/3.

²⁸⁵ ZERKÂ, *Medhal*, 1/528.

²⁸⁶ *Fetâvâ'l-Velvâliciyye*, 5/69; MES'ÛD EFENDİ, *Mir'at*, 739; H. REŞİD PAŞA, *Rûhu'l-Mecelle*, 8/284.

²⁸⁷ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3364.

²⁸⁸ HALEBÎ, *Mülteka Tercümesi*, 3/211; ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3364; BİLMEN, *Kâmus*, 8/252; *Fetâvâ'l-Velvâliciyye*, 5/69; Hanbeliler bakımından AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 242.

2. Hakemlik için belirlenen sürenin (tahkim süresinin) bitmesiyle.²⁸⁹

3. Hakemin şahadet ehliyetini yitirmesiyle (mesela hüküm vermeden önce görme engelli olması).

Hüküm oturumu devam ederken, taraflardan biri hakemi azlettiğini söylese ve buna rağmen hakem “aranızda hükmettim” şeklinde durumu beyan etse, verdiği hüküm geçerli olur. Fakat tarafın azil iradesini belirtmesinden hemen sonra hakem, hüküm meclisinden kalkar (kıyam ederse) ve sonra “aranızda hükmettim” derse hakemin hükmü geçersiz olur.²⁹⁰

1847. maddenin ikinci fıkrasında; eğer naib atamaya yetkili hâkim, tarafların tayin ettiği hakemi kabul edip onay verdiğyse, artık hakem, o hâkimin nâibi mertebesinde olur ki, taraflar, nasıl hâkimi azletme yetkisine sahip olamazlarsa aynı şekilde o hakemi de azledemezler, denilmektedir.²⁹¹

2.1.9. Madde 1848: Hakem Hükümünün Kapsamı

Mecelle Madde 1848: Hâkimlerin yargı çevresindeki halkın tamamı hakkında vermiş oldukları kararlar nasıl ki yerine getirilmesi gereklidir, hakemlerin de onları hakem tayin edenler hakkında ve hakem tayin edildikleri konuda verdikleri kararların o şekilde yerine getirilmesi gereklidir. / Bundan dolayı hakemler, yasal usulüne uygun karar verdikten sonra, iki taraftan hiçbirisi o kararı kabulden kaçınmaz.²⁹²

Bu maddenin ilk fıkrasında; hakemlerin, kendilerini hakem tayin eden taraflar bakımından, hakemlik istedikleri konuda verdikleri kararın geçerli ve bağlayıcı olduğu, kararın yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira, hakemlerin hükmü, kendilerini tahkim edenler üzerine olan velâyet-i şer’iyyeden sâdır olmuştur.²⁹³ Şafiîler,

²⁸⁹ Mecelle md. 1846.

²⁹⁰ İBN ABİDİN, *Reddû’l-Muhtar*, 5/431; *Fetâvây-ı Hindîyye*, 6/391; MES’UD EFENDİ, *Mir’at*, s. 739; ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3364.

²⁹¹ SERAHSÎ, *el-Mebcut*, trc. 21/221; M. ZİYAEDDİN, *Mecelle*, s. 1182.

²⁹² “Madde 1848: Hâkimlerin kazâları dahilindeki ahâlinin cümlesi hakkında hükümleri nasıl ki lâzımü’l-icrâ ise muhakkemlerin dahî anları tahkim edenler hakkında ve muhakkem oldukları hususta hükümleri ol veçhile lâzım olur. / Binâen aleyh hakemler usul-i meşru’asına muvafık olarak hükmettikten sonra tarafeynden hiçbirisi ol hükmü kabulden imtina’ edemez.” *Mecelle*, s. 612; M. Ali Bey, *Rehber*, s. 552.

²⁹³ SERAHSÎ, *el-Mebcut*, trc. 16/111; İBN HÜMAM, *Fethü’l-Kadir*, 7/316; M. ZİYAEDDİN, *Mecelle*, 1182; H. REŞİD PAŞA, *Rûhu’l-Mecelle*, 8/286.

Malikî ve Hanbelîler de aynı görüştedirler.²⁹⁴ 1842. Maddenin açıklamasında ifade edilenler, aynen bu fıkra için de geçerlidir.

İkinci fıkra da ise; hakemler, tesbit edilen veya tesbit edilmemiş bile olsa hukuka uygun olarak, hakemlik etmek üzere tayin oldukları hususlarda bir hüküm inşa ettilerse, taraflar, hiçbir şekilde bu hükmü kabul etmekten kaçınamazlar, denmektedir.²⁹⁵ İslam hukukçuları, hakem hükmünün, sonradan hakemle ilgili herhangi bir problem (kaybolması, hapsedilmesi vs.) vaki olsa bile geçersiz olmayacağı konusunda hemfikirdirler. Çünkü hakem, taraflar bakımından, atanmış hâkim (müvellâ kâdı) hükmündedir.²⁹⁶ Fakat tahkim süresinin geçmesinden sonra verilen hüküm, hakemin tahkim süresinde irtidat etmesi veya taraflardan birince azledilmiş olması durumları bundan istisna edilmiştir.

Bu hükmün bir başka istisnası, lehine hükmedilen tarafın, hakemin usul ve fûruundan biri veya eşi olmaması gereğidir. Zira hakem, bunlar lehine hükmedemez, ama aleyhlerine hükmedebilir.²⁹⁷ Nitekim bu hüküm, hâkim için, Mecelle md. 1808’de, “Lehine karar verilen, hâkimin üst soyundan veya altsoyundan biri ve karısı ve karar verilecek malda ortağı ve işçisi ve hâkimin nafaka vermesiyle geçimini temin eden adamı olmaması şarttır.” şeklinde ifade edilmiştir.

2.1.10. Madde 1849: Hakem Kararlarının Onanması

Mecelle Madde 1849: Hakemin kararı, Sultan tarafından atanmış hâkime arz olunduğunda, usule uygunsa kabul eder ve onaylar. Değilse bozar.²⁹⁸

²⁹⁴ AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 236, 239, 242.

²⁹⁵ NESEFÎ, *Kenzü'd-Dekâik*, 465; İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/296; İBN ABİDİN, *Reddü'l-Muhtar*, 5/429; ZEYLAÎ, *Tebyîn*, 5/118; İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/26; MERGINÂNÎ, *el-Hidaye tercümesi*, 3/187; MOLLA HÜSREV, *Gurer ve Dürer*, 4/324; HALEBÎ, *Mülteka'l-Ebhur* (İ. Mülteka el-Ebhur Tercümesi), 3/211; ALÎ HAYDAR EFENDÎ, *Dürer*, 4/3365; MES'ÛD EFENDÎ, *Mir'at*, s. 739; *Fetâvâ Velvâliciyye*, 5/69.

²⁹⁶ *Fetâvâ Velvâliciyye*, 5/69, DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 628-629.

²⁹⁷ İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/320; İBN ABİDİN, *Reddü'l-Muhtar*, 5/431; İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/28.

²⁹⁸ “Madde 1849: Muhakkemin hükmü taraf-ı sultânîden mansub hâkime arz olundukta muvafık-ı usul ise kabul ve tasdik eder. Değil ise nakz eyler.” *Mecelle*, s. 613.

Bu maddede, hakem kararının umumi yargıdaki hâkime veya kararı tetkik etmek üzere seçilmiş-tayin edilmiş ikinci hakeme²⁹⁹ arz olunması durumunda, hâkimin veya ikinci hakemin, kararı usul³⁰⁰ bakımından inceleyerek, uygun bulduğu takdirde onaylayacağı beyan edilmektedir. Eğer hüküm, tetkik makamı tarafından uygun bulunursa, onay ve tasdik görür.³⁰¹ Böylece hüküm, o olaylar ve kişiler bakımından baştan verilmiş mahkeme hükmü gibi olur, kesin hüküm karakterini kazanır ve sadece kesin hükmün iptaline karşı başvurulabilecek yollarla iptal edilebilir.³⁰²

Tetkik makamının incelemesinden, hükmün ‘usule uygun olmadığına’ karar verilirse, hüküm iptal olunur.³⁰³ ‘Usule uygun olmamak’, iki bakımdan söz konusu olabilir:³⁰⁴

1. Hakemin hükmü, hiçbir mezhebe uygun olmadığı için hata edilmiştir. Burada hükmün, sadece kendisine arz olunan hâkimin veya ikinci hakemin mezhebine uygun olmaması değil, hiçbir mezheb ve müçtehidin görüşüne uygun olmaması kastedilmektedir. Böyle bir hükme rıza göstermek, zulüm olur. Muhakkak iptal edilmesi gereklidir.³⁰⁵
2. Hakemin hükmü, kendisine arz olunan hâkimin taklid ettiği müçtehidin görüşüne veya mezhebine uygun olmamakla beraber, başka bir mezhebe veya müçtehidin görüşüne uygun olabilir. Bu durumda da hüküm iptal olunur. Çünkü hakemin velâyeti, sadece onu hakem tayin eden taraflar bakımından geçerlidir. Hâkim bakımından hakem, hakemliği onaylanmış bir kimse veya bu usulle nâib olmuş bir kimse değilse, sıradan bir kimse hükmündedir. Hâkim, umumi velayet sahibi bir kimse olarak, kendisinin katılmadığı bir hükmün icrasına onay vermek durumunda değildir.³⁰⁶

²⁹⁹ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/431: “Bahr’da, bir hakemin verdiği karar, ikinci hakeme iletilse, ikinci hakem kadı mesabesindedir. Görüşüne ve mezhebine uygun gördüğü birinci hakemin kararını uygular, aksi halde iptal eder.’ denmektedir.” İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Raik*, 7/29.

³⁰⁰ Burada ‘usul’ kelimesiyle ifade edilmek istenen, hakem kararının şeriata uygunluğu bakımından ‘davanın esasının’ incelemeye tabi tutulmasıdır. Yoksa bugün hukukta ifade edildiği şekliyle sadece şekil, yetki vb. şartları ifade eden ve esasın dışındaki usul kuralları değildir.

³⁰¹ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/431; İBN HÜMAM, *Fethü'l-Kadir*, 7/317; İBN NÜCEYM, *Bahrü'r-Raik*, 7/27; *Fetâvâ'l- Velvâliciyye*, 5/69; KÂSÂNÎ, *Bedâiü's-Sanâi*’, 7/3; MES’ÛD EFENDİ, *Mir’at*, s. 739; H. REŞİD PAŞA, *Rûhu'l-Mecelle*, 8/290.

³⁰² ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3365.

³⁰³ HALEBÎ, *Mülteka'l-Ebhur* (İ.Mülteka el-Ebhur Tercümesi), 3/211.

³⁰⁴ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3365.

³⁰⁵ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3365.

³⁰⁶ *Fetâvâ'l- Velvâliciyye*, 5/69.

Bazı Şâfiiler, Malikîler, İmâmiyye, Zeydîlerden İmam Yahya, İbn Ebî Leyla ve Hanbeliler, hükmün açıkça adaletsiz olması durumunda iptal edilebileceği, zira bu durumda tahkimi geçerli kılan taraf rızasının olmadığı düşüncesindedirler.³⁰⁷

Ali Haydar Efendi, Mecelle 1838. Maddeyi izah ederken hâkimin hangi hallerde ve ne şekilde hükmü iptal edebileceğini geniş ayrıntılarıyla izah etmiştir.³⁰⁸

Hanefî mezhebinde, hâkimin hükmü ile hakemin hükmü arasında bazı farklılıklar vardır. Şöylece özetleyebiliriz:³⁰⁹

1. Hakemin hükmünün geçerli olması için, tarafların, hakemin hakemliğine razı olmuş olmaları gereklidir. Aleyhine hüküm verilen taraf, hükme rıza göstermese bile, hüküm geçerli olmaya devam eder. Hâkimin reddi sebepleri haricinde, resmi vazifeli hâkimin vazifesine itiraz etmek hakkı yoktur.
2. Had, kısas ve âkile üzerine diyet hususlarında tahkim caiz değildir. Fakat hâkimin hükmü geçerlidir.
3. Hakem tayin eden tarafların, hüküm verilmeden önce hakemi azletmeye hakları olmasına rağmen, hâkim bakımından böyle bir hak yoktur.
4. Ayıp sebebiyle iadede, hakemin vermiş olduğu hüküm, satıcının satıcısına sirayet etmez. Fakat, hâkimin hükmü, delil ile birlikte geçerli olur.³¹⁰
5. Hakemin hükmü, hâkimin görüşüne uygun değilse, hâkim onu iptal eder. Halbuki, eğer kitap, sünnet ve icma'a aykırı değilse bir hâkim, diğer hâkimin hükmünü iptal etmez.
6. Hakemin vakıf hakkındaki hükmü ile vakıf lâzım olmaz, fakat hâkimin hükmüyle olur.
7. Hakemin, hakemliğinin bir şarta bağlanması veya ileri bir zamana izafe edilmesi, müfta bih olan Ebû Yusuf'un görüşüne göre caiz değildir.
8. Hakem, hâkime ve hâkim de hakeme mektub yazamaz.³¹¹

³⁰⁷ DÛRÎ, *et-Tahkim*, s. 630; AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 236, 242.

³⁰⁸ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürrer*, 4/3348-3353.

³⁰⁹ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/431-432; ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürrer*, 4/3366.

³¹⁰ İBN NÜCEYM, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/26.

³¹¹ SERAHSÎ, *el-Mebhut trc.*, 21/221.

9. Hakemin bir vâris için verdiği hüküm, diğer vârisler için geçerli olmaz. Neseb, hürriyet, nikah ve velâ davalarında verilen hakem hükmü, diğer kimseler açısından geçerli olmayıp, mahkeme hükmü gibi değildir.³¹²

2.1.11. Madde 1850: Hakemlere Sulh Yetkisinin Verilmesi

Mecelle Madde 1850: İki taraf yasal kurallara göre karar vermeye yetkili kıldıkları hakemleri, uygun gördüklerinde sulhen uyuşmazlığı gidermeye de yetkili kılsalar, hakemlerin sulhen uyuşmazlığı gidermeleri geçerli olur. Şöyle ki, iki taraftan biri hakemlerden birini ve diğeri de öbürünü anlaşmazlığa konu olan hususun o şekilde sulhen düzeltilmesine de vekil edip onlar da Kitab-ı Sulh de yer alan meselelere göre sulhen uyuşmazlığı giderseler işbu sulh ve düzeltmeyi iki taraftan biri kabulden kaçınamaz.³¹³

Bu maddede, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmek üzere yetki verdikleri hakemlere, eğer şartlar elveriyorsa, uyuşmazlığı sulh anlaşması yaparak çözebileceklerine dair yetki de verirlerse, ulaşılabacak sonucun geçerli olduğu bildirilmektedir. İki taraf bakımından yetkilendirilmiş hakemlerin, Kitab-ı Sulh’de³¹⁴ yer alan çözüm usullerine uyarak uyuşmazlığı sulh ile bitirmeleri durumunda, ulaşılan sonuç, kendileri için bağlayıcı ve kabulden kaçınamayacakları bir hüküm teşkil eder.³¹⁵

Mecelle md. 1459’da³¹⁶ “Bir kimse bizzat yapabileceği hususlar ve işlemlerle ilgili her hakkın yerine getirilmesinde ve elde edilmesinde başkasını vekil edebilir” denilmektedir. Taraflar, sulh yapılmasına müsait durumlarda, bizzat sulh olabilecekleri gibi vekil de tayin edebilirler. Fakat, bu vekâletin sulh anlamında geçerli sonuç

³¹² İBN NÜCEYM, *el-Bahru’r-Râik*, 7/26.

³¹³ “Madde 1850: Tarafeyn ahkâm-ı meşrû’asına tevfikân hükme me’zun kıldıkları muhakemeleri, lede’t-tensîb sulhen tesviyeye dahî me’zûn etseler, muhakemelerin sulhen tesviyeleri mu’teber olur. Şöyle ki tarafeynden biri muhakemlerden birini ve diğeri dahî öbürünü münâza’un fih olan hususun ol veçhile sulhen tesviyesine dahî tevkil edip de anları dahî Kitab-ı Sulh’de münderiç olan mesâile bi’t-tevfik sulhen tesviye etseler işbu sulh ve tesviyeyi tarafeynden biri kabulden imtina’ edemez.” *Mecelle*, s. 613; MES’ÛD EFENDÎ, *Mir’at*, s. 739.

³¹⁴ Kitab-ı Sulh için bkz: Mecelle madde 1531-1561. *Mecelle*, s. 482-493.

³¹⁵ ALÎ HAYDAR EFENDÎ, *Dürer*, 4/3366-3367.

³¹⁶ “Madde 1459: Bir kimse bizzat yapabileceği hususlarda ve muamelâta dâir olan her hakkın îfâ ve istîfâsında başkasını tevkil edebilir...” *Mecelle*, s. 457.

doğurabilmesi için, Mecelle 1460'ta³¹⁷ ifade edildiği gibi, vekilin sulh anlaşmasını müvekkili 'adına ve hesabına' yapması gereklidir.³¹⁸

Taraflardan biri bir hakemi ve diğeri diğerk hakemi vekil edebilir veya her ikisi birlikte bu hakemleri sulhe vekil edebilirler. Böyle bir durumda, bu hakemler, Kitab-ı Sulh'deki usullere uygun olarak ve müvekkilleri adına ve hesabına sulha ulaşip anlaşma tamamlandığında, artık taraflar bu anlaşmadan dönemezler. Zira, Mecelle madde 1556'da³¹⁹ "Sulh tamam olduğunda, yalnız taraflardan biri ondan dönemez. Ve davacı sulhle, sulh bedeline malik olur. Ve artık da'vada hakkı kalmaz. Ve da'valı da sulh bedelini ondan geri alamaz." denilmektedir.

2.1.12. Madde 1851: Yetkisiz Hakem Kararına İcazet

Mecelle Madde 1851: Bir kimse hakem tayin edilmemiş olduğu halde, iki kişi arasındaki davayı çözdükten sonra, iki taraf ona razı olsalar ve onun kararını onaylasalar, kararı hüküm doğurur. (1453). Maddeye bak.³²⁰

Bu maddede, iki kişinin arasındaki uyuşmazlık bakımından, 'fuzûlî' (vekaletsiz işgören) hükmünde olan kimsenin, verdiği hükümden bahsolunmaktadır. Daha önce hüküm vermek üzere yetkilendirilmemiş bu kimsenin, verdiği hükme, taraflar sonradan razı olup onay verirlerse, bu hüküm geçerli olur.³²¹

Taraflar arasındaki uyuşmazlık bakımından fuzulî (vekaletsiz işgören) hükmünde olan kimsenin, 'hakem olmaya ehil' olması gereklidir. 'Hakemliğe ehliyet' açısından bu kimsenin, hem hüküm verdiği (vakt-i hüküm) zaman hem de taraflar hükme onay verdiği zaman (vakt-i tahkim) ehil olması gereklidir. Mesela, mümeyyiz bir küçük uyuşmazlığın çözümü için hüküm verse, buluşdan sonra verilen icazet, bu anlamda geçerli olmayacaktır.³²² Zira, hakem olacak kimsenin, Mecelle md. 1794'te zikredildiği üzere

³¹⁷ "Madde 1460: Hibe ve iâre ve rehin ve îda ve ikrâz ve şirkete ve mudârabede ve 'an inkâr sulh de vekilin akdi müvekkiline muzâf kılması lâzımdır. Müvekkiline muzâf kılmaz ise sahih olmaz." *Mecelle*, s. 457.

³¹⁸ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürrer*, 4/3367.

³¹⁹ Madde 1556 için bkz. *Mecelle*, s. 491; ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürrer*, 4/2694.

³²⁰ "Madde 1851: Bir kimse tahkim olunmamış olduğu halde, iki kişi beynindeki da'vayı faslettikten sonra tarafeyn âna râzı ve ânın hükmünü mücîz olsalar hükmü nâfiz olur. 1453.maddeye bak." *Mecelle*, s. 613.

³²¹ İBN ABİDİN, *Reddü'l-Muhtar*, 5/429; *Fetâvây-ı Hindiyeye*, 6/393, 3/400. ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürrer*, 4/3267; MES'ÛD EFENDİ, *Mir'ât*, s. 740.

³²² Bkz: Mecelle md.1790. ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürrer*, 4/3232. H. REŞİD PAŞA, *Rûhu'l-Mecelle*, 8/293.

“...tam olarak ayırt etme gücünün bulunması gereklidir. Bundan dolayı küçük, bunamış ...kimselerin yargılama yapması caiz değildir.”

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlık çözüldükten sonra, yetkisiz olduğu halde hüküm veren kişinin ‘hükmüne razı olduklarını beyan’ eder, yapılan yargılama faaliyetine ‘onay verirlerse’ hüküm geçerli olur. Zira 1453. madde hükmünce “Sonradan verilen onay, önceden verilen vekalet gibidir.”³²³

Bütün bu şartların geçerli bir sonuç doğurabilmesi, her halükârda verilen hükmün ‘usule uygun olarak verilmiş bir hüküm’ olmasına bağlıdır. Usule uygun olmayan hüküm, taraflarca kabul edilmiş olsa bile geçerli olmaz. Çünkü icazet, ancak doğru-sahih ve hukuka uygun olan işleme verilebilir, batıl olan hükme icazet geçerli değildir.³²⁴

2.2. Mecelle’nin Uygulanması ve Sonraki Dönem

Mecelle’de bulunan tahkim maddeleri, Osmanlı Devleti’nde, Mecelle’nin yürürlükte olduğu 51 yıllık kısa dönem boyunca uygulamaya esas alınmıştır. Cumhuriyetin ilanı ile başlayan süreçte, yeni kanunların kabulünden sonra, 1926 yılında, 864 sayılı Tatbikat Kanununun 43. maddesiyle Mecelle, Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlükten kalkmış, fakat Osmanlı coğrafyasında bulunan bazı bölgelerde yürürlükte olmaya devam etmiştir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, İslam Hukukuna dayalı olarak bir devlet otoritesi tarafından gerçekleşen ‘kanunlaştırmaya ilk örnek’ olması sebebiyle, bütün Müslüman ülkeler için önemli bir yere sahipti. Osmanlı Devleti’nde kişiler arası ilişkileri düzenleyen kurallar, fıkıh kurallarıydı ve bunlarla ilgili davalar şer’i mahkemelerde görülmekteydi. Tanzimat ile başlayan kanunlaşma sürecinden, nizamiye, hukuk ve ceza mahkemelerinden daha önce bahsetmiştik. Özellikle nizamiye mahkemelerine atanan kadıların, özel hukuk meseleleriyle ilgili başvuracakları Türkçe kaynaklara ihtiyaçları vardı. ‘Uygulamada esas kural’ niteliğindeki ‘Hanefî mezhebinin tercih edilen (müftâ bih) görüşleriyle hazırlanmış bir kanun’ olan Mecelle, bu anlamda hem onların ihtiyacını gidermiş hem de Osmanlı coğrafyasında hukuki birlik ve istikrara vesile olmuştu.

³²³ İBN ABİDİN, *Reddû'l-Muhtar*, 5/429; *Fetâvâ-yı Hindîyye*, 6/393; ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3267; MES'ÜD EFENDİ, *Mir'ât*, s. 740.

³²⁴ ALİ HAYDAR EFENDİ, *Dürer*, 4/3367; H. REŞİD PAŞA, *Rûhu'l-Mecelle*, 8/293.

Mecelle, Osmanlı devletini oluşturan coğrafyada, Osmanlı Devleti'nin sona erip resepsiyon sürecinin başlamasından sonra da belirli bir süre yürürlükte kalmıştır. Buna sebep olarak din ve tarih birliği ile beraber, 'İslam tarihi boyunca geliştirilen hukuki görüşlerin bir derlemesi' niteliğinde olması ve bu anlamda diğer devletler açısından egemenlik hakkı olan yargı yetkisine halel getirmemesi gösterilebilir.³²⁵

Bu bölgedeki duruma kısaca değinecek olursak şunları söyleyebiliriz:

Mısır'da Hıdiv İsmail Paşa'nın veziri Kadri Paşa tarafından aynı dönemde, 'Mürşidü'l-Hayran' ismiyle ve İslam hukuku kurallarıyla oluşturulmuş bir kanun taslağı bulunuyordu, fakat siyasi sebeplerle hem bu metin hem de Mecelle yürürlüğe girememiştir. Mısır'daki Osmanlı Hakimiyeti, 1882'de İngiltere'nin işgali ile sona ermiştir.

Suriye, 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile tesis edilmiş, Şam merkezli bir vilayet olup, 1918 de bu bölgeden çekilmesine kadar Osmanlı'nın hakimiyetinde kalmıştır. Bu süreç boyunca, mahkemelerde Mecelle uygulanmış, Osmanlı hakimiyetinin sona ermesinden sonra da Fransızlar, bazı değişikliklerle birlikte, Mecelle'yi yürürlükte bırakmışlardır. 1947'de çıkarılan kanunlar ve düzenlemeler ile yargı teşkilatı ve mahkemelerin görev ve yetkilerine dair yeni hükümler getirilmiş, buna dayanarak Mecelle'nin 16. Kitabı olan Kitabü'l-Kaza'nın uygulaması sona erdirilmiştir. Diğer hükümleriyle beraber Mecelle, 1949 yılında tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

Irak'ta, 1918'de Osmanlı hakimiyetinin sona ermesinden sonra, 1932 yılında bağımsız bir devlet haline gelinceye kadar İngiliz manda ve himayesi bulunmaktaydı. 1915'ten sonra bir müddet İşgal kanunu uygulanmış olsa da 1919 da alınan bir kararla bu kanun ilga edilmiş, Bağdat'ta geçerli olan hukuki rejim ile birlikte Mecelle, bütün Irak bölgesinde yeniden uygulanır hale gelmiştir. 1951 tarihli Irak Medeni Kanunu'nun kabulü ile Kitabü'd-Da'va ve Kitabü'l-Kaza hükümleri haricindeki kısımlar, tamamen ilga edilmiştir. Tahkim konusunda ise ilk önce Mecelle ile birlikte Usul-u Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu ve eşler arasındaki şikak hususunda da Ahval-i Şahsiye Kanunu uygulanmaktaydı. Bu düzenlemeler, önce 1956 da çıkarılan HMK. ile ilga edilip, sonraki

³²⁵ Afra UYSAL, *Mecelle'nin Arap Ülkelerindeki Yürürlüğü*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (1), Bahar 2022, s. 116-120.

haline 1968 tarihli kanun ile getirilmiştir. Bu kanunun 251-276. maddeleri tahkimi düzenlemektedir.³²⁶

Lübnan, 1864'ten itibaren idârî, mali ve adlî açıdan özerk Cebel-i Lübnan vilayeti iken 1920 tarihinden sonra İngiliz ve Fransız kuvvetlerin işgaline uğramıştı. Bölgede etkin Fransız Mandasına rağmen, Osmanlı mevzuatı uzun bir süre hukukun kaynağı olmaya devam etmişti. 1930 tarihli Mülkiyet Kanunu, 1932 tarihli Borçlar ve Akitler Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte Mecelle'nin birçok hükümleri yürürlükten kaldırılmış, Fransız hukukçular tarafından hazırlanan 1934 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle de Mecelle'nin yargılama hükümlerinin yürürlüğü sona ermiştir.³²⁷

Filistin, 1918 yılında İngilizlerin işgaliyle Osmanlı hakimiyetinden çıkmıştır. 1920-1948 yılları arasındaki İngiliz mandası döneminde Mecelle'nin çoğu hükümleri yürürlükte kalmış ve İngiliz mevzuatı ile birlikte uygulanmaya devam etmiştir. 1924 tarihli Kraliyet Kararnamesi ile Mecelle'nin 16. Kitabı Kitâbü'l- Kaza'nın yürürlükten kaldırıldığını, Kitâbü'l Beyyinat ve't-Tahlif'de düzenlenen delil hukuku kısmının da 13 ve 28 no.lu kararnamelerle yeniden düzenlendiğini söyleyebiliriz. 1936-38 yılları arasında yapılan değişiklikler ile medenî usul hukuku hükümleri, İngiliz Yüksek Mahkemesi işleyişine uygun hale getirilmiştir. 1926 Tahkim Kanunu, Mecelle'nin ilgili hükümlerinin ilga edildiğini açıkça beyan etmiştir.³²⁸

Osmanlı döneminde, kişiler, aile ve mirasla ilgili hususlarda Yahudi cemaatinin de özerkliği vardı. Bu meseleler, Hahambaşılığa bağlı cemaat mahkemelerinde görülmekteydi. Fakat Yahudiler, borçlar hukuku ve muamelata dair meselelerde Mecelle ve ilgili mevzuatla bağlıydılar. Manda yönetimi süresince, Yahudiler özerk olmaya devam etmişlerdir.

Tahkim konusuna gelince:

Osmanlı döneminden beri borçlar ve ticaret hukuku alanlarında tahkim usulü, özellikle Yahudi toplumu arasında oldukça yaygındı. İşgal dönemi ve sonrasında da bu Yahudi tahkim meclislerine müdahale edilmemiş ve kendi aralarında muamelatta ortaya çıkan uyuşmazlıkların bu tahkim meclislerinde çözülmesi geleneği devam etmiştir. Tahkim yargılamalarına ilişkin Mecelle'nin on altıncı kitabı Kitâbü'l-Kaza'nın

³²⁶ AVVÂ, *et-Tahkim*, s. 314.

³²⁷ UYSAL, a.g.m., s. 138.

³²⁸ UYSAL, a.g.m., s. 144.

dördüncü bölümü genel kanun hükmünde olup, 1926 yılında çıkarılan Kararname ile tahkim usulü düzenlenene kadar söz konusu Yahudi tahkim meclislerini bağlayıcı bir üst norm olarak yürürlükte kalmıştır. Söz konusu Kararname ile birlikte Mecelle'nin ilgili hükümleri ilga edilerek yerine 1889 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'nun prensipleri iktibas edilmiştir.³²⁹

³²⁹ UYSAL, a.g.m., s. 145.

III. BÖLÜM:

MECELLE'DEKİ TAHKİM DÜZENLEMESİNİN (MODERN) TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM İLE MUKAYESESİ

3.1. Modern Türk Hukukunda Tahkime Dair Düzenlemeler ve Tahkim Türleri

3.1.1. Tahkime Dair Düzenlemeler

Tahkim, devletin hâkimiyet haklarından olan yargı yetkisine bir istisna teşkil ettiği için, ancak devletin bu kuruma müsaade ettiğine dair bir yasama tasarrufu-kanun ile hukuki varlık kazanabilir. Kişilerin serbestçe tasarruf edebildikleri, kendilerine ait hak ve fiillerine dair uyuşmazlıkların çözümü konusunda bile, devletin hakimiyet hakkını gözetmek zorunluluğu vardır. Zira, kişinin kendi hakkını kendisinin alması (ihkak-ı hak) uygun olmayacağı için, hükmün icrası devlet tarafından yapılacaktır. Tahkimin dayanağı, devletin kendi yargı hakkına koyduğu sınırlama ile tahkime izin vermiş olması ve bu meyanda yürürlüğe koyduğu kanunlardır.³³⁰

Devletlerin esasını, şeklini, dilini, idare ve yargı teşkilatları gibi temel işleyişlerini belirleyen hükümler, anayasalarında belirlidir. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*³³¹ 125. Maddede “Yargı Yolu” başlığı altında “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” denilerek temel anlamda tahkimin dayanağı oluşturulmuştur.

Türk hukukunda, tahkime dair kanuni düzenlemelerin ilkinin, Tanzimat döneminde yapıldığını ifade etmiştik. Kodifikasyon anlamında, 1850 tarihli *Kanunname-*

³³⁰ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 96.

³³¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf> (erişim 8.11.2023)

i Ticaretle başlayan bu süreç, 1861 tarihli *Ticaret Usulü Muhakemesine dair Nizamname* ve 1864 tarihli *Kanunname-i Hümayun-u Bahriyye* ile devam edip, *Mecelle*’de tahkime dair meselelerin hükme bağlandığı kısımla belirli bir aşamaya ulaşmıştı.

Cumhuriyetin ilanından sonra, 1927 yılında 1086 sayılı *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu* yürürlüğe girmişti ve bu kanunun 516 ila 536. maddeleri arasında tahkime dair düzenlemeler bulunmaktaydı. 21/6/2001 de kabul edilen 4686 s.lı *Milletlerarası Tahkim Kanunu*’ndan sonra milli ve milletlerarası tahkimle ilgili farklı düzenlemelerin ortadan kalkması ve ihtiyacı hissedilen başka sebeplerle, yeni bir *Hukuk Muhakemeleri Kanunu* hazırlanarak 2011’de kabul edildi. 6100 sayılı bu HMK.nun genel gerekçesinde “21/6/2001 tarihinde yürürlüğe giren *Milletlerarası Tahkim Kanunu* (MTK)³³² kabul edilirken, iç hukuktaki tahkim kuralları, bu *Milletlerarası Tahkim Kanunu* ile birlikte değerlendirilmediğinden, UNCITRAL Model Kanun hükümleri iç tahkime alınamamış ve birbirinden ayrı tahkim hükümleri uygulamaya başlanmıştır”³³³ denilerek bu ihtiyaç ifade edilmiştir. 6100 sayılı HMK.nun 407 ilâ 444. maddeleri tahkim hakkındadır. HMK.md. 407’ye göre bu hükümler, MTK. da tanımlandığı üzere yabancılık unsuru³³⁴ taşımayan taraflarca, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda uygulanır.

Modern Türk Hukukunda, tahkime yönelik hem millî hem de milletlerarası, geniş kapsamlı çok sayıda kanuni düzenleme (kanun ve antlaşmalar) bulunmaktadır. Tahkim konusunda, iki taraflı veya çok taraflı milletlerarası sözleşmeler ve katılım sağlanmış

³³² 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, MTK.

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4686.pdf> (erişim 8.11.2023)

³³³ TBMM (S. Sayısı: 393) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574) T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-1293/1690, Genel Gerekçe, 1, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf> (erişim 8.11.2023)

³³⁴ MTK. md.2: “Yabancılık unsuru /Madde 2 – Aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır. / 1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması. / 2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; / a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden, / b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, / Başka bir devlette bulunması. / 3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması. / 4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi. / 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.”

Konvansiyonlar bulunmaktadır.³³⁵ Tahkime dair kabul edilmiş kurallar (UNCITRAL Tahkim Kuralları, PCA, ICSID, ICC gibi ticaret ve yatırım ile ilgili tahkim kuruluşlarının kuralları vb.) ve bu kurallar ile antlaşmalar da gözetilerek Türkiye’de kurulmuş tahkim merkezleri (ISTAC, TOBB Tahkim Divanı, TBB Tahkim Merkezi, Enerji Uyuşmazlıkları Tahkim Merkezi vb.) bulunmaktadır. Konu çok geniş ve ayrıntılıdır. Çalışmamızın sınırları dahilinde sadece genel ve özet bilgi vermekle yetineceğiz.

Modern Türk Hukukunda, bu anlamda işleyen sistemi kavrayabilmek için kısaca tahkim türlerine³³⁶ de değinmek faydalı olacaktır:

3.1.2. Tahkim Türleri

3.1.2.1. Ulusal ve Uluslararası Tahkim

Uyuşmazlığın yabancı unsur içerip içermemesine göre tahkim, ulusal veya uluslararası tahkim şeklinde ikiye ayrılır:

3.1.2.1.1. Ulusal Tahkim

Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.407 de “4686 sayılı MTK. nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru³³⁷ içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıkların bu kapsamda olduğu ifade edilmektedir.

3.1.2.1.2. Uluslararası Tahkim

Bu yöntem, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların hakem veya hakemler heyeti tarafından çözümlendiği alternatif bir çözüm yoludur. Karşılıklı rızaya bağlı ve bağlayıcılık içeren bir yöntemdir. Devletler, kendi ülkelerinde gerçekleşecek uluslararası

³³⁵ *Tahkime ilişkin Temel Kavramlar, Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler*, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara 2021, 1. Baskı, sy.1

³³⁶ Bu bölümde değineceğimiz tahkim ayırımları ve özet kısımlarında, Cumhurbaşkanlığının “Tahkime İlişkin Temel Kavramlar” başlıklı kitapçığındaki bilgiler esas alınmıştır.

³³⁷ Yabancılık unsuru için bkz: MTK. md. 2., yukarıda dn.334.

tahkimle ilgili çeşitli düzenlemeler yapmakta ve tahkim usulünü belirleyecek kanunlar çıkarmaktadırlar.

3.1.2.2. Ad Hoc tahkim ve Kurumsal Tahkim

Uluslararası tahkim süreçleri, örgütlenme şekilleri bakımından ikiye ayrılır:

3.1.2.2.1. Ad Hoc Tahkim

Tarafların ‘herhangi bir tahkim kurumuna tabi olmaksızın, hakem veya hakem heyeti oluşturabildikleri ve tahkim usulünü kendi belirledikleri’ bu tahkim türünde, hakem veya hakem heyeti, tarafların anlaşmaları ile ve aralarındaki somut uyuşmazlığı çözmek üzere geçici olarak belirlenir. Uygulamada, ad hoc tahkimde, tarafların tahkim usulü ve uygulanacak kurallar olarak Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tahkim kurallarını seçtikleri görülmektedir.

3.1.2.2.2. Kurumsal Tahkim

Bu tahkim türünde tahkim yargılamasının gerçekleşeceği kurumda, önceden hazırlanmış yargılama kuralları bulunmaktadır. Tahkim süreci bakımından taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece bu kurallar uygulanır. Tahkim sürecini yürütecek teknik ve idari teşkilata sahip bu kurumların tercih edilmesinin sebebi, kolaylıklarıdır. Milletlerarası ticaret ve yatırım uygulamalarında uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü için kurulmuş kurumlara örnek olarak, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Mahkemesi, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID), İslam İş birliği Teşkilatı Tahkim Merkezi (OIC) ve İstanbul Tahkim Merkezi’ni verebiliriz. Bu kurumların bazıları uluslararası anlaşmalara dayanarak (ICSID gibi), bazıları da ticaret camiasının veya başka sektör mensuplarının anlaşmaları (ICC ve İstanbul Tahkim Merkezi gibi) ile kurulmuşlardır.

3.1.2.3. Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi

3.1.2.3.1. Ticarî Tahkim

Mal veya hizmet ticaretiyle uğraşan tacirler (veya tacir gibi davranan devlet veya devlet kuruluşları) arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik tahkim sürecidir. Bu süreçte taraflardan biri devlet ise, yargılama gücüne sahip üstün bir taraf olarak değil, bir özel hukuk kişisi gibi davranmak durumundadır. Aralarındaki uyuşmazlık ise özel hukuka dair borçlar üzerinde oluşmaktadır.

3.1.2.3.2. Yatırım Tahkimi

Uyuşmazlığın bir tarafı yabancı yatırımcı iken, diğer tarafı ev sahibi devlet oluşturur. Bu tür uyuşmazlıklarda devlet, bir özel hukuk kişisi veya tacir olarak değil, üstün kamu gücüne sahip bir devlet olarak hareket eder. Bu tür tahkimde yabancı yatırımcının hâkim devlet karşısında haklarının korunabilmesi için Devletler Umumi Hukuku hükümleri uygulanır. Zira devletler umumi hukuku, devlet egemenliklerinin üstünde yer almakta ve devletlerin egemenlik haklarına yönelik sınırlamaları öngörebilmektedir.³³⁸

3.1.2.4. Zorunlu Tahkim – İhtiyârî Tahkim

3.1.2.4.1. Zorunlu Tahkim

Tahkim yolunda esas, sürecin ihtiyârî olmasıdır. Fakat, kanun koyucu, bazı uyuşmazlıklar yönünden, tahkim yoluna müracaatı zorunlu tutabilir. Bu zorunluluk, kanundan kaynaklandığı için tarafların kendi rızaları ile tahkime başvurmak üzere anlaşmalarına gerek yoktur. Zorunlu tahkim, istisnâî bir yol olup, zorunlu tahkime gidilecek durumlar özel kanunlar yoluyla belirlenirler. 6502 sayılı *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*,

³³⁸ Tahkime ilişkin temel kavramlar, s. 6.

6356 sayılı *Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu* hükümleri bu konuda örnek olarak gösterilebilir.

3.1.2.4.2. İhtiyârî Tahkim

Kanunların, tahkim yoluna gitmeyi zorunlu tutmadığı ve uyuşmazlığın ‘tahkime elverişli’ olduğu konularda taraflar aralarında anlaşarak tahkim yolunu seçebilirler. Uyuşmazlığı devlet yargısında da çözüme imkanına sahiptirler. Bu anlamda, taraflar için, ihtiyari tahkimde sözleşme özgürlüğü (irade serbestisi) esastır. ‘İhtiyârî Tahkim’de taraflar, tahkim yeri, tahkim dili, hakem veya hakemlerin atanması, hakemlerin çözeceği uyuşmazlığın kapsamı ve uygulanacak hukuk konusunda serbestçe davranabilirler. Bu tahkim usulüne başvurmakta serbest olan taraflar bakımından, sürecin sonunda hakem eliyle verilen kararlar bağlayıcıdır.

3.1.3. Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yolları

3.1.3.1. Arabuluculuk

Arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözme yöntemi olup, 6325 sayılı *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*³³⁹ ile düzenlenmiştir. Arabuluculuk, Kanunun 2. Maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini.... ifade eder.

³³⁹ 6325 sayılı *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*,
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6325.pdf> (erişim 8.11.2023).

Arabuluculuk usulünde, arabulucu, taraflara uyuşmazlıkları hakkında çözümler bulabilmek hususunda yardım eden ve bu anlamda yapılan müzakerelere aracılık eden kişidir. Bazı süreçlerde, arabulucunun tavsiyeleri hukuki nitelikte olmak zorunda olmadığı gibi bağlayıcı da değildir.³⁴⁰ Arabuluculuk süreci, tarafların anlaşması, taraflardan birinin çekilmesi veya süreci sonlandırmak istemeleri ve uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olmadığının tespiti ile sona erebilir.³⁴¹

Arabuluculuk ile tahkim süreci arasındaki fark, tarafların bir çözüm üzerinde ‘anlaşmak zorunda olmaması’ noktasındadır. Zira, tahkimde hakem bir karar merciidir, hakemin vereceği karar, her iki taraf için de geçerli ve bağlayıcı olacaktır.

Aynı uyuşmazlık için, arabuluculuk ve tahkim usulünün birlikte uygulanabildiği (mediation-arbitration = med-arb) karma bir yöntemden daha bahsedilebilir ki, daha hızlı ve daha az maliyetle çözüme ulaşmanın hedeflendiği bu yöntemde, taraflar uyuşmazlığı önce arabulucu ile çözmeye çalışıp, sonuca ulaşamazlarsa tahkime gideceklerine dair karma nitelikli bir anlaşma yapabilirler. İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), bu usule dair kuralları belirlemiştir.³⁴²

Arabuluculuk faaliyetini, İslam’daki sulh yoluyla anlaşmaya benzetebiliriz ki, sulh/musalaha kavramı, tarafların barışmaları, anlaşmaları, aralarındaki uyuşmazlığı çözmeleri veya sonlandırmayı seçmeleri anlamına gelir. Sulh için üç türlü yöntemin varlığından söz etmek mümkündür. Osmanlı’da uygulandığı şekliyle, mahkemede kadı, yargılama yetkisini bir tarafa bırakıp, tarafları uzlaştıracak bir nevi arabulucu rolünü üstlenirdi. Bir diğer usul, tarafların kendi aralarında anlaşıp, bu anlaşmalarını mahkemede kaydettirmeleri usulü idi. Tarafların kendi aralarında anlaşıp mahkemeye kaydettirmedikleri sulh anlaşmaları da vardır. Osmanlı döneminde, sulh akitlerinin, genellikle alacak-verecek davalarında, miras davalarında, mehir ve yaralama ile ilgili davalarda yapıldığı bilinmektedir. Sulh, helali haram, haramı helal yapmadıkça kul haklarının bulunduğu her alanda yapılabilen bir akit türüdür. Kul haklarında sulhun yapılabilmesi için; söz konusu hakkın, anlaşılan tarafa ait olması, tarafın o hak üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilme yetkisinin olması, hakka karşılık bir bedel alınması

³⁴⁰ *Tahkime ilişkin temel kavramlar*, s. 2.

³⁴¹ *Tahkime ilişkin temel kavramlar*, s. 2.

³⁴² *İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları*, <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallari-Med-Arb.pdf> (erişim 8.10.2023).

ve bu hakkın belirli olması gereklidir. Sulh akdi, arabuluculuk gibi belli bir ücret karşılığı yapılabilirdi.

Gayr-i müslimlerin de aralarındaki anlaşmazlıkları bu muslihûn yardımıyla çözerek mahkemeye kaydettirdikleri bilinmektedir.³⁴³ Şer’iyye sicillerinde bu şekilde kaydettirilmiş birçok sulh anlaşması görmek mümkündür.

Mecelle’de sulh akdi, ibra ile birlikte³⁴⁴ düzenlenmiştir. Ayrıca, tahkime dair meseleler bölümünde, “ tarafların, aralarındaki ihtilâfı çözmek üzere tayin ve tevkil ettikleri hakemlere, çekişmeyi sulh yoluyla ortadan kaldırma hususunda yetki vermeleri de mümkündür” (Mecelle, md. 1850) şeklinde bir hükmün varlığından da bahsetmiştik.

3.1.3.2. Hakem-Bilirkişilik

Hakem-bilirkişiler, tahkim sürecinde görev alan hakemlerden farklı olarak, bir uyuşmazlığı doğrudan çözmek yerine, uyuşmazlığın, mahkeme önünde veya tahkim yargılamasında çözümüne yardımcı olan kişilerdir. Taraflar, belli bir uyuşmazlıkta, miktarın veya niteliğin belirlenmesi üzerine hakem-bilirkişi ile sözleşme yapabilirler. Bu sözleşme ‘münhasır delil sözleşmesi’ şeklinde yapılır. Hakem-bilirkişilerin verdikleri raporlar hem tarafları hem de mahkemeyi bağlar. Zira, Hakem-Bilirkişilerin raporları, bilirkişi raporu gibi takdîrî delil niteliğinde olmayıp, tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı özellikte kesin delil niteliğindedir.³⁴⁵

3.1.4. HMK. ile Tahkime Getirilen Değişiklikler

Bu başlık altında 6100 sayılı HMK.da düzenlenmiş “tahkim”in önemli özellikleri hakkında kısaca bilgi verdik.

³⁴³ M.A. TÜRKMENOĞLU ve D. GÖKLÜ, *Osmanlı Klasik Döneminde Arabuluculuk, Uzlaşma ve Muslihûn’un Konumu*, Avrasya University Faculty Of Economics And Administrative Sciences, International Online Conference On Social Sciences Researches, s. 150-166.

³⁴⁴ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, Kitâbü’s-Sulh ve’l-İbrâ, 1531-1572. Maddeler.

³⁴⁵ PEKCANITEZ vdgr., *Usul*, s. 689; SARISÖZEN, *Hakem Yargılaması*, s. 26.

3.1.4.1 Tahkim Sözleşmesi-Hakem Sözleşmesi

Hakem sözleşmesi, Borçlar Kanunu'na tabi bir sözleşme olması sebebiyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir düzenlemeye konu olmamıştır. Tahkim sözleşmesinden farklı olarak, yazılı şekle tabi değildir. Hakemin kabulüyle meydana gelir. Fakat, hakemlikten çekilme, tazminat veya para cezası, ücret gibi tarafların sorumluluklarını gerektiren durumların ispatı için yazılı olarak yapılması uygundur.³⁴⁶ Modern hukukta hakem ve taraflar arasındaki ilişki vekalet ilişkisi niteliğindedir, fakat hakem yürüteceği muhakeme ve vereceği karar açısından tarafların vekili değildir, bağımsızdır. Hakemlik sözleşmesi, taraflardan birinin vekili tarafından yapılıyorsa, açıkça bu konuda yetkilendirilmiş olmalıdır. Hakemlik ücreti ise, sözleşmenin bir unsuru olarak taraflar ve hakem arasında belirlenir.

Tahkim sözleşmesi ise bir Usul hukuku sözleşmesidir. Hakemlerin tesbiti, davanın açılması, delillerin gösterilmesi, keşif ve kararın verilmesi ile karara karşı kanun yollarına başvurulabilmesi bu sözleşmenin usule dair özelliklerini gösterir. Sözleşme, yazılı olarak yapılır ve yalnızca aralarında sözleşme yapan tarafları bağlar. Tarafların arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi varsa, o uyuşmazlık için taraflar, bu sözleşmeye uyarak tahkime gitmek zorundadırlar, mahkemeye gidemezler. Tahkim sözleşmesinin varlığı, tahkime gitme zorunluluğu bakımından, taraflar gibi onların küllî (mirasçılar) ve cüz'i (alacağı devralan vb.) haleflerini de bağlar. Hakem kararına gelince; mahkeme kararı niteliğinde olup, devlet, kesinleşmiş hakem ve hakem mahkemeleri kararlarını etki bakımından mahkeme kararlarıyla eşit tutmuştur.³⁴⁷

³⁴⁶ KURU, *Usul*, 2/1878; BALCI, *İhtilaf*, s. 146.

³⁴⁷ PEKCANITEZ vdgr, *Usul*, s. 691.

3.1.4.2. Tahkim Sözleşmesinin Tarafları

Tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu beyan etmiştik. Fakat, kural olarak, 4721 sayılı *Türk Medenî Kanunu* (TMK.)³⁴⁸’nin ilgili maddeleri³⁴⁹ gereğince akit yapmaya ehil, kendi hakları konusunda tasarruf edebilecek her gerçek ve tüzel kişi tahkim sözleşmesi yapabilir.³⁵⁰ Tahkim sözleşmesinin konusu, tarafların kendi hak ve yetkileri içinde bulunmalıdır. “Taraflar tahkim şartı ve tahkim sözleşmesini temsilcileri vasıtasıyla da yapabilirler. Tüzel kişilerde temsilin kapsamını, tahkimin gerektirdiği temsil için yetkili olmak şeklinde anlamak gerekir. Temsilcinin tüzel kişilik adına, borçlanma, tahkim, sulh ve ibra gibi konularda yetki sahibi olması gereklidir.”³⁵¹ Veli, velayeti altındaki küçük adına tahkim sözleşmesi yapabilir. Fakat vasînin Sulh Hukuk Mahkemesinden izin alması gereklidir.³⁵²

Taraflar, bu sözleşmeyi temsil yoluyla ve vekaletle de yaptırabilirler. Fakat, eğer tahkimi talep eden taraf, bu tasarrufun yapılmasını bir temsilci veya vekile havale ettiyse, vekili tahkim için açıkça yetkilendirmiş olmalıdır.³⁵³ Bu konudaki kanun hükümleri emredici niteliktedir.

³⁴⁸ 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf> (erişim 10.10.2023)

³⁴⁹ TMK. md.8-9-10. (I. Hak ehliyeti /Madde 8- Her insanın hak ehliyeti vardır. /Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler. /II. Fiil ehliyeti/1. Kapsamı/ Madde 9- Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir. / 2. Koşulları /a. Genel olarak /Madde 10- Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.)

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf> (erişim 10.10.2023)

³⁵⁰ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 182.

³⁵¹ BALCI, *İhtilaf*, s. 122.

³⁵² TMK.Md.462: “B. İzin/ I.Vesayet makamından / Madde 462- Aşağıdaki hallerde vesayet makamının izni gereklidir:....8. Acele hallerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması...” .

³⁵³ TBK. Md.504/3: “Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.”

HMK. md.74/1:” Davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren haller /MADDE 74- (1) Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz...”

3.1.4.3. İrade Beyanı

Tahkim usulünün, devlet yargısının yetkisini kaldıran istisnai bir yol olması sebebiyle, taraflar, hakeme başvurma iradelerini herhangi bir karışıklığa mahal vermeden açıkça, kesin ve anlaşılır ifadelerle belirtmelidirler.³⁵⁴ Modern hukukta, tahkim şartının, kanun gereği, tek taraflı olarak, bir irade beyanıyla konması mümkün olmadığı halde, yine kanuna göre bazı istisnaları vardır: “Mesela, vakıf senedinde, vasiyetname veya mükafat vaadi taahhüdünde yer alan tahkim şartı, koyanı ve lehine tasarruf yapılanı bağlar.”³⁵⁵

3.1.4.4. İhtilafın Belirli Olması

Taraflar arasındaki ihtilafın, tahkime konu olabilmesi için, davaya konu olabilecek nitelikte olması gereklidir. Çözümünün taraflara yararı olmayacak ihtilaflar (bahis, yarışma vs.) tahkime konu olamaz. Uyuşmazlığın hangi hukuki muamele veya ilişkiden meydana geldiği, taraflarca açıkça ortaya konmuş olmalıdır. Ortaya çıkması muhtemel ve muayyen olmayan uyuşmazlıklar için yapılacak tahkim geçerli değildir.³⁵⁶ Bu konu HMK.nun 408. maddesinde: “Tahkime elverişlilik: Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tahkime elverişli değildir.” şeklinde düzenlenmiştir. Eğer tahkimin konusu, tahkime elverişli değilse, taraflar üzerinde şartsız olarak anlaşmış olsalar bile tahkime gidemezler. Kamu otoritesinin yetki alanına giren (boşanma, soy bağının reddi, velayet vb.) davalar ile kanunda açıkça tahkime elverişli olmadığı belirtilen (taşınmazların aynına dair vb.) davalar ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği haklara dair davalar bu gruptadır.³⁵⁷ Taraflar arasında belirli bir hukuki ilişkiden (mesela bir satım sözleşmesi vb.) doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine dair anlaşmada, uyuşmazlığın belirlenmiş olduğu kabul edilir. Fakat tarafların, aralarında bundan sonra doğacak bütün uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine (tahkim şartı) dair yaptıkları sözleşme, ihtilafın belirsizliği sebebiyle geçersizdir.³⁵⁸

³⁵⁴ YEĞENGİL, s. 139.

³⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BALCI, *İhtilaf*, s. 121 vd.

³⁵⁶ YEĞENGİL, *Tahkim*, s. 137-138.

³⁵⁷ BULUTTEKİN, a.g.m., s. 266; PEKCANITEZ vdgr, *Usul*, s. 685.

³⁵⁸ PEKCANITEZ vdgr, *Medeni Usul Hukuku*, s. 690.

3.1.4.5. Tahkim Sözleşmesinde Şekil

Modern Türk Hukukunda ise tahkim sözleşmesi, yazılı şekil şartına bağlıdır. 6100 sayılı *HMK*. md. 412/3 de bu denilmektedir:

“Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış, yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.”³⁵⁹

Tahkim sözleşmesinin, Borçlar Kanunu’nda öngörüldüğü şekilde yazılı şekil şartlarına uygun olarak yapılması³⁶⁰ gereklidir. Yazılı şekil, tahkim sözleşmesi için geçerlik şartıdır.

3.1.4.6. Müstakil Tahkim Sözleşmesi ve Tahkim Şartı

Taraflar arasında önceden doğmuş bulunan bir uyuşmazlığı çözmek için, kaynaklandığı ‘asıl hukuki ilişkiye ait sözleşmeden farklı’ olarak, başka bir sözleşme ile tahkim yargılaması yapılmasına karar vermek mümkündür. Bu anlaşmayı “müstakil tahkim sözleşmesi” olarak adlandırabiliriz. Bu şekilde yapılan sözleşmelere “tahkimnâme” ismi de verilmektedir.

Taraflar, aralarında serbestçe yaptıkları sözleşmelerde, çıkacak uyuşmazlığın çözümünün ‘tahkim’ yoluna müracaatla yapılacağını kararlaştırabilir ve sözleşmeye bu yönde bir hüküm koyabilirler. Buna da ‘tahkim şartı’³⁶¹ denir.

İşbu “Tahkim Şartı”, ‘halen mevcut olmayan ve ileride doğması mümkün olan’ anlaşmazlıklar için geçerli olur. Taraflar arasındaki asıl sözleşme, emredici hukuk

³⁵⁹ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6100.pdf> (erişim 2.10.2023)

³⁶⁰ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6098.pdf> (7.10.2023). TBK md.12 vd.

³⁶¹ HMK. Md. 412/2, KURU, *Usul*, s. 1871.

kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık veya konusunun imkansızlığı sebebiyle geçersiz olsa bile tahkim şartı ‘ayrılabilirlik’ prensibi gereği geçerli olmaya devam eder.³⁶²

Hem müstakil tahkim sözleşmesi hem de tahkim şartı, usul hukuku sözleşmeleridir. Uyuşmazlık ihtiva eden asıl sözleşme ise maddi hukuk sözleşmesi olduğu için, farklı hükümlere tabi olabilir. Bu anlamda, vekil tarafından imzalanan asıl sözleşme geçerli olmasına rağmen, usul hukuku bakımından farklı bir statüye sahip olan tahkim şartı, tahkim yetkisi bulunmayan vekil tarafından konduysa, geçersiz olabilir.³⁶³

Sözleşmede tahkim şartı bulunmasına rağmen, mahkeme yoluna müracaat edildiyse, taraflar, ‘tahkim ilk itirazı’³⁶⁴nda bulunarak yetkinin hakem kurulunda olduğunu iddia edebilir.

Tahkim şartı konusunda, Ebu Yusuf’un³⁶⁵ ‘tahkim akdinin sulh mahiyetinde olması’ görüşünü nakledebiliriz. Ebu Yusuf, gelecekte meydana gelecek bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda sulh sözleşmesi yapılamayacağından bahisle, sözleşmeye tahkim şartı konmasını kabul etmemiştir.

3.1.4.7. Hakemin Reddi Usulü

Hakemler, yargılama yaptıkları için adil hüküm verebilmek üzere tarafsız ve bağımsız olmalıdırlar. Kendisine hakemlik teklif edilen kimse, görevi kabul etmeden önce, bağımsızlık ve tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösterecek durumları açıklamak zorundadır. Taraflar, bu konuda önceden bilgi sahibi olmamışlarsa, böyle bir durum meydana geldiği zaman hemen bilgilendirilmelidir.³⁶⁶ Zira, hakem, eğer tarafların kendisinin seçiminde dikkate aldıkları niteliklere sahip değil veya kararlaştırılan tahkim usulünde bir red sebebi bulunuyor veya tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösterecek bir durum ortaya çıkmışsa reddedilebilir. Günümüzde, hakemin görevinin sona

³⁶² HMK. Md. 412/4 ün gerekçesi. PEKCANITEZ vdgr., 693; KURU, *Usul*, s. 1872.

³⁶³ YILDIRIM, *Tahkim*, s. 77; BALCI, *İhtilaf*, s. 119.

³⁶⁴ HMK. Md.413/1. “Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir.”

³⁶⁵ YILDIRIM, *Tahkim*, s. 69-70; Ahmed İbrahim BEK, *Kitab Eş-Şer’iati’l-İslamiyye, Turuku’l-Kazâ fi’ş-Şer’iati’l-İslamiyye*, 1.Bası., (Kâhire: el-Mektebetü’l-Ezheriyye li’t-Türâs 2010), s. 539.

³⁶⁶ KURU, *Usul*, 2/1881; PEKCANITEZ vdgr. *Usul*, s. 695.

endirilmesi veya hakemin reddi sebepleri HMK. md.417'de³⁶⁷ düzenlenmiştir. Taraflardan birinin atanmasına katıldığı hakemi reddetmesi, ancak atanma tarihinden sonra öğrenilen sebeplere binaen yapılabilir.

Hakemler, hakem sözleşmesiyle hakemlik görevini kabul etmiş olsalar da diledikleri zaman bu görevden çekilebilirler. Hakemler, taraflar veya başka kimseler tarafından hakemliği kabul etmeye veya istifaya zorlanamazlar. Ancak haklı bir sebep olmaksızın görevinden ayrılan hakem, herhangi bir ücret talep etme hakkına sahip değildir ve eğer önceden aldığı bir ücret varsa, bu ücreti iade etmekle yükümlüdür. Ayrıca, bu nedenle tarafların uğradığı zararı da tazmin etmek durumundadır.³⁶⁸

Hakemin reddi usulü ise HMK.md.418³⁶⁹ de düzenlenmiştir. Hakem veya hakemlerin reddinin istenebileceği durumlar söz konusu olduğunda, bu talep önce karşı tarafa, eğer hakem birden çok ise hakemler kuruluna bildirilir. Hakem, kendiliğinden çekilmiyor veya red talebi hakemler kurulu tarafından kabul görmüyorsa; 'Hakemin reddi talebi' uygun görülmeyen taraf, bu kararın kaldırılmasını veya doğrudan 'hakemin reddi talebi' hakkında karar verilmesini mahkemeden isteyebilir.³⁷⁰ Mecelle sisteminde ise, taraflar ikisi birden veya biri, hakemi doğrudan azletme yetkisine sahiptirler.

³⁶⁷ HMK. md.417: "*Ret sebepleri* /Madde 417- (1) Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorundadır. Taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem, daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirir. / (2) Hakem, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir. Taraflardan birisinin kendisinin atadığı veya atanmasına katıldığı hakemi reddetmesi, yalnızca hakemin atanma tarihinden sonra öğrenilen ret sebeplerine dayanılarak yapılabilir."

³⁶⁸ ÇELİKER, *İslam hukukunda tahkim*, s. 45.

³⁶⁹ HMK md.418: "Hakemin reddi usulü : (1) Taraflar, hakemin reddi usulünü serbestçe kararlaştırabilirler. / (2) Hakemi reddetmek isteyen taraf, hakemin veya hakem kurulunun seçiminden ya da hakemin reddi talebinde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren iki hafta içinde ret talebinde bulunabilir ve bu talebini karşı tarafa yazılı olarak bildirir. Reddedilen hakem kendiliğinden çekilmez veya diğer taraf reddi kabul etmez ise ret hakkında, hakem kurulunca karar verilir. / (3) Hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddini isteyen taraf, ret talebini ve gerekçesini hakem kuruluna bildirir. Ret talebinin kabul edilmediğini öğrenen taraf, bu tarihten itibaren karara karşı bir ay içinde mahkemeye başvurarak bu kararın kaldırılmasını ve hakem veya hakemlerin reddine ilişkin talep hakkında karar verilmesini isteyebilir. / (4) Seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi için ancak mahkemeye başvurulabilir. Mahkemenin bu fıkra uyarınca vereceği kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. / (5) Seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin ret talebini mahkemenin kabul etmesi hâlinde tahkim sona erer. Ancak tahkim sözleşmesinde hakem veya hakemlerin isimleri belirlenmemişse yeniden hakem seçimi yoluna gidilir.

³⁷⁰ PEKCANİTEZ vdgr. *Usul*, s. 695.

3.1.5. Tahkimin Sona Ermesi ve Tahkime Karşı Kanun Yolları

3.1.5.1. Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi

Tahkim yargılaması, nihaî hakem kararının verilmesi ile sona erer. Bu aslî durumdan başka, taraflar sulh olursa³⁷¹ veya yargılamanın sona ermesi konusunda anlaşılırsa, davacı davasını geri alırsa, hakem veya hakem kurulu başkaca bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini yararsız veya imkânsız bulursa, tahkim süresinin³⁷² uzatılması talebi mahkemece reddedilirse, oybirliği ile karar vermeleri şart koşulduğu halde hakemler arasında oybirliği sağlanamamışsa tahkim süreci sona erer.³⁷³

3.5.2. Tahkime Karşı Kanun Yolu: İptal Davası

6100 sayılı HMK.nun yürürlüğe girdiği tarihten (1.10.2011) itibaren hakem kararlarına karşı artık temyiz yoluyla değil, sadece, ‘tahkim yerindeki istinaf mahkemesine’ ve hakem kararından itibaren ‘bir ay içinde’, ‘iptal davası’ açılarak itiraz edilebilmektedir. Bu dava öncelikle ve ivedilikle görülür³⁷⁴. İptal davası açılmış olması, kararın icrasını

³⁷¹ HMK. md. 434: “*Sulh* / Madde 434- (1) Tahkim yargılaması sırasında taraflar uyuşmazlık konusunda sulh olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilir. Tarafların talebi, ahlâka veya kamu düzenine aykırı değilse ya da tahkime elverişli olan bir konuya ilişkin ise sulh, hakem kararı olarak tespit edilir. “

³⁷² HMK.md.427: “*Tahkim süresi* / Madde 427- (1) Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir. / (2) Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabilir. Mahkemenin, bu konudaki kararı kesindir.”

³⁷³ HMK. md. 435.

³⁷⁴ HMK. md. 439: “*İptal davası* / Madde 439- (1) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür. / (2) a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, /b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı, /c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediği, /ç) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği, / d) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı, /e) Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu Kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu, / f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği, / g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, /ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu, tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir. / (3) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim sözleşmesi kapsamında olan konuların, tahkim sözleşmesi kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim sözleşmesi kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir. / (4) İptal davası, bir ay içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya tazyik, düzeltme ya da tamamlama kararının

durdurmaz. HMK.nun 439. maddesinin gerekçesinde “tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde ‘sürati temin etmek için’ hakem kararlarının ‘iptali sebepleri sınırlı’ olarak sayılmıştır...” denilmektedir.³⁷⁵ İptal davasının sonucuna karşı istinaf mahkemesinde temyiz yoluna gidilebilir. Sonuca göre tahkim süreci yenilenebilir. Fakat hakem kararı, iptal edilmeden kesinleşmişse, olağanüstü kanun yolu olarak, yargılamanın iadesi talep edilebilir (HMK. md.443/1 atfı ile md.374-381).³⁷⁶

3.2. Mecelle’deki Düzenleme ile Modern Hukuktaki Tahkim Arasında Farklar

Ayrıntılarını kısaca ifade ettiğimiz üzere, Mecelle’nin ihtiva ettiği tahkim usulü ile modern hukukta yeniden düzenlenmiş tahkim usulü arasında, ulaşmak istedikleri gaye aynı olmakla beraber, teşekkül tarzları, uyumsuzluğu oluşturan hukuki ilişkilerin dayandıkları esaslar ile bunların etkileri bakımından belirgin benzerlik ve farklılıklar vardır.

3.2.1. Temel Farklılıklar

3.2.1.1. Tahkim-Hakem Sözleşmeleri

Tahkim sürecinin, tarafların aralarındaki uyumsuzluğu çözmek üzere, hakeme yöneltilen müşterek bir icap ve hakemin kabulünü ifade etmesi ile başladığını biliyoruz. Eskiden, icap ve kabul, tahkim sürecinde doğrudan etkisini gösteriyor ve hem hakemin sorumluluk ve haklarını belirleyip hem de tarafların bu durumun getirdiği yükümlülükleri kabul

tarafra bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir. / (5) İptal talebi, davaya bakan bölge adliye mahkemesi aksine karar vermedikçe, dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır. / (6) İptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır. Temyiz, kararın icrasını durdurmaz. / (7) İptal davasının kabulü hâlinde, kabul kararı temyiz edilmezse veya ikinci fıkranın (b), (c), (ç), (d), (e) ve (f) bentlerindeki hâllerin varlığı sebebiyle kabulü hâlinde, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilirler. Taraflar isterlerse eski hakemleri tayin edebilirler.”

³⁷⁵ KURU, *Usul*, s. 1897; PEKCANITEZ vdgr, *Usul*, s. 703.

³⁷⁶ KURU, *Usul*, s. 1900; PEKCANITEZ vdgr, *Usul*, s. 704.

etmesine vesile oluyordu. Anlaşmanın yazılı veya sözlü yapılmış olması ve ayrıntıların ifade edildiği önemli şartların zikredilmemiş olmasının, anlaşmanın geçerliği üzerinde bir etkisi olmadığı gibi, hakemle taraflar arasında, hakemlik sözleşmesinden doğan borçların yerine getirilmesi anlamındaki Borçlar Hukuku ilişkisi ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik hakem kararının oluşmasında etkisi olacak deliller, duruşmalar vs. anlamındaki Usul Hukuku ilişkisi açısından da bir etkisi veya yaptırımı olmuyordu. Modern hukukta ise bu sürecin ağırlık noktasının, taraflar ve hakem arasında yapılan hakemlik sözleşmesinde değil, hakeme götürülmesi kararlaştırılan uyuşmazlığın tesbiti (tahkim şartı) ile tahkim sürecinin yazılı usul ve kurallara bağlandığı bir prosedüre dönüşmesinde oluştuğunu görüyoruz.³⁷⁷

3.2.1.2. Hakemin Azli veya Seçimi İle Tahkim Süreci İlişkisi

Mecelle sisteminde, hakemin veya hakemlerden birinin azledilmesi, eğer hakemlere başka hakem tayini yetkisi verilmemişse tahkim sürecini sonlandırırken, yeni sistemde, hakemlerden birinin herhangi bir vesileyle ayrılmış olması, eğer sözleşmede hakemler ismen belirlenmiş değilse, taraflar veya mahkemece yerine başka hakemin seçilmesi gereğini doğurmakta, fakat tahkim süreci devam etmektedir.³⁷⁸

3.2.1.3. Hukuk Sistemi Seçimi

Mecelle sisteminde, taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı çözmeye yetkili hâkimi-hakemi seçebiliyorlar, fakat uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk ve adalet sistemi aynı kalıyordu.³⁷⁹ Halbuki yeni sistemde, taraflar, yargılamayı yapacak hakemlerin yanı sıra, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk konusunda da seçim hakkına sahiptirler.³⁸⁰

³⁷⁷ Rabi KORAL, *Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*, Jurnal of İstanbul University Law Faculty 13/1 (Eylül 2011), s. 201-202.

³⁷⁸ KORAL, a.g.m., s. 203.

³⁷⁹ Mecelle md.1849.

³⁸⁰ KORAL, a.g.m., s. 204-205.

3.2.1.4. Tahkimin Mahiyeti

Yine Mecelle'deki sistem açısından, tahkimin, bazen vekalet bazen sulh gibi kabul edildiğini ve bu sebeple taraflar arasındaki ilişkinin akdî bir ilişki olduğunu söyleyebiliriz. Akdî ilişkinin, taraflar bakımından hüküm oluşmadan önce istendiği zaman bağlayıcılığı olmaksızın sonlandırılabilceğini biliyoruz. Tahkim akdi de bu anlamda lazım olmayan akitler grubundadır. Fakat, tahkim sürecinin sonucunda ulaşılan hakem kararı, bağlayıcı ve geri dönülemezlik karakteri ile kazâî nitelikte bir işlemdir. Hakemin taraflar üzerindeki velayet-i şer'iyyesine dayalı olarak meydana gelmiştir. Bu anlamda, hakem hâkim gibidir.³⁸¹ Yeni sistem itibarıyla de hakem kararının bağlayıcılığı, tarafların aralarında, hakem kararına uyacaklarına dair akdettikleri sözleşmeye dayanır.

3.2.2. Fer'i Nitelikte Farklılıklar

Ana sistem bakımından yaptığımız bu değerlendirmelerden sonra, fer'i nitelikteki farklılıkları³⁸² da şöylece özetleyebiliriz:

3.2.2.1. Tahkimin Şarta Bağlanması

HMK.md.412/2 ye göre, taraflar aralarında yaptıkları bir sözleşmeye, bu sözleşmeden dolayı aralarında doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine dair bir şart (tahkim şartı) koyabilirler. Fakat 'tahkim şartı' ile 'tahkimin şarta bağlanması' aynı şey değildir. Mecelle'nin dayandığı, Hanefî mezhebinde müftâ bih olan görüşe (ki Ebu Yusuf'un görüşüdür) göre, 'tahkimin şarta ta'lîki ve zamana izafesi' caiz değildir. Bu ileride doğacak bir uyuşmazlığı halletmek üzere bir hakemi görevlendirmek anlamına gelir ki, bu konunun belirsizliği sebebiyle caiz değildir. Fakat, taraflar arasında belirgin bir ilişkiden (mesela bir satım sözleşmesinden) doğacak uyuşmazlığın çözümü için hakem belirlenmişse burada konu da belirlenmiş sayılır.

³⁸¹ KORAL, a.g.m., s. 204-208.

³⁸² KORAL, a.g.m., s. 209-218.

3.2.2.2. Hakem Kararlarının Oluşması

Mecelle md. 1844' e göre, hakemler birden fazla olduklarında, kararın oybirliği ile alınması şarttır. Halbuki HMK.md.433/1³⁸³ gereğince hakem kurulu oy çokluğuyla da karar alabilir. Ayrıca, yine taraflar veya diğer hakem kurulu üyeleri yetki vermişse, yargılama usulüne dair kararları, hakem kurulu başkanı tek başına alabilir.

3.2.2.3. Hakemler Tarafından Başka Bir Hakem Tayini

Mecelle md. 1845'e göre, hakemler, oybirliğine ulaşamadıkları takdirde bir üçüncü hakem tayin etmek üzere yetkilendirilmişlerse, yeni bir hakem daha tayin edebilirler. Fakat böyle bir yetkileri yoksa tahkim sona erer. HMK.md.416'da³⁸⁴ hakemlerin seçimi usulü ayrıntılı olarak anlatılmıştır. Taraflardan biri bir hakem, diğeri başka bir hakem belirledikten sonra, bu hakemler aralarında anlaşarak bir üçüncü hakem belirlerler. Tek sayıda olması gereken hakem kurulu, sayı arttıkça aynı usulleri uygulayarak seçime

³⁸³ HMK. md. 433: “*Hakem kurulunun karar vermesi*/ Madde 433- (1) Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem kurulu oy çokluğuyla da karar verebilir. / (2) Taraflar veya hakem kurulunun diğer üyeleri yetki vermişlerse, hakem kurulu başkanı, yargılama usulü ile ilgili belirli konularda tek başına karar verebilir. / (3) Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir.”

³⁸⁴ “*Hakemlerin seçimi* / Madde 416- (1) Taraflar, hakem veya hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmakta serbesttir. Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa hakem seçiminde aşağıdaki usul uygulanır: /a) Ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir. / b) Tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından seçilir. / c) Üç hakem seçilecek ise taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki talebinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki bir ay içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem, başkan olarak görev yapar. /ç) Üçten fazla hakem seçilecek ise son hakemi seçecek olan hakemler yukarıdaki bentte belirtilen usule göre taraflarca eşit sayıda belirlenir. /d) Hakemin birden fazla kişiden oluşması hâlinde en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması şarttır. /(2) Hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen; /a) Taraflardan biri sözleşmeye uymazsa, /b) Kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa, /c) Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse, hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılır. Mahkemenin, gerektiğinde tarafları dinledikten sonra bu fıkra hükümlerine göre verdiği kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Mahkeme, hakem seçiminde tarafların sözleşmesini ve hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması ilkelerini göz önünde bulundurur. Üçten fazla hakem seçilecek hâllerde de aynı usul uygulanır.”

devam eder. Anlaşmanın sağlanamadığı durumlarda hakem seçimi için yetkilendirilmiş kurullara veya mahkemeye müracaat edilerek seçim tamamlanır.

3.2.2.4. Tahkim Süresi

Mecelle md.1846'ya göre, taraflar tahkim için bir süre kararlaştırmışlarsa, o sürenin bitimiyle tahkim sona erer. Süre tayini, tarafların inisiyatifindedir. Süre belirlemek zorunda değildirler. HMK. md. 427'e³⁸⁵ göre, hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde esasa dair karar verilmelidir. Süre tarafların anlaşmasıyla uzatılabilir, fakat anlaşma olamıyorsa taraflardan birinin mahkemeye müracaatı ile uzatılması mümkündür.

3.2.2.5. Tahkimin Şekli

Mecelle'de tahkim anlaşmasının yapılaş şekline dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar, sözlü olarak, tayin ve tahkim şartlarını belirleyebilir, maslahat icabı gerekli görürlerse bu anlaşmayı yazılı olarak yapabilirlerdi. Hükmün bile yazılı olması gerekmezdi, zira taraflar tahkim sürecine girdikleri için hükmü uygulamayı taahhüt etmiş olurlardı. Eğer taraflardan biri, itiraz edeceğini bildirir veya hükmün icrası için devlet müdahalesi gerekli olursa, dayanak olarak hüküm yazılı hale getirilirdi. Fakat bugün, HMK. md. 412/3³⁸⁶ gereğince tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır ve süreç yazılı olarak devam ettirilir.

3.2.2.6. Tahkimin Şartları

Hem Mecelle hem de bugünkü hukukumuz bakımından, hakemler, sadece tarafların, kendilerini yetkilendirdikleri hususlarda yargılama yapma hakkına sahiptirler. Hakem

³⁸⁵ HMK. md. 427: “*Tahkim süresi* /Madde 427- (1) Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren *bir yıl içinde*, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir. / (2) Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabilir. Mahkemenin, bu konudaki kararı kesindir.”

³⁸⁶ Bkz. Yukarıda “3.1.4.5. Tahkim Sözleşmesinde şekil” konusu.

kararları, sadece kendilerini yetkilendiren kişiler hakkında ve yetkilendirildikleri konularda geçerlidir (Mecelle md.1842). Aynı şekilde, HMK. md. 439/d ye göre, hakemlerin yetkisini aşması, yetkileri olan konunun dışında veya eksik olarak karar vermiş olmaları bir iptal davası açma sebebi olarak belirlenmiştir.

3.2.2.7. Hükümün Onanması

Mecelle sisteminde, hükmün hâkime arz edilmesi mecbûrî değildir. Mecelle md.1849’a göre, hakemin hükmü, hâkime arz edildiğinde, hâkim, bu hükmün usulüne (usulü meşrûasına³⁸⁷) uygun olarak alındığını kabul ederse tasdik edip imzalar. Uygun bulmazsa hükmü iptal eder. Uygun görülüp tasdik edilen hüküm, md.1848’e göre mahkeme kararı gibi olup her yerde geçerlidir. Hâkime arz edilmeyen hüküm, sulh niteliğinde kalır. Bugün ise hakem kararları, mahkemeye tescil ettirilir (HMK.md.436/3) ve bu hüküm taraflar arasında ‘kesin hüküm’ niteliği kazanır. Hakem kararlarına karşı, yalnızca iptal davası açılabilir. Kesinleşmiş hakem kararları için ‘yargılamanın iadesi’ istenebilir.

3.2.2.8. Tahkim Türleri

Önceden ihtiyârî tahkim asıldı. Mecelle’nin hazırlanmasını hazırlayan şartlar dahilinde, yabancılarla yapılan ticaret, gelişen denizcilik imkanları, bu kurumların işleyişinde meydana gelecek uyuşmazlıkların çözümünü, ticaret odalarına ve tahkim kurullarına yönlendirmek ihtiyacı meydana getirdi. Özellikle sigorta ile ilgili zorunlu tahkim düzenlemeleri yapılmıştı. Bugün ise hem ihtiyârî hem zorunlu tahkim kategorileri içinde çok çeşitli tahkim yolları bulunmaktadır.

3.2.2.9. Tahkime Elverişlilik

Her iki sistemde, tahkimin ‘hukuki dayanaklarının’ farklı olması sebebiyle “tahkime elverişlilik” hususlarında ortaya çıkmış değişiklikler bulunmaktadır.

³⁸⁷ “Usûl-ü Meşrûa” için bkz. Mecelle md. 1849’un açıklaması.

3.2.2.10. Hakemlik Ehliyeti

Mecelle'nin sisteminde hâkimler için aranan ehliyet, kısmen hakemler için de aranıyordu. Bu anlamda hakemliğe ehliyet kriterlerinde de farklılıklar mevcuttur. Konu ile ilgili ayrıntıları, 'Mecelle'de hakemliğe' dair esasları incelerken zikretmiştik.



SONUÇ

Tahkim, bilinebilen insanlık tarihi boyunca, insanlar arası ilişkilerde bir anlaşmazlık olması halinde, adalete ve barışa ulaşabilmek için kullanılan bir çözüm yöntemi olmuştur. Siyasi otorite ve yargı makamlarının belirgin olmadığı zamanlarda bile, bütün topluluklarda aşağı yukarı benzer usullerle uygulanmış, insanlar, adaleti hakemler yoluyla temin etmeye çalışmışlardır. Zamanla, tahkim yoluyla ceza gerektiren suçların yargılanmasında, insanların vücut bütünlüğüne ve özgürlüğüne karşı hükmedilebilecek cezaları dengeye oturtmak ve insanların kişisel hırslara kapılarak ölçüyü kaçırmalarına mâni olmak ihtiyacı, bu uygulamanın otoriteler tarafından düzenleme altına alınmasını gerektirmiştir. Siyasi otoritelerin, öncelikle yargılama yetkisini sınırlama ve ceza uygulama yetkisini tekele alma konusundaki iradeleri, tahkim konusunda geliştirici bir rol oynamış ve zamanla tahkim kurumu, devlet yargısına yardımcı, insanlar açısından kolaylaştırıcı ve etkili bir çözüm yöntemine dönüşmüştür.

İslam Hukuku özelinde konuyu incelediğimiz zaman, tahkim kurumunun gelişimi açısından benzer kanaate ulaşmak çok mümkün görünmemektedir. Başlangıçta, gerek Kur'an-ı Kerim'de bulunan ayetler, gerek bizzat Hz. Peygamberin uygulamaları, insanlar arasındaki problemlerin çözülerek, sür'atle adaletin, barış ve dengenin temini yönünde teşvik edici olmuştur. İnsanların, doğruluk ve dürüstlikle birbirleri arasında çıkan ihtilafları halletmeleri, sulhe yönlendirmeleri daima tavsiye edilmiştir. Fetihler sonrası, Müslümanların varlık gösterdikleri coğrafyaların genişlemesi, siyasi otoritenin güçlenmesi ve bu anlamda devlet yargısının oluşumuyla sonuçlanmıştır. Farklı kültürlerle sahip, değişik milletler üzerinde hakimiyet kurmak ve gidilen yerlerde adaletli bir düzeni oturtmak gayesi, halkın yaşayışını idare eden birçok kurumun düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Yargı kurumu, başlı başına siyasi otoriteyi temsil ediyorken, zamanla idari teşkilat içinde önemli bir şubeye dönüşmüş ve varlığını devam ettirmiştir.

Abbasiler zamanında başlayıp giderek gelişen mezhep uygulaması ve bölgelerde yaygın olarak mensubu bulunan mezheplerden kadılar tayin edilmesi, hukukî istikrar ve güven ortamının temini bakımından önemli bir rol üstlenmiştir. Kadıların yargılama

faaliyetinde benimsedikleri ana ilke, İslam hukukuna bağlı olarak ve bir hukuk sistemi içinde âdil uygulamalar yapabilmektir ve bu konuda çok titizlik gösterirlerdi. Çünkü kadılar, bizzat devlet başkanı tarafından görevlendirilmiş, yargı alanında velâyet-i şer’iyyeye sahip görevlilerdi. Diğer bir anlatımla, halife/sultanın sahip olduğu velâyet-i âmmeden yetkisini alan ve onu yargı alanında temsil eden görevlilerdi. Hükümleri de bu velayet sebebiyle geçerliydi.

Mezheplerin oluşumundan itibaren tedvin edilmeye başlanan fıkıh eserlerinde, velâyet-i şer’iyyenin önemi ve bu velayete sahip kimselerin büyük sorumluluğu olduğuna dair birçok ayrıntı bulmak mümkündür. Bu sorumluluğu taşıyacak kimseler, Müslüman olmanın yanı sıra, içtihad yapabilecek kapasitede âlim kimseler olmalıydı, fakat zamanla müçtehid sıfatını taşıyabilecek potansiyelde bilgili kimseler bulmak zorlaşmıştı. İşte bu zamanlarda yazılan eserlerde, kadılık yapmanın şartlarını taşımayan kimselerin kazâ faaliyetinde bulunmasının engellenmesi gereği, fâsık kimselerin görev almasına engel olmayan yetkililerin karşılaşacağı uhrevî sorumluluk özellikle vurgulanmıştır. Yine bu sebeplerle, fıkıh eserlerinin, ‘bir kazâ faaliyeti olarak tahkim’ konusunu ele alan bölümlerinde, hâkimin her şekilde hakemden üstün olacağı, halkın ihtilaflarını çözdürmek üzere kadiya müracaatlarının daha uygun olduğu ve “tahkim şer’an caiz olduğu halde, avamın bu konuda cesaretlenmesini engellemek ve cahil kişilerin mezhep hükümlerinin mehabetine zarar vermesine engel olmak” gibi saiklerle, müftülere tahkimin cevazına dair fetva vermeyi yasaklamanın uygun görüldüğü ifadeleri bulunmaktadır. Bu tavsiyelerin uygulamadaki etkisini ölçmek, mümkün değildir. Fakat en azından tahkim uygulaması açısından olumsuz bir yaklaşım olduğu ve bu sebeple tahkime dair dikkat çekici bir gelişmenin olamadığı düşünülebilir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’nin hazırlandığı zamanın şartlarını inceledik. İslam Hukuku açısından tedvin edilen ilk kanun olmasının önemi de açıktır. Fakat Mecelle, aynı zamanda, döneminde tahkim uygulamasının ulaştığı son noktayı da ifade eden bir kanuni düzenlemedir. Bundan başka, Mecelle’nin, Osmanlı devletinden hemen sonra yürürlükten kalkmış olmasına rağmen, tahkim açısından, birçok bölgede bu maddeleriyle uygulanmış olduğunu da tesbit ettik.

“Mecelle’de Tahkim” konusunu ele aldığımız ve günümüz hukukundaki düzenleme ile mukayesesine de yer verdiğimiz bu çalışma sonunda ulaştığımız neticeleri şu şekilde maddeleştirerek özetlemek mümkündür:

1. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, İslam Hukuku'na dayalı olarak gerçekleşmiş kanunlaştırma hareketinin ilk örneğidir.
2. Hanefî mezhebinin görüşleri çerçevesinde oluşturulmuştur.
3. Tahkim konusu, 16. Kitab olan Kitabü'l-Kazâ'nın 4. Bâbı olan "Tahkime dair mesâil beyânındadır" başlıklı kısımda incelenmiştir.
4. Tahkim konusu, tanımını içeren 1790. Madde ile 1841-1851. maddeler arası toplam 12 maddede düzenlenmiştir.
5. Tahkimin sadece kul haklarına dair mal davalarında uygulanabileceği beyan edilmiş; had, kısas ve Allah hakları kapsamındaki kamu davalarında tahkim caiz görülmemiştir.
6. Ayetlerde ifade bulan şekliyle, karı-koca geçimsizliğine ilişkin hakem usulü, aileye müteallik haklar, nesep davaları ile ilgili meseleler, Mecelle'de düzenlenmemiştir. Aile Hukuku, 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-u Aile Kararnamesinde ayrıntılı olarak ele alınmış olup, karı-koca ilişkilerinde meydana gelecek anlaşmazlıkların çözülmesine dair hakemlik usulü, bu kararnamenin 130. Maddesinde düzenlenmiştir.
7. Mecelle'ye göre, hakemin hükmü, sadece kendisini hakem tayin eden taraflar arasında ve onların hakemliğini istediği konuda caiz ve geçerli olup başkalarına etki etmez.
8. Bir anlaşmazlık konusunda, birkaç hakem tayin edilebilir. Taraflar kendi hakemlerini belirleyebilir. Fakat böyle bir durumda hakemler oybirliğiyle karar almalıdırlar, anlaşamazlarsa tahkim sona erer.
9. Hakemler, uyuşmazlığın taraflarınca başka hakem tayin etmeye yetkilendirilmişlerse başka hakem de tayin edebilirler.
10. Taraflar, tahkim için süre belirlemek zorunda değildir. Fakat bir süre belirlemişlerse, bu sürenin bitiminde tahkim sona erer.
11. Taraflar birlikte veya yalnızca biri, hüküm oluşmadan önce hakemi azledebilir, hükümden sonra hakem azledilemez.
12. Hakemlerin kararı, aynı mahkeme kararı gibi geçerlidir ve o şekilde icra edilir. Taraflar, 'usulüne uygun' olarak verilmiş hakem kararına itiraz edemezler.

13. Hakem kararı, istenildiği takdirde hâkime veya kararı tetkik edecek ikinci bir hakeme incelettirilebilir. Hâkim, ‘usulüne uygun’ bulursa imzalar ve kararı yürürlüğe sokar. Uygun bulmazsa, hükmü iptal eder.
14. Taraflar, hakemi sulh yapmaya yetkilendirmişlerse, hakemin yapacağı sulh geçerli olur ve istenirse bu anlaşma, hâkim tarafından tescil edilebilir.
15. Bir kimse, kendisinden istenmediği halde uyuşmazlığı çözmek üzere hakem gibi karar verir ve taraflar bu duruma sonradan onay verirlerse, bu kimsenin hükmü geçerli olur.
16. Bugün yürürlükte olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Mecelle’deki tahkim düzenlemesinden farklı olarak; tahkim sözleşmesinin geçerliği için yazılı şekil şartı konmuş; taraflar tahkim süresi belirlememiş veya süreyi kendilerince belirlemiş olsalar bile, yine de uymak zorunda oldukları bir kanunî süre rejimi getirilmiş; yargılama sürecinde görevli birden çok hakemin varlığı halinde, oylama esnasında bir belirsizlik yaşanmasını önlemeye matuf olarak, hakem sayısının tek sayıyla sınırlı olması gerektiği şartı ilave edilmiş; yine karar esnasında hakemler arasında oybirliği oluşmıyorsa, oy çoğunluğu ile karar alabilme imkânı getirilmiş; son olarak, hakemin reddi usulü ve hakem kararının iptal sebepleri düzenlenmiştir.

Önemli bir hukuk kurumu ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak “Tahkim”in gelişme aşamalarını inceledik. Gerek ‘İslam hukuku görüşleri dikkate alınarak hazırlanan Mecelle’de’ ortaya konan ‘tahkim usulü’ gerekse sonradan Türkiye Cumhuriyeti kanunlarında zamanın ihtiyaçları gözetilerek geliştirilmiş ‘tahkim usulü’, bu yöntemin daha uzun zamanlar insanların kullanmaya devam edecekleri bir uygulama olarak kalacağı izlenimi vermektedir. *Mecelle* ve *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*nu birlikte değerlendirdiğimizde şöyle bir sonuca varmak mümkündür: “Tahkim” kurumunun kesintisiz olarak gelişimini devam ettirdiği, zamanımızın gerek ulusal gerekse uluslararası ticaret ve diğer girift insanî ilişkileri içinde, devlet yargısına yardımcı olacak çok önemli bir işleve sahip olduğu ve bu anlamda geniş bir yeri olmaya devam edeceği düşünülmektedir.

KAYNAKLAR

1. Kanunlar ve Resmi Düzenlemeler:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf> (erişim 8.11.2023)

864 no.lu Kanun-u Medenî'nin suret-i mer'iyet ve şekl-i tatbiki hakkında Kanun,

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400864.pdf (erişim 5.02.2024)

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, MTK.

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4686.pdf> (erişim 8.11.2023)

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, TMK.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf> (erişim 10.10.2023)

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, TBK.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6098.pdf> (erişim 7.10.2023)

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, HMK.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6100.pdf> (erişim 2.10.2023)

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, HUAK.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6325.pdf> (erişim 8.11.2023)

Kur'an-ı Kerim, <https://kuran.diyanet.gov.tr> (erişim 4.1.2024)

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, 3.Bası, (İstanbul: Dersaadet Matbaa-i Osmâniyye, 1308 H).

Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, *Tahkime ilişkin Temel Kavramlar, Düzenlemeler ve Güncel Gelişmeler*, Cumhurbaşkanlığı Yayınları, Ankara 2021, 1. Baskı, sy.1

T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, *TBMM (S. Sayısı: 393) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574) Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-1293/1690*, Genel Gerekçe, s.1.

<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf> (erişim 8.11.2023)

Usul-ü Muhâkemat-ı Hukukiye, Kavânîn-i Cedîd Kütüphanesi, Nşr: İkbâl Kütüphanesi Sahibi Hüseyin, 1327-1329 H., Dersaadet-Sancakyan Matbaası.

2. Kitap ve Makaleler:

- Abdülbaki, Muhammed Fuad; *Mu'cem'l-Müfehres li Elfazi'l-Kur'ani'l-Kerim*, (Kahire: Darü'l-Hadis, 1422/2001).
- Akgündüz, Ahmet; "HAKEM", DA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hakem> (erişim 20.10.2023).
- Akgündüz, Ahmet; *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Kllyt*, (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakltesi Yayınları No:6 1986).
- Ali Haydar Efendi (Hoca Emin Efendizde), *Dürerü'l-Hükkâm şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2016), 1.Baskı, 4.cilt.
- Apak, Âdem; *Ana Hatlarıyla İslam Tarihi (I)*, (İstanbul: Ensar Yayınları, 2016), 18.Baskı.
- Apaydın, H. Yunus; *İslam Hukuk Usulü*, (Ankara: Bilay Yayınları, 2020).
- Asım Efendi; *Kâmus tercümesi*, (İstanbul: Cemal Efendi Matbaası,1305), 4 cilt, Cilt 4.
- Arslan, Âdem; *İslam ncesi Cahiliye Dönemi Muhakeme Hukuku*, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.9, sy.47, Aralık 2016.
- Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatı*, 4. Bası., (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları 1999).
- Avcı, Casim ve Recep şENTüRK; "KABLE", DA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kabile> (erişim 17.10.2023).
- Avvâ, Fatıma Muhammed el-; *Akd't-Tahkim fi ř-şerîati ve'l-Kann*, 1.bası (Beyrut: El-Mektebetü'l-İslam, 1423/2002.).
- Aydın, M. Âkif; *İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*, Türk Hukuk Tarihi araştırmaları dergisi, sy.1, 2006 (Bahar).
- Aydın, M. Âkif; *Osmanlı Hukuku Devleti Aliyye'nin Temeli*, (İstanbul: İSAM Yayınları 2020).
- Aydın, M. Âkif, "MECELLE-i AHKÂM-ı ADLYYE", DA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/mecelle-i-ahkam-i-adliyye> (erişim 24.11.2023).
- Balcı, Muharrem; *İhtilafın Çözüm Yolları ve Tahkim*, (İstanbul: Danışman Yayınları, 1999).

- Bardakoğlu, Ali; *Toplum-Hukuk İlişkisi Açısından Cahiliyye Hukuku Örneği*, Düünden Bugüne İslam Dünyasında Zihniyet değışiklikleri ve Çağdaşlaşma Problemleri Sempozyumu, Bursa 1990.
- Bardakoğlu, Ali; “Ehliyet” maddesi, DİA 10.cilt, İstanbul 1994.
- Bayındır, Abdülaziz; *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, 2. Baskı, (İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2015).
- Berki, Ali Himmet; *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)*, (İstanbul: Hikmet Yayınları, 1978), XI.
- Bezzâzî, Hâfızuddîn Muhammed b. Muhammed b. Şihâb el-Kerderî el-Hârizmî el- (ö. 827/1424); *Fetâvâ el-Bezzâziye*, thk. Salim Mustafa el-Bedrî, 1.Baskı, (Lübnan: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2009), 2 cilt.
- Bilmen, Ömer Nasuhi; *Hukuk-u İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1970), 8 cilt.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu'fi el- (ö. 256/870); *Camîu's-Sahih*, (Mısır: Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, 1311 H). (Mektebetü's-Şamile nşr:1433).
- Cevad Ali; *El-Mufasssal fî Târihi'l-Arab Kable'l-İslam*, Darü's-Sakî, 7 cilt, 4.bası, 1422/ 2001. (Mektebetü's-Şamile nşr. 1431)
- Cevdet Paşa, *Tezâkir, 40-Tetimme*, yayınlayan: Cavid BAYSUN, 3.Baskı (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi 1991), 4 cilt.
- Cühenî, Mes'ud Avvad Hamdan el-Burkânî el-; *et-Tahkîm fî's-Şerîati'l-İslâmiyye*, (el-Medînetü'l-Münevvere: Mektebetü Dâri'l-İmân, 1414 H.1994 M).
- Çeker, Orhan; *Osmanlı Hukuk-u Aile Kararnamesi*, (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2016), 4.Baskı.
- Çeliker, Hüseyin; *İslam Hukukunda Tahkim*, Diyanet İlmî Dergi, DİB yayınları, Ocak-Şubat-Mart 2005, sy.1.
- Çetiner, Bedreddin; *Fâtihâ'dan Nâs'a Esbâb-ı Nüzûl, Kur'an Ayetlerinin İniş Sebepleri*, (İstanbul: Çağrı Yayınları, 2016), 5.Baskı, 2 cilt.
- Derdîr, Ebü'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed ed-Derdîr el-Adevî (ö.1201/1786), *Eş-Şerhü'l-Kebîr li's-şeyhi'd-Derdîr*, Darü'l-Fikr, 1-4, Darü'l-Fikr, t.y., (Mektebetü's-Şamile nşr:1431).

- Desûkî, Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafe ed- (ö. 1230/1815); *Haşiyetü't-Desûkî alâ Şerhi'l-Kebîr*, 1-4, Darü'l-Fikr, t.y., (Mektebetü's-Şamile nşr:1431).
- Devellioğlu, Ferit; *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat*, (Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 2008), 25.Baskı.
- Dönmez, İbrahim Kâfi; *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*, (Ankara: TDV Yayın ve Matbaacılık-İsam Yayınları, 2015), içinde; Suphi MAHMESÂNÎ-İbrahim Kâfi DÖNMEZ; *İslam Hukukunun Tedvini I*.
- Dûrî, Kahtan Abdurrahman ed-; *Akdü't-Tahkîm fî'l-fikhî'l-İslâmî ve'l-Kânûnu'l-Vad'î*, 1.Baskı, (Bağdat: el-Cumhuriyyetü'l-İrâkiyye Vezâretü'l-Evkaf ve's-Şuûni'd-Dîniyye İhyau't-Türâsi'l-İslâmî, 1405/1985).
- Düzenli, Pehlül; *Ma'rûzât Şeyhülislam Ebussuûd Efendi*, (İstanbul: Klasik Yayınları, 2013).
- Düzenli, Pehlül; *Şeyhülislam Ebussuûd Efendi ve Fetvaları*, (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 2012).
- Erdem, Sami; *Türkçede Mecelle Literatürü*, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Cilt 3, Sayı 5, 2005.
- Fetâva'l-Âlemgiriyyeti'l-Ma'rufeti Bi'l-Fetâvâ'l-Hindiyye*; Nizameddin el-Birnihâburî riyasetinde bir grup alim, 3.Baskı, (Bulak-Mısır: Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye 1310), 6 cilt. (Mektebetü's-Şamile 1431).
- Hacı Reşid Paşa, *Rûhu'l-Mecelle*, (İstanbul: Dersaadet-Matbaa-i Hayriye, 1328). PDF: Afyon Kocatepe Üniversitesi. https://kutuphane.aku.edu.tr/kutuphane/nadireserler/E001510;_Ruhul_Mecelle_5-8._Cilt;_Paşa_Hacı_Reşit_;_1328/index-h5.html#page=1084 (erişim 16.08.2024)
- Hafif, Ali el-; *İslam Hukukuna göre Hukuki işlemler ve Hükümleri*, çev. Rahmi YARAN, (Ankara: TDV yayınları, 2020), 4.Baskı.
- Halebî, İbrahim b. Muhammed b. İbrâhîm el- (ö. 956/1549); *Mülteka'l-Ebhur* (İzahlı Mülteka el-Ebhur Tercümesi), trc: Mustafa Uysal, (Konya: Kuzucular Ofset,1982).
- Hamidullah, Muhammed; *İslam Peygamberi*, trc. Said MUTLU ve Salih TUĞ, (İstanbul: İrfan Yayınevi, 1969 / 1388 H), 2 cilt.

Haskefi, Muhammed b. Ali el- (ö.1088/1677); *ed-Dürrü'l-muhtâr şerhu tenvîri'l-Ebsâr*, Haşiyesi Reddû'l-Muhtar ile birlikte. (*Hâşiyetü Reddi'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar: Şerhü Tenvîri'l-Ebsâr*.) Nşr: Şeriketü Mektebeti ve Matbaati Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve Evlâdihi, Mısır, 2.Bası, (Beyrut: Darü'l-Fikr, 1386/1966), 6 cilt. (Mektebetü's-Şamile nşr:1431).

Güçlü, Yaşar, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019).

Gürzumar, Fikri ve Tekin Gürzumar (Yeni Harflere Çevirenler); *Kanunname-i Ticaret ve Zeyilleri*, Ali Himmet Berki (Metni Kontrol Eden), (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1962).

İbn Abidin, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî (ö. 1252/1836); *Haşiyetü Reddi'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar: Şerhü Tenvîri'l-Ebsâr*, Nşr: Şeriketü Mektebeti ve Matbaati Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve Evlâdihi, Mısır, 2.Bası (Beyrut: Darü'l-Fikr,1386/1966), 6 cilt. (Mektebetü's-Şamile nşr:1431).

İbn Ferhun, Burhanüddîn İbrahim b. Ali b. Muhammed (ö.799/1397), *Tebşiratü'l-Hükkam fî usûli'l-akdiyeti ve menâhici'l-ahkâm*, Nşr: Mektebetü'l-Külliyeti'l-Ezheriyye, 1.baskı, 1406/1986. 2 cilt. (Mektebetü's-Şamile 1431).

İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd b. Hazm el-Endelüsî el-Kurtubî (ö. 456/1064); *el-Muhallâ bi'l-Âsar*, thk: Abdülgaaffar Süleyman el-Bendarî, (Beyrut: Darü'l-Fikr, t.y.), 12 cilt. (Mektebetü's-Şamile nşr:1431).

İbn Hişam, Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdülmelik b. Hişam b. Eyyûb el-Himyerî el-Meâfirî el-Basrî el-Mısırî (ö. 218/833); *es-Sîretü'n-Nebeviyye*, çev: İzzet HASAN ve Neşet ÇAĞATAY, (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1971).

İbn Hümam, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî (ö. 861/1457); *Şerhu Fethi'l-Kadir ale'l-Hidayeti Şerhi Bidayeti'l-Mübtedî*, (Beyrut Lübnan: Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1415/1995), 8 cilt.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâilî el-Makdisî (ö. 620/1223); *el-Muğnî*, thk: Abdullah b. Abdi'l-Muhsin Et-Türkî, Abdü'l-fettah Muhammed el-Hulv, 3.bası, (Riyad: Darü Alimi'l-kütüb li't-Tabâati ve'n-Neşri ve't-tevzî ,1417/1997), 15 cilt. (Mektebetü's-Şamile nşr:1441).

İbn Manzur, Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Alî b. Ahmed el-Ensârî er-Rüveyfî (ö. 711/1311); *Lisanü'l-Arab*, (Beyrut: Darü Sadır, t.y.).

İbn Neccâr El-Fütûhî, Ebû Bekr (Ebü'l-Beka) Takıyyüddîn Muhammed b. Ahmed b. Abdilazîz el-Fütûhî (ö. 972/1564), *Münteha'l-İrâdât*, 5/261.

- İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî (ö. 970/1563); *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik ve Minhatü'l-Hâlik ve Tekmiletü't-Tûrî*, Darü'l-Kitabi'l-İslami, nşr, ty., 2.bası, 8 cilt. (Mektebetü's-Şamile 1431).
- İbn Rüşd (el-Hafîd), Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî (ö. 595/1198); *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Nşr: Darü'l-Hadîs, 1425/2004, 4 cilt. (Mektebetü's-Şamile nşr:1431)
- İbrahim, Ahmed Beg ve Vâsıl Alaaddin Ahmed İbrahim; *Kitabü's-Şerîati'l-İslamiyye, Turuku'l-Kazâ fi's-Şerîati'l-İslamiyye: el-Murafaât ve'l-Kazâ ve't-tahkîm ve'l-iftâ ve's-Sulh fi's-Şerîati'l-İslamiyye*, 1.Bası., (Kâhire: el-Mektebetü'l-Ezheriyye li't-Türâs 2010).
- İnalcık, Halil, *Osmanlı Tarihinde İslamiyet ve Devlet*, 1.Baskı, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2016).
- Kapar, Mehmet Ali; *"EYYÂMÜ'L-ARAB"*, DİA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/eyyamul-arab> (17.10.2023).
- Kara, Betül; *Dürerü'l-Hükkam Fî Şerhi Gururî'l-Ahkam'ın Şerh ve Haşiyeleri Bağlamında Fıkhî Düşüncenin Gelişimi*, Yayınlanmamış Doktora tezi, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022).
- Karaman, Hayrettin ve Mustafa Çağrııcı ve İbrahim Kâfi Dönmez ve Sadreddin Gümüş, *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları 2006), 4 cilt.
- Karaman, Hayrettin; *Bağlayıcılık Bakımından Rasulullah'ın Davranışları*, “Hz. Peygamber ve Aile Hayatı” Tartışmalı ilmî toplantılar dizisi, (İstanbul: İlmî Neşriyat İç ve Dış Ticaret A.Ş., t.y.)
- Karaman, Hayreddin, *"FIKİH"*, DİA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fikih#1> (erişim 03.06.2024).
- Karayalçın, Yaşar ve Ahmet Mumcu; *Türk Hukuk Bibliyografyası “Türk Harflerinin Kabulüne Kadar Yayınlanmış Kitap ve Makaleler” 1727-1928*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1972).
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el- (ö. 587/1191); *Bedâiu's-Sanâi' fi tertîbi's-Şerâi'*, 7 cilt, 1-2.c. Matbaatü Şeriketi'l-Matbûâtî'l-İlmiyye, 3-7.cilt Matbûâtü'l-Cemaliye Mısır. (Mektebetü's-Şamile nşr:1431)
- Kaşıkcı, Osman; *Mecelle'nin hazırlanışı, Özellikleri ve Üzerinde Yapılan Değişiklik Çalışmaları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü, İstanbul 1995.

- Kaşıkcı, Osman; *İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları 1997).
- Keleş, Ekrem; *İslam Hukukuna Göre Anlaşmazlıkların Çözümünde Hakem Usulü*, Yüksek Lisans Tezi, 1987.
- Koral, Rabi; “*Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*”. Journal of Istanbul University Law Faculty 13/1. (Eylül 2011)
- Kudûrî, Ebu'l-Hüseyin Ahmed b. Ebî Bekir Muhammed b. Ahmed el- (ö.428/1137); *Muhtasârü'l-Kudûrî*, trc Soner DUMAN ve Osman Güman, (İstanbul: Beka Yayıncılık, 1441/2019), Edebü'l-Kâdî, 553/2092-2096.
- Kuru, Bâki; *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, (Ankara: Yetkin yayınları, 2020), 2 cilt.
- Malik Bin Enes, Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes b. Mâlik b. Ebî Âmir el-Asbahî el-Yemenî (ö. 179/795); *el-Müdevvene*, (Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994 M 1415 H). (Mektebetü's-Şamile nşr:1431).
- Mardin, Ebu'l-ülâ; *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmed Cevdet Paşa*, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2009).
- Mâverdî, Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el- (ö. 450/1058); *Edebü'l-Kadî*, thk: Muhyi Hilal es-Serhân, (Bağdat 1392/1972), 2 cilt, 4.Baskı.
- Mehmed Ali Bey, *Rehber-i Tâlibîn-i Mecelle*, (İstanbul: Dersaadet Mahmud Bey Matbaası 1305 H.) s. 537.
- Mehmed Ziyaeddin Efendi; *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Şerhi*, (İstanbul: Dersaadet Kasbar Matbaası 1312).
- Merginânî, Ali b. Ebî Bekr b. Abdi'l-Celil el-Fergânî el- (ö.593/1197); *el-Hidaye fî Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedî*, thk: Tallal Yusuf, nşr: Dârü İhyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut-Lübnan, 3 cilt. (Mektebetü's-Şamile 1431).
- Merginânî, Ebu'l-Hasan Ali b. Ebî Bekr (ö.593/1197); *el-Hidaye Tercümesi*, trc: Ahmet MEYLÂNÎ, (İstanbul: Kahraman Neşriyat, 1992).
- Mes'ûd Efendi; *Mir'at-ı Mecelle*, 1310/1892. (İstanbul: Matbaa-i Osmaniye, 1884/1302).
- Molla Hüsrev (ö.885/1480); *Dürerü'l-Hükkam şerhü Gureri'l-Ahkam*, Haşiyesi: *Ğunyetü zevi'l-Ahkâm fî buğyeti düreri'l-Ahkam*, Ebu İhlas Hasan b. Ömer ŞÜRÜNBÜLÂLÎ, Darü İhyai'l-Kütübü'l-Arabiyye t.y., 2 cilt.

- Molla Hüsrev; *Gurer ve Dürer Tercümesi, (İslam Fıkıhı ve Hukuku)*, trc: Arif ERKAN, (İstanbul: Eser Neşriyat, 1980), 4 cilt.
- Müslim, Ebü'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc b. Müslim el-Kuşeyrî (ö. 261/875); *Sahih-i Müslim*, muhk: Muhammed Fuad Abdülbâkî, (Beyrut: Darü İhyâi't-türasi'l-Arabî, 1955 M 1374 H). (Mektebetü's-Şamile 1431 H.)
- Nesâî, Ebû Abdirrahman Ahmed b. Şuayb b. Ali (ö.303/915); *es-Sünen (es-Sünenü'l-Mücteba)*, 1.Baskı (İstanbul: Ocak Yayıncılık,2019), 5 cilt.
- Nesefî, Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd en- (ö. 710/1310); *Kenzü'd-Dekâik*, thk: D. Said Bekdaş, (Darü'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Darü's-Sirâc, 1332/2011). (Mektebetü's-Şamile nşr:1435).
- Özçelik, Aynur; *Cahiliye Toplumunun Sosyo-Kültürel Yapısı*, II. Genç Akademisyenler Sempozyumu, Cahiliye Dönemi, ed. Feyza Betül KÖSE.
- Öztürk, Osman; *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, (İstanbul: İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, 1973).
- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz ATALAY, Muhammed ÖZEKES, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine göre Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 10. Bası.
- Sami, Şemseddin; *Kâmus-i Türkî*, (muh: Ahmed Cevdet, Dersaadet İkdâm Matbaası, İstanbul 1317), (İstanbul: Kapı yayınları, 2004).
- Schacht, Joseph; *İslam Hukukuna Giriş*, çev: Mehmet DAĞ, Abdülkadir ŞENER, (Ankara: Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1977).
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es- (ö. 483/1090), *el-Mebhut*, Nşr: Matbuatü's-Saade Mısır, Darü'l-Ma'rife Beyrut-Lübnan, 31 cilt. (Mektebetü's-Şamile nşr:1431)
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es- (ö. 483/1090), *el-Mebhut*, 1000 yılın İslam Fıkıhı Temel Eseri Deliller ve Hükümler, Ed. Prof. Dr. Mustafa Cevat AKŞİT, (İstanbul: Gümüşev 2015) 32 cilt.
- Simavî, Şeyh Bedreddin, Simavna Kadısıoğlu; *Camîu'l-Fusuleyn=Yargılama Usulüne Dair*, ed: H. Yunus APAYDIN, (Ankara: Kültür ve Turizm Bakanlığı, Kütüphaneler ve Yayınlar Genel Müdürlüğü Yayınları, 2012).
- Söğüt, İpek Sevda; *Roma Hukukunda Tahkim*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Şaban, Zekiyyüddin; *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usulü'l-Fıkıh)*, trc: İbrahim Kâfi DÖNMEZ, 34.Baskı, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları 2020).
- Şanlı, Cemal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986).
- Şeyh Nizam, Burhanpurlu; *Fetâvây-ı Alemgiriyye- Fetâvây-ı Hindiiyye*, trc: Mustafa EFE, (Ankara: Akçağ Yayınları, 1985), 6/388.
- Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-(ö. 977/1570); *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc*, thk: Ali Muhammed Muavvad ve Adil Ahmed Abdü'l-Mevcud, 1.bası, (Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1415/1994), 6 cilt. (Mektebetü's-Şamile nşr:1431).
- Taberî, Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr b. Yezid El-Âmilî et- (ö.310/923); *Tarihu'r-Rusul ve'l-Mulûk ve Silatü Tarih et-Taberî*, 1-11, (Beyrut: Darü't-Türâs, 1387/1967). (Pdf: Kuramer Kütüphanesi)
- Türkmenoğlu M.A. Ve D. Göklü; *Osmanlı Klasik Döneminde Arabuluculuk, Uzlaşma ve Muslihûn'un Konumu*, Avrasya University Faculty Of Economics And Administrative Sciences, International Online Conference On Social Sciences Researches, 150-166. <https://iocssr.avrasya.edu.tr/>.
- Uysal, Afra; *Mecelle'nin Arap Ülkelerindeki Yürürlüğü*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9(1), Bahar 2022.
- Velvâlicî, Ebü'l-Feth Zahirüddin Abdürreşid b. Ebî Hanife b. Abdirrezzak Hanefî (ö. 540/1146'dan sonra); *Fetavâ'l- Velvâliciyye*; thk: Mikdad b. Musa Firyevi; Halil el-Meys (Beyrut : Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2003/1424), 5 cilt.
- Yavuz, Cevdet; *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler*, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", <https://hukuk.marmara.edu.tr/akademik/yayinlar/ii-uluslararasi-ozel-hukuk-sempozyumu-tahkim> (Erişim 4.1.2024)
- Yavuz, Yusuf Şevki, "*FÂSİK*", DİA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fasik> (erişim 05.02.2024).
- Yeğengil, Rasih, *Tahkim (L'arbitrage)*, (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974).
- Yıldırım, Mustafa, *İslam ve Medenî Yargılama Hukukunda Tahkim*, (İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2002).
- Yıldırım, Mustafa, "*TAHKİM*", DİA, <https://islamansiklopedisi.org.tr/tahkim--fikih> (erişim 02.10.2023).

Zerka, Mustafa Ahmed ez-; *el-Fıkhü'l-İslamî fi Sevbihi'l-Cedîd, El-Medhalü'l-Fıkhıyyü'l-Âmm*, (Dımaşk: Darü'l-Kalem, 1433/2012), 2 cilt.

Zeylaî, Ebû Muhammed Fahrüddîn Osmân b. Alî b. Mihcen b. Yûnus es-Sûfî el-Bârîî ez- (ö. 743/1343); *Tebyînü'l-Hakâyık Şerhü Kenzi'd- Dekâik*, (Haşiye: Şihabüddin Ahmed eş-Şiblî), 2.baskı, (Beyrut: Darü'l-Kütübi'-İlmiyye, 2010), 7 cilt.



ÖZGEÇMİŞ

Adı, Soyadı	Haticetül Kübra	YAVUZ	
Doğum Yeri ve Yılı			
Bildiği Yabancı Diller	İngilizce	Arapça	
ve Düzeyi	Temel	Temel	
Eğitim Durumu	Başlama - Bitirme Yılı	Kurum Adı	
Lisans	1984	1991	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
	2015	2019	Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
Yüksek Lisans	2021	2024	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Temel İslam Bilimleri Tezli Yüksek Lisans Programı
Doktora			
Çalıştığı Kurum/lar	Başlama - Ayrılma Yılı	Çalışılan Kurumun Adı	
			Yavuz Hukuk Bürosu
Üye Olduğu Bilimsel ve Mesleki Kuruluşlar	İstanbul Barosu		
Katıldığı Proje ve Toplantılar			
Yayınlar:			
Diğer:			
İletişim (e-posta):			
Tarih:		18 / 07 / 2024	
İmza:			
Adı Soyadı:		Haticetül Kübra YAVUZ	

