

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

İSLAM HUKUKUNDA TAHKİM

Muhammed Fatih ÜNLÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Halit ÇALIŞ

KONYA-2023



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü
BİLİMSEL ETİK SAYFASI



Öğrencinin	Adı Soyadı	Muhammed Fatih ÜNLÜ		
	Numarası	18810601272		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri/İslam Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
Tezin Adı	İslam Hukukunda Tahkim			

Bu tezin hazırlanmasında bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Muhammed Fatih ÜNLÜ



ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	Muhammed Fatih ÜNLÜ		
	Numarası	18810601272		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri/İslam Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Halit ÇALIŞ		
Tezin Adı	İslam Hukukunda Tahkim			

İslam Hukukunda Tahkim

Tahkim, pek çok ülkede uygulanan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tez klasik fıkıhta tahkimin yeri ile tahkime ilişkin güncel tarafları bulunan bazı meseleleri ele almaktadır.

Tez iki ana bölümden meydana gelmektedir. İlk bölümde tahkimin teorik kısmı ele alınmıştır. Tahkim tanımı, çeşitleri, tarihçesi, Türk hukuk sisteminde tahkimin yeri, tahkimin fikhî mahiyet ve meşruiyeti, tahkim şartları, hakeme ilişkin meseleler, tahkime konu olan alanlar, tahkimin hükmü, tahkimin sonlandırılması, icrâsı ve temyizi ilk bölümde ele alınan temel hususlardır.

İkinci bölümde tahkimin müspet ve menfi yönleri, tahkimin kurumsal yönden gelişememe nedenleri, Türk hukuk mevzuatına göre tahkimde İslam hukukundan istifadenin imkânı, dini gereklilik bakımından tahkime müracaat, tahkim uygulamalarının tarihi süreci, günümüz tahkim uygulamaları ve İslam hukukuna dayalı tahkim uygulamalarında ihtiyaç duyulacak hakem kılavuzu hususları ele alınmıştır.



Author's	Name and Surname	Muhammed Fatih ÜNLÜ		
	Student Number	18810601272		
	Department	Basic Islamic Sciences / Islamic Law		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)	<input checked="" type="checkbox"/>	
		Doctoral Degree (Ph.D.)	<input type="checkbox"/>	
	Supervisor	Prof. Dr. Halit ÇALIŞ		
	Title of the Thesis/Dissertation	Method of Arbitration (Tahkim) in Islamic Law		

Method of Arbitration (Tahkim) in Islamic Law

Arbitration is an alternative dispute resolution method practiced in many countries. This thesis comprises not only the place of arbitration in classical jurisprudence but also some of the contemporary issues related to arbitration.

The thesis consists of two main parts. The first part involves the theoretical aspects of arbitration. The definition of arbitration, its types, its history, the place of arbitration in the Turkish legal system, the jurisprudential nature and legitimacy of arbitration, the conditions of arbitration, the issues related to the arbitrator, the areas subject to arbitration, the judgment of arbitration, the termination of arbitration, its execution and appeal are the main issues discussed in the first part.

In the second part, the positive and negative aspects of arbitration, the reasons for the lack of institutional development of arbitration, the possibility of utilizing Islamic law in arbitration according to Turkish legal legislation, recourse to arbitration in terms of religious necessity, the historical process of arbitration practices, contemporary arbitration practices and the arbitrator's guide that will be needed in arbitration practices based on Islamic law are discussed.

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİK SAYFASI	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	ix
ÖN SÖZ	x

GİRİŞ

I. Araştırmanın Konusu	2
II. Amacı ve Önemi	2
III. Araştırmanın Kaynakları	3
A. Klasik Kaynaklar	3
B. Çağdaş Dönem Araştırmaları	4

BİRİNCİ BÖLÜM

TAHKİM MÜESSESESİ

I. Tahkimin Tanımı	9
II. Tahkim Çeşitleri	14
III. Tahkim Uygulamasının Tarihçesi ve Türk Hukukundaki Yeri	18
A. Tahkim Tarihi	18
1. Eski Yunan'da Tahkim	20
2. Roma Hukukunda Tahkim	21
3. Cahiliye Arap Hukukunda Tahkim	22

4. Orta çağ ve Sonrasında Tahkim.....	26
5. Osmanlı'da Tahkim	28
B. Türk Hukukunda Tahkim.....	30
IV. Tahkimin Fıkhî Mahiyet ve Meşruiyeti	37
A. Mahiyet.....	37
1. Tahkimin Sulhtan Farkı	39
2. Tahkimin Vekâletten Farkı	40
3. Tahkimin Bilirkişilikten Farkı	40
4. Tahkimin Genel Yargıdan Farkı	40
5. Tahkimin Arabuluculuktan Farkı	41
B. Meşruiyet	43
1. Kitap.....	43
2. Sünnet	45
3. İcma	52
V. Tahkimin Rükünü.....	54
A. İrade Beyanı	54
B. Taraflar	55
1. Taraflarda Aranılan Şartlar	55
2. Hakemde Aranılan Şartlar	56
C. Tahkim Konusu	61
VI. Hakem	62
A. Hakem Tayini	62
B. Hakem ile Hâkimin Durumu	63
C. Hakem Yetkileri	64
D. Hakem Sayısı	66

VII. Konuları Bakımından Tahkim	67
A. İbadetlerde Tahkim	67
B. Muamelâta Tahkim	69
C. Ukûbâta Tahkim	72
1. Sırf Allah Hakkı Sayılan Had Cezalarında Tahkim	72
2. Kazf Haddinde Tahkim	73
3. Kısas Cezasında Tahkim	73
4. Diyet Cezalarında Tahkim	77
VIII. Tahkimin Hükümü	80
IX. Tahkimin Sonlandırılması, İcrâsı ve Temyizi	82

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİM MESELELERİ

I. Tahkimin Müspet-Menfi Yönleri	86
II. Tahkimin Geliş(e)meme Nedenleri	96
III. Türk Hukuk Mevzuatına Göre Tahkimde İslam Hukukundan İstifadenin İmkânı	101
IV. Türk Aile Hukukunda Tahkimden İstifâdenin İmkânı	114
V. Dini Gereklilik Bakımından Tahkime Müracaat	121
A. Genel Yargı Sisteminin İslam Hukuku Temelli/Uyumlu, Hâkimlerinin Müslümanlardan Oluştığı Devletler	123
B. Genel Yargı Sisteminin İslam Hukuku Temelli/Uyumlu Olmayıp, Hâkimlerinin Gayrimüslimlerden Oluştığı, Müslümanların Azınlık Statüsünde Yaşadıkları Devletler	124

C. Genel Yargı Sisteminin Bazı Kısımlarının İslam Hukuku Temelli/Uyumlu Bazılarının Uyumsuz Olduğu; Hâkimlerinin Müslümanlardan Oluğuğu Devletler	127
VI. Tarihi Süreçte Tahkim Uygulama Tecrübeleri	130
A. Fıkhın Temel Belirleyici Olduğu Toplumlarda Müslümanların Tahkim Tecrübeleri: Osmanlı Örneği	130
B. Fıkhın Egemen Olmadığı Zamanlarda/Topraklarda Müslümanların Tahkim Tecrübeleri: Hindistan Örneği	136
VII. Günümüz Tahkim Uygulamaları	141
VIII. İslam Hukukuna Dayalı Tahkim Uygulamalarında Hakem Kılavuzu İhtiyacı..	144
SONUÇ	153
BİBLİYOGRAFYA	157

KISALTMALAR

AAOIFI	:Accounting And Auditing Organization For Islamic Financial Institutions (Faizsiz Finans Kuruluşları Muhasebe ve Denetleme Kurumu)
b.	: bin (oğlu)
bnt.	: Binti (kızı)
bk.	: bakınız
b.y.	: basım yeri yok
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
ed.	: editör
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
H.z.	: Hazreti
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi
md.	: madde
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
Mv. F.	: el-Mevsûatu'l-Fıkhıyye el-Kuveytiyye
ö.	: vefat tarihi
r.a./anhüm	: Radıyallâhu anh/anha/anhüm
s.	: sayfa
s.a.v.	: Sallallâhu Aleyhi ve Sellem
thk.	: tahkik eden
TMK	: Türk Medeni Kanunu
ts.	: tarihsiz
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
y.y.	: yayıncı yok

tahkime konu olan alanlar, tahkimin hükmü, tahkimin sonlandırılması, icrâsı ve temyizi ilk bölümde ele alınan temel hususlardır.

İkinci bölümde tahkimin müspet ve menfi yönleri, tahkimin kurumsal yönden gelişememe nedenleri, Türk hukuk mevzuatına göre tahkimde İslam hukukundan istifadenin imkânı, dini gereklilik bakımından tahkime müracaat, tahkim uygulamalarının tarihi süreci, günümüz tahkim uygulamaları ve İslam hukukuna dayalı tahkim uygulamalarında ihtiyaç duyulacak hakem kılavuzu hususları ele alınmıştır.

İlim yolculuğumda bana her daim yol gösteren, sabırla yönlendiren danışmanım, muhterem hocam Prof. Dr. Halit ÇALIŞ'a teşekkür borçluyum. Kıymetli tevcihleri ve katkıları sebebiyle saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Ahmet YAMAN ve Dr. Öğr. Üyesi İbrahim ÜLKER'e; tez konusuyla ilgili birçok kaynağı görmemi sağlayan Doç. Dr. Mustafa Bülent DADAŞ hocama; değerli müzakereleri sebebiyle Doç. Dr. Ahmet AKMAN'a; tezin pozitif hukuka ilişkin hususlarında hukukî müşavirlik hizmetini cömertçe sunan kıymetli ağabeyim Cumhuriyet Savcısı Abdurrahman ÜNLÜ'ye; yetişmemde büyük emeği bulunan, bir baba şefkatiyle ilmi çalışmalarına rehber olan muhterem Abdullah Feyzi KOCAER hocama şükranlarımı sunuyorum.

Genelde her biri ümmet için birer rahmet olan ulemamızın tamamı, özelde ise tezimde eserlerinden istifade ettiklerimin berhayat olanlarına Rabbimizden afiyet, ahirete irtihal edenlerine mağfiret niyaz ediyorum. İsmen zikredemediğim, ilmi yolculuğumda küçük büyük katkısı bulunan tüm hocalarıma duacıyım. Ve nihayet hayatın acısında tatlısında yanımda yer alan başta aziz ebeveynim olmak üzere ailemin tüm fertlerine ayrı ayrı teşekkürlerimi arz ediyorum.

Başarı Yüce Allah'tandır.

Muhammed Fatih Ünlü

Kasım 2023, Konya



Kudüs/Gazze Őhedâsının aziz ruhlarına...



GİRİŞ

I. Araştırmanın Konusu

İnsanın olduğu her zaman ve mekânda görüş ayrılıkları olagelmifştir. Bu görüş ayrılıklarını en kolay yoldan çözüme kavuşturmak için birtakım yöntemlere başvurulmuştur. Bu yöntemlerin en eski ve kolay olanlarından birisi de tahkim kurumudur. Çekişme sahibi tarafların kendi rızaları doğrultusunda aralarındaki münakaşayı halletmek üzere üçüncü kişi/kişileri tayin etmeleri şeklinde tarif edilebilecek olan tahkim müessesesi tarihin en eski sulh yöntemlerinden birisidir. Öyle ki bu uygulamanın henüz devlet otoritesinin bulunmadığı zamanlara kadar dayandığı rahatlıkla söylenebilir.

Birçok devletin hukuk sisteminde tahkim müessesesi meşru ve yürürlüktedir. Konuyla ilgili Arapça literatürde bazı devletlerin pozitif hukukları ile fıkihtaki tahkim kurumu mukayese edilmiştir. Tezimizde fıkihta yer alan tahkimle, ülkemiz pozitif hukukunda tahkime ilişkin temel meseleler tanıtılacak, tahkimin teorik boyutu ortaya koyulacaktır. Zira tahkimin teorik zeminini tespit etmek, bu müesseseyi tanımak bakımından son derece mühimdir. Ayrıca fıkihta ve günümüz Türk hukukunda tahkimin benzeştiği yahut ayrıştığı yerlere değinilecek ancak bu, iki hukukun her tahkim alt başlığında sistematik bir şekilde mukayesesi formatında değil, yeri geldiği ve konuya katkı sağlayacağı kadarıyla yapılacaktır. Ayrıca günümüz Türk hukuku tahkim uygulamalarında fıkihtan istifadenin imkân ve ölçüsüyle bununla ilintili meselelere yer verilecektir.

Bu çalışmanın, fıkihtaki ve ülkemiz pozitif hukukundaki tahkimle benzeştiği/ayrıştığı yerleri görebilmemize katkıda bulunacağına inanıyoruz. Fıkihtaki tahkimle, ülkemizde pozitif hukukta işletilen tahkim kurumunun etkileşiminden ve bilimsel olarak aynı zeminde ele alınmasından, her iki hukuk sisteminin temsilcilerinin istifade edeceği kanaatindeyiz.

II. Amacı ve Önemi

Hukuk alanında oldukça eski olan tahkim kurumu, tabiatıyla birçok bilimsel araştırmaya konu olmuştur. İşlam hukukunda da her bir mezhep kendi sistematığı içerisinde bu kurumu ele almıştır. Ancak klasik fıkih kaynaklarımızda

meseleci/kazuistik yöntem ile serdedilen bu müesseseye ilişkin ahkâm, henüz yakın tarihlerde derli toplu bir araya getirilmiştir.

Çalışmamızın amacı, klasik eserlerdeki bu dağınık meseleleri bir araya getirerek tahkim sözleşmesini teorik zeminde ele almaktır. Ayrıca tahkime dair uygulamalara da yer vererek günümüz Türk hukukundaki tahkim ile olan bağının tespit edilmesi ve uygulamada her iki sistemde olan tahkimin ortak bir uygulama imkânını araştırmaktır.

Mahkemelere olan teveccüh, doktrinde ve sosyal hayatta tahkimin çokça gündem edilmemesi, genel yargıya rakip olma hislerinden doğan baskı ortamı, kimi yerlerde yaygın, bilindir, kolay uygulanır olmaktan uzak durumu vb. gibi tahkimin bazı dezavantajları bulunmaktadır. Buna rağmen tahkimin en eski çağlardan günümüze kadar varlığını sürdürmesi, kanunda kendine yer bulabilmesi aslında tahkime olan kaçınılmaz ihtiyacın bir tezahürüdür. Bu ihtiyacın kolayca karşılanması yolunda yapılması gereken tahkimi daha görünür, bilindir, kolay ulaşılır/uygulanır hale getirmektir. Bunun yolu ise hiç kuşkusuz doktrinde konunun tüm hatlarıyla ele alınmasından geçmektedir.

Hukuk sistemlerinde yargılama hukukunda mahkemelerin iş yoğunluğunu azaltma yolunda ciddi bir alternatif olduğunu düşünülen tahkim sözleşmesinin bu araştırma neticesinde daha tanınır hale gelmesi öncelikli amaçlarımızdan olup tahkim teorisi ve uygulamaları bakımından son derece ehemmiyet arz etmektedir.

III. Araştırmanın Kaynakları

A. Klasik Kaynaklar

Tahkim klasik fıkıh kaynaklarında müstakil bir başlıkta yer almaz. Tahkim umumiyetle yargılama hukuku bölümlerinde, genel yargı konularını içeren “Kitabü'l-Kazâ” bahislerinde incelenmektedir.¹ Tahkimin fıkıh boyutunu ele alırken klasik literatürdeki kitapların mezkûr bölümlerinden istifade edilmiştir. Bu kitaplar dört

¹ Ali Himmet Berki, İslâm Şeriatında Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1962), 77; Ekrem Keleş, “‘Dini Nikah’ Adı Altında Yapılan Gayr-i Resmi Nikah Akdinin Tahkim Yoluyla Sona Erdirilmesi”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 3 (2004), 199.

mezhebin temel eserlerinden seçilmiştir. Ayrıca mukayeseli fıkıh kitaplarından da istifade edilmiştir.

Bu klasik eserlerin yanı sıra yargılama hukuku alanında yazılmış bazı müstakil kitaplardan Sadrü'ş-şehîd'in (ö. 536/1141) *Şerhu Edebi'l-kâdî*'si; İbn Ferhûn'un (ö. 799/1397) *Tebsiratü'l-hükkâm fi usûli'l-akziye ve menâhici'l-ahkâm*'ı ve Trablusî'nin (ö. 849/1445'ten sonra) *Mu'înü'l-hükkâm fî mâ yeterededü beyne'l-hasmeyni mine'l-ahkâm*'ındaki tahkime ilişkin bölümler tezimizde kaynak olarak kullanılmıştır.

Tahkim uygulamalarında uygulanacak hukuk sadedinde İslam hukuku temelli/uyumlu bir hakem kılavuzu için Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye son derece önemlidir. Bu ehemmiyete matuf olarak Mecelle'deki tahkim düzenlemelerinin tamamına tezin ilgili yerlerinde işaret edilecektir. Bu, aynı zamanda klasik dönem kitaplarından aktardığımız bilgilerin müteahhir dönemde kanun formunda nasıl tezahür ettiğinin de bir yansıması olacaktır.

B. Çağdaş Dönem Araştırmaları

Çalışmamızda doğrudan tahkimi konu edinen araştırmalardan yararlanıldığı gibi genel olarak İslam hukuku ve pozitif hukuk eserlerinden de istifade edilmiştir. İstifade edilen eserler bibliyografyada künyeleri ile birlikte yer verilmiştir. Bu eserlerin yanı sıra Arapça literatürde tahkimi doğrudan konu edinen azımsanmayacak kadar çalışma bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak şu çalışmalar zikredilebilir:

- Kahtan Abdurrahman, ed-Dûrî. *Akdü't-Tahkîm fi'l-Fıkhî'l-İslâmî ve'l-Kanuni'l-Vad'î*. Amman: Darü'l-Furkan, 2002.²
- Kadri Muhammed Mahmud. *et- Tahkîm fi Dav'i Ahkâmi's-Şerîati'l-İslâmiyye*. yy: Darü's-Sami'î, ts.

2 Bu kitaplardan tarih itibarıyla ilk çalışmalardan olması, buna bağlı olarak sonraki çalışmalar tarafından kaynak olarak kullanılması ve hacim yönünden genişliği sebebiyle ed- Dûrî'nin eseriyle ilgili kısa bir bilgi vermek uygun olacaktır: Çalışma, Kahire Üniversitesi Daru'l-Ulûm Fakültesi'nde Prof. Dr. Muhammed Baltacı danışmanlığında 1984 yılında hazırlanmış bir doktora tezidir. Bu tez, 1995 yılında kitap olarak yayımlanmıştır. Kitap dört ana bölümden oluşmaktadır. Evvela ilk bölümde tahkimin ne olduğu resmedilmiş, ikinci bölümde rükünleri tespit edilip hükmü belirtilmiş, üçüncü bölümde uygulamalara yer verilerek son bölümde tahkimin etkileri ve nasıl son bulacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Mukayese edilen pozitif hukuklar başlıca Irak, Ürdün, Tunus, Mısır, Suriye, Libya gibi ülkelerin hukuklarıdır. Bazı meselelerde hiçbir ülkenin pozitif hukukuna yer verilmediği, yalnızca bazı fikhî mezhep görüşleriyle iktifa edildiği de vakidir.

- Mis'ad 'Avvad Hamdân el-Bürkanî el-Cühenî. *et-Tahkîm fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye ve'n-Nuzumi'l-Vad'iyye*. Medine-i Münevvere: Mektebetü Darü'l-İmân, 1. Baskı., 1994.
- Salim Abdullah eş-Şeyhî. *Nazariyyetü'l-Kazai'ş-Şer'î Harice Diyari'l-İslâm: Te'sîlen ve Tenzîlen*. Kahire: Darü'l-Kelime, 1. Baskı., 2017.³

Tahkimle ilgili bazı Türkçe kitaplar ise şunlardır:

- Rasih Yeğengil. *Tahkim*. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974.
- Muharrem Balcı. *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*. İstanbul: Danışman Yayınları, 1999.
- Mustafa Yıldırım. *İslâm ve Medenî Yargılama Hukukunda Tahkim*. İzmir: Şafak, 2000.⁴
- Nuray Ekşi. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*. İstanbul: Beta Yayınları, 2. Baskı., 2019.
- Ahmet Cemal Ruhi. *Uygulamacılar İçin 25 Soruda Tahkim Rehberi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı., 2020.
- Onur Kalkan. *İslâmi Bankacılık ve Finans Uyuşmazlıklarında Hukuk Yargılaması ve Tahkim*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı., 2021.

Bu kitaplar modern hukuk eksenli tahkim araştırmalarıdır. Bu çalışmaların kiminde bazen tahkim tarihçesi, bazen içerikte İslam hukukunda tahkimle ilgili özet bilgilere yer verilmektedir. Aralarında en geniş, tarih olarak en eskisi ve alandaki diğer çalışmaların hemen tamamına kaynaklık edeni Yeğengil'in kitabıdır. Bu eseri konuyla ilgili oldukça detaylı ve niteliklidir. Yıldırım'ın çalışması ise tahkimin İslam hukuku ile modern hukuktaki yeri ve mukayesesi formatındadır.

³ Bu eserin tanıtımı için bk. Mehmet Ali Yargı, "Nazariyyetü'l-kazâi'ş-şer'î hârice diyâri'l-İslâm te'sîlen ve tenzîlen, Sâlim Abdüsselâm eş-Şeyhî (İstanbul: Müntede'l-Ulemâ Yayınları, 2019)", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7/12 (2020), 285-294.

⁴ Bu eserin tanıtımı için bk. Fatih Karataş, "Mustafa YILDIRIM İslam ve Medenî Yargılama Hukukunda Tahkim, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İzmir 2002", *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 9 (2007), 207-213.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla tahkimle ilgili tamamlanmış sekiz adet yüksek lisans tez çalışması bulunmaktadır. Bu çalışmaların birisi Arap ülkelerindeki tahkimle ilgiliyken bir tanesi herhangi bir kayıt taşımamaktadır. Kalan tezlerin tamamı aile hukuku özelinde tahkim kurumunu ele almaktadır. Bu tezler şu şekildedir:

- Ekrem Keleş. *Tahkim*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 1988.
- Fatma Açık. *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi*. Konya: Selçuk Üniversitesi, 2006.⁵
- Ayşe Gürdal. *İslâm Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi*. Çanakkale: Çanakkale On Sekiz Mart Üniversitesi, 2007.
- Muteber Gülsefa Uygur. *İslâm Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu*. İstanbul Üniversitesi: Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.⁶
- Hamza Erik. *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesinin Günümüz Aile Hukuku İle Mukayesesi*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 2016.
- Zeynep Erden. *Günümüz İslâm Aile Hukuku Kanunlarında Tahkim Müessesesi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2019.
- Gamal Mohammed Ali Abdelgawad. *Arap Ülkelerinde Tahkimin Tarihi ve Yatırımlar Üzerindeki Etkileri (Mısır Örneği)*. İstanbul: İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Muhammed Mansur Karadağ. *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*. Ankara: Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021.

Görüldüğü gibi Keleş ve Abdelgawad'ın tezleri hariç diğer tez çalışmaları aile hukuku özelinde tahkim kurumunu ele almaktadır. Bunların bazılarında genel bir tahkim teorisinden bahsedilmektedir. Karadağ'ın çalışması bunların içerisinde en çok istifadeye medâr olanıdır. Keleş'in çalışması ise konu hakkında görebildiğimiz kadarıyla ilk tez olması ve öz bir tahkim teorisi sunması hasebiyle oldukça kıymetlidir.

⁵ Tahkim müessesesinin aile hukuku özelinde incelendiği ilk tezdır.

⁶ Bu tez daha sonra kitap olarak yayımlanmıştır. Bk. Muteber Gülsefa Uygur. *İslâm Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu*. İstanbul: Armoni Yayınları, 2022.

Ancak tezin yapıldığı 1987 yılından beri konuya ilişkin ortaya çıkan yeni gelişmelerle birlikte gerek hacim gerek muhteva bakımından konunun yeniden ele alınmasına engel teşkil etmeyecek mahiyettedir. Sözü edilen diğer tez çalışması ise yalnızca tahkimin tarihini ve belli ülkeleri ele almaktadır.

Aile hukukunda yapılan tezler, konu hakkında dilimizde özel bir literatürün oluşması açısından oldukça önemlidir. Bununla birlikte tahkim kurumu yalnızca aile hukuku özelinde meşru kılınmamış, başka birtakım alanlarda da meşru görülmüş ve uygulanmıştır. Sözelimi bir alışverişte çıkan ihtilafta hakeme başvurulması İslam borçlar hukukuna tekabül eden bir tahkim uygulamasıdır. Bundan dolayı tezimizde tahkim teorik ve bir bütün olarak ele alınacak ne aile hukuku ne de diğer alanlarda cârî tahkimin işleyişine ilişkin özel hususlara değinilecektir. Tahkim genel hatlarıyla ele alındıktan sonra çeşitli tahkim meseleleri, tarihi tecrübe ve günümüz pratiği ekseninde işlenecektir. Böylelikle tahkim alanında, bir alana sınırlı olmayan genel teorinin ve tahkimle ilgili önemli hususların ele alındığı küçük bir katkı ortaya konulmaya gayret edilecektir.

Konuyla ilgili ayrıca makale çalışmaları da mevcuttur. Bu makalelerin bazıları tahkime münhasır iken bazıları tahkimi de içeren daha geniş konularda kaleme alınmıştır. Güncel gelişmeleri daha yakından takip eden ve uygulamaya dair somut tespit/teklifler içeren her iki türden makale çalışmalarından tezde istifade edilmiştir. Bu çalışmalar da künyeleriyle bibliyografyada zikredilmiş olup burada tekrarına hacet görülmemiştir.

Konuyla ilgili önemli bir başka kaynak ise uluslararası fıkıh meclislerinin çalışmalarıdır. Bu meclisler uluslararası tahkim meselesi başta olmak üzere tahkimle ilgili yaptıkları ilmi istişare toplantıları, sempozyum ve çalıştaylar, meclislerde alınan kararlarla ilgili veriler tahkimin bilhassa günümüz uygulamaları bakımından oldukça mühimdir.



BİRİNCİ BÖLÜM
TAHKİM MÜESSESESİ

TAHKİM MÜESSESİSİ

İnsan var oldukça anlaşmazlıklar olagelmiş, bu anlaşmazlıkların bertaraf edilebilmesi için birtakım yöntemlere başvurulmuştur. Bu uyuşmazlıklar mahkemeler eliyle çözüme kavuşturulduğu gibi mahkeme aşamasına gelmeden sulh ve sükûnetin sağlandığı, taraf rızalarının merkeze alındığı da olmuştur ki bu mutlu bir toplum olma yolunda önemli bir faktördür.⁷ “İki hasmın aralarında hükmetmek üzere hakem görevlendirmesi” şeklinde tarif edilebilecek olan tahkim müessesinde, anlaşmazlığa düşen taraflar bir ortak noktada buluşmak, anlaşmak için bir hakeme müracaat eder ve hakemin kararıyla uyuşmazlık neticelendirilir. Bu uygulamayı icra eden hakem(ler)in her zaman devlet bünyesindeki hukukçulardan olması şart olmayıp halkın itibar ettiği kimselerden, aile büyüklerinden de seçilmesi mümkündür.

Fıkıh ilmi açısından bakıldığında, ilk dönemden itibaren birtakım görüş ayrılıkları bulunsa da genel anlamda fukaha, tahkimi yargı işlevine sahip bir mekanizma olarak değerlendirilmişlerdir. Bu bağlamda tahkim, hukukun karşısında değil hukukun içinde bir konuma sahiptir. Bir başka deyişle tahkim, “paralel hukuk” değil, hukukun içinden/özünden gelişen etkin bir çözüm yoludur.

Bu bölümde tahkimin teorik kısmına dair meseleler ele alınacaktır. Öncelikle tahkimin kavramsal çerçevesi çizilecek ve hangi tür tahkimler bulunduğu bakılacaktır.

I. Tahkimin Tanımı

Tahkim kelimesi, (h-k-m) sülasi mücerret kökünün tef’îl babından mastarı olup aslı itibarıyla Arapça bir kelimedir. Sözlükte bir şeyin hükmünü, kararını vermeyi birisine bırakmak anlamına gelmekte olup⁸ Nisa suresinin 65. ayetinde⁹ bu anlamda fiil formatında kullanılmaktadır.

⁷ Mustafa Avcı, “Osmanlı Ceza Mahkemesinde Sulh (Uzlaştırma)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/1 (2017), 15.

⁸ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab* (Beyrut: Darü's-Sâdir, h 1414), “h-k-m”.

⁹ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ٦٥

“Hayır; Rabbine andolsun ki, aralarında çekiştikleri şeylerde seni hakem tayin edip, sonra senin verdiğin hükmü içlerinde bir sıkıntı duymadan tamamen kabul etmedikçe inanmış olmazlar.”

Tahkimin ıstılah manası ise “İki hasmın aralarında hükmetmek üzere hakem görevlendirmesi”¹⁰ şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım daha sonraları biraz daha genişletilerek “*Davalı ile davacının kendi rızaları doğrultusunda aralarındaki münakaşayı halletmek üzere bir kişiyi/kişileri tayin etmeleri*”¹¹ şeklinde de tarif edilmiştir.

Osmanlı Devleti’nde 1868-1876 yılları arasında hazırlanan ve daha çok borçlar, eşya ve yargılama hukukuna ilişkin esasları ihtiva eden kanun metni Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’nin 1790. maddesinde, tahkim şöyle tanımlanır: “*Tahkim, hasmeynin husumet ve davâlarını fasl için rızaları ile âhar kimseyi hâkim ittihaz etmelerinden ibaretdir. Ol kimseye fethateyn ile hakem ve mim’in zammı ve ha’nun fethi ve kâf’ı müşeddede-i meftuha ile muhakkem denilir.*”¹²

AAOIFI (Faizsiz Finans Kuruluşları Muhasebe ve Denetleme Kurumu) tahkim standardındaki tanım ise şöyledir: “*İki ya da daha fazla tarafın aralarındaki bir uyuşmazlığı bağlayıcı bir karar ile çözümlenmek üzere bir başkasını yetkilendirmeleridir.*”¹³

Modern hukuk literatüründe de bazı tahkim tanımları yapılmıştır. Rasih Yeğengil, bu tanımlardan bazılarını¹⁴ aktarmış, ardından bu tanımların *muttarid-*

¹⁰ Zeynüddin İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik Şerh’u Kenzi’d-Dekâik* (Darü’l-Kitâbi’l-İslâmî, ts.), 7/24; Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkı İbn Abidin, *Reddü’l-Muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-Muhtâr* (Dimeşk: Darü’s-Sekâfe ve’t-Türâs, 2000), 16/532; Sa’dî Ebu Ceyb, *el-Kâmusi’l-Fikhî Lügaten ve Istılahan* (Dimeşk: Darü’l-Fikr, 1988), 96.

¹¹ Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır, *Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kâmusu* (İstanbul: Eser Neşriyat, 1997), 5/169; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Özensar Yayıncılık, ts.), 8/205; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar Yayınları, 2013), 535; Mustafa Yıldırım, “Tahkîm”, *DİA* (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994), 39/411.

¹² *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (Dersaadet (İstanbul): Matbaa-i Osmaniyye, 1308), 596.

¹³ *Faizsiz Finans Standartları* (yy: Faizsiz Finans Kuruluşları Muhasebe ve Denetleme Kurumu (AAOIFI), ts), 780.

¹⁴ Bu tanımlar şu şekildedir: “Karşılıklı iddialarda bulunan iki veya daha ziyade kimseler tarafından, aralarındaki niza ve ihtilafı halletmesi için resmi sıfatı haiz olmayan bir kimseye selâhiyet verilmesi” (Belgesay); “Tarafların anlaşması üzerine aralarındaki hukuki nizam hakem denilen hususi şahıslar tarafından halledilmesi” (Postacıoğlu); “Bir hak üzerinde ihtilafa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak ihtilafın hallini hususi şahıslara bırakmaları ve ihtilafın bu hususi şahıslar tarafından halledilip karara bağlanması” (Kuru); “Tarafların aralarındaki ihtilafı kendi seçtikleri bir şahsın kararına bağlamak maksadı ile devlet mahkemelerinin kararlarından istisna edebilmeleri” (Garsonnet ve Cezar Bru); “Tarafların hakem olarak kabul ettikleri alelade şahısların bir ihtilafı karara bağlamaları” (Glasson, Tissier ve Morel); “İhtilafın bu hususta karar verme yetkisi tanınmış olan şahıslar tarafından halledilebilmesi için genel yargı yetkisinin bertaraf edilmesini sağlayan özel bir yargının kurulması” (Robert). Rasih Yeğengil, *Tahkim* (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974), 93, 94.

münakis, bir diğer deyişle *efrâdını câmi, ağyârını mâni* tanımlar olmadığını ifade ederek bunları eleştirmiştir. Zira bu tanımlar tüm konularda ve yalnızca mevcut anlaşmazlıklarda tarafların rızası eşliğinde, bir akit sonucunda tahkime gidilebileceğini vehmettirmektedir. Oysa modern dönemlerde tahkim kanununun izin verdiği alanlarda hem mevcut anlaşmazlıklarda hem de ileride vuku bulması muhtemel çekişmelerde tarafların iradeleriyle yahut devletin zorunlu tahkime yönlendirmesi ile icra edilir. Ayrıca tahkimin hukuki sebebi her zaman akit değil, kanun hükmü olabilir. Böylesi durumlarda her zaman tarafların iradesi bulunmasa bile kanun kaynaklı tahkimden söz edilebilir. İşte bu hususları göz önünde bulunduran Yeğengil şöyle bir tahkim tanımı yapmıştır:

*“Kanunun menetmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların, bir akit veya kanun uyarınca devlet yargısına başvurulmadan, taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların ya da kanunun yetki tanıdığı şahıs veya mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığıyla çözümlenmesidir”*¹⁵

Günümüz pozitif hukukunda tahkimin yasal düzenlemesi de bulunmaktadır. Bu düzenlemede tahkim sözleşmesi tanımına da yer verilmektedir. 12.01.2011 tarih, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 412. maddesinde tahkim sözleşmesi şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.”*

Bu tanımlardan anlaşıldığına göre tahkim, taraflar arası anlaşmazlıkların ilkesel olarak rızaya dayalı şekilde hakem nezdinde çözülmesi anlamına gelmektedir. Bu anlaşmazlığın teknik olarak tahkim olabilmesi için taraflar arası bir çekişme ve bir hak üzerinde anlaşmazlık bulunması gerekmektedir.¹⁶

Kimi tanımlarda yer alan “hasım” kelimesi tarafların mutlak olarak birbirlerine husumet beslemeleri, zıt olmalarını gerektirmez. Nitekim eşler arasında cereyan eden

¹⁵ Yeğengil, *Tahkim*, 94.

¹⁶ “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/241.

tahkimde de taraflara teknik olarak hasım ismi verilmektedir. Yine de bu ifadenin yerine “iki kişi” denilmesinin daha isabetli olacağını ifade edenler de bulunmaktadır.¹⁷

Ayrıca “iki hasım” ifadesi tarafların yalnızca birer kişiden oluşabileceği anlamında gibiyse de esasında bu ifade iki tarafın birden fazla kişiden müteşekkil olmasına da şamildir. Nitekim Hacc suresi 19. ayette “iki taraf” ifadesinden sonra anlaşmazlığı ifade eden fiilin çoğul kipiyle gelmesi¹⁸ taraflardan birden fazla kişi olabileceğine işaret eder.¹⁹ Ayrıca “hasm” kelimesi hem müfred hem cemiye kullanılabilen bir lafızdır.²⁰ Dolayısıyla taraflar birer kişi olabilecekleri gibi birden fazla olmaları da mümkündür. Aynı husus hakem için de geçerli olup tanımlarda geçen “hakem” tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olması mümkündür.²¹

Tahkimde taraflara “*muhakkim*” ve/veya “*hasmeyn*”; tarafların kendilerine müracaat ettikleri üçüncü kişiye ise “*hakem*” ve/veya “*muhakkem*” ismi verilir.²² Tahkimin günümüz hukuk literatüründe farklı isimlendirmeleri de söz konusudur. “*Tahkim*”, “*tahkim müessesesi*”, “*tahkim sözleşmesi*”, “*hakem anlaşması*”, “*tahkim mukavelesi*”, “*hakem mukavelesi*”, “*hakeme gidiş sözleşmesi*”, “*hakemlerle yapılan sözleşme*”, “*hakem sözleşmesi*”, “*tahkim akdi*”, “*hakem şartı*”, “*tahkim şartı*” tahkimin terimleşmesinde kullanılan ve bir yazarın diğerine muvafık olmadığı isimlendirmelerdir. Hakemlere “*mümeyyiz*” isminin verilmesi de vaki olmuştur.²³ Bu isimlendirme ihtilafının bir kısmı tahkim tanımındaki ihtilafın uzantısı olarak kendini gösterirken bir kısmı ise lafzidir.²⁴

¹⁷ $\text{مِنْهُمَا يَوْمَئِذٍ يَدْعُونَ أَهْلَهُمْ يَحْتَضِرُونَ مِمَّنْ شَاءُوا مِمَّنْ وَجَعَلَ اللَّهُ أَهْلَهُمْ يَوْمَئِذٍ حَشَرًا لَهُمْ فِي ذَلِكَ يَوْمٍ عَذَابٌ أَلِيمٌ$
Hatîb Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc ila ma'rifeti meânî elfâzi'l-Minhâc* (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994), 6/267.

¹⁸ $\text{يَوْمَئِذٍ يَدْعُونَ أَهْلَهُمْ يَحْتَضِرُونَ مِمَّنْ شَاءُوا مِمَّنْ وَجَعَلَ اللَّهُ أَهْلَهُمْ يَوْمَئِذٍ حَشَرًا لَهُمْ فِي ذَلِكَ يَوْمٍ عَذَابٌ أَلِيمٌ$

¹⁹ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/532; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020), 4/3232.

²⁰ Ebü'l-Abbâs Hatîbüddehşe Ahmed b. Muhammed b. Alî el-Hamevî Feyyûmî, *el-Misbâhu'l-münîr fi garîbi's-şerhi'l-kebîr li'r-Râfi'i* (Beyrut: el-Memleketü'l-İlmiyye, ts.), “h-s-m”, 1/171.

²¹ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/532; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4/3232.

²² Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4/3233; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhıyye Kamusu*, 8/250.

²³ Bu ıstılah farklılığının gerekçesi diğerlerinden biraz farklı olup “Türk Hukuk Mevzuatına Göre Tahkimde İslam Hukukundan İstifadenin İmkânı” başlığında bu hususa değinilecektir

²⁴ Yeğengil, *Tahkim*, 86-87. Yeğengil, bu bölümde yukarıdaki isimlendirmeleri hangi yazarların tercih ettiklerini zikretmiş, ardından bunları dil açısından değerlendirmiştir.

Tezimizde bu isimlendirmeleri terimleşme etrafında dönen ihtilaflardan sarf-ı nazar ederek kullandık. Tabiatıyla teorik bir konuda tahkim terimlerinin kullanımında bu dakik farklılıklara riayet etmek takibi oldukça zorlaştıracağından mana odaklı hareket ettik. Zira meşhur deyimle bir isimlendirmeden maksat anlaşılıyorsa lafızlar konusunda cedele hâcet yoktur.²⁵



²⁵ غ ا

Hüccetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed Gazzâlî, *el-Müstasfâ fi 'İlmi'l-Usûl* (Beyrut: er-Risaletü'l-Âlemiyye, 2020), 1/46.

II. Tahkim Çeşitleri

Tahkim, farklı hukuk sistemlerinde özü bakımından çok farklılık arz etmediğinden tahkim çeşitleri de küçük bazı farklarla birlikte aynıdır. Tahkim çeşitleri, özel isim ayrıştırmasına gidilsin gidilmesin genel manada her hukuk sisteminde bulunmaktadır. Klasik dönemlerde İslam hukukunda tahkim sistematik olarak çeşitli kategorilerde ele alınıp farklı isimlendirmelere tabi tutulmamıştır. Bu, daha çok modern dönemlerde ortaya çıkan bir durumdur. Dolayısıyla modern dönemdeki bu tahkim çeşitleri, fıkhıdaki tahkim için de geçerlidir, denilebilir.

Tahkim çeşitleri bakımından İslam hukukunun diğer hukuk sistemleriyle farklı mülhaza edilebilecek ve değinilmesi gereken bir hususiyeti bulunmaktadır. Tahkime ilişkin veriler üzerinde teemmül edildiğinde hakiki anlamda tahkimden, bir de teknik bakımdan aslında tahkim olarak değerlendirilemeyecek mecaz/geniş anlamıyla tahkimden söz edilebilir. Taraflar arasında çekişme bulunan bir hak uyuşmazlığının hakem nezdinde çözümlenmesine örnek teşkil edebilecek uygulamalar ilkinde; ortada bir çekişme ve hatta taraf bulunmamakla birlikte bir şeyin tespitinin hakeme tevdi edilmesinden ibaret olan uygulamalar ise ikincisine örnektir.

Hakiki manadaki tahkim açık olduğundan mecaz anlamdaki tahkime örnek vermek, bu ayrıştırmanın daha iyi anlaşılması için yerinde olacaktır. Maliki mezhebinde görülen ve cevazı noktasında mezhep içi ihtilaf bulunan “nikâh-ı tahkim”, mecaz manadaki tahkime örnek verilebilir. Nikâh-ı tahkim, mehrin akit öncesinde belirlenmeyip bir hakemin hükmüne havale edilmesi suretiyle yapılan nikâh akdidir.²⁶

Nikâh-tahkimde, mehr konusunda bir anlaşmazlık bulunmadığı gibi, esasında taraflar da bulunmamaktadır. Mehrin tespiti ilkten birisine tevdi edilmiş, kendisine hakem denilmiştir. Bu durumun, mevcut uygulamanın her ne kadar teknik bir tahkim olmasa da mecazen bu şekilde isimlendirilmesine yol açtığı düşünülmektedir. İleride ele alınacak olan ihramlının av yasağını ihlal etmesi halinde takdir edilecek olan cezanın tespitinin iki hakeme tevdi edilmesi meselesi de benzer şekilde mecaz tahkime bir başka örnektir.

²⁶ Kahtan Abdurrahman Dürî, *Akdü't-Tahkim fi'l-Fıkhî'l-İslâmî ve'l-Kanunî'l-Vad'î* (Amman: Darü'l-Furkan, 2002), 602, 604.

Modern dönemlerde ise tahkim, tarafların iradesi, millet unsuru ve tahkim yürütücüsü gibi hususlar ekseninde çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Buna göre tarafların iradelerinin bulunup bulunmaması bakımından “zorunlu tahkim” ve “ihtiyari tahkim”; tahkimde millet unsuru bakımından “milli/iç/ulusal tahkim”²⁷ ve “uluslararası/dış/milletlerarası tahkim”; tahkimin kim tarafından yürütüldüğü bakımından “kurumsal tahkim” ve “ad hoc tahkim” gibi farklı itibarlardan tahkim çeşitleri bulunmaktadır.²⁸

Yargılama, esas olarak devletin uhdesindedir. Bu bakımdan genel yargı asılı, tahkim de dâhil olmak üzere diğer çözüm yöntemleri alternatif/ferî yollardır. Tahkim, yapısı itibarıyla tarafların iradeleri neticesinde başvurulmuş bir çözüm yöntemidir. Dolayısıyla tahkim çoğunlukla ihtiyarîdir. Ancak bazı durumlarda tahkime gitmeyi bizzat kanun emreder.²⁹ Kanunun bu emredici hükmünden sonra tahkim artık zorunlu/mecburi/kanunî tahkim olarak adlandırılır. Dolayısıyla tahkim ilkesel olarak ihtiyari olup kimi hallerde zorunluluk arz edebilir.

Anlaşmazlık taraflarında yabancılık unsuru³⁰ bulunması ve tahkime konu olan anlaşmazlıkların ülke sınırları içerisinde olması durumlarında iç tahkim; yabancılık unsuru bulunması ve anlaşmazlığın ülke sınırları haricinde olması hallerinde ise dış tahkim olarak değerlendirilmekte ve buna göre yasal düzenleme ve uygulamalarda farklılıklar bulunmaktadır.

²⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında “milli tahkim” kavramı kullanılmıştır. İbrahim Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28/3 (2020), 1085.

²⁸ Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim* (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), 15.

²⁹ Devletin vatandaşlarını tahkime yönlendirmesi hususunda bir yanlış anlaşılmalı Yeğengil şu ifadeleriyle gidermektedir: “Genel yargı dışında özel bir kuruluşa bir kanunla yargı görevi tanınmış olmasının, devletin kendi kurduğu genel yargı mahkemelerine güvensizliği anlamına yorumlanmaması gerekir. Çünkü bir kısım ihtilafların mahiyetleri, konuları ve tarafları bakımından devlet yargısı yerine tahkim yargısına tabi tutulmalarında çeşitli faydalar bulunabilir. Tahkim usulünün genel yargıya kıyasla beliren sakıncaları, o kısım ihtilaflarda söz konusu olmayacağı gibi, tahkim usulünde işin gerektirdiği bilgi ve ihtisasa sahip hakem seçme imkânı ve masraf azlığı gibi sebepler bu usulün zorunlu kılınmasında amil olmuş bulunabilir...” Yeğengil, *Tahkim*, 102.

³⁰ “Yabancılık unsuru, herhangi bir hukukî olay veya ilişkiyi hâkimin mensup olduğu devletin hukuk düzeni dışında, en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale getiren unsurdur.” Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (01 Temmuz 2014), 1029.

İç tahkim kendi içinde taraf iradeleri bakımından ihtiyari ve zorunlu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yani iç tahkim hem ihtiyari hem de zorunlu olabilir. Bir tahkimin kanunla düzenlenmesi onun zorunlu olduğunu göstermez.³¹ Burada zorunluluktan kastedilen şey, tarafların bir tahkim uygulamasını kendi iradeleriyle isteyip istemedikleri hususudur.

Uyuşmazlığın bir kurum eliyle çözüldüğü uygulamalara kurumsal tahkim; böyle bir kurumun bulunmadığı, tarafların kendi iradeleriyle sivil hakemler eliyle icra edilen tahkime ise ad hoc tahkim ismi verilmektedir.

Bu sınıflandırmalara ek olarak, tahkimin hangi alanda cereyan ettiğine itibarla iş hukukunda câri olan tahkim, devletlerarası ticarete tahkim, deniz yolu uyuşmazlıklarında tahkim, uluslararası kanun tahkimi gibi bazı isimlendirmeler de yapılmıştır.³² Bunlar aynı zamanda iç ve dış tahkimin de bir alt kategorisidirler.

Tahkim, kuruluş keyfiyeti itibarıyla da iki türlü olabilir. Taraflar uyuşmazlık yaşanması durumunda tahkime gitmek istedikleri asıl sözleşmeye bir tahkim maddesi ekleyebilirler yahut müstakil bir tahkim sözleşmesi yapabilirler.³³

Tahkim, tarafların sözleşme ile tahkim şartlarını belirleyip hakem kararının icrası için resmiyet kazandırılarak, devlet tarafından geçerli sayılacak/tespit edilebilecek şekilde uygulanabilir. Bununla birlikte tarafların bir hakem tayin edip hakem kararını bağlayıcı görüp aralarındaki ihtilafı giderdikleri halde herhangi bir resmi kuruma gelmeden, tahkimi kayıt altına almadan icra etmeleri de halk arasında oldukça sık görülen bir durumdur. Öyle ki bir saha araştırması yapılması halinde kendiliğinden gelişerek herhangi bir resmiyete girmeyen halk arasında icra edilen tahkim uygulamalarının resmiyet kesbedilenlere göre çok daha fazla/yaygın olduğunun tespit edileceği sanılmaktadır. Dolayısıyla resmiyet kazandırılan ve kazandırılmayan tahkim çeşitlerinden de söz etmek mümkündür.

Tahkim çeşitlerinden her biri ayrı bir araştırmanın konusudur. Bu çalışmada tahkimin kim tarafından yürütüldüğünden bağımsız olarak ihtiyari, milli tahkim konu

³¹ Mustafa Yıldırım, *İslâm ve Medenî Yargılama Hukukunda Tahkim* (İzmir: Şafak, 2000), 54, 57.

³² Dürî, *Akdü't-Tahkîm*, 76-79.

³³ Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 74.

edilmiştir. Tahkimin resmen tanınması yahut halk arasında icra edilmesi durumlarından biriyle sınırlı kalınmamış, genel hususlar her iki tahkim için de ifade edilmiştir. Bununla birlikte bilhassa tahkimin devletle ilişkilendirildiği yerlerde resmi tahkim kastedilmektedir.



III. Tahkim Uygulamasının Tarihçesi ve Türk Hukukundaki Yeri

Tahkim, tarihin en eski ihtilaf çözme yollarından birisidir. Tahkimin hukuk tarihinde genel yargıdan önce mi sonra mı olduğu hakkında bazı tartışmalar bulunmaktadır. Bazı hukuk tarihçileri tahkimin genel yargıdan daha önce doğduğu kanısındadırlar.³⁴ Bunun da ötesinde, bu müessesenin henüz devlet otoritesinin dahi tanınmadığı zamanlara kadar dayandığı görüşü bulunmaktadır.³⁵

Bu görüşün somut verilerle desteklenmesinin mümkün olmadığını, eldeki bilgilerle en azından her devlet için bu kanıya varmanın doğru olmayacağını savunan, dolayısıyla tahkimi genel yargıdan sonra, onun bir istisnası olarak gören araştırmacılar da mevcuttur.³⁶ Bu görüşte kastedilen, kanunun tanıdığı yahut müessese haline gelmiş tahkim olsa gerektir. Yoksa halk arasında bilinen ve uygulanan tahkim doğası itibarıyla genel yargıdan önce meydana gelmiş olmalıdır. Tahkimin genel yargıdan öncelik/sonralığından bağımsız olarak tahkimin tarihte bilinen ve sıkça uygulanan bir uygulama olduğunda görüş birliği bulunmaktadır.

A. Tahkim Tarihi

İlk insandan beri anlaşmazlıkların var olduğu ve mahkemelerin bu zamanlarda bulunmadığı düşünüldüğünde ihtilaf giderme yolu olarak hakem usulünün tarihini insanlık tarihiyle eş zamanlı görmek yanlış olmayacaktır. Zira anlaşmazlıkların mahkeme dışında çözülmesi bütün kültür ve medeniyetlerde asırlardır uygulanagelmektedir.³⁷ Kitab-ı mukaddesle ilgili kaynakların Hz. Süleyman (a.s.)'ın ihtilaflara hakemlik yaptığını kaydettiği ifade edilmektedir.³⁸ Alternatif uyuşmazlık giderme yolu olarak değerlendirilen tahkim ise genel yargının bulunduğu zamanlarda uygulanan tahkimdir. İşte bu tahkimin tarihçesi yargının kuruluş tarihçesine başlıklar olduğundan en eski medeniyet tarihlerinde tahkimin yerini tam olarak tespit etmek

³⁴ Yeğengil, *Tahkim*, 7-8.

³⁵ Muharrem Balcı, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim* (İstanbul: Danışman Yayınları, 1999), 40.

³⁶ Yeğengil, *Tahkim*, 24.

³⁷ Ahmet Kılınç, "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, ed. Fethi Gedikli (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 2/17.

³⁸ Balcı, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, 41.

elimizdeki kaynaklarla mümkün değildir. Bunun içindir ki kimi hukuk tarihçileri genel olarak tahkimi eski Yunan ve Roma tarihinden başlatırlar.³⁹

Detaylarında farklılıklar bulunsa da örneğin Sümerlilerde, Eski Yunan'da, Roma Hukukunda, Babil ve Asurlular döneminde, Eski Mısırlılarda, câhiliye Araplarında, Orta Çağ Kilise hukukunda, orta çağ sonrası monarşik devirde, Osmanlı Devleti'nde, Fransız ihtilali döneminde tahkime ulaşılmıştır.⁴⁰

Bu geniş tarihi yelpaze içerisinde tahkim aynı sıklıkla uygulanmamıştır. Kimi zamanlar tahkime genel yargıyı gölgede bırakacak ve adeta tek başına yargı görevini üstlenecek kadar sık başvurulmuş; kimi zamanlar ise haksızlıklara payanda vazifesi gördüğü gerekçesi ve başka birtakım sebepler/gelişmeler⁴¹ ile yargı alanından uzak tutulmak istenmiştir. Buna rağmen tüm bu tarihi serüven içerisinde bir şekilde günümüze kadar varlığını korumuş, tamamen metruk bir uygulama halini almamıştır. Bu durum tahkimin sosyal hayatta vazgeçilemez bir yerinin olduğunu göstermektedir, denilebilir.⁴²

Tahkim yalnızca bir ulusun kendi iç bünyesinde kullanılan bir uygulama olmamış, tarih içinde devletlerarasında da kendisine başvurulmuştur. Örneğin milattan beş bin yıl önce Sümer devletleri Lagash ile Umma arasında meydana gelen bir uyuşmazlığın Kish kralı tarafından hakem rolü üstlenerek bertaraf edildiği aktarılır.⁴³

Bir devletin hukuk sisteminde tahkim uygulamasından söz edebilmek için o devletin yargı sisteminde mahkemelerde hâkimler marifetiyle icra edilen genel yargının yanında kendilerine tarafların rızası ve devletin de onayı/atamasıyla yargılama yetkisi tanınmış hakemlerin yürüttüğü ayrı bir uygulamanın bulunması zorunludur. Dolayısıyla tarihte devletlerin tahkim uygulamalarını tespit etmek için

³⁹ Yeğengil, *Tahkim*, 15. Bu genel tutumun aksine Doğu'da ortaya çıkan tahkim örneklerinin bulunduğunu ifade eden bir görüş için bk. Mehmet Emin Büyük, "Modern Uluslararası Tahkimin Gelişiminde Jay Andlaşması'nın Yeri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 50 (2022), 447.

⁴⁰ Dürî, *Akdü't-Tahkîm*, 38-40; Balcı, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, 39-53; Yıldırım, *İslâm ve Medenî Yargılama Hukukunda Tahkim*, 32-47; Kadri Muhammed Mahmud, *et- Tahkîm fi Dav'i Ahkâmi's-Şer'iati'l-İslâmiyye* (b.y.: Darü's-Sami'î, ts.), 27-33.

⁴¹ Örneğin Orta Çağ'ın politico-social düzeni ve feodal kuruluşu, tahkimin uygulama alanını oldukça daraltmış ve zaman zaman bu uygulamaların duraksamasına sebep olmuştur. Bk. Yeğengil, *Tahkim*, 43.

⁴² Yeğengil, *Tahkim*, 8.

⁴³ Yeğengil, *Tahkim*, 15.

muhakeme usulü tarihi incelenmeli ve bu devletlerde iki ayrı koldan icra edilen yargılama usullerinin bulunup bulunmadığına karar verilmelidir.⁴⁴ Elbette bu, resmi tahkim uygulamaları için geçerli olup halkın kendi arasında icra ettiği ve resmiyete yansımayan uygulamalar için söylenemez.

Bilhassa eski uygarlıklar göz önünde bulundurulduğunda asırlar öncesinde tahkim gibi genel yargının istisnası olarak kabul edilen ve kaynak kıtlığı çekilen bir konunun tarihsel serüvenini kusursuz şekilde gözler önüne sermek oldukça güç bir iştir.⁴⁵ Bu başlıkta hedefimiz tahkimin adı geçen medeniyetlerdeki detaylarını tespit etmek değildir. Takdir edileceği üzere bu müstakil bir iş olup belki münferit bir çalışmanın konusunu teşkil edecek boyuttadır. Amacımız, tahkimin genel izlerini tarih boyunca sürmek ve çoğu kere detaylarından yoksun olarak tahkimin varlığına işaretle yetinmektir.

1. Eski Yunan’da Tahkim

Demosthenes’in Müdafalar’ı (Les Plaidoyers), Aristoteles’in Retorik’i gibi kadim kaynaklarda Eski Yunan’da tahkimin bilinen, uygulanan bir uygulama olduğuna ilişkin bilgiler yer almaktadır. Yunanistan’ın değişik sitelerinin kendi aralarında ve M.Ö. 445 yılında Atinalılarla Ispartalılar arasındaki anlaşmalarda hakem usulü kabul edilmiştir. Eski Yunan’da tahkime, özel hukuk alanındaki anlaşmazlıklarda müracaat edilmekteydi. Hakemler tahkim uygulamalarında kanunu tatbik edebilecekleri gibi aynı zamanda adalet ve insaf ölçülerine göre de hüküm verebilmekteydiler.⁴⁶

Eski Yunan’da görülen tahkim uygulamaları uluslararası nitelikte olmayıp aynı milletten olan devletlerarasında halkın başvurduğu bir iç tahkimdir. Tahkime genellikle dini, ticari, hakkında ihtilaf olan bir bölgenin sahipliği, sınır uyuşmazlığı ve yine adaların sahipliği gibi konularda müracaat edilirdi.⁴⁷

⁴⁴ Yeğengil, *Tahkim*, 20.

⁴⁵ Yeğengil, *Tahkim*, 10.

⁴⁶ Yeğengil, *Tahkim*, 16-17.

⁴⁷ Büyük, “Modern Uluslararası Tahkimin Gelişiminde Jay Andlaşması’nın Yeri”, 449.

2. Roma Hukukunda Tahkim

Tahkim Roma'da M.Ö. 130 yılında kabul edilen Aebtia Kanunu'nun kendisine dolaylı olarak kapı açması ile görünür hale gelmeye başlamıştır.⁴⁸ Tahkim, Roma hukukunda kendisini temel olarak üç şekilde gösterir. Bunlar tahkimin en eski uygulaması olan “*bonus vir*”, “*hususî tahkim*” ve tahkimin bir sözlü sözleşme olarak ele alındığı “*comprmissum*” şeklindedir.⁴⁹

Roma hukukunda bölümlü veya safhalı (*ordo*) bir muhakeme usulü yer almaktadır. Bu sistemde aynı davada iki yargıç bulunmakta, bunlardan birisi hâkim diğeri ise hakem vasfını taşımaktadırlar. Devletin resmi hâkimliğini temsil eden yargıca “*magistrat*” veya “*preator*”; tarafların seçtikleri hakem olarak davada yer alan ikinci yargıca ise “*arbiter*” veya “*judex*” ismi verilmektedir. Davada yargı ve emir yetkisi devletin resmi hâkiminde bulunmakla birlikte kararı yine resmi hâkimden aldığı yetkiye dayanarak hakem vermektedir. Bu yargı sistemine özel muhakeme nizamı denmektedir. Sözü edilen bu uygulama genel yargı ile tahkimin birbirinden ayrı davalarda icra edildiği bilinen formdan farklılık arz etse de Roma hukukunda yargı usulünde tahkimin mevcut olduğunu göstermektedir. Roma hukukunda tahkimin bilinip uygulandığı bilgisinden bir adım sonra, kimi Roma hukuku araştırmacıları tarafından öne sürülen tahkimin genel yargıdan daha önce doğduğu iddiası gelmektedir. Ancak bu iddianın somut verilere dayanmayan bir görüş olduğu kanaati ağır basmaktadır.⁵⁰

Orta çağa gelindiğinde *Gallo Romain* ismi verilen güneydeki yerlilerin eski âdet hukuklarında, “*Druide*” denilen din adamları hakemlik görevini ifa etmekteydiler. Bu kişilerin temsil ettikleri dini otorite, anlaşmazlıklarda verdikleri hükümlerin kabul edilebilirliğini artıran bir unsur olmuştur.⁵¹ Zira tahkim uygulamalarında hakem kararlarının uygulanması tarafların isteklerine bağlıdır. Dolayısıyla kimi dönemlerde Roma tahkim uygulamalarında dini otoritenin etkisinin bulunduğundan söz edilebilir.

⁴⁸ Yeğengil, *Tahkim*, 24-25.

⁴⁹ Emrah Gökmen, “Tahkim Müessesesinin Roma, İslâm ve Günümüz Türk Hukuklarındaki Görünümü”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/1 (2023), 293. Makalede Roma hukukundaki bu tahkim uygulamaları detaylandırılmıştır.

⁵⁰ Yeğengil, *Tahkim*, 23, 24, 42.

⁵¹ Yeğengil, *Tahkim*, 39.

Compromissum denilen tahkim sözleşmesinde ise tarafların karara uymalarını temin etmek amacıyla para cezası öngörülmüştür. Genel kanaate göre bu cezai şart, tahkim sözleşmesinin kurucu unsuru olarak kabul edilmiştir.⁵²

Taraflar, davada uygulanacak usulü kararlaştırmışlarsa hakem bu karara uymakla mükelleftir.⁵³ Genel yargıda bulunmayıp tahkimde mevcut olan bu imkân Roma hukukunda da kendini göstermekte, taraflara bu faydayı temin etmektedir. Roma hukukunda tahkime elverişlilik tarafların sözleşmelerine dayalı olarak ilgili uyuşmazlığı tahkime götürüp götürmemeleriyle ilgilidir. Ayrıca taraflar birden çok uyuşmazlığı tahkime götürebilmektedirler.⁵⁴

3. Cahiliye Arap Hukukunda Tahkim

İslamiyet öncesi Arap toplumu sistematik bir devlet yapısına sahip olmadığından, kazâî bir yargılamadan söz etmek mümkün değildir. Bu dönemde alışık olduğumuz mahkeme ortamları bulunmadığından anlaşmazlıkların çözümü hususunda cahiliye toplumunda tahkim oldukça sık başvurulan bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁵

Cahiliye döneminde tahkim haricinde muhakeme hukukunu ilgilendiren bazı müesseseler de mevcuttur. *Hükûme* (حُكْم), *Hilfu 'l-Fudul*, (حَيْفُ الْفُذُولِ), *Hilfu 's-Salâh* (حَيْفُ السَّلَاحِ) müesseseleri, *Eşnak* ve *Hamale* vazifeleri gibi kurumlar bunlara örnek olarak zikredilmektedir.⁵⁶

Cahiliye Arap toplumunda cinayet ve tecavüz suçlarında “se‘r” denilen ölç alma ve kan davaları hâkimdi. Bunun haricinde diğer anlaşmazlıklarda yaygın olarak hakem usulüne başvurmaktaydılar. Kabile hakemleri, bu usulde tarafların adalet ve

⁵² Gökmen, “Tahkim Müessesesinin Roma, İslâm ve Günümüz Türk Hukuklarındaki Görünümü”, 293, 294.

⁵³ Yeğengil, *Tahkim*, 34.

⁵⁴ Gökmen, “Tahkim Müessesesinin Roma, İslâm ve Günümüz Türk Hukuklarındaki Görünümü”, 296.

⁵⁵ Fahrettin Atar, *İslâm Adliye Teşkilâtı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020), 31-47.

⁵⁶ Adem Arslan, “İslam Öncesi Cahiliye Dönemi Muhakeme Hukuku”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi* 9/47 (2016), 1020-1021. Bu çalışmada ilgili kurumlarla ilgili detaylı bilgi mevcuttur.

hikmetlerine güvendikleri ve karşılıklı rızaları ile tayin ettikleri kimseler olarak aktif rol oynarlardı.⁵⁷ Dolayısıyla hakemler resmi değil sivil kişiliklerden oluşurdu.

Hakemler kendilerine intikal eden sorunların çözümünde serbest iradeye sahiptirler. Dolayısıyla bu dönem için zorunlu bir hakemlik kurumundan bahsetmek de doğru değildir.⁵⁸ Örneğin Abdülmuttalib'in emânı altındaki bir Yahudi tacirin Harb b. Ümeyye tarafından öldürtülmesi neticesinde çıkan anlaşmazlık Necâşi'nin hakemliğine götürülmüş ancak Necâşi her iki tarafla olan ticari bağlantıları sebebiyle hakem olmayı reddetmiş, onun yerine Nüfeyl bin Abduluzzâ hakem olarak belirlenmiştir.⁵⁹

Hakemlere duyulan derin saygı, onların toplum içindeki nüfuz/otoriteleri ve şöhretleri kendilerinin verdikleri kararlara yansımakta bu kararların herkes tarafından kabullenmesine sebep olmaktadır. Örneğin Amr İbn Darib el-Advânî şöhreti, toplumdaki otoritesi sebebiyle kararları dinlenen hakemlere bir örnektir.⁶⁰ Yine cahiliye dönemi ediplerinden Eksem bin Sayfi, Temîm kabilesi reislerinden Hâcib İbn Zürâre ve Akra İbn Hâbis, Kureyş kabilesinden Abdülmüttalib İbn Hâşim, oğlu Ebû Talib, Abdullah İbn Cud'an, Ümeyyeoğulları kabilesinden Harb İbn Ümeyye, Ebû Süfyân, Mahzunoğulları kabilesinden Velid İbn Muğire, Züheroğulları kabilesinden el-Âla İbn Cârîye, Kinâneoğulları kabilesinden Safvân İbn Ümeyye, İyadoğulları kabilesinden ise Kus bin Sâide gibi isimler ile adaletli kararları sayesinde halk arasında darb-ı mesel haline gelmiş Amr bin ed-Derba', Süveyd bin Mesud bin Cafer, Amr bin Humame ed-Devsî, Rebia bin Hizar el-Esedî gibi şahsiyetler cahiliye dönemi hakemleri arasında sayılmaktadır. Cahiliye döneminin en eski hakeminin ise el-Efâ b. el-Efâ' Cürhümî olduğu ve Nizaroğulları arasında cereyan eden bir miras anlaşmazlığında hakemlik ettiği aktarılmaktadır.⁶¹

⁵⁷ Yeğengil, *Tahkim*, 53; İbrahim Sarıçam, *Hz. Muhammed ve Evrensel Mesajı* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, ts.), 41.

⁵⁸ Metin Yılmaz, "Kadılık ve Mahkemeler", *İslâm Kurumları Tarihi El Kitabı* (Ankara: Grafiker Yayınları, 2013), 315-316.

⁵⁹ Feridun Tekin, "Câhiliye'den İslâm'a Hakemlik Geleneği", *ODÜ Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi* 13 (1) (2023), 477.

⁶⁰ Yeğengil, *Tahkim*, 55.

⁶¹ Tekin, "Câhiliye'den İslâm'a Hakemlik Geleneği", 476. Ayrıca bu makalede Tekin, hakemlerin daha detaylı listelerine ulaşmak için müracaat edilmesi gereken kaynaklara da işaret etmiştir.

Muhammed Hamidullah (ö. 1908-2002) bu dönemde meşhur hakemlerin detaylı bir listesinin kaynaklar tarafından aktarıldığını söylemekte ve yabancı unsurların Mekke’de hakemlik müessesesi eliyle eski Yunan’dan daha gerçekçi esaslara dayanan temessül imkânına sahip olduklarını somut bir örnek üzerinden aktarmaktadır.⁶²

Cahiliye dönemde hakemler kadın da olabiliyordu. Sahr bnt. Lokman, Hindü’l-Eyâdiyye, İbnetü’l-Hassî, Cüm’atü bnt. Habisi’l-İyadî, Hüseyile bnt. Amr, Hezam bnt. er-Reyyan, Ümmü Cundub gibi kadınlar buna örnek olarak verilebilir.⁶³ Yine Ümmü Kırfe isimli kadın Arapların en şerefli kadınlarından kabul edilmektedir. Ümmü Kırfe, Gatafân arasında çıkan bir anlaşmazlıkta, kendilerine örtüsünü göndermiş, bu örtü anlaşmazlık sahibi tarafların arasında bir yere asılmış ve böylece sulh olmuşlardır.⁶⁴ Bu hadise o dönemlerde hakemlerin ne kadar güçlü bir konuma sahip olduklarını, tahkimin hayattaki anlaşmazlıklarda ne kadar merkezi bir konuma sahip olduğunun en açık göstergelerinden birisidir.

Bu dönemde hâkimlerin görev yapacakları kazâî bir bölge sınırı bulunmamakta, tarafların kendisine her nerede müracaat ederse orada hakemlik icra edilmekteydi.⁶⁵ Ayrıca hakemlere müracaatta bir alan sınırlaması da yoktu. Kan davaları, kısas, diyet vb. gibi davalar da yargı otoritesi bulunmadığı için cahiliye döneminde hakeme götürülebiliyordu.⁶⁶

Hakemler örfe göre yün elbiseler giyerler, yün sarıklar sararlar, kimi zaman otoritelerini göstermek için asâ taşır ve kararlarını kafiyeli nazım parçaları ile duyururlardı. Bu kararlara karşı itiraz, genellikle mümkün değildi. Tarafların hakem kararlarına razı olmasıyla kan davaları sona erdiriliyordu.⁶⁷ Bununla birlikte bazen taraflardan birisi, aleyhine verilen kararı tanımayıp anlaşmazlığın devam ettiği de

⁶² Muhammed Hamidullah, *İslam Peygamberi*, çev. Salih Tuğ (Ankara: Yeni Şafak, 2003), 2/864-865.

⁶³ Metin Yılmaz, “Kadılık ve Mahkemeler”, 316; Tekin, “Câhiliye’den İslâm’a Hakemlik Geleneği”, 475.

⁶⁴ İbn Habîb, *El-Muhabber; Arap Kültürü*, çev. Adem Apak, İsmail Güler (Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2018), 317.

⁶⁵ Hamidullah, *İslam Peygamberi*, 2/865.

⁶⁶ Tekin, “Câhiliye’den İslâm’a Hakemlik Geleneği”, 475.

⁶⁷ Hamidullah, *İslam Peygamberi*, 2/865-866.

olurdu. Hakemler arasında çıkan bir anlaşmazlık olursa başka bir kabilenin hakemine müracaat edilirdi.⁶⁸

İslamiyet öncesi Arap toplumunda vuku bulan ihtilafların hakem eliyle sonlandırılmasına bazı örnekler vermek gerekirse şunlar zikredilebilir:

Hacerü'l-esvedin yerine yerleştirilmesinde kabile ileri gelenleri arasında çıkan ihtilafı bertaraf edebilmek için başvurdukları yöntem olan hakeme müracaat olayı da cahiliye döneminde hakemlik uygulamasının yaygınlığına sıkça verilen örneklerdendir. Kusayy taraftarları ile Huzâ'a'lular arasında meydana gelen savaşta bir yabancı olan Şaddâh'ul-Kinânî'nin hakemliğine başvurulmuştur. Zemzem kuyusunu ortaya çıkaran Abdülmuttalib ile Mekke halkı arasında kuyunun mülkiyetinin kime ait olacağı etrafında büyüyen tartışmada bir kadın kâhinin hakemliğine gidilmiştir.⁶⁹ Yine Abdülmuttalib ile bir hemşehrisi arasında cereyan eden üstünlük tartışması Necâşi'nin hakemliği ile neticelendirilmiştir. Yine, keşiş Ebu Âmir'in mirası üzerinde çıkan anlaşmazlık, Bizans İmparatoru'na götürülmüştü.⁷⁰

Taifli Gaylan İbn Seleme, Ukaz'ın açık olduğu dönemde yoğun olarak ihtilafları çözmeye gayret ederdi.⁷¹ Abdülmuttalib'in hakemliğinde çözüme kavuşturulan bir başka anlaşmazlık ise Beni Rıbâb ile Beni Kilâb arasında vuku bulmuştur.⁷² Ayrıca Abdülmuttalib'in oğlu Abdullah'ı adağı gereği kurban etmek istemesi üzerine Kureyş'in kendisiyle görüşüp beraberce bir kâhini hakem tayin etmeleri ve onun irşadı ile Abdullah yerine yüz deve kurban edilmesi hadisesi de kâhinlerin hakemliğine müracaat edildiğini gösteren bir başka hadise olarak anlatılmıştır.⁷³

⁶⁸ Tekin, "Câhiliye'den İslâm'a Hakemlik Geleneği", 473-474.

⁶⁹ Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdülmelik b. Hişâm b. Eyyûb el-Himyerî el-Meâfirî el-Basrî el-Mısrî İbn Hişâm, *es-Sîretü'n-nebeviyye* (Beyrut: Darü'l-Kitâbi'l-Arabî, 1990), 1/223-225.

⁷⁰ Hamidullah, *İslam Peygamberi*, 2/865.

⁷¹ Hamidullah, *İslam Peygamberi*, 2/763.

⁷² Yeğengil, *Tahkim*, 55.

⁷³ Tekin, "Câhiliye'den İslâm'a Hakemlik Geleneği", 478.

İslamiyetten sonra da tahkim uygulaması Medine’de, Müslümanların yeni kurulan devletinde devam etmiştir.⁷⁴ İleride ayrıca değineceğimiz Medine sözleşmesinde bu hakemliğin izlerini sürmek mümkündür.

4. Orta çağ ve Sonrasında Tahkim

Bu dönemde genel kanun niteliğini haiz “*ordonance*” isimli yasal düzenlemelerde tahkim uygulaması yer almaktadır. Fransız hukuk tarihinde tahkimi kanun çerçevesine alan ilk ordonance, XII. Louis’in 1510 yılı tarihli ordonasıdır. Sonrasında I. François zamanındaki 1535 tarihli ve II. François dönemindeki 1566 tarihli ordonanslarda da tahkimin mecburi olmasıyla ilgili düzenlemeler mevcuttur. Bu dönemlerde her ne kadar tahkim hükümleri mevcut olsa da uygulama alanı bulunamamıştır. Bunun sebebi hakem kararlarının taraflar açısından bağlayıcı bir niteliği ve kararlara uymamanın müeyyidesinin olmamasıdır. Nitekim taraflar aralarında tahkim sözleşmesi bulunsa da mahkemeye müracaat edebilirlerdi. Monarşi otoritesini zirveye taşıyan XIV. Louis’in döneminde Kara Ticaret Hukukuna şamil olan 1673 tarihinde yürürlüğe konulan büyük ordonansta mecburi tahkime ait hükümler bulunmaktadır. Benzer şekilde Deniz Ticaret Hukukuna ait 1681 tarihli ordonansta da mecburi tahkim hükümleri mevcuttur. Bu hükümler 1789 Fransız İhtilali’ne kadar yürürlükte kalmış ve 21 Mart 1804 tarihli Fransız Medeni Kanun’u ile ilga edilmiştir.⁷⁵

Fransız ihtilâli döneminde de tahkim uygulamalarına rastlanmaktadır. Fransız ihtilali monarşi döneminde bulunan tüm kurumların bir an evvel yıkılması yönünde tutum sergilemiş, bu yıkımdan başta yargı müesseseleri nasibini almıştır. İhtilal yönetimine göre monarşi döneminde yargı kurumları adaletsizliklerle dolu, karmaşık yapıları. İhtilalin yargı kurumlarına karşı bu menfi tutumları, onları hakemlere iltifat etmeye sevk etmiştir. 24.08.1790 tarihli⁷⁶ adli teşkilat kanununun ilk maddesinde vatandaşlar arasında çıkan anlaşmazlıkların çözümünde en makul yolun tahkim usulü olduğu belirtilmiş, tahkimi takyit eden şartlar kaldırılmıştır. 14.09.1791 tarihli Esas Teşkilat Kanunu’nda tüm vatandaşların anlaşmazlıklarının tahkim ile

⁷⁴ Hamidullah, *İslam Peygamberi*, 2/912.

⁷⁵ Yeğengil, *Tahkim*, 49.

⁷⁶ Yeğengil’in çalışmasında bu tarih sehven “1970” olarak kaydedilmiştir.

çözümlemlendirileceği esas olarak belirlenmiştir. Bu, tahkimin alternatif bir yol olmaktan çıkıp genel yargı fonksiyonuna sahip olarak değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Tüm bu gelişmeler tahkimin daha muhkem hale gelmesinde etkin rol oynamıştır.⁷⁷

İhtilalin tahkime açtığı bu alan teorik planda kalmamış, yönetim bizzat feodal idarenin vatandaşlardan ve yerel yönetimlerden aldığı mal ve haklarla ilgili davaları, gayri meşru yolla dünyaya gelen çocuklarla ilgili anlaşmazlıkları, miras ve bağışlamadan doğan davaların muhtelif kanunlar marifetiyle tahkim yoluyla çözülmesini sağlamıştır. Bu davalarda hakemler hiçbir usul ile sınırlı olmayıp nihai kararlar vermeye yetkiliydiler. Ne var ki tahkime bu keskin dönüş ve rağbet uzun sürmemiş 26.10.1795 tarihli kanunla hakem kararlarına karşı istinaf yolu açılmıştır. Ticari ortaklıklardan doğan anlaşmazlıklar hariç tutularak diğer davaların zorunlu tahkime gönderilmesi 28.02.1796 tarihli kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Tahkim aleyhine alınan bu kararlar ihtiyari tahkimin tümünden kaldırılması çabalarıyla zirveye yükselmiş ancak bu girişim eskiler konseyinin direnciyle başarılı olamamıştır. İntikal kanunlarından sonra tahkim hükümleri iki farklı kanunda toplanmıştır. İhtiyari tahkim hükümleri 1806 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, mecburi tahkim hükümleri ise 1807 tarihli Ticaret Kanununda bir araya getirilmiştir.⁷⁸

Din temelli bir hukuk anlayışının hâkim olduğu kilise hukukunda da tahkime işaret eden bazı tavsiyeler mevcuttur. Katolik kilise tarihinde Hz. İsa'nın havarilerine din kardeşleri ile aralarında çıkan anlaşmazlıklarda karşılıklı diyalog ile anlaşmalarını, sulh sağlanamazsa aralarında bir veya iki kişi ile tekrar uzlaşmayı denemelerini, bunun da mümkün olmaması halinde kiliseye müracaat etmelerini, kilisenin verdiği kararı dinlemeyen tarafın yine kilise tarafından kovulması gerektiğini söylediği aktarılmaktadır. Saint Paul, bu emri unutanları/uygulamayanları azarlıyor ve Hristiyan din kardeşlerinin aralarındaki anlaşmazlıklarda resmi yargı kuruluşlarına gitmeden önce hakemlik edecek birinin bulunması gerektiğini hatırlatıyor, tavsiye ediyordu.⁷⁹

⁷⁷ Yeğengil, *Tahkim*, 50, 51.

⁷⁸ Yeğengil, *Tahkim*, 51.

⁷⁹ Yeğengil, *Tahkim*, 41.

5. Osmanlı'da Tahkim

Osmanlı Devleti'nde kanunlaşma öncesinde tahkim taraflar arası çekişmelerin bertaraf edilmesinde başvurulan bir yöntemdir. Bilhassa aile içi anlaşmazlık davalarında ailenin mahremiyetini korumak ve ilgili ayet mucibince hareket etmek üzere aile içi hakemlere başvurulurdu. Anlaşmazlığın ortaya çıkmasından nihai karara varan süreçlerin tümünün izi kadı sicillerinden sürülebilmektedir. Bazen bu hakemlere dava sonucunda haksız çıkan tarafın ödeyeceği bir ücret de tayin edildiği olurdu.⁸⁰

Osmanlı Devleti'nde tahkimle ilgili ilk yasal düzenleme 1850 yılında yürürlüğe giren Kanunname-i Ticaret'tir. Bu kanunun 40-52. maddeleri tahkimi düzenlemektedir. Bundan sonra 1861 senesinde yürürlüğe giren Ticaret Usulü Muhakemesine Dair Nizamname'nin 38-39. maddelerinde tahkim ele alındı. Deniz sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim aracılığıyla sona erdirilmesine ilişkin olarak 1864 Ticaret-i Bahriye Kanunu'nun 176. maddesi düzenlenmiştir.⁸¹ 1868-1876 yılları arasında hazırlanan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ise tahkim 1790. maddede tanımlamış, 1841-1851. maddelerde ise tahkimin hükümlerini ele almıştır.

Osmanlı Devleti'nde tahkim uygulamalarına benzer fonksiyonda muslihûn ismi verilen bir yapı bulunmaktaydı. Kimi zaman ıslah kimi zaman hakem/tahkim ifadeleri ile sulh uygulamaları yürütülürdü. Muslihûnun yürüttüğü bu uygulamalar bazen aynı mesleği icra eden grupların kendi aralarında, bazen aile içinde, bazen toplumda saygın bir kişi nezdinde gerçekleştirilir, her zaman bir kurumsal yapı aranmazdı. Muslihûn ilerde⁸² ayrıca konu edilecektir.

Bireysel uygulamalar bir tarafa bırakılırsa, tahkimin aile hukuku özelinde kurumsallaşması Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile olup "*aile meclisi*" ismi ile kayıtlara geçmiştir. İlk zamanlardan beri olagelen İslam aile hukuku tahkim uygulamalarının kurumsallaşması geç sayılabilecek bir döneme tekabül etmiştir. Bunun sebebi kararnamenin esbâb-ı mucibe lâyihasında izah edilmiştir. Lâyhada, bu uygulamanın yeni bir usul olduğu ifade edilir. Daha evvelinde kurumsallaşmış tatbikinin

⁸⁰ Muteber Gülsefa Uygur, *İslâm Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu* (İstanbul: Armoni Yayınları, 2022), 114.

⁸¹ Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 1.

⁸² Bk. "Tarihi Süreçte Tahkim Uygulamaları".

bulunmaması, Hanefilere göre hakemin tarafları olabildiğince bir araya getirmesi gerektiği, tarafların açık vekâletleri olmadığı durumlarda aralarını tefriğe salâhiyeti olmamasından ileri gelmektedir. Haksız olduğunu bilen tarafın tefrik için hakeme yetki vermesi ise genellikle mümkün görünmemektedir. Tarafların tefrikine yetkili olmayan hakemlerin geriye yapacakları tek iş olan tarafların aralarının bulunması, nasihat ve ıslah ise hakem heyeti kurma zahmetine girmeden mahkemelerde de olağan şekilde yapılagelen bir iştir.

Her ne kadar tahkim uygulamalarını tarafların yahut mahkemenin belirlediği bir hakemin yürütmesi asıl olsa da başka bazı devletlerde de olduğu gibi Osmanlı'da da kimi zaman hakemlik rolünü hâkimin bizzat kendisinin üstlendiği bilinmektedir. Hâkimlerin yaptıkları bu hakemlik işi aile hukukunda eşler arası anlaşmazlıklarda cereyan ettiği gibi başka bazı hukuki ihtilaflarda da vakidir.⁸³ Bu durumda hâkim hakem rolüne bürünmüş ve bu sıfatla uyuşmazlığı giderme yolunu seçmiş olur. Bundan dolayı tahkimin aile özelinde kurumsallaşma ihtiyacı hissedilmemiştir.

Malikilere göre hakemler tarafların kendilerine vekâlet vermesine gerek duymaksızın gerekli gördükleri durumlarda tefrik yetkisini haizdirler. Hakemlerin verdikleri hüküm taraflar hakkında bağlayıcı olup kararlara itiraz edilmesi mümkün değildir. Mevcut bazı aile problemlerinin ve eşlerine zulmeden bazı kocaların haksız tasarruflarının önüne geçme amacıyla Malikilerin bu görüşü Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde kabul edilmiş ve 130. madde bu esasa göre tanzim edilmiştir.⁸⁴

Görüldüğü üzere Osmanlı Devleti'nde tahkim meşru görülmüş, yer yer mezheplerin tahkim ahkâmı hususundaki görüş ayrılıklarından istifade edilmiş, kanuni düzenlemeye tabi tutulmuş ve yürürlüğe konulmuştur.

Tahkim uygulaması Osmanlı devlet yargısının temel özelliklerinden birisi olarak görülen çok hukukluluk fikriyle de uyum arz etmektedir. Bu fikir ekseninde

⁸³ Zeynep Dörtok Abacı, "Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri", *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 20 (2016), 109; Kılınc, "Muslihûn", 75, 76; Ahmet Akman, "İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku'nda Sulh Sözleşmesi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Mukayeseli Bir Bakış", *Hitit İlahiyat Dergisi* 20/1 (2021), 1045; Wael B. Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Necmettin Kızılkaya (İstanbul: Pınar Yayınları, 2019), 30.

⁸⁴ Orhan Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi* (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2016), 55, 56; Mehmet Akif Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku* (İstanbul: Klasik, 2020), 252.

insanların inanç sistemlerine uygun yargılanma imkânı sunulması, hukukun muhataplarının adalete inancının temin edilmesiyle, adaletin yerinde ve pratik sonuç vermesi sağlanmış ve devletin asırlarca ayakta kalmasına imkân tanıyan bir hukuk sistemi işletilmiştir.⁸⁵

B. Türk Hukukunda Tahkim

Tahkim, günümüz hukukunda 12.01.2011 tarih, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 407-444. maddelerinde düzenlenmiştir. HMK'ya bağlı tahkimin temel üç özelliğinden söz etmek mümkündür. Bunlar, tahkimin *ihtiyari olması*, tahkime gidilecek uyuşmazlığın bünyesinde *yabancılık unsuru bulundurmaması* ve *tahkim yerinin Türkiye olarak* belirlenmesidir. Bu üç temel özelliğe uyum göstermeyen uyuşmazlıklar HMK kapsamındaki tahkim ile çözülememektedir.⁸⁶ Bu kapsamda yer almayan tahkimlerle ilgili milletlerarası anlaşmalar ve yasal düzenlemeler bulunmaktadır.⁸⁷ Örneğin milletlerarası/dış tahkim hükümleri 21.06.2001 tarihli, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) çerçevesinde düzenlenmiştir.

HMK öncesinde tahkim 18.06.1927 tarih, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) çerçevesinde işletilmekteydi. Kanun değişikliğinden sonra HMK'da tahkimle ilgili yeni getirilen hükümler bulunmuş, bu hükümlerde mahkemenin tahkim sürecine müdahalesinin en aza indirgenmesi göz önünde bulundurulmuştur.⁸⁸ Aşağıda HMK'da tahkimi düzenleyen kanun maddelerinde yer alan temel tahkim meseleleri genel hatlarıyla ele alınacaktır.

⁸⁵ Recep Çiğdem, "Çok Hukukluluk ve Aracılık/Tahkim Bağlamında Osmanlı ve Türk Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 30 (2017), 241-242. İlgili makalede çok hukukluluğun sağladığı avantajlar ve hukukçuların yaklaşımları konu edilmektedir.

⁸⁶ Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 35.

⁸⁷ İbrahim Ülker, "Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle Hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün Mü?", 2. *Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Mehmet Dursun Erdem vd. (İstanbul: Son Çağ Yayınları, 2018), 459.

⁸⁸ Ülker, "Türkiye'de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?", 1085.

1. Uygulanma alanı ve Tahkime Elverişlilik

Bu kanun maddelerinde yer alan düzenlemeler tahkim yerinin Türkiye olduğu anlaşmazlıkların çözümünde geçerlidir (md.407). Türkiye sınırları haricinde meydana gelen anlaşmazlıklar uluslararası tahkimin konusudur.

Gayrimenkul mallardan doğan aynî haklar hususunda tahkime gidilemez. Ayrıca anlaşmazlığa taraf olan kişilerin iradeleri dışında kalan alandaki uyuşmazlıklarda da tahkime müracaat edilemez (md.408). Bu noktada tarafların mutlak rızaları da yeterli olmayıp yalnızca kendi iradelerine açık alanlar kapsamında tahkime gidebilme hakları bulunmaktadır.

2. Tahkimde Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tahkimde mahkeme tarafından yapılması kararlaştırılan işlemlerde yetkili mahkeme bölge adliye mahkemesidir. Şayet tahkim sözleşmesinde yer ifade edilmemişse bu durumda yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri bölge adliye mahkemesidir. (md.410) Tahkime mahkemenin yardımı ancak sarahaten izin verilmiş durumlarda mümkündür. (md.411)

Hakem kararları bağlayıcıdır. Ancak taraflar aksini kararlaştırabilecekleri durumda yahut tahkim sözleşmesinde yer alan şartlara uyulmadığında hakem kararlarına söz konusu aykırılığı öğrendiği tarihten itibaren iki hafta süreyle yahut hakemlerin belirleyecekleri bir süre içerisinde itiraz edebilirler. Taraflar bu tarihler içerisinde itiraz etmezlerse itiraz haklarından feragat etmiş sayılırlar. (md.409)

3. Tahkim Sözleşmesinin Tanımı, Şekli ve Tahkim İtirazı

Tahkim sözleşmesinin tanımı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 412. maddesinde şu şekilde yer almaktadır:

“Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.”

Tahkim sözleşmesinin şekli de detaylı olarak aynı kanun maddesinde belirtilmiştir. Buna göre tahkim, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı olabileceği gibi müstakil olarak bir tahkim sözleşmesi de yapılabilmektedir.

Tahkim sözleşmesi yazılı olmalıdır. Sözlü sözleşmelere itibar edilmez. Bununla birlikte sözleşmenin yazılı olmasının keyfiyeti geniş tutulmuştur. Buna göre taraflar arasındaki imzalı yazılı belge, tarafların birbirlerine gönderdikleri mektup, telgraf, teleks, faks gibi iletişim araçlarından birisine yahut bir elektronik ortama aktarılmış olması gibi durumlardan birisi, tahkim sözleşmesinin yazılı olma şartını karşılamaktadır. Ayrıca tahkimde taraflar arasında sabık bir yazılı tahkim sözleşmesinin bulunduğu iddiasına davalının itiraz etmemesi, yine tahkim sözleşmesinin yazılı sayılması için yeterlidir. Aralarında bulunan bu anlaşmanın mutlaka müstakil bir tahkim sözleşmesi olması da şart değildir. Asıl sözleşmede bulunan tahkim şartıyla tanzim edilmiş bir belgenin bulunması da bu şartın yerine getirilmesi anlamına gelmektedir.

Tahkim sözleşmesine, meydana gelmemiş bir anlaşmazlık öncesine ait olduğu gerekçesi ile itiraz edilemez. İlkten bir tahkim sözleşmesi olmasa bile, yargılama anında taraflar tahkime müracaat etmeyi kararlaştırırlarsa mahkeme dosyayı tahkime havale etmelidir. (md.412)

Bir sözleşmede tahkim şartı bulunduğu halde taraflardan biri anlaşmazlığı mahkemeye taşırsa diğer taraf tahkim sözleşmesi bulunduğu gerekçesiyle mahkemeye itirazda bulunabilir. Bu durumda tahkimin uygulanmasının önünde bir engel yoksa ve tahkim hükümsüz veya tesirsiz değilse itiraz eden tarafın talebi doğrultusunda mahkeme davayı usulden reddeder ve tahkime yönlendirir. Tahkime yapılan itiraz ise tahkim yargılaması önünde engel teşkil etmez. (md.413)

4. Hakem

Taraflar tek sayı olmak kaydıyla dilekleri sayıda hakem belirleyebilirler. Taraflar arasında hakem sayısı belirlenmemişse bu durumda hakem sayısı üç olur. (md.415) Hakemlerin seçim usulünü de taraflar belirlemekte serbesttir. Eğer taraflarca belirlenmiş bir usul yoksa şu usul uygulanır:

Yalnızca gerçek kişiler hakem olabilir. Hakem tek olacaksa ve hakem seçiminde taraflar anlaşamazsa taraflardan birinin talebiyle mahkeme tarafından bir hakem belirlenir. Hakem sayısı üç olacaksa taraflar birer tane hakem belirlerler, üçüncü hakem ise belirlenen diğer iki hakem tarafından seçilir. Üçüncü hakem başkan olarak görev yapar. Birden fazla hakem bulunması durumunda hakemlerden en az birinin alanında beş yıl ve üzeri bir kıdeme sahip bir hukukçu olması şarttır.

Hakem seçim usulü belirlenmiş olmasına rağmen taraflardan birisi sözleşmeye uymazsa, taraflar yahut da hakemler anlaşmazlığa düşerse, hakem seçiminde yetkili üçüncü kişi, kurum/kuruluş hakemi seçemezlerse bu durumda hakem(ler)in seçimi taraflardan birinin talebiyle mahkeme tarafından gerçekleştirilir. Hakemlerin üçten fazla olmasında da aynı usul uygulanır. (md.416)

Kendisine hakemlik teklif edilen kimse bağımsız ve tarafsız olduğunu gösteren koşulları beyan etmelidir. Hakem, tarafların belirledikleri nitelikleri taşımaması, tahkim usulünde kabul edilen bir ret sebebini haiz olması yahut tarafsızlığı hususundaki haklı şüpheler sebebiyle taraflarca reddedilebilir. (md.417)

Tahkimi kabul eden bir hakem, haklı bir sebebe dayanmaksızın görevini ifa etmekten geri duracak olursa, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, görevden kaçınmasından doğan zararları karşılamakla yükümlüdür. (md.419)

Hakem görevini hukuki ya da fiili sebeplerle hiç/vaktinde yerine getiremezse, hakemlik görevi çekilme ya da tarafların karşılıklı anlaşmalarıyla sona erer. Bu hususta yaşanan anlaşmazlıkları mahkeme çözer ve mahkemenin kararı kesindir. (md.420)

Hakemlerden birisinin görevinin bir nedenle son bulması durumunda hakem seçim usulü uygulanarak yerine başka bir hakem seçilir. Bir veya birden fazla hakemin yeniden belirlenme süreleri tahkim sözleşmesinin süresinden sayılmaz. (md.421) Hakemler kendi yetkileri hakkında karar verebilirler. (md.422)

5. Tahkim Uygulamasına İlişkin Hükümler

Hak ve yetkiler noktasında taraflar eşittirler. Kendilerine hukuki dinlenilme hakkını kullanma imkânı sunulur. (md.423) Tahkimde uygulanacak yargılama usulü,

emredici hükümler⁸⁹ mahfuz kalmak kaydıyla taraflarca belirlenebilir. (md.424) Taraflardan biri duruşmaya bir sebep beyan etmeksizin katılmaz yahut delillerini sunmaktan kaçınırsa, hakem tahkim yargılamasına devam eder ve mevcut deliller ışığında karar verir. (md.430)

Hakemler uzman görüşü almak üzere bilirkişilerden rapor talep edebilir. Bu durumda taraflar bilirkişilerle gereken bilgi ve belgeleri paylaşırlar. Ayrıca hakem keşif yapılmasına da karar verebilir. Gerek duyulması halinde bilirkişiler duruşmalara katılabilir, taraflar kendilerine soru sorabilirler. Ayrıca taraflar kendi seçtikleri bilirkişilerin dinlenmesini de talep edebilirler. (md.431) Taraflardan biri, hakem onayıyla delillerin toplanması hususunda mahkemeden yardım talep edebilir. (md.432)

Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa hakemler oy çokluğuyla karar verebilirler. Taraflar ve hakem kurulundaki diğer üyelerin onayıyla hakem kurul başkanı yargılama usulüyle ilgili belli konularda tek başına karar verebilir.

Tarafların açık yetkileri bulunması durumunda hakemler “*hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre*” veya “*dostane çözüm yoluyla*” karar verebilir. (md.433)

Tahkimde yargılama devam ederken taraflar anlaşmazlıklarında sulh olurlarsa, yargılama sona erer. Tarafların talepleri, “*ahlâka veya kamu düzenine aykırı değilse*” ya da “*tahkime elverişli olan bir konuya ilişkin ise*” sulh, hakem kararı olarak tespit edilir. (md.434)

6. Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi ve Temyiz

Tahkim yargılaması, hakemlerin karara varması veya tarafların yargılamayı sona erdirmek üzerine anlaşmaları, hakemlerin yargılamanın sürdürülmesini gereksiz veya imkânsız bulması, tahkim sözleşmesinde hakemlerin oy birliğiyle karar verme şartı bulunmasına rağmen oy birliğiyle karar verilememesi hallerinden birisi ile sona erer. (md.435)

⁸⁹ “Emredici hukuk kuralları, tarafların aksini kararlaştıramadıkları olup kamu hukuku bu mahiyettedir. Özel hukuk kuralları ise taraflara büyük ölçüde irade serbestisi tanır.” Kemal Gözler, Hukuka Giriş (Bursa: Ekin, 2019), 88.

Hakem kararına iptal davası açılabilir. Bu dava tahkim yerindeki mahkeme tarafından ivedilikle görülür. Tahkim kararı aşağıdaki durumlarda iptal edilir:

- a. Taraflardan birinin ehliyetsiz olması veya tahkim sözleşmesinin geçersiz olması.
- b. Hakem seçiminde tahkim sözleşmesinde belirlenen esaslara yahut bu kısımdaki hakem belirleme usulüne uyulmaması.
- c. Hakem kararının tahkim sözleşmesinde yer alan süre içinde verilmemesi.
- d. Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi.
- e. Hakemin tahkim sözleşmesinin kapsamadığı bir alanda karar vermesi, yetkisini aşması.
- f. Tahkimin sözleşmede yer alan usule aykırı yürütülmesi ve bu durumun kararın esasında etkili olması.
- g. Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi.
- h. Hakeme intikal eden anlaşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması.
- i. Hakem kararının kamu düzenine aykırı olması.

İptal davası, kararın taraflara tebliğinden itibaren bir ay içinde açılabilir. Hakem kararına 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.

Hakem kararının iptal talebi, davaya bakan mahkeme aksine karar vermedikçe, dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır. İptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yolu açıktır. Temyiz, kararın icrasını durdurmaz.

Tahkimin temel esaslarından olmamakla birlikte şu hususlar da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almaktadır:

İhtiyati tedbir ve delil tespiti (md.414), hakemin ret usulü (md.418), tahkim yeri (md.425), dava tarihi (md.426), tahkim süresi (md.427), dava ve cevap dilekçesi (md.428), duruşma yapılması veya dosya üzerinden inceleme (md.429), hakem kararının şekli, içeriği ve saklanması (md.436), hakem kararının tavzihi, düzeltilmesi

ve tamamlanması (md.437), tebligat (md.438), hakem ücreti (md.440), yargılama giderleri (md.441), avans yatırılması ve giderlerin ödenmesi (md.442), yargılamanın iadesi (md.443), uygulanmayacak hükümler (md.444).

Ülkemizde hakem kararları ilam niteliğinde belgeler olup tahkimin zaman aşımı on yıldır.⁹⁰ Ayrıca Türk hukukunda ihtiyari tahkimin yanında zorunlu tahkim de düzenlenmiştir.⁹¹ Türk hukukunda tahkimin genel hatlarına yer verildikten sonra tahkimin fikhî mahiyeti ve meşruiyetini ele almak, tarihte yapılagelmiş tahkim uygulamalarının fikhî zeminini tespit etmek uygun olacaktır.

⁹⁰ Ahmet Cemal Ruhi, *Uygulamacılar İçin 25 Soruda Tahkim Rehberi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 138-139.

⁹¹ Bu kanunlar için bk: Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 2.

IV. Tahkimin Fıkhî Mahiyet ve Meşruiyeti

Tarihi olarak çok eski zamanlara dayanan tahkimin fıkhîta nereye tekabül ettiği, fıkhî tekyîfi ve meşruiyeti; tahkimin işleyişi ve tahkime yükleyeceğimiz anlam bakımından büyük önemi haizdir. Bu bölümde tahkimin fıkhîtaki konumu tespit edilecek ve meşru kabul edilmesinin gerekçeleri üzerinde durulacaktır.

A. Mahiyet

Tahkimin mahiyetinin sulh veya tefviz olduğu hususunda farklı kanaatler bulunmaktadır.⁹² Ebu Yusuf (ö. 182/798) da dâhil olmak üzere bazı fakihlere göre tahkim sulh gibidir.⁹³ Ancak burada normal sulh akdinden farklı olarak dikkat edilmesi gereken bir husus, hakemlerin iki vasfı haiz olmalarıdır. Hakemler, taraflar dışındaki üçüncü şahıslar hakkında sulhu temin eden kişi (*muslih/musâlih*) iken; taraflar hakkında kanuni hâkim (*el-kâdi 'l-müvellâ*) konumundadır.⁹⁴ Çünkü taraflar hakemlere uyuşmazlığın çözümü konusunda vekâlet vermişlerdir. Böylelikle hakemlerin taraflar üzerinde *velâyet-i hâssası* meydana gelmiştir. İmam Muhammed'den (ö. 189/805) ise tahkimin tevkil olduğu görüşü aktarılmıştır.⁹⁵

Günümüz Türk hukukunda da tahkimin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu anlamına gelen akdi görüş; bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu ifade eden kazai görüş ve sonraki dönemlerde ortaya konulan, tahkimin her iki yönünü ifade eden karma teori şeklinde üç temel yaklaşım bulunmaktadır. Görüşlerden her birine göre de

⁹² Burhâneddin (Burhanü's-şeria) Mahmud b. Ahmed Merğînânî Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî fi'l-fıkhî'n-Nu'mânî*, thk. Abdulkerim Sâmî el-Cündî (Beyrut: Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2004), 8/120.

⁹³ Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Darü'l-Marife, ts.), 19/24; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 8/118; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/532. Haskefi de tahkimin sulh olduğunu kabul eder (16/538).

⁹⁴ Ebû Nasr Ahmed b. Muhammed b. Muhammed Akta', *Şerhu Muhtasari'l-Kudûrî*, thk. Abdülfettah Dervîş (Dımeşk: Darü'l-Minhâci'l-Kavîm, 2023), 6/616; Ebû Hafis (Ebû Muhammed) Hüsâmüddîn Ömer b. Abdilazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî Sadrüşşehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî* (Bağdad: Matbaatü'l-İrşâd, 1977), 4/59; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 8/119; Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd b. Mevdûd Mevsîlî, *el-İhtiyâr li-ta'lîl'l-Muhtâr*, thk. Şuayb Arnaut (Dımeşk: er-Risaletü'l-Âlemiyye, 2010), 2/228.

⁹⁵ Burhâneddin el-Buhârî- el-Cündî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 8/118; İbn Nuceym, *el-Bahrü'r-râik*, 7/25.

tahkim başlangıcı itibari ile borçlar hukukunun kapsamı altındadır. Dolayısıyla inikadı, butlanı ve iptalinde borçlar hukukunun genel hükümlerine tabidir.⁹⁶

Tahkimin mahiyeti konusundaki karma teori, akdilik ve kazailik görüşlerinin karışımından ibaret, üçüncü bir yaklaşımdır. Bu karma görüşe göre tahkim hem akdî hem de kazaî mahiyeti haizdir. 1950’li yıllarda Milletlerarası Hukuk Enstitüsü’nün tertip ettiği ilmi toplantılarda tahkimin mahiyeti etrafında hayli ilmi müzakereler dönmüş, çoğunluk tahkimin her iki yönü de bulunan karma bir karaktere sahip olduğunu ifade eden bu üçüncü görüşe kani olmuştur. Bu görüş aynı zamanda ilim ve yargı içtihatlarına da etki etmiş ve ülkemizde Yargıtay Ticaret Dairesi bazı kararlarında tahkimin bu karma karaktere sahip olduğunu kabul etmiştir.⁹⁷ Ülkemizde pozitif hukuk doktrininde gerek akdi gerek kazai görüşü benimseyen ve savunan yazarlar bulunmaktadır.⁹⁸

Tahkimin hangi teoriye dâhil olduğu tartışmasının pratiğe ilişkin şöyle bir sonucu bulunmaktadır. Tahkim sözleşmesi kazaidir denir ve bir usul hukuku sözleşmesi olarak kabul edilirse, yabancı hakem kararları yalnızca Türk mahkemelerinin tenfiz kararından sonra Türkiye’de icra edilebilir. Tahkim sözleşmesi akdidir denir ve bir özel hukuk sözleşmesidir denirse bu durumda yabancı hakem kararları mahkeme kararına ihtiyaç duymaksızın Türkiye’de icra edilebilecektir.⁹⁹

Tahkimin fikhî/hukuki mahiyetinin tespiti sadedinde sulh, vekâlet, yargı, bilirkişilik, arabuluculuk gibi uygulamalarla benzer ve farklı yönlerinin genel hatlarıyla karıştırılması mümkün olan benzerlerinden ayırımının yapılması, farklarının genel hatlarıyla belirtilmesi uygun olacaktır. Bunun amacı tahkimle ilgili uygulamanın mukayesesini yapmak değil, tahkimin benzer uygulamalardan ayrıştırılıp ne olduğunun daha iyi tespit edilmesidir. Hal böyle olunca, yapılacak değerlendirmelerde mevcut uygulamaların genel hatlarını ayrıştıracak noktalara işaret etmekle yetinilecektir.

⁹⁶ Muhammed Mansur Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması* (Ankara: Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021), 27.

⁹⁷ Yeğengil, *Tahkim*, 114.

⁹⁸ Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 31-33.

⁹⁹ Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 27.

1. Tahkimin Sulhtan Farkı

Sulh, “kendisiyle hasımlar arasındaki uyuşmazlığın giderildiği akit” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰⁰

Tahkim ve sulh, tarafların rızasıyla kurulması, anlaşmazlığın giderilme yollarından olmaları, her ikisinin de birer akit olmaları ve mahkemeye müracaat edilmeden çözüme gidilmesi cihetleri ile birbirine benzemektedir. Sulh ile çözülebilen her şey tahkimle de çözülebilirken sulhun caiz olmadığı hususlarda tahkim de caiz değildir.¹⁰¹ Yine tahkimde hakem kararlarının bağlayıcı olması gibi şartlarına uygun halde kurulan bir sulh akdi de tarafların iradesi ile bozulamayıp bağlayıcı niteliktedir.¹⁰²

Tahkimde taraflar hakemin lehlerinde yahut aleyhlerinde vereceği hükmü öncesinden bilmezken, sulhta genellikle taraflar hangi haklarından ne kadar feragat ederek anlaşmaya varacaklarını bilerek sulh akdi kurarlar. Dolayısıyla sulhta tarafların feragat ettikleri haklar teberru mahiyetinde görülürken tahkimde hakemin amacı her hak sahibine hakkını vermektir.¹⁰³

Ayrıca tahkimde hakemi taraflar veya devlet otoritesi tayin eder. Sulhta ise tayin edilen birisi olmayabilir.¹⁰⁴ Yine sulhta herhangi bir yargılama aşaması bulunmazken tahkimde mahkemedekine benzer bir muhakeme süreci bulunmaktadır. Dolayısıyla tahkimde uyuşmazlığı bir hakem çözerken sulhta uyuşmazlığın çözümünde taraf iradeleri etkindir.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Mevsili, *el-İhtiyâr li-ta’lîl-i-Muhtâr*, 2/421; Fahrettin Atar, “Sulh” (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994), 37/481.

¹⁰¹ Sadrüşşehîd, *Şerhu Edebi’l-kâdî*, 4/63.

¹⁰² Mecelle md. 1556. “Sulh tamam oldukça yalnız tarafeynden biri ondan dönemez...” Sulhta tarafların iradeleri doğrultusunda ikale imkânı ise 158. maddede düzenlenmiştir. Ayrıca bk. Akman, “İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku’nda Sulh Sözleşmesi”, 1036.

¹⁰³ Kadri Muhammed Mahmud, *et-Tahkîm fi Dav’i Ahkâmi’s-Şerîati’l-İslâmiyye* (b.y.: Darü’s-Sami’î, ts.), 162; Mis’ad Avvad Hamdân el-Bürkanî Cühenî, *et-Tahkîm fi’s-Şerîati’l-İslâmiyye ve’n-Nuzumi’l-Vad’iyye* (Medine-i Münevvere: Mektebetü Darü’l-İmân, 1994), 46; Keleş, “‘Dini Nikah’ Adı Altında Yapılan Gayr-i Resmî Nikah Akdinin Tahkim Yoluyla Sona Erdirilmesi”, 200.

¹⁰⁴ “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/235.

¹⁰⁵ Akman, “İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku’nda Sulh Sözleşmesi”, 1096.

2. Tahkimin Vekâletten Farkı

Vekâlet, “Bir kimsenin, kendisi de yapabileceği bir tasarrufu başkasına tefviz etmesi, onu kendi yerine ikame eylemesi” şeklinde tarif edilmiştir.¹⁰⁶

Hüküm vermeden önce hakemin azledilmesi ve vekâlet verilen işi yerine getirmeden önce vekâletin sonlandırılması konusundaki serbestlik hususunda benzerlik gösteren vekâlet ve tahkim, yetki konusunda birbirinden ayrılmaktadır. Vekil, yalnızca müvekkilinin menfaatine olan işleri yapmakta yetkili iken hakem lehte-aleyhte fark etmeksizin anlaşmazlığın son bulması için çalışır.¹⁰⁷

3. Tahkimin Bilirkişilikten Farkı

Bilirkişinin görevi, kendisinden görüş istenilen hususta uzmanlık alanına göre doğru bilgiyi tespit edip bunu bildirmekten ibarettir. Olayda taraflar üzerinde herhangi bir yetkisi yoktur. Tahkimde ise hakem, ihtiyaç duyulması halinde bilirkişilerin de vereceği görüşler ışığında mevcut anlaşmazlığı sonlandırmaya yetkili kişidir. Bu yönüyle anlaşmazlıkların çözümünde bilirkişi daha pasifken hakem daha etkin görev almaktadır. Hakemde bulunması gereken sair şartları haiz olması durumunda bilirkişinin hakem tayin edilmesinin önünde herhangi bir mâni olmadığı gibi mevcut anlaşmazlık konusunda uzman bir kişinin hakemlik yapması tarafların rızası ve kararın sıhhati açısından da arzu edilen bir durumdur.¹⁰⁸

4. Tahkimin Genel Yargıdan Farkı

Tahkim de genel yargı da anlaşmazlıkların ortadan kaldırılmasına vesile olmaktadır. Bu bakımdan fukaha her ikisinde de benzer şartlar aramaktadırlar. Bununla birlikte özleri bakımından yargı asıl, tahkim ise yargının bir alt dalı/uygulanması olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁹ Tahkim ile yargının ayrıştığı diğer

¹⁰⁶ Ebü'l-Berekât Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik meâ'l-Hâşiye li'ş-Şeyh Muhammed Ahsen es-Siddîki en-Nânûtevi* (Karaçi: Mektebetü'l-Büşrâ, 2014), 2/480; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhîyye Kamusu*, 8/311; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 601.

¹⁰⁷ Mahmud, *et-Tahkîm*, 157.

¹⁰⁸ Mahmud, *et-Tahkîm*, 164; Cühenî, *et-Tahkîm*, 45.

¹⁰⁹ Alaeddin Trablusî, *Mu'înü'l-hükkâm fimâ yetereddedü beyne'l-hasmeyni mine'l-ahkâm* (b.y.: Darü'l-Fikr, ts.), 12.; “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/234.

noktalar ise hakem-hâkim tayini, hakem-hâkim yetkisi, anlaşmazlığın giderileceği hukuk sistemi ve tarafların rızasıdır.

Tahkimde taraflar aralarındaki uyuşmazlığı çözecek kişi yahut kişileri kendi rızaları doğrultusunda seçme hakkına sahiplerken, yargıda böyle bir seçme hakkı yoktur. Mahkeme yargıcı tarafların arasındaki davaya bakar. Ayrıca tahkim tarafları hakemi bazı şartlarda azletme yetkisine sahipken, yargıda hâkimin azline taraflar yetkili değildir. Ayrıca tahkimde taraflar hakemin hangi hukuk sistemine göre hakemlik edeceğini belirleyebilirlerken yargıda bu mümkün değildir. Mevcut pozitif hukukun maddi hukuk kuralları taraflar açısından yargı sistemini teşkil etmektedir. Tahkimle genel yargı arasındaki bir diğer fark ise, hakemin yetki ve sınırları, tahkim sözleşmesinin konusu kapsamındadır. Bu sınırlar dışında hakemin taraflar ve üçüncü şahıslar üzerinde yetkileri söz konusu değildir. Yargıda ise mahkemeye intikal eden bir davada hâkim, daha geniş yetkilere sahip olup üçüncü kişiler de bu sınırlara dâhil olmaktadır.¹¹⁰

5. Tahkimin Arabuluculuktan Farkı

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) (md.2/b) arabuluculuğu şöyle tanımlamıştır:

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

Yukarıda sayılan uygulamalardan tahkime en çok benzeyen arabuluculuktur. Üçüncü şahsın bağlayıcı olmaksızın anlaşmazlıklara müdahale etmesine imkân tanıyan her türlü yöntem arabuluculuk olarak algılanmaktadır.¹¹¹

¹¹⁰ Dûrî, *Akdü't-Tahkîm*, 28; Mahmud, *et-Tahkîm*, 153-156; Cühenî, *et-Tahkîm*, 44; Yıldırım, “Tahkîm”, 39/412; Cühenî, *et-Tahkîm*, 44.

¹¹¹ Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 39.

Hem tahkim hem de arabuluculukta taraflar bir üçüncü şahsa anlaşmazlıklarını arz eder ve kendisinden çözüm beklerler. Arabuluculukta, arabulucunun tarafların anlaşması için ortaya koyduğu çabalar neticesinde yine taraflarca varılan netice kendilerini bağlayıcıdır. Tahkimde de her ne kadar hakem hükmünü bildirmeden önce tarafların tahkimden vazgeçmeleri mümkünse de hakem kararının açıklanmasından sonra yeni bir işlem yapmaya gerek kalmaksızın artık bu karar taraflar için bağlayıcı hale gelir. Tahkim ile arabuluculuğun ayrıştığı temel nokta bağlayıcılıktır.¹¹²

Arabuluculukta kaybeden bir taraf yoktur. Taraflar ortaklaşa bazı haklarından feragat etmek suretiyle bir ortak noktada buluşurlar. Tahkimde böyle bir feragat bulunmayıp kazanan ve kaybeden taraflar vardır, hakemin tarafları bağlayıcı hükmü esastır.¹¹³ Dolayısıyla arabuluculuğun taraflar arasındaki anlaşmazlığı çözüme fonksiyonu yoktur. Bu tahkimin üstleneceği bir fonksiyondur. Arabuluculukta çözüme giden yolda kendine has tekniklerle tarafların müzakere etmesini ve anlaşmalarını temin edilmeye çalışılmaktadır.¹¹⁴

Tahkim “*hak temelli*”; arabuluculuk ise “*menfaat temelli*” çözüm yollarıdır. Bu bakımdan birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Tahkim arabuluculukta olduğu gibi tarafların anlaşmasına gerek olmaksızın mahkemedeki gibi tarafları bağlayıcı bir hakem kararı ile neticelenir.”¹¹⁵

Tahkimin yabancılik unsuru içermemesi gerekmektedir. Ancak yabancılik unsuru bulunan uyuşmazlıkların arabuluculuk kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.¹¹⁶

Bu uygulamalara ek olarak yargıç kiralama, kısa jüri yargılaması, mini yargılama, tarafsız ön değerlendirme, son teklif, kamu denetçiliği (ombudsmanlık)

¹¹² Ali Yeşilirmak, “Arabuluculuk Nedir?”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi* (b.y.: Council of Europe/Avrupa Konseyi, 2017), 37; Balcı, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, 26-27.

¹¹³ Ülker, “Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle Hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün Mü?”, 462; Onur Kalkan, *İslâmi Bankacılık ve Finans Uyuşmazlıklarında Hukuk Yargılaması ve Tahkim* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 29.

¹¹⁴ Ülker, “Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle Hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün Mü?”, 464.

¹¹⁵ Ömer Faruk Demir - Gülben Elhakan, *Arabuluculuk Sınavına Hazırlık ve Soru Bankası* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 33.

¹¹⁶ Ülker, “Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle Hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün Mü?”, 463.

gibi uygulamalar da zikredilebilir.¹¹⁷ Ancak bu uygulamalar tahkimden farkı daha bariz, karış(tırıl)ma ihtimali daha zayıf uygulamalardır.

Tahkimin diğer uygulamalardan farklarını ele alıp ne olduğu hususunu daha da netleştirdikten sonra tahkimin meşruiyetine değinip hukukî temelini/kaynağını, dayanak noktalarını ortaya çıkarmak gerekir.

B. Meşruiyet

Tahkim, nakil ve akıl cihetinden meşrudur. Bu anlamda tahkimin meşruiyeti nakli delillerden hareketle ispat edilebilmesinin yanı sıra aynı zamanda aklî gerekçeleri de bulunmaktadır. Tahkim, naklî deliller sadedinde Kitap, Sünnet ve icma ile sabittir.¹¹⁸ Bu deliller şu şekilde sıralanabilir:

1. Kitap

Aile içi geçimsizlik durumunda eşlerin arasını ıslah etmek, ailenin devamını sağlamak üzere hakem gönderilmesini öğütleyen Nisa suresinin 35. ayeti tahkimin Kitapla sabit olduğunun delillerindendir.¹¹⁹

Yalnızca karı-koca arasındaki anlaşmazlıklar arasında başvurulacak hakemden bahseden ayetin umumi manada tahkime delil olmayacağını ifade eden bazı fakihler bulunmaktadır. Örneğin İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1457) tahkimin Kitapla caiz olduğunu ifade etmiş, ardından ilgili ayeti zikretmiş ve “fihi nazar” şeklinde bir mülahazada bulunmuştur. Ancak ayetle istidlal hususunda itiraz ettiği noktayı izah etmemiştir.¹²⁰

İbn Nüceym (ö. 970/1563) de ayetin tahkime delil olmasına itiraz etmiş, Fethü'l-Kadîr'de de böyle olduğunu ancak itirazın izaha kavuşturulmadığını ifade etmiş ve bu izahı kendisinin yapacağını söylemiştir. Bu açıklamaya göre ayette geçen

¹¹⁷ Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 77.

¹¹⁸ Trablusî, *Mu'înü'l-hükkâm*, 24, 25; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 4/3358.

¹¹⁹ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا

“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.”

¹²⁰ Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr li'l-Âcizi'l-Fakîr* (Lübnan: Darü'l-Fikr, 1970), 7/315; Ekrem Keleş, *İslam Hukukuna Göre Anlaşmazlıkların Çözümünde Hakem Usulü -Tahkim-* (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987), 7.

“hakem gönderin” emri taraflara değil, karı-kocanın tabi olduğu idarecilere yöneltilmiştir. Ayrıca Hanefilere göre hakemin yalnızca evliliğin devamı yönündeki kararı geçerli, tefrik kararı geçerli değildir. Hakem bir nevi vekil vasfını haizdir. Dolayısıyla eşler arasında sulh için görevli hakemlerin meşru olması tahkim kabilinden olmadığından bu ayetin delil olması da problemlidir.¹²¹

Buna karşın aile içi uyuşmazlıkların çözümünde hakem usulünü telkin eden bu ayetin sair uyuşmazlıklarda da aynı usulü evleviyetle tavsiye ettiğini ifade edenler de bulunmaktadır.¹²² Ali Haydar Efendi (ö.1936) bu kanaati Velvâliciyeye’yi referans göstererek “*Vaktâ ki, hakk-ı zevceynde tahkîm caiz oldu. Bu cevâz, sâir hukuk ve de’âvîde dahi cevâzü’-t-tahkîme delâlet eder.*” şeklinde açıkça seslendirmektedir.¹²³ Ayrıca Abdullah İbn Abbas (r.a.), Hz. Ali ile Muaviye (r.a.) arasında cereyan eden tahkim uygulamasını kabul etmeyen Haricilere delil olarak eşler arası tahkimin zikredildiği bu ayet-i kerimeyi okumuştur.¹²⁴ Buna göre ilgili ayet tahkime meşruiyet kazandıran bir delildir.

Yahudilerin aralarındaki bir davayı Hz. Peygamber’e arz etmeleri ve O’ndan hakem olmasını talep etmeleri, Allah Teâla’nın da elçisini onlar arasında adaletle hüküm verme/hakemlik etme yahut yüz çevirme konusunda muhayyer bırakmasını içeren Maide suresinin 42 ve 43. ayetleri de tahkimin Kitap delilleri arasındadır.¹²⁵

Her ne kadar tanımdaki gibi tarafların arasındaki münazaayı kaldıracak bir tahkim türü olmasa da, Maide suresi 95. ayette¹²⁶ geçen ihramlıyken avlanma

¹²¹ İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-râik*, 7/25; Keleş, *Tahkim*, 8.

¹²² Ebû Hafs (Ebû Muhammed) Hüsâmüddîn Ömer b. Abdilazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî Sadrü’ş-şehîd, *Şerhu Edebi’l-kâdî* (Bağdad: Matbaatü’l-İrşâd, 1977), 4/58; Ahmet Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler* (Ankara: Fecr Yayınevi, 1998), 344.

¹²³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkâm*, 4/3358.’den naklen Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, 344.

¹²⁴ İbnü’l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî, *Fethu’l-Kadîr li’l-‘Acizi’l-Fakîr* (Lübnan: Darü’l-Fikr, 1970), 6/101.

¹²⁵ سَمُّعُونَ لَكَاذِبِينَ أَكَلُونَ لِلسُّخْتِ فَإِنْ جَاءَكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرَضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَصُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ وَكَيْفَ يُحْكُمُونَكَ وَعِنْدَهُمُ التَّوْرَةُ فِيهَا حُكْمُ اللَّهِ ثُمَّ يَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُولَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ

¹²⁶ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ بِحُكْمِ اللَّهِ بِهِ نَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بِالْبَالِغِ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَفَا اللَّهُ عَنْمَا سَلَفَتْ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ

“Ey iman edenler! İhramda iken av hayvanlarını öldürmeyin. Sizden kim böyle bir hayvanı kasten öldürürse öldürdüğüne denk bir evcil hayvanı ceza olarak öder. Bunu -Kâbe’ye ulaştırılacak bir kurbanlık olmak üzere- **aranızdan adalet sahibi iki kişi takdir eder.** Yahut o kişi, yoksulları

sahabe uygulamalarına yer vermektedirler. Bu meyanda aşağıdaki hadiseler tahkime delil olarak aktarılmaktadır:

a. Hâkim/hakemlerin adaletli olmaları gerektiğini ifade eden hadis:

Aralarındaki anlaşmazlığı çözüme kavuşturmak üzere kendilerine müracaat edilen kişilerin adaletli davranmalarını, aksi halde büyük bir ceza ile karşılaşacaklarını bildiren hadis hakemliğin meşru olduğuna delil kabul edilebilir. Hadis-i şerifte şöyle buyrulmaktadır:

*“Kim kendisine hakem olması için gelip kendisinden razı olur da o da ikisine hakemlik eder ve aralarında hak ile adaletli hükmetmezse, Allah’ın laneti onun üzerindedir.”*¹³²

Şayet hakemlerin verdiği hükümler taraflar hakkında bağlayıcı olmayacak olsaydı, hakemlere yönelik ağır bir uyarı/lanet de olmazdı.¹³³

b. Hz. Peygamber’in, Sad b. Muaz’ı Beni Kureyza’ya hakem tayin etmesi¹³⁴:

Hz. Peygamber (s.a.v.)’in hayatında muhasarayı sona erdirme yollarından biri olarak savaşta tahkim uygulaması icra edilmiştir. Kureyza Yahudileri, Sad b. Muaz’ın (r.a.) vereceği karara razı olunca Hz. Peygamber (s.a.v.) kendisinden hakemlik yapmasını istemiş, verdiği karardan sonra memnun olmuş ve Hz. Peygamber (sav): *“Allah’ın/Melik’in (her şeye hükümrân olan) hükmüyle hükmettin”* buyurmuştur.¹³⁵

¹³² Bu hadisin delil olarak kullanılmayacağını ifade eden İbnü’l-Cevzî (ö. 597/1201), İbnü’l-Mülakkın (ö. 804/1401) gibi âlimler vardır. Öyle ki İbnü’l-Cevzî, bu hadisle ihticac eden Hatîb’i (ö. 463/1071) şiddetle tenkit etmiştir. Bu bilgiler ve hadisin sıhhatine ilişkin yorumlar için bk. Ebû Hafs Sirâcüddîn Ömer b. Alî b. Ahmed el-Ensârî el-Mısırî İbnü’l-Mülakkın, *el-Bedrü’l-Münîr fî Tahrîci’l-Ehâdisi ve’l-Âsâri’l-Vâkiati fî Ş-Şerhi’l-Kebîr* (Riyad: Darü’l-Hicra, 2004), 9/555; Nâsirüddin Elbânî, *Silsiletü’l-Ehâdisi’z-Za’ife ve’l-Mevzû’a ve Eseruhe’s-Seyyi’ü fî’l-Ümme* (Riyad: Darü’l-Meârif, 1992), 12/894. Bununla birlikte bilindiği üzere muhaddisler ile fukahanın metod farklılıkları bulunmaktadır. Bir müçtehidin bir hadisle amel etmesinin o hadis için tashih manasına gelmesine yönelik yaklaşımlar için bk. Zafer Ahmed b. Latîf el-Osmânî Tehânevî, *Kavâ’id fî’l-’Ulûmi’l-Hadîs* (Beyrut: Mektebetü’l-Matbuâti’l-İslâmiyye, 2007), 57-60.

¹³³ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 14/92; Ebü’l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrrahmân el-Mısırî Karâfî, *ez-Zahîre (fî’l-fikh)* (Beyrut: Darü’l-Garbi’l-İslâmî, 1994), 10/35.

¹³⁴ Muhammed Hamidullah, *İslam Peygamberi*, çev. Salih Tuğ (Ankara: Yeni Şafak, 2003), 1/587.

¹³⁵ Buhari, Megazi: 30; Cihad ve Siyer: 168; Menakıbü’l-Ensar: 12; İsti’zan:26; Müslim, Cihad ve Siyer:64 (1768). Bu hadiseyi Berki’nin Muaz bin Cebel üzerinden anlatması sebki-i kalem olarak değerlendirilmelidir. Berki, *İslâm Şeriatında Kaza*, 78.

c. Hz. Peygamber (sav)'in el-'Aver İbn Beşşame'nin hakemliğini kabul etmesi:

Beni Temim ve Beni Anber kabilelerinden köle alımı konusunda çıkan bir anlaşmazlıkta Hz. Peygamber (sav), el-'Aver İbn Beşşame'nin hakemliğini kabul etmiştir.¹³⁶ Ayrıca kaynaklarda Peygamberimizin söz konusu kişiyi zekât mallarının alınması hususunda çıkan bir anlaşmazlıkta hakem kabul ettiği bilgisi de yer almaktadır.¹³⁷

d. Medine Vesikası'nda Hz. Peygamber (s.a.v.)'in gayrimüslimler tarafından hakem kabul edilmesi:

Hicretten sonra farklı dine mensup siyasî ve etnik gruplarla Hz. Peygamber'in devlet başkanlığında birlikte yaşamayı öngören Medine Vesikası'nda Efendimiz (s.a.v.) çıkabilecek ihtilaflar hususunda hakem kabul edilmiştir. Bu husus şöyle ifade edilmektedir:

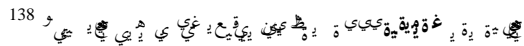
“Üzerinde ihtilafa düştüğünüz herhangi bir şey, Allah'a ve Muhammed'e götürülecektir^{□□□} (23. madde).

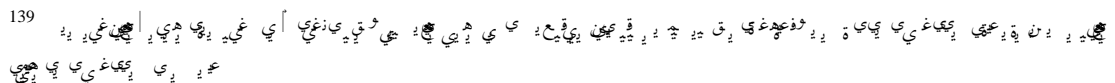
“Bu sahifede (yazıda) gösterilen kimseler arasında ortaya çıkmasından korkulan her türlü öldürme ya da tartışma olaylarının Allah'a ve Allah'ın Resûlü Muhammed'e götürülmesi gerekir. Allah bu sahifeye (belgeye) en sıkı ve en titiz bir biçimde riayet edenlerin güvencesi olacaktır.” (42. madde).¹³⁹

Bu maddelerde kararlaştırılan durum yalnızca sözde kalmamış, fiiliyatta da Yahudiler aralarındaki uyuşmazlıkları Hz. Peygamber (s.a.v.)'e arz etmişler, O da

¹³⁶ Ebû Hafs Necmeddîn Neseffî, *et-Teysîr fi't-tefsîr* (İstanbul: Darü'l-Lübâb, 2019), 13/500.

¹³⁷ “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/235.

¹³⁸ 

¹³⁹ 

Muhammed Hamidullah, *Mecmû'atü'l-vesâiki's-siyâsiyye li'l-ahdi'n-Nebevî ve'l-hilâfeti'r-râşide* (Beyrut: Darü'n-nefâis, 1987), 61, 62.

hakemlik etmiştir. Efendimiz (s.a.v.)'in gayrimüslimler arasında hakemlik ettiği çok sayıda anlaşmazlık bulunmaktadır.¹⁴⁰

e. Hz. Ömer ile bir adamın bir at alışverişlerinde Şureyh'in hakemlik etmesi:

Hz. Ömer bir at için pazarlık etmiş ve atın nasıl koştuğunu denemek üzere bir adam görevlendirmişti ki bu sırada at öldü. Bunun üzerine Ömer (r.a.) buyurdu ki: “*Bu (öldüğünde) senin malındandır.*” At sahibi ise “*Hayır, senin malındandır. Benimle senin aranda bir hakem tayin et*” dedi. O da “*Tamam, Şureyh el-İrâkî (olsun)*” dedi ve onu hakem tayin ettiler.

Şureyh dedi ki: “*Şayet sen onu pazarlıktan sonra atı denemeye göndermişsen, bu senin malındır ey müminlerin emiri. Ancak pazarlıktan evvel göndermişsen değildir*” dedi. Hz. Ömer bu olay üzerine ondaki kabiliyeti gördü ve onu Kufe halkına kâdî olarak gönderdi.”¹⁴¹

f. Hz. Osman ile Talha b. Ubeydullah arasında görme muhayyerliği hususunda çıkan ihtilafta Cübeyr b. Mut'im'in hakem tayin edilmesi:

“Talha b. Ubeydullah, Osman b. Affan'dan bir mal satın almıştı. Osman'a “*Hiç kuşkusuz sen aldandın*” dendi. Mal Kufe'de bulunuyordu ve artık orada Talha'nın ailesinin malı olmuştu. Bunun üzerine Hz. Osman “*Ben görmediğimi sattığım için muhayyerlik hakkım vardır*” dedi. Talha ise “*Muhayyerlik hakkı benimdir. Zira ben görmediğimi satın aldım.*” dedi. Aralarında Cübeyr b. Mut'im'i hakem tayin ettiler. O da muhayyerlik hakkının Talha'ya ait olduğuna, Osman'ın bu hakka sahip olmadığına hükmetti.”¹⁴²

¹⁴⁰ Muhammed Hamidullah, *İslam Peygamberi*, 1/196; Yahudilerden Nadîr ve Kureyza oğulları arasında cereyan eden bir cinayet nedeniyle ortaya çıkan anlaşmazlıkta Hz. Peygamber (s.a.v.)'in hakemliği için bk. Feridun Tekin, “Câhiliye'den İslâm'a Hakemlik Geleneği”, 481. Medine Vesikası'ndaki bu maddelerin tahkimle irtibatlı görülmeyip üst bir yargı mercisi belirlemeye daha uygun olduğu da söylenebilir. Ancak maddede “kaza, muhâsame” vb. gibi genel yargıya yorumlanabilecek lafızlar değil, “ihtilaf” gibi tahkime yorumlanmaya daha müsait bir ifade kullanılmaktadır. Gayrimüslimlerin vesikadan sonra olduğu anlaşılan ve Hz. Peygamber (s.a.v.)'e ihtilaflarını götürdükleri aktarılan somut olaylarla birlikte düşünüldüğünde ilgili maddelerin tahkime yorumlanmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir.

¹⁴¹ Ebû Bekir Muhammed b. Halef Vekî', *Ahbarü'l-Kudât* (Beyrut: Alemü'l-Kütüb, 1947), 2/189; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 14/92.

¹⁴² Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed Tahâvî, *Şerhu Meâni'l-Âsâr* (b.y.: Alemü'l-Kütüb, 1994), 10; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 14/92.

g. Hz. Ömer ile Übey b. Ka'b arasındaki bir anlaşmazlıkta Zeyd b. Sabit'in hakemlik yapması:

“Ömer ile Übey b. Ka'b arasında bir anlaşmazlık vardı. Onlar Zeyd b. Sabit'i hakem tayin ederek yanına gittiler. Zeyd b. Sabit onların yanına geldi ve Hz. Ömer'e; “*Bir haberci gönderseydiniz ben yanınıza gelirdim ey müminlerin emiri*” dedi. Bunun üzerine Hz. Ömer “*Hüküm onun evinde verilir*” buyurdu.

Zeyd b. Sabit onları içeriye aldı. Hz. Ömer'e bir minder serdi. Bunun üzerine “*Bu senin ilk adaletsizliğin oldu*” dedi. Bu olayda Hz. Ömer yeminle yükümlüydü. Zeyd b. Sabit, Übey b. Ka'b'a “*Müminlerin emirini yemin sorumluluğundan kurtarsan olmaz mı?*” deyince Hz. Ömer “*Ben yeminle yükümlüyüm ve bu yemini edeceğim*” buyurdu. Bunun üzerine Übey “*Hayır, müminlerin emiri sorumluluktan kurtulmuştur*” dedi ve onu tasdik etti.¹⁴³

h. Hz. Ömer ile Muaz b. Afrâ arasındaki anlaşmazlıkta hakem olayı:

Hz. Ömer ile Muaz b. Afrâ (ra) arasında bir anlaşmazlık bulunuyordu. Aralarında Übeyy b. Ka'b'ı hakem tayin ettiler. Hz. Ömer ona olayı anlattı. Übeyy kendisine “*Hakkından vazgeçsen ey müminlerin emiri*” deyince o da “*Hayır, eğer benim hakkım ise beni bundan vazgeçirme*” dedi. Bunun üzerine Übeyy “*Bu senin hakkındır ey müminlerin emiri*” deyince Hz. Ömer yemin etti ve “*Ne dersin, ben buna yeminimle mi hak kazandım, şimdi haydi git, o senindir*” buyurdu.¹⁴⁴

¹⁴³ Serahsî, *el-Mebsût*, 21/62; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 14/62; Ebû Bekir Haddâd, *El-Cevheretü'n-Neyyire*, thk. İlyas Kaplan (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2006), 2/552.

¹⁴⁴ Sünen-i Darekutni, *el-Ekziye ve'l-Ahkâm*:4595. Ebû'l-Hasen Ali b. Ömer Dârekutnî, *Sünenü'd-Darekutni ve bizeylihi et-Ta'likü'l-Muğni ale'd-Darekutni* (Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 2004), 5/434.

i. Hz. Ali ve Hz. Muaviye arasındaki hakem hadisesi:

Tahkimle ilgili çalışmalarda Hz. Ali ile Hz. Muaviye arasında cereyan eden hadise¹⁴⁵ tahkimin delili mahiyetinde sıkça arz edilmektedir. Öyle ki hakem/tahkim ifadelerinin mutlak kullanımlarında doğrudan bu olay anlaşılabilir. ¹⁴⁶

Devlet başkanlığı gibi önemli bir konuda cereyan eden tahkim olayında sahabeden (r.anhüm) hiç kimseden böyle bir yöntemin meşru olmadığına ilişkin bir itiraz vaki değildir. Bu durum bize tahkimin meşruiyetinin yanı sıra bu meşruiyet noktasında sahabede bulunan ortak kanaati de ifade etmektedir.

Tahkimin meşruiyetine dair bu deliller zikredildikten sonra bu verilerin delil değerine yönelik bir itirazdan bahsedilebilir. Bu itirazın haklı görülmesi, tahkime delil teşkil eden sahabe uygulamalarının bir bölümünü delil olmaktan çıkaracaktır.

Tahkimle ilgili sahabeden nakledilen haberlerde Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Ali gibi devlet başkanlarının uygulamaları da yer almaktadır. Devlet başkanının bir kimseyi yetkili kılmasıyla o kişiyi hâkim tayin etmiş olabileceği, dolayısıyla bu yargılamanın tahkim değil, mahkeme yargısı olarak değerlendirilmesinin mümkün olacağı şeklinde bir itiraz yapmak mümkündür.

Ancak bu itiraz yukarıda nakledilen olaylarda geçerli olmayan bir itirazdır. Zira adı geçen halifeler ilgili olayda özel olarak hakem tayin edilen kimselerin tahkimlerine razı olmuşlardır. Bu rivayetlerde verilen karara razı olmalarından başka bir şey de nakledilmiş değildir. O halde bu tahkimden başka bir yargılamaya delalet

¹⁴⁵ Tahkim olayının detayları ve fikhî tahkimin yanı sıra İslam Mezhepleri Tarihi'nin de konusu olduğunu göstermesi bakımından bk. Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Said el-Endelûsî el-Kurtubî İbn Hazm, *el-Fasl* (İstanbul: Yazma Eserler Kurumu (YEK), 2017), 3/368-374; Yusuf Sansarkan, *İslam Düşünce Geleneğinde Tahkim Meselesi ve Mezhebî Ekoller Üzerindeki Etkisi* (Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017). Tahkim olayının metninde tahkimin bağlı olacağı hukuk normlarının tespiti, hakem kararlarının bağlayıcılığının teminatı, tahkimin süresi, karardan önce hakemlerden birinin vefatı durumunda ne yapılacağı, tahkimin mekânı, tahkimde gizlilik esasının kabul edilmesi, tahkimde tanıklık delilin kabul edilmesi, tahkim sözleşmesine aykırılığın müeyyidesi gibi hususlar yer almaktadır. Bk. Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 45, 46.

¹⁴⁶ Şube b. Amr, Said b. Cübeyr'e hakemleri sormuş, o da kızmış ve “*Ben henüz doğmamıştım*” diye cevap vermiş, bunun üzerine Şube hakem olayını sormadığını, eşler arasındaki anlaşmazlığı gidermek için görev yapan hakemleri sorduğunu ifade etmiştir. Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân* (Beirut: Darü İbn Hazm, 2022), 736.

etmemektedir. Ayrıca yine Zeyd b. Sabit, Cübeyr b. Mut'im ve Şureyh'in tahkim uygulamaları da bize nakledilmiştir. Oysa mezkûr zatlar kâdî değillerdir.¹⁴⁷

Hz. Ömer ile bir adamın at alışverişlerinde Şureyh'in hakemlik etmesi meselesinde Hz. Ömer, Şureyh'in anlaşmazlıkları çözme kabiliyetini görmüş ve bu olay üzerine onu Kufe halkına kâdî olarak göndermiştir. Dolayısıyla Hz. Ömer'in Şureyh'i hakem tayin etmesi kendisinin kâdî tayin edilmesinden öncedir.¹⁴⁸ Bundan anlaşılacaktır ki Şureyh'in yürüttüğü bu yargılama faaliyeti hâkim vasfıyla icra edilen kazâ değil, hakem vasfıyla yaptığı tahkim uygulamasıdır.

Benzer bir itiraz Hz. Peygamber (s.a.v.)'in ihtilafları giderdiği olaylar için de gündeme getirilebilir. Hz. Peygamber'in genel yargının yanı sıra tahkimi uygulaması, devlet başkanı ve hâkim vasfının yanında hakem olarak da değerlendirilebileceğinin delilidir. Ancak kendisinden uyuşmazlıkların çözümü sadedinde aktarılan olaylar bakımından hangi vasıf ile irtibatlandırılıp nasıl değerlendirilmesi gerektiği önemli bir husustur. Konumuz özelinde kimi rivayetlerin tahkime delil olmasına mâni teşkil edebilecek, en azından delil olma mahiyetinde şüphe barındırabilecek husus, Peygamberimizin eliyle çözülen ihtilaflarda konumunun devlet başkanı, hâkim, hakem, muslih/musâlih (arabulucu) vs. gibi sıfatlardan herhangi birisi olma ihtimalidir. O'nun (s.a.v.) konumunun her bir olayda sayılan vasıflarından hangisine uyum arz ettiğini tespit etmek, kendisinin hakem sıfatıyla karar verdiği anlaşılan hadiselerin tahkime delil mahiyetinde olduğunu söylemek uygun olacaktır.¹⁴⁹

Tahkime delil olabilecek hadiseler cümlesinden olarak hacerü'l-esvedin yerine yerleştirilmesinde kabilelerin ileri gelenlerinin ihtilafı giderme adına müracaat ettikleri yöntem zikredilmektedir. Ancak bu hadisenin tahkimin sünnet delili olarak zikredilmesi isabetli olmasa gerektir. Çünkü burada Efendimiz (s.a.v.)'in hakemliği nübüvvet öncesindedir. Oysa usulcülere göre bir şeyin sünnet dairesinde

¹⁴⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 14/92; Karâfi, *ez-Zahîre*, 35.; "Tahkim", *Mv.F.*, 10/236.

¹⁴⁸ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 14/20,92.

¹⁴⁹ Bu anlamda kimi çalışmalarda tahkime delil olarak zikredilen bazı rivayetler vardır ki, Hz. Peygamber'in hakem vasfından başka bir vasfıyla ihtilafı giderdiğinden dolayı bu rivayetlerin tahkime delil olmayacağı anlaşılacaktır.

değerlendirilmesi için nübüvvetten sonra meydana gelmesi gerekmektedir.¹⁵⁰ Söz konusu hadisenin zikredilmesi cahiliye döneminde hakemlik uygulamasının yaygınlığına işaret etmesi bakımından anlamlı olmakla birlikte tahkimi meşru kılan bir sünnet delili olarak aktarılması şüphelidir.

Sünnet ayrıca hakemlik anlayışının geçmiş kavimlerde de bulunduğunu tespit etmektedir.¹⁵¹

3. İcma

Tahkim sahabe döneminde bilinen bir uygulama olmasına rağmen bu uygulamaya itiraz eden hiç kimse olmamıştır. Örneğin henüz Hz. Peygamber (s.a.v.) hayattayken Sa'd b. Muaz'ın Beni Kureyza'ya hakem tayin edilmesine sahabeden (r.anhüm) kimsenin itirazı olmamıştır.¹⁵² Sünnet delilleri sadedinde aktarıldığı üzere Hz. Peygamber'in vefatından sonra da birçok tahkim hadisesi yaşanmıştır. Bu tahkim olaylarına sahabeden aksi yönde hiçbir tepkinin gelmemesi, tahkimin cevazı hususunda sahabe döneminde herhangi bir fikir ayrılığının bulunmamasından hareketle konuyla ilgili sahabe icmasının bulunduğu ifade edilmektedir.¹⁵³ Ayrıca fukaha da tahkimin caiz olduğu üzerinde icma etmiştir.¹⁵⁴

Tahkimin sabit olduğunu gösteren bu naklî delillerin yanında aklen de meşru olduğu açık bir husustur. Tarihin her safhasında insanlar arasında uyuşmazlık

¹⁵⁰ Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrrahmân el-Mısrî Karâfî, *Şerhu Tenkihi'l-fusûl*, thk. Taha Abdurraûf Sa'd (yy: Şeriketü't-tibaati'l-fenniyye'l-müttahide, 1973), 297; Muhammed Süleyman Aşkar, *Efâlî'r-rasûl ve delâletüha ale'l-ahkâmi's-Şer'îyye* (Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 2003), 2/2/138. "Hadis alimlerinin çoğunluğuna göre ise, sünnet ve hadis terimleri eş anlamlı olup, Hz. Peygamber'e ilişkin, peygamberlik öncesi ve sonrası ayrımı yapılmaksızın, her türlü bilgiyi ifade ederler. Usulcüler ile hadisçilerin tanımları arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Fıkıh usulü, Hz. Peygamber'in yalnızca şer'i hükümler bakımından kaynak (delil) teşkil eden, peygamberlik sonrası söz, fiil ve takrirlerini sünnet kabul eder. Halbuki hadis ilminde, Hz. Peygamber'in bütün hayatına ilişkin bilgiler sünnet kapsamındadır. Buna göre hadis ilminin tanımı, fıkıh usulüne göre daha geniş kapsamlıdır." Hacı Mehmet Günay, "İttifak Edilen Şer'i Deliler", *Fıkıh Usulü El Kitabı* (Ankara: Grafiker Yayınları, 2019), 184. Konuyla ilgili geniş bilgi için bk. Aşkar, *Efâlî'r-rasûl*, 2/2/138-141.

¹⁵¹ Buhari, *Enbiya*, 55 (2472); Müslim, *Ekdiye*, 11 (1721), 21.

¹⁵² Neseî, *Kenzü'd-Dekâik*, 2/424. (Hâşiyeden)

¹⁵³ Serahsî, *el-Mebsût*, 21/62; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4/3358.; "Tahkim", *Mv.F.*, 10/236.; Hatîb eş-Şirbînî (ö. 977/1570), Mâverdi'nin (ö. 450/1058) tahkimin cevazı hususunda sahabe icmasını sarahaten beyanına işaret etmektedir. Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 6/267.

¹⁵⁴ Trablusî, *Mu'inü'l-hükkâm*, 24, 25; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4/3358; Sa'dî Ebu Ceyb, *Mevsuatü'l-İcma' fi'l-Fikhi'l-İslâmi* (Dimeşk: Darü'l-Fıkr, 1984), 1/204.; "Tahkim", *Mv.F.*, 10/235.

bulunmuş ve bunun çözümü için çaba gösterilmiştir. Bu çaba her zaman genel yargı vasıtasıyla olmamıştır. Zira insanların genel yargıya ulaşması her zaman ve mekânda mümkün olmamıştır.¹⁵⁵ Bundandır ki her daim sorunların çözümü için pratik bir yonteme ihtiyaç duyulmuştur. Genel yargının ulaşılabilirliği halinde bile olayların büyütülmeden kısa yoldan bir hal çaresi arayışında olarak mahkemelerden uzak kalma iradesi de bulunmaktadır. Dolayısıyla tahkim gibi bir alternatif yonteme başvurmanın bir anlamda sosyal bir zorunluluk olduğu ifade edilebilir.

Modern hukukta da tahkim meşru kabul edilmektedir. Yargılamada esas olan genel yargı olup tahkim dâhil diğer alternatif anlaşmazlık çözme yolları istisnai alt kollardır. Hakem kararının meşruiyeti kanunların tahkime alan açmasından ileri gelmektedir.¹⁵⁶ Kanunun kendisine meşruiyet hakkı tanınmadığı hallerde genel yargı haricinde hiçbir yargı biçiminden söz edilemez. Bu durum, yargı gibi temel bir fonksiyonun devlet uhdesinde ve hâkimiyetinde işletilmesi gerektiği prensibinden doğmaktadır.¹⁵⁷

Bu bilgiler ışığında tahkimin temel hukukî dayanağının genel yargı/kanunun tahkime alan tanınması, onu meşru kabul etmesi olduğu anlaşılmaktadır. Kanundan alınan bu genel meşruiyetten sonra tarafların tahkim sözleşmesi yapması yahut mahkemenin tarafları mecburi tahkime yönlendirmesi ise tahkimin pratikteki meşruiyet kaynağı sayılmaktadır.

¹⁵⁵ Trablusî, *Mu'înü'l-hükkâm*, 25.

¹⁵⁶ Klasik fıkıh eserlerinde de tahkimin genel yargı konularını içeren “Kitabü'l-Kazâ” başlığında incelenmesi de bu anlayışın bir tezahürüdür. Bk. Berki, *İslâm Şeriatında Kaza*, 77.

¹⁵⁷ Bu prensip tarih boyunca genel kabul görmüş, yalnızca Fransız İhtilali döneminde aksi bir durumla karşılaşmıştır. İlgili yerde belirttiğimiz üzere kısa bir dönem tahkim genel yargı olarak itibar görmüş ancak akabinde öncesinde ve halen olduğu gibi tahkim alternatif bir ihtilaf giderme yöntemi olarak kabul edilmiştir. Bu kısa ve nadir uygulama genel prensibe gölge düşürmeyecek bir istisna mahiyetindedir. Rasih Yeğengil, *Tahkim*, 95, 96.

V. Tahkimin Rükünü

Bilindiği gibi akdin kuruluş şartları¹⁵⁸ cumhur fukahaya göre irade beyanı (*îcâb ve kabul*), akdin tarafları (*âkideyn*) ve akdin konusu (*mahallü'l-akd/ma' kud aleyh*) olmak üzere üçtür.¹⁵⁹ Hanefiler ise yalnızca irade beyanını akdin rükünü görürler. Esasen irade beyanı taraflar ve mahalli zorunlu olarak gerektirmektedir.¹⁶⁰

Dolayısıyla tahkimin rükünü konusunda görülen farklı yaklaşımlar¹⁶¹ tahkim özelinde görülen bir ihtilaf değil, mezheplerin akit teorisindeki farklı yaklaşımlarının tahkimdeki tezahüründen ibarettir. Buna uyumlu olarak konuyu tahkimin rükünü olan irade beyanı ve bunun gerektirdiği taraflar ve tahkim konusu şeklinde üçlü taksimle ele almak uygun olacaktır.

A. İrade Beyanı

Hanefilerde tahkimin rükünü icap ve kabuldür.¹⁶² İcap ve kabulde “tahkim” lafzının kullanılması zaruri değildir. Tarafların tahkim iradelerini beyan edebilecek her türlü lafızla tahkim sözleşmesi sağlanır.¹⁶³ Tahkimin tamam olması için kabul şarttır. Taraflardan birisinin hakeme rızası olmaması yahut hakemin tahkimi kabul etmemesi durumunda tahkim kurulmuş olmaz.

Tahkim sözleşmesinin, taraflar yahut hakemlerin tahkime rızalarına delalet eden irade beyanlarının yazılı olma şartı bulunmadığı gibi irade beyanlarının sarih olma şartı da aranmamaktadır. Zımnem rızanın bulunduğu durumlarda da tahkim caiz kabul edilmektedir.¹⁶⁴ Örneğin taraflar tabii seyri içinde anlaşmazlıklarını sözlü anlaşmaları olmaksızın bir kimseye arz etseler, bu kişi de aralarında bir hüküm verse, taraflar da bu karara saygı gösterip kabullenseler ancak ne taraflar arasında ne de

¹⁵⁸ Buna akdin kendisinden teşekkül ettiği cüzler yani akdin rükünleri de denilmiştir. Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm* (Dimeşk: Darü'l-Kalem, 2012), 1/403.

¹⁵⁹ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 2/323; Muhammed Takî Osmanî, *Fıkhu'l-Büyû'* (Karaçi: Mektebetü Meârifü'l-Kur'ân, 2015), 1/28.

¹⁶⁰ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, 5/279; Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm*, 1/403; Osmanî, *Fıkhu'l-Büyû'*, 1/28; Halit Çalış, “Borçlar Hukuku”, *İslam Hukuku El Kitabı*, ed. Talip Türcan (Ankara: Grafiker Yayınları, 2017), 425.

¹⁶¹ Dûrî, *Akdü't-Tahkîm*, 119.

¹⁶² İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/533; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4/3233.; “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/241.

¹⁶³ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/533.

¹⁶⁴ “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/241.

tarafklar ile hakem arasında bir sözlü beyan bulunmasa, bu tahkim geçerli kabul edilir.¹⁶⁵

İcab ve kabulden bahsedilince beraberinde bu icap ve kabulün kendilerinden sadır olacağı tarafları ve hakemi de zorunlu olarak düşünmemiz gerekecektir.

B. Taraflar

Burada “taraflar” derken tez boyunca kullandığımız manada anlaşmazlığın iki tarafını değil tahkim akdinin aralarında kurulduğu iki tarafı kastetmekteyiz. Tahkim akdinin tarafları anlaşmazlık sahipleri ile hakemlerdir. Bu anlamda anlaşmazlık sahipleri ve hakemler birden fazla olsalar bile tahkim akdinin bir tarafını temsil etmektedirler.¹⁶⁶ Taraflara ve tarafların uyuşmazlıklarını çözmesi için yetki tanıdığı hakemlere ilişkin bazı şartlar bulunmaktadır.¹⁶⁷ Hakeme gitmek isteyen kişilerde aranan şartlar bulunmadıkça hakemlerin taşınması gereken şartlara bakılmayacağından ve akdin kuruluş şartlarından olması hasebiyle önce uyuşmazlık sahiplerinin, akabinde hakemlerin haiz olması gerektiği şartları ifade etmek uygun olacaktır.

1. Taraflarda¹⁶⁸ Aranan Şartlar

Tahkime müracaat eden taraflarda aranacak şart, tarafların akit yapmaya elverişli bir ehliyete sahip olmalarıdır. Bundan dolayıdır ki mutlak olarak akdin tarafı olamayan mecnun ve gayr-i mümeyyiz çocuğun¹⁶⁹ tahkim akdi de geçerli olmayacaktır. Taraflarda hürriyet ve İslam şartı aranmaz. Bu anlamda mükatep yahut me’zun köleler ile zimmilerin kendi aralarındaki tahkim uygulamalarının önünde bir mâni yoktur.

Taraflar, çözümü aranan anlaşmazlığın sahipleri olup başkaca vasıfları mühim değildir. Bu noktada taraflardan birisi sözgelimi hâkim olsa da tahkime müracaat etmesinde herhangi bir mâni yoktur.¹⁷⁰

¹⁶⁵ “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/241.

¹⁶⁶ Dürî, *Akdü't-Tahkîm*, 23.

¹⁶⁷ Berki, *İslâm Şeriatında Kaza*, 78.

¹⁶⁸ Bu ve sonraki yerlerde “taraflar” uyuşmazlık sahiplerini anlatmaktadır.

¹⁶⁹ Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes’ûd b. Ahmed Kâsânî, *Bedâ’i ‘u’s-sanâ’i ‘ fî tertîbi’ş-şerâ’i* (Beirut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003), 5/135; Zerkâ, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-‘âm*, 1/426; Osmanî, *Fıkhu'l-Büyü'*, 1/147.

¹⁷⁰ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/533.

2. Hakemde Aranılan Şartlar

Anlaşmazlığa hakemlik yapacak kişide bazı şartlar aranmaktadır. Bu şartlar mezheplere göre farklılık arz etmekte olup hakemin belirliliği, dini inanç durumları, cinsiyet, ehliyet, hürriyet ve hukuki yeterlilik noktalarından ele alınacaktır.

a. Hakemin Belirliliği

Hakem taraflarca belirlenmiş, malum bir kişi olmalıdır. Taraflar kimin gireceğini bilmeksizin örneğin “Mescide ilk giren aramızda hakem olsun” şeklinde bir anlaşmaya varsalar, böyle bir uygulama hakemin belirsizliğinden dolayı caiz değildir.¹⁷¹ Ancak taraflar mescide giren kişi belli olduktan sonra mutabakat sağarlarsa o zaman tahkim caiz olur.¹⁷²

Ancak bir kimse iki taraf arasında şahit, ikrar yahut yeminden kaçınma (nükûl) sebebiyle hüküm verse ve taraflar da ilkten kendisini hakem tayin etmedikleri halde verdiği hükme beraberce razı olsalar, bu hüküm had, kısas ve diyet davaları haricindeyse geçerlidir.¹⁷³ Zira icazet-i lâhika, vekâlet-i sâbika hükmündedir (Mecelle, md.1453).¹⁷⁴

Yine hakemin belli olması ilkesinden hareketle bazı fakihler, tarafların içlerinden birisini tayin etmeksizin bir grup kişi zikredip “bizim ihtilafımızı bunlardan birisi çözerse o bizim hakemimiz olsun” şeklindeki irade beyanlarını da hakem tayininde yeterli bulmazlar ve hakem belirsizliğinin tam olarak ortadan kaldırılması gerektiğini ifade ederler. Ancak taraflar bu kişileri teker teker sayarlar ve bu kişilerin aralarında hakemlik etmesini isterlerse bu durumda sayılan kişiler hakem olarak belirlenmiş olurlar.¹⁷⁵

b. Dini İnanç Durumları:

Tarafların Müslüman olduğu tahkim davalarında hakem de mutlaka Müslüman olmalıdır. Gayrimüslimlerin Müslümanlar üzerinde velâyetleri bulunmadığından

¹⁷¹ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/536; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, 8/250.

¹⁷² “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/237.

¹⁷³ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/536.

¹⁷⁴ *Mecelle*, 454.

¹⁷⁵ Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye ve'l-Vilâyâtü'd-Dîniyye* (Kahire: Darü'l-Hadis, 2006), 125.

onlara hakemlik etmeleri caiz değildir.¹⁷⁶ Şayet bir gayrimüslim hakem tayin edilmiş ve bir karar vermişse, kararı nafiz değildir.¹⁷⁷ Tarafların zimmilerden oluştuğu bir tahkim sözleşmesinde ise zimmi bir hakemin görevlendirilmesi mümkündür. Zira zimmiler kendi aralarında şehadete ehildirler.¹⁷⁸ Ayrıca Müslümanlar, üzerlerinde velâyetleri bulunduğundan, zimmilere hakemlik yapabilirler.

Dinden dönenin (mürted) hakem olması ihtilafıdır. Ebu Hanife'ye (ö.150/767) göre mürtedin hükmü mevkuftur. Şayet hüküm verir, ardından öldürülür yahut darü'l-harbe kaçarsa hükmü batıldır. Ancak tövbe eder, Müslüman olursa hükmü geçerlilik kazanır. İmameyne göre her halükârda mürtedin hükmü geçerli kabul edilmiştir.¹⁷⁹

Fasığın hakemliği hususunda da farklı kanaatler bulunmaktadır. Fasık kimsenin hakem olmasını caiz kabul etmeyenler olduğu gibi cevazını ifade eden görüşler de mevcuttur. İlk görüşü seslendirenlerden birisi olan Kudûrî'ye (ö. 428/1037) göre örneğin kazften dolayı had cezası alan bir kimse hakem olamaz.¹⁸⁰ Bu görüşe göre kazften ceza alan kimsenin tövbe etmiş olması da sonucu değiştirmez.¹⁸¹ Zahirü'r-rivâyede yer alan cevaz görüşüne göre ise hakem, hâkim gibi değerlendirilmiştir. Fasık hâkimlikten azledilebilir ancak bizzat fiskı sebebiyle münazil olmaz. Dolayısıyla fasık

¹⁷⁶ Muhammed b. İdris Şafî, *el-Ümm* (Beyrut: Darü'l-Fikr, 1983), 7/44; Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed Kudûrî, *Muhtasarü'l-Kudûrî* (Beyrut: Darü İbn Kesîr, 2014), 517.; "Tahkim", *Mv.F.*, 10/238.

¹⁷⁷ Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafе Desûkî, *Hâşiye 'ale'ş-Şerhi'l-Kebîr* (b.y.: Darü'l-Fikr, ts.), 4/136.

¹⁷⁸ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 7/317; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/534.; "Tahkim", *Mv.F.*, 10/238.

¹⁷⁹ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/534.; "Tahkim", *Mv.F.*, 10/238. Konuyla ilgili tezinde Fatma Açık, hakemin Müslüman olması gerektiğini ifade eder ve İmam Şafii'nin el-Ümm isimli eserini referans göstererek "Bu konuda İslam hukukçuları arasında herhangi bir görüş ayrılığı mevcut değildir." der. (Fatma Açık, *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi* (Konya: Selçuk Üniversitesi, 2006), 35.) Ancak el-Ümm'ün ilgili yerinde hakemin mutlak manada Müslüman olması gerektiği değil, taraflardan birisinin Müslüman olması halinde hakemin de muhakkak Müslüman olması gerektiği hususunda herhangi bir ihtilafın olmadığı beyan edilmektedir. (Şafî, *el-Ümm*, 7/44.) Yukarıda mürtedin hakemliğiyle ilgili imameynin cevaz görüşü de bu konuda bir ittifakın olmadığını göstermektedir.

¹⁸⁰ Kudûrî, *Muhtasarü'l-Kudûrî*, 517; Sadrü's-şehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî*,4/66; Bilmen, *Hukuki İslâmîyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, 8/250.

¹⁸¹ Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde Meydânî, *el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâb* (Dimeşk: el-Mektebetü'l-Ömeriyye, ts.), 655. Ehliyet konusunda ifade edileceği üzere bir kimsenin hakem olabilmesindeki temel ölçüt şahadet meselesidir. Buna bağlı olarak yukarıdaki hüküm, fasığın tövbe etse de şahadetinin geçerli olmayacağı (Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed Kâsânî, *Bedâ'i' u's-sanâ'i' fi tertibi's-şerâ'i'* (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003), 9/8.) hükmüyle uyumluluk arz eder.

birisi hakemlik yapsa hükmü nafızdır. Bununla birlikte bu kişinin hâkimlik/hakemlik yapmamasının evla olduğu ifade edilmiştir.¹⁸²

Malikilere göre gayrimüslim birisi hakem olamaz. Şayet hakem tayin edilmiş ve bir karar vermişse, kararı nafız değildir.¹⁸³

c. Cinsiyet:

Kadının hakemliği meselesi onun şهادetinin sahih olup olmasına bağlı bir meseledir. Hanifeler, kadının şهادetinin sahih olduğu konularda kazasının da sahih olduğu görüşündedir. Kadının şهادeti, hadler ve kısas haricinde sahihtir. Öyleyse bu davalarda kadının hakemliği de caiz görülmektedir.¹⁸⁴ Zira hakem, hâkim gibidir. İmam Muhammed'den (ö. 189/805) kadının hakemliğinin caiz olmadığı da nakledilmiştir.¹⁸⁵

Maliki mezhebinde kadının hakemliği ihtilâflıdır. Mezhepte her iki görüş de zikredilmektedir.¹⁸⁶ Şafiilere göre kadın hakem olamazken bu husustaki sözlerinin zahirine göre bazı Hanbelilere göre caizdir.¹⁸⁷

d. Ehliyet:

Hakem, tahkim süresi boyunca ehliyet sahibi olmalıdır.¹⁸⁸ Bundan dolayıdır ki örneğin kâfir, köle ve çocuk hakem olamaz.¹⁸⁹ Kural olarak bir kimsenin hakkında

¹⁸² Sadrü's-şehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî*, 4/66, 67; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/534; Meydânî, *el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâb*, 649.

¹⁸³ Desûkî, *Hâşiye 'ale's-Şerhi'l-Kebîr*, 4/136.

¹⁸⁴ Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfi'l-fukahâ*, thk. Abdullah Nezir Ahmed (Beirut: Darü'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 1417), 4/204; Burhâneddin el-Buhârî, *el-Muhîtü'l-Burhânî*, 8/118; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/534; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, 8/250. Gürdal, tezinin ilgili yerinde "Mâlikî ve Hanefî mezhebi hukukçuların çoğuna göre hakemin erkek olması tahkimin şartlarındandır. Zira aynı mezhep âlimlerinde hâkimin de erkek olması gerektiği düşüncesi hâkimdir." ifadelerine yer vermektedir. Ayşe Gürdal, *İslâm Aile Hukuku Açısından İhtilâfların Çözümünde Tahkim Yöntemi* (Çanakkale: Çanakkale On Sekiz Mart Üniversitesi, 2007), 59. Hanefî mezhebi bağlamında yapılan bu tespit isabetsiz görünmektedir. Nitekim tez sahibi sadece bir cümle sonra kendisini şu sözleri ile nakzetmiştir: "Şafii mezhebi âlimleri ise hakemlerin erkek olması şart değil derken Hanefilerle aynı görüşü paylaşmaktadırlar. Nitekim Hanefiler kadının, kaza ve şahitlik ehliyetlerine sahip olduğu için had ve kısas davaları dışında hakem olabileceği görüşündedirler." Böylelikle Gürdal, ilkin Hanefilere nispet ettiği kadının hem hâkim hem de hakem olamayacağı görüşünü, yine kendisi yanlışlamıştır.

¹⁸⁵ Cessâs, *Muhtasarü İhtilâfi'l-fukahâ*, 4/204.

¹⁸⁶ Karâfî, *ez-Zahîre*, 10/36; Burhâneddin İbn Ferhûn, *Tebşiratü'l-hükkâm fi usûli'l-akziyye ve menâhici'l-ahkâm* (Riyad: Darü Alemi'l-Kütüb, 2003), 1/51.

¹⁸⁷ Dûrî, *Akdü't-Tahkîm*, 493.

¹⁸⁸ Trablusî, *Mu'înü'l-hükkâm*, 25; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/534,535; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, 6/267; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4/3359.

¹⁸⁹ Kudûrî, *el-Muhtasar*, 517; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, 8/250.

şehadette bulunabilenler o kişiye hakemlik de edebilirler.¹⁹⁰ Oysa burada sayılanlar şehadete ehil değildirler. Buna bağlı olarak yargı ehliyetleri de evleviyette bulunmamaktadır.¹⁹¹ Yargı ehliyeti olmayan kimseler hakemlik de yapamaz.¹⁹² Malikilerde bir görüşe göre baliğ olmadığı halde yargı ehliyetinin kendisinde oluşabileceği nice çocuk olabileceğinden hareketle bu vasfı haiz olan çocukların hakemlikleri geçerli görülmektedir.¹⁹³

Yukarıdaki ilkedен hareketle bir kimsenin lehine şehadeti makbul sayılmayan kişiler de kendilerine hâkimlik/hakemlik yapamaz. Bu kapsamda, anne-baba, çocuk, eş gibi yakınlar birbirlerinin lehine sonuçlanabilecek şekilde hakemlik yapamazlar. Ancak söz konusu kişilerin aleyhinde hakemlik yapılabilir.¹⁹⁴ Lehte yapılan bu hakem kararlarının mahkemeye intikal etmesi durumunda kararın hakikate uygun olması da önemli değildir. Karar doğru olsa bile yakınlık töhmetinden dolayı geçerli kabul edilmemektedir.¹⁹⁵

e. Hürriyet:

Hakemin hür olması şarttır. Köleler hakem olamaz.¹⁹⁶ Öyle ki, bir hür ve bir köle hakem olsa, her ikisi hüküm verse de yalnız hür olan hüküm verse de hüküm geçersiz kabul edilir.¹⁹⁷

f. Hukuki Yeterlik

Hakemlik yapacak kişide kaza ehliyetinin bulunması gerektiği hususunda dört mezhep ittifak etmiştir. Burada kaza ehliyetinden maksat, kişinin hakemlik edeceği somut olayla ilgili hukuk bilgisi değil genel manada yargılama ehliyetidir. Ancak bu ehliyetin belirlenmesinde mezhepler arasında ihtilaf vardır.¹⁹⁸

¹⁹⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 16/111; Trablusî, *Mu'inü'l-hükkâm*, 25.

¹⁹¹ Sadrü'sş-şehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî*, 4/61; Haddâd, *El-Cevheretü'n-Neyyire*, 2/553; Meydânî, *el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâb*, 655. غنة غظ غغ غق

¹⁹² Sadrü'sş-şehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî*, 4/61.

¹⁹³ Karâfî, *ez-Zahîre*, 36. Ayrıca Asbağ'dan naklen İbn Ferhûn, *Tebsiratü'l-hükkâm*, 1/51.

¹⁹⁴ Kudûrî, *el-Muhtasar*, 517; Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, 2/425; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, 8/250.

¹⁹⁵ Sadrü'sş-şehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî*, 4/66.

¹⁹⁶ Kudûrî, *el-Muhtasar*, 517; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/535; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, 8/250.

¹⁹⁷ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/535.

¹⁹⁸ Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, 8/250.; "Tahkim", *Mv.F.*, 10/237.

Hanefiler tahkimin başından hakem kararına kadar olan sürenin tamamında bu yargılama ehliyetinin bulunmasını şart koşarlar.¹⁹⁹ Hakemlerin hükümlerinin geçerli olabilmesi için kâdî olmaya elverişli olmaları gerekmektedir.²⁰⁰

Malikilerde hakemin içtihat şartlarını taşıması ve adalet vasfını haiz olması gerekmektedir. Burada kastedilen mutlak içtihat değil, belirli bir mezhepte içtihatdır. Şayet kişi bu şartları taşıyor ve “*cehalet*” şeklinde ifade edilen hukuki bilgisizlik, uyuşmazlıkla ilgili bilgi ve donanımı da bulunmuyorsa bu, hakemliğe manidir. Yeterli bilgi birikimine sahip olmayan kimselerin verdiği kararlar nafiz değildir. Öyle ki bu kararlar fakihlerden birisinin içtihadına uyumlu olsa ve isabetli görülse bile geçerli sayılmaz. Çünkü bu durum risklidir. Ancak böyle bir kişi, konunun ehline danışır, vereceği kararı bu istişare doğrultusunda verecek olursa söz konusu karar geçerlilik kazanacaktır. Zira bu karar cahilin verdiği bir karar olmaktan çıkacaktır.²⁰¹

Şafiiler hakemin hâkimde aranan şartları haiz olması gerektiğini söylerler. Zira hakem kendisine yetki verilen konuda yargılama yapacağından, hâkim gibi kabul edilmelidir. Eşler arasında tahkim yargılaması yapacak hakem haricinde diğer konularda hakemde içtihat aranan şartlar aranmaktadır.²⁰² Ancak hakemlik yapmaya ehil birisinin bulunmaması durumunda hakemde aranacak kaza ehliyeti şartı aranmayabilir. Mezhepte bu şartı mutlak olarak aramayanlar da vardır. Hanbelilere göre de hakemde hâkimde bulunan şartların tamamı aranmaz.²⁰³

Mecma‘u’l-Fıkhî’l-İslâmî ed-Devlî Fıkıh Heyeti de 1-6.04.1995 tarihli 91 (8/9) sayılı kararında hakemde, hâkimde bulunan şartların bulunması gerektiğini kabul etmiştir.²⁰⁴

Bunlara ek olarak fıkıh geleneğimizde hakemin müftüye kıyas edilerek hakemde fetva şartlarının aranması, hakem şartlarının kâdîye kıyasla değil yapacağı

¹⁹⁹ “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/237.

²⁰⁰ Neseî, *Kenzü’l-Dekâik*, 2/424.

²⁰¹ Karâfî, *ez-Zahîre*, 10/36; İbn Ferhûn, *Tebstratü’l-hükkâm*, 1/50; Desûkî, *Hâşiyetü’l-Desûkî ‘ale’ş-Şerhi’l-Kebîr*, 4/136.

²⁰² Ebü’l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî Mâverdî, *el-Hâvi’l-Kebîr* (Beyrut: Darü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1999), 16/325; Şîrbînî, *Muğni’l-muhtâc*, 6/267.

²⁰³ “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/237.

²⁰⁴ *Kararât ve Tavsiyât Mecma‘i’l-fıkhî’l-İslâmî ed-Devlî* (b.y.: el-Emanetü’l-Âmme li’l-Evkâf, 2011), 299.

işin mahiyetine göre belirlenmesi gerektiği gibi görüşler de mevcuttur. Hatta hakemin belli vasıfları haiz olmasından çok vereceği hükmün hakka ve adalete uygun olmasına ağırlık verilmesi gerektiği ve bu şartla herhangi bir Müslümanın hakem olabileceği de söylenmektedir.²⁰⁵

Hakemde aranan şartlar ile hâkimlik şartları bazen tam örtüşmekte bazen de benzeşmektedir. Bu durum tahkimin genel yargıya benzemesinden ileri gelmektedir.²⁰⁶

C. Tahkim Konusu

Tahkimin konusu taraflar arasındaki hukuki ihtilaftır.²⁰⁷ Klasik fıkıh anlayışımızda akdin konusunun mal, menfaat yahut hizmetten teşekkül edeceği bilinen bir husustur. Tahkim hangi kategoride değerlendirilecektir? Burada tahkimin tarafları ve hakem bakımından bir farklılık olduğunu düşünmekteyiz. Taraflar bakımından tahkimin konusu olan hukuki ihtilafın çözülmesi neticesinde bu kendileri namına bir menfaat; hakemler tarafından ilgili hukuki anlaşmazlığın ortadan kaldırılma işi onlar için bir hizmet olacaktır. Taraflar bakımından tahkimin konusu olan hukuki ihtilafın çözülmesi neticesinde bu kendileri namına bir menfaat; hakemler tarafından ilgili hukuki anlaşmazlığın ortadan kaldırılma işi onlar için bir hizmet olacaktır.

²⁰⁵ Ahmet Akgündüz, “Hakem”, *DİA* (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994), 15/172.

²⁰⁶ Karâfi, *ez-Zahîre*, 10/37.

²⁰⁷ Dûrî, *Akdü't-Tahkîm*, 23.; “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/241.

VI. Hakem

Tarafların hakemlik teklifini kabul etmeye “*ih̄tikam*” denir.²⁰⁸ Bu bölümde hakem tayini, hakem ile hâkimin hukuki konumları, hakem yetkisi ve hakem sayısı konuları ele alınacaktır.

A. Hakem Tayini

Hakem tayininin hem taraflar hem de devlet tarafından yapılması mümkündür. Tarafların her ikisinin de tayin edilecek hakeme razı olmaları beklenir. Ancak hakemi kamu/mahkeme atamışsa bu durumda tarafların rızası aranmaz.

Hanefilere göre tarafların rızasının hakem tayininden önce olması şart değildir. Hakem kararından sonra tarafların bu karara gönüllü olmaları halinde bu da ilkten rıza gibi değerlendirilir. Zira sonradan verilen icazet, önceden verilmiş vekâlet hükmündedir.²⁰⁹ Ancak Şafiilere göre tarafların rızasının hakem tayininden önce olması gerekmektedir. Tarafların hakem rızasının ardından tahkimi tamamlayacak son aşama ise hakemin tahkimi kabulüdür. Hakemin kendisine sunulan tahkim teklifini kabul etmemesi halinde tahkimin rüknü olan icap ve kabul gerçekleşmeyeceğinden tahkim akdi kurulamayacaktır.²¹⁰ Hülâsa, bir hakem tayininde temel etken, hakemleri kendilerinin belirlediği durumlarda tarafların rızası ve hakemin tahkimi kabul etmesidir (icap ve kabul).²¹¹

Hanbeliler, daha sonra inkâr etmemeleri için hakemin tarafların kendi hakemliğine razı olduklarına şahit tutması gerektiğini söylemektedirler.²¹²

Hakem tayininde dikkat edilmesi gereken bazı hususlar vardır. Taraflarla hakemlerin yakınlık düzeyleri, inanç durumları, hukuki statüleri, aralarındaki husumetler hakem tayininde göz önünde bulundurulması gereken hususlardandır. Buna göre bir kimsenin birinci derece yakınlıkları sebebiyle lehte şahitlik etmesinin

²⁰⁸ Keleş, *Tahkim*, 6.

²⁰⁹ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (Dersaadet (İstanbul): Matbaa-i Osmaniyye, 1308), 613 (md.1851); Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020), 4/3367.

²¹⁰ “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/241.

²¹¹ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/533; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4/3233.

²¹² Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn Buhûtî, *Keşşâfü'l-Kinâ' 'an (metn)i'l-İknâ'* (b.y.: Vezâratü'l-Adli fi'l-Memleketi'l-Arabiyyeti's-Suudiyye, 2000), 15/64.

caiz olmadığı kişiler hâkimlik yapamadığı gibi hakemlik de yapamazken aleyhte hakemlik mümkündür.²¹³

Aralarında husumet bulunan kişilerden birisi diğerini hakem tayin etmiş olsa, Hanefi ve Hanbeli mezheplerine göre kararda açık bir adaletsizlik bulunmadığı sürece hakemin lehteki ve aleyhteki kararlarının tümü geçerlidir.²¹⁴ Malikiler bu hususta üç görüş beyan etmişlerdir. Bunlardan ilkinde göre hakem hâkim (kâdî) olsun olmasın, mutlak olarak caiz değildir. İkinci görüşe göre bu kişilerin arasındaki husumetten dolayı töhmet meydana geleceğinden böyle bir tahkim geçerli değildir. Bir diğer görüşe göre ise hakem tayin edilen kişinin hâkim olup olmadığına göre karar verilmelidir. Şayet hakem hâkim ise böyle bir tahkim caiz değildir. Ancak hâkim değilse bu durumda caiz olur. Mezhepte mutemet görüş ilki olup Hanbelilerin bu görüşü de tercih ettikleri ifade edilmektedir.²¹⁵

Eşler arası çekişmelerde hakemlik yapacak olanlar bu kuralın dışındadır. Zira ailenin mahremiyetini koruma adına tarafları en güzel ve töhmetten uzak şekilde temsil edip haklarını koruyacak hakemler, ailelerinden seçilecektir. Bu husus nasla sabittir.

Hakem tayininde önemli hususlardan birisi de gayrimüslimlerin Müslümanlara hakemlik edememesi ilkesine riayet edilmesidir. Bu bakımdan tarafların Müslüman olması durumunda hakemlerle din uyumu aranmalıdır.²¹⁶ Müslümanların gayrimüslim taraflara hakemlik etmeleri durumunda böyle bir uyum aranmaz.

B. Hakem ile Hâkimin Durumu

Bazı tali meseleler dışında hakem, yargılama yetkisi hususunda hâkim gibidir.²¹⁷ Hakem ile hâkimin ayrıştığı bazı noktalar bulunmaktadır. Bu farkların bazıları tahkim ile yargının temel karakteristik özelliklerinin farklılık arz etmesindedir. Genel yargının salahiyetli olduğu ancak tahkimin olmadığı hususlar bakımından hakemlerin

²¹³ Kudûrî, *el-Muhtasar*, 517; Neseî, *Kenzü'd-Dekâik*, 2/425; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, 8/250.

²¹⁴ Buhûrî, *Keşşâfü'l-Kınâ' an (metn)i'l-İknâ'*, 15/63., “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/238, 239.

²¹⁵ Desûkî, *Hâşiye 'ale's-Şerhi'l-Kebîr*, 4/136., “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/238, 239.

²¹⁶ Kudûrî, *el-Muhtasar*, 517.

²¹⁷ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/516, 534.

ilgili konularda hâkimlere nazaran eksik yetkileri bulunmaktadır. Buna göre hâkim ile hakem arasında bazı farklar şöyledir:

1. Hâkim devlet tarafından yetkilendirilmiş olup velâyet-i âmmesi bulunmaktadır. Bu, kendisine yalnızca davalı ve davacı hakkında değil herkes için hüküm verme yetkisi tanımaktadır. Oysa hakemin yalnızca taraflar üzerinde velâyet-i hassası bulunmaktadır.

2. Hakem taraf rızası uyarınca çalışır, hâkim siyasi otoritenin kendisini yetkilendirmesiyle görev yapar.

3. Hakemliği sınırlandıran bir bölge yoktur; hâkimin yetkisi genellikle görev yerindeki davalarla sınırlıdır.

4. Hâkimin hükmü tarafların haricindekileri bağlarken tahkimde hakem kararı üçüncü kişileri bağlamaz.

5. Hakem karardan önce taraflarca azledilebilirken hâkim taraflarca azledilemez.

6. Hakemin bakabileceği davalar hâkime göre daha azdır.

7. Şahitliğin reddedilmesi hakem tarafından olmuşsa başka bir hakemi bağlamazken hâkimin reddi bağlayıcıdır.

8. Hakem tarafların rızası olmadan yerine birini hakem tayin edemezken hâkim davayı tevkil edebilir.

9. Hakemler teaddüd edebilir. Hâkimlerin çok sayıda olması ise ihtilafıdır.

10. Hakemin, tarafları göz altında tutma yahut tutuklama yetkileri yokken hâkimlerin vardır.

11. Hakem malî ceza veremez; hâkim verebilir.²¹⁸

C. Hakem Yetkileri

Tahkimde hakemin verdiği hüküm tarafları bağlayıcı mahiyettedir.²¹⁹ Hakemin verdiği hükümlerin kapsam alanı taraflarla sınırlı olup üçüncü şahıslar hakkında

²¹⁸ Dûrî, *Akdü't-Tahkîm*, 28; Mahmud, *et-Tahkîm*, 153-156; Cühenî, *et-Tahkîm*, 44; Yıldırım, "Tahkîm", 39/412; Cühenî, *et-Tahkîm*, 44.

²¹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 16/111; Kudûrî, *el-Muhtasar*, 517; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/539; *Mecelle*, 612. (md.48). Onur Kalkan'ın konuya ilişkin Maria Bhatti'nin "Islamic Law and International Commercial Arbitration" isimli çalışmasını referans göstererek yaptığı şu tespit isabetli değildir: "Hanefî ekolüne göre, tahkim sözleşmeleri geçerli olmakla birlikte, bağlayıcı nitelikte değildir." Kalkan, *İslâmi Bankacılık ve Finans Uyuşmazlıkları nda Hukuk Yargılaması ve Tahkim*, 24.; Kalkan'ın söz konusu çalışmasında İslam hukukuna ilişkin yapılan tespitlerde maddi bilgi hataları

geçerli değildir.²²⁰ Buna bağlı olarak hakem katilin âkilesine diyete hükmetse hükmü geçerli olmaz.²²¹ Hakemin taraflar üzerindeki yetkisi de yalnızca kendisine tahkim için başvurulmuş konuyla sınırlı olup genel değildir. Bundan dolayı taraflar bir konudan dolayı hakeme müracaat etseler, ilgili uyuşmazlık dışındaki başka bir konu için hakeme yeniden tahkim yetkisi vermelidirler.

Hakem şahitleri dinleyebilir, yeminden kaçınma (nükûl) ile hüküm verebilir.²²² Sadrüşşeria'dan (ö.747/1346) aktarılan olumlu kanaat dışında genel görüş hakemin taraflardan birisine hapis cezası verme yetkisi bulunmadığı yönündedir.²²³

Taraflarca hakem olarak tayin edilen birisinin, bu hakemlik işini bir başkasına aktarma yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü taraflar o kişinin hakemliğine değil kendisinin hakemliğine rıza göstermişlerdir. Ancak taraflar buna izin verirlerse bu durumda hakemin başka birisini hakem tayin etmesi mümkündür.²²⁴ Tarafların izni olmaksızın hakemin başkasına tahkim yetkisi vermesi durumunda, sonradan taraflar icazet verirlerse, yeni tahkim yine geçerli kabul edilir. Zira sonradan verilen icazet, evvelce verilmiş vekâlet gibi kabul edilmektedir.²²⁵

Tarafların hakemin kendi mezheplerine göre hükmedilmesini talep etmeleri halinde hakem farklı mezheplerden istifade edemez. Şayet mezhep dışı bir kaville hükmederse, bu hüküm tarafları bağlamaz.²²⁶

Hüküm tesis edilip edilmediği, taraflardan birinin ikrarda bulunup bulunmadığı gibi hususlarda hakem ile taraflar arasında bir ihtilaf çıksa, tarafların değil hakemin sözüne itibar edilir.²²⁷

yer almaktadır. Kanaatimizce bunun sebebi müellifin kendi ifadesiyle “çalışmada, İslâm hukukuna ilişkin konularda ağırlıklı olarak Batılı kaynaklardan yararlanmış” (s.VII) olmasıdır.

²²⁰ Sadrü'sş-şehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdi*, 4/64; Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, 2/424; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/538. Mecelle'de bu husus 1842. maddede şu şekilde düzenlenmiştir: “Muhakkemin hükmü ancak kendisini tahkim eden hasmeyn hakkında ve tahkim ettikleri hususda caiz ve nafiz olup onlardan başkasına tecâvüz etmez. Onların hususât-ı sâiresine dahi şâmil olmaz.” Mecelle, 611.

²²¹ Kudûrî, *el-Muhtasar*, 517; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/539.

²²² Kudûrî, *el-Muhtasar*, 517; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/536; Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, 2/424.

²²³ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, 7/28; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/548. “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/240.

²²⁴ Mecelle md.1845. Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 4/612.; “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/241.

²²⁵ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 4/3362.

²²⁶ Karâfi, *ez-Zahîre*, 10/36.

²²⁷ Sadrü'sş-şehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdi*, 4/65.

D. Hakem Sayısı

Hakemin tek kişi de birden fazla kişi de olması mümkün olup her bir tarafca belirlenecek hakemler görevlendirilebilir.²²⁸ Tıpkı genel yargıda birden fazla olmaları halinde hakimler arasında ittifak arandığı²²⁹ gibi hakemlerin birden fazla olduğu tahkim uygulamalarındaki hakem kararlarında da ittifak şartı aranır. Taraflar tahkim üyelerinin ittifakla aldıkları kararlara rıza göstermişlerdir. Hakemlerin ihtilafları halinde ise bu rızaya hanel gelmiş olur. Bundan dolayı hakemlerden birinin diğersinin hilafına verdiği karar geçersizdir.²³⁰

Hakemlerin iki kişiden fazla olmaları halinde taraflar çoğunluğun hükmüne razı olsalar, çoğunluğu hangi hakemlerin oluşturacağı önceden bilinmediğinden hüküm meçhul kalır ve çoğunlukla verilen hakem kararı da geçerli sayılmaz.²³¹ Ancak taraflar baştan hakemlerden hangileri çoğunluğu oluşturursa buna razı olacaklarını ifade ederlerse bu durumda gerekçe ortadan kalktığı için tahkim geçerli olmalıdır.

²²⁸ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/532; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, 8/205, 250. Hakemin birden fazla olması hususu Mecelle'nin 1843. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: "Muhakkemin teaddüdü caizdir. Yani bir hususa iki yahut daha ziyade kimesnenin hakem nasbolunması caizdir. Müddei ve müdde aleyh taraflarından birer hakem nasbetseler caiz olur." *Mecelle*, 611.

²²⁹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 4/3266.

²³⁰ Sadrü's-şehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî*, 4/62, 68; Berki, *İslâm Şeriatında Kaza*, 79; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 4/3362. "Ber-vech-i bâlâ muhakkemler müteaddid oldukları surette, hepsinin re'yi müttefik olmak lazımdır. Yalnız birisi hükmedemez.". *Mecelle*, 611. (md.1844)

²³¹ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 4/3362.

VII. Konuları Bakımından Tahkim

Hukukun bazı alanlarında tahkimin icrası mümkün, bazılarında mümkün değildir. Bu bakımdan tahkime konu edilebilecek olan alanlar tespit edilmelidir. Hangi konularda tahkimin câri olduğu sorusunun cevabı mezhepler arasında ihtilaflı olduğundan, tahkime müracaat edilebilen/edilemeyen alanlar şeklinde değil, öteden beri yerleşik hale gelmiş fûru fikhın temel üçlü taksimi olan ibadât, muamelât ve ukûbât üçlü saç ayağı ekseninde tahkimin konusu ele alınacaktır. Bu başlıklar altında yer alan tahkimin özel hal ve şartlarına, işleyişine yer verilmeyecek, yalnızca tahkime konu edilip edilememesi bakımından incelemeye tabi tutulacaktır.

Sözgelimi aile hukukunda tahkim özelinde birçok özel hüküm yer almakta, kendine mahsus işleyişi bulunmaktadır. Keza modern finans uygulamalarında tahkim başlı başına müstakil bir araştırma konusu hüviyetindedir. Tüm bu detaylara yer vermek konumuzun sınırlarını aşacağından özel alanların tahkim uygulamalarını müstakil çalışmalara havale etmek yerinde olacaktır.

Tahkimin elverişli olup olmamasındaki temel husus ihtilaf konusunu oluşturan hakkın kul hakkına ilişkin ve tarafların kendi tasarruf yetkileri altında olmasıdır. Bundandır ki Allah haklarına ilişkin ve tarafların kendi tasarruf yetkilerini aşan haklarda tahkim elverişli görülmemiştir.²³²

Günümüz pozitif hukuku bakımından HMK’da tahkime elverişli olmayan iki hususa işaret edilmiştir. Bunlardan birisi gayrimenkul mallar üzerindeki aynı haklarda yaşanacak hukuki ihtilaflar, diğeri ise cezai uyuşmazlıklar, aile hukuku kökenli uyuşmazlıklar gibi tarafların iradesine tabi olmayan hususlardır (md.408). Bunlar dışında kalan hususlarda tahkime gidilebilmektedir.

A. İbadetlerde Tahkim

Tahkimin meşruiyeti sadedinde delil olarak zikredilen bazı naslar vardır ki bunlar ibadet alanına ilişkindir. Bu da tahkimin ibadetlerde de vaki olabileceği

²³² Trablusî, *Mu’inü’l-hükkâm*, 25.

düşüncesini uyandırmaktadır. Örneğin Maide suresi 95. ayette²³³ geçen ihramlı vaziyette av yasağını çiğneme durumunda verilecek cezanın tespitinde iki adil hakem tarafından avlanan hayvan mukabilinde kesilmesi gereken ceza kurbanının tayin edilmesini burada zikretmek mümkündür.²³⁴

Ayette geçen tahkimde, tarafların olmaması, iki taraf arasında bir hak üzerine çıkan uyuşmazlık barındırmaması nedeniyle teknik olarak tahkimle örtüştüğünü söylemek mümkün değildir. Ayrıca ayette geçen tahkimle teknik tahkim arasında kapsam bakımından da fark vardır. İhram halinde avlanma durumundaki icra edilecek tahkimin kapsamı ceza olarak kesilecek kurbanın mahiyetini belirlemekle sınırlı olup teknik tahkimdeki gibi geniş bir kapsamı bulunmamaktadır.²³⁵

Bununla birlikte ihramlıyken avlanma durumunda kişiye gerekli olan cezalardan biri olmak üzere avlanan hayvana muadil bir kurbanlık tespiti için icra edilecek usulde, her ne kadar taraflar ve uyuşmazlık bulunmasa da cezayı tespit edecek iki adaletli kişinin yapacağı işin “hükmetmek/hakemlik etmek” şeklinde ifade edilmesi hasebiyle tahkim kapsamında değerlendirilebilmektedir. Evvelce zikrettiğimiz üzere tarihteki meşhur tahkim olayında hakeme gitmeyi caiz görmeyen Haricilere Abdullah İbn Abbas (r.a.)’ın Maide suresi 95. ayeti delil olarak okuması da ayette geçen hususun tahkim olarak değerlendirilmesinin bir tezahürü gibi gözükmektedir.

Ensar ile muhacirler arasında cereyan eden guslün hangi fiilden sonra gerekli olduğu hususundaki ihtilaf sonucu Hz. Ali’nin hakem tayin edilmesi ile ilgili rivayet²³⁶

²³³ Ayette “*Ey iman edenler! İhramda iken av hayvanlarını öldürmeyin. Sizden kim böyle bir hayvanı kasten öldürürse öldürdüğüne denk bir evcil hayvanı ceza olarak öder. Bunu -Kâbe’ye ulaştırılacak bir kurbanlık olmak üzere- aranızdan adalet sahibi iki kişi takdir eder. Yahut o kişi, yoksulları doyurarak veya ona denk olacak kadar oruç tutarak bir kefarete öder ki böylece yaptığı fiilin vebalini tatmış olsun. Allah geçmişini affetmiştir. Fakat kim bunu yeniden işlerse Allah onun cezasını verir. Allah suçlunun hakkından gelen mutlak güç sahibidir.*” buyrulmaktadır.

²³⁴ Konuyla ilgili geniş bilgi için bk. Dûrî, *Akdü’t-Tahkîm*, 304-404.

²³⁵ Keleş, *Tahkim*, 8.

²³⁶ Bu rivayet şöyledir: “Muhacirler gusletmeyi emrediyorlardı. Ensar ise “(Gusül alınacak) Su, su (meni) sebebiyle gerekli olur. O halde kim bunların arasını ayırabilir! (meni gelmediği halde guslün gerekli olduğunu söyleyebilir)” diyorlardı. Muhacirler ise: “Hitan (sünnet yeri) hitana değdiğinde gusül gerekir” dediler. Bunun üzerine Hz. Ali’yi aralarında hakem seçip ona davayı sundular. O da şöyle dedi: “Ne dersiniz, girdirip çıkararak bir adam görseniz, bu adama had gerekir mi?” Sonra “Bu adama haddi gerekli gördüler de bir sa’ suyu mu gerekli görmüyorlar!” dedi ve muhacirlerin lehine hükmetti. Bu Aişe’ye (ra) ulaştınca şöyle buyurdu: “Kimi zaman ben ve Rasûlullah böyle yaptık da kalkıp gusletmiştik.” İlgili rivayetin tahriri ve tahkime delil sadedinde zikredilmesine örnek olarak bk.Dûrî, *Akdü’t-Tahkîm*, 98. (Sa’, Medine halkının bir ölçü birimi olup 4 müdden meydana gelir.

de burada anılabilir. Bu rivayette ihtilaf eden taraflar her ne kadar Hz. Ali'ye "hakem" demişlerse de burada teknik bir tahkimden söz etmek mümkün görünmemektedir. Çünkü tahkim tanımlarından anlaşıldığına göre anlaşmazlığın teknik olarak tahkim olabilmesi için taraflar arası bir çekişme ve bir hak üzerinde anlaşmazlık bulunması gerekmektedir. Anlatılan olayda ise bir hak iddiası ve bu hakkın talebi konusunda bir çekişme bulunmamaktadır. Buradaki anlaşmazlık bir fikir ayrılığı mahiyetindedir. Hal böyle olunca bu anlaşmazlıkların çözümü için birisine danışmak, bir tahkim değil, daha çok istifta formundadır.

O halde, fıkhıta ibadât alanında tahkim câri midir sorusuna, tahkim ibadet alanında câri değildir şeklinde cevap verilmelidir. İkinci olarak ibadet alanı haricinde muamelelerde tahkimin uygulanıp uygulanamayacağına bakılmalıdır.

B. Muamelâtta Tahkim

Muamelat sahasında mutlak olarak tahkimin geçerli olduğunu söyleyenler olduğu gibi bazı muameleleri daha nitelikli gördükleri için mutlaka bir hâkim tarafından davasının görülmesi gerektiğini ifade ederek tahkim alanını daraltanlar da bulunmaktadır.

Hanefiler tahkime muamelatta geniş alan tanıyan bir yaklaşım sergilemişlerdir. Buna göre insanların kendi aralarındaki haklarına mütevakkif ve hakkında içtihat edilmesi mümkün olan tüm meselelerde tahkim caizdir. Örneğin talak, köle azadı, kitabet akdi, kefâlet, şüf'a, nafaka, borçlar, alışverişler gibi kul hakkı olan meseleler tahkime konu edilebilir.²³⁷ Mecelle bu hususu "*hukuk-ı nâsa müte'allik mâl da'valarında tahkim caizdir.*" şeklinde kaydetmektedir.²³⁸

Tahkimin yalnızca mâli konularda caiz olduğunu, had, kisas, lian ve nikâh gibi konularda tahkimin câri olmayacağını ifade edilmiştir. Zira sayılan konularda ihtiyat ile amel etmek esastır. Dolayısıyla bunların mahkemeye sunulması ve hâkimler

Hanefilere göre 1 müdd 812.5 gram olup 1 sa'3.25 kg; cumhura göre 1 müdd 510 gram olup 1 sa' 2.04 kg.'a tekabül etmektedir. Bk. Ali Cum'a, el-Mekâyil ve'l-Mevâzinü's-Şer'iyye (Kahire: el-Kuds, 2001), 37.)

²³⁷ Kudûrî, *Muhtasarü'l-Kudûrî*, 517; Sadrû's-Şehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî*, 4/63; Trablusî, *Mu'înü'l-hükkâm*, 25; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/537, 539; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm*, 4/3358.

²³⁸ *Mecelle*, 611. (md.1841).

tarafından neticelendirilmesi gerekmektedir. Şafii²³⁹ ve Hanbeliler bu görüştedirler. Esasında Hanbeli mezhebinde kurucu imam Ahmed bin Hanbel'den (ö.241/855) tahkime dair aktarılan görüşün zahirine göre mahkemeye müracaatı mümkün olan her konu tahkime de götürülebilir. Bunda mahkemenin bulunup bulunmaması da sonucu değiştirmez. Zira hakemle hâkim aynıdır, bir farkları yoktur. Ancak tahkime tanınan bu geniş alan sonraki dönemde Hanbeli fakihî Kâdî Ebu Ya'lâ (ö.458/1066) tarafından daraltılmıştır.²⁴⁰

Daha daraltıcı bir yorumla Malikiler genel yargıya (kaza) özgü olan konularda tahkimi caiz görmemektedirler. Bu konular rüşd çağının gelip gelmediği, vasiyet, hapis/gözaltı, gaibin durumu, nesep, velâ, had, kısas, yetim malı, talak, köle azadı ve lian konularıdır. Anlaşmazlıkta bu sayılanlardan birisi varsa bu davalar mutlaka mahkeme tarafından görülmeli, tahkime gidilmemelidir. Çünkü bunlardan bir kısmı kendisinde tahkim yapılması caiz olmayan konular olması bakımından tahkimin konusuna; bir kısmı da tahkimin icrasında hakemin yetkilerini aştığından hakem yetkilerine ters düşmektedir. Bunun sebebi, söz konusu konuların ya had, katil ve talak gibi Allah hakkı yahut da nesep ve lian gibi tarafların dışında üçüncü şahısları ilgilendiren hususlar olmasıdır.²⁴¹ Buna göre Allah hakkı olan konularda Allah'ın bu konuları hakem yetkisi içerisinde görmediği kanaatinin oluşması; üçüncü şahısları ilgilendiren kişilerin yer aldığı tahkimde ise hakemin söz konusu kişiler üzerinde velâyetinin bulunmaması tahkimin cârî olmamasının temel gerekçesini teşkil etmektedir.²⁴²

Mezhebin tahkim yaklaşımını Maliki fakih İbn Arafe (ö.803/1401) formüle etmiştir. Buna göre taraflardan birinin hakkından feragat etmesinin mümkün olduğu

²³⁹ Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, 16/325, 326.

²⁴⁰ Ebü'l-Ferec Şemsüddîn İbn Kudâme Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebir* (Beyrut: Darü'l-Kütübü'l-Arabi, 1983), 11/393; Şeyh Bedreddin Mahmud Simâvî, *et-Teshîl Şerhu Letâifü'l-İşârât*, thk. Mustafa Bülent Dadaş (İstanbul: İSAM, 2019), 3/355.; "Tahkim", *Mv.F.*, 10/240-241.

²⁴¹ Muhammed b. Abdullah Haraşî, *Şerhü'l-Haraşî alâ Muhtasar-ı Halîl* (Mısır: Bulak, 1317), 7/145; Desûkî, *Hâşiye 'ale's-Şerhi'l-Kebîr*, 4/136., "Tahkim", *Mv.F.*, 10/240.

²⁴² Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrrahmân el-Mısırî Karâfî, *ez-Zahîre (fi'l-fikh)* (Beyrut: Darü'l-Garbi'l-İslâmî, 1994), 10/34; İbn Ferhûn, *Tebziratü'l-hükkâm fî usûli'l-akziye ve menâhici'l-ahkâm*, 1/50.

davalarda tahkim caizdir.²⁴³ Şayet dava konusu Allah hakları yahut taraflar haricinde başka kimseleri de ilgilendiren, dolayısıyla tarafların doğrudan ıskat etmeleri mümkün olmayan birtakım hakların bulunduğu bir konu ise bu durumda yukarıdaki ilke ışığında tahkim geçerli olmayacaktır. Tahkimin mâli konular ve bu mananın hâkim olduğu diğer alanlarda caiz olduğunu söyleyen Maliki fakihlerin ifadeleri de İbn Arafe'nin zikrettiği ilkeden farklı bir bakış açısı değil, aynı kanaatin örneklem farkından ibarettir.²⁴⁴

İslam aile hukukunda tahkim meşrudur ve tarihi süreçte de uygulanmıştır. Öyle ki çoğu kaynakta tahkimin meşruiyeti eşler arasında görev yapacak hakemler ve ilgili ilahi buyruk üzerinden temellendirilmiştir. Konu hakkında müstakil nass bulunması sebebiyle aile hukukunda tahkim kurumunun meşruiyeti genel kanaati oluşturmaktadır. Ancak tahkimin hükmü ve detaylarına ilişkin bazı konularda mezhepler arasında farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin eşler arasındaki geçimsizlik halinde başvurulacak hakem usulünü, Malikilerden Lahmî (ö. 478/1085) ve İbnü'l-Arabî (ö. 543/1148) gibi bazı fakihler Nisa suresi 35. ayetteki emrin gereğini vücûb olarak telakki ettiklerinden, vacip görmüşlerdir.²⁴⁵ Şafii mezhebinin iki görüşünden biri de aynı yöndedir.²⁴⁶ Bu içtihat farklılıkları tarih boyunca gerek klasik kaynaklarda gerek modern literatürde detayları ile ele alınmıştır.

²⁴³ Ebû Abdillâh Muhammed b. Yûsuf b. Ebi'l-Kâsım el-Abderî el-Gırnâtî Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklîl 'alâ (bi-şerhi) Muhtasarı Halîl* (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994), 8/100. "Tahkim", *Mv.F.*, 10/240.

²⁴⁴ İbn Ferhûn, *Tebşiratü'l-hükkâm*, 1/50.; "Tahkim", *Mv.F.*, 10/240.

²⁴⁵ Ebubekir İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an* (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003), 1/543; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklîl*, 5/263, 264.

²⁴⁶ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 4/428. Günümüzde kimi yazarlar bu görüşün uygulanması gerektiği görüşündedirler. Bundan bir adım ötesini, kocanın mutlak olarak karısını boşama yetkisinin bulunmadığını iddia edenler, bu konudaki hâkim kanaati çarpık sosyolojik okumalar üzerinden aktarmaya çalışanlar da bulunmaktadır. Gürdal'ın konuyla ilgili yazdığı tezi "*Neticede erkek egemen kültürün izlerini taşıyan bir düşünce olan "erkek, eşine "boş ol" diyerek evlilik birlikteliğini sonlandırır" şeklindeki inanç, Müslümanların zihinlerinde yer edinmiştir. Araştırmamızın amacı, günümüzde varlığını sürdüren bu inancın yanlışlığına değinerek, Nisa Suresi 35. ayette emredilen boşanma öncesi tahkim usulüne başvurmanın hükmünü yeniden değerlendirmek ve hakeme gidilmeksizin gerçekleşen boşanmaların çoğunun, Kurân'da emredilen boşanma prosedürüne uygun olmadığını araştırmaktır.*" (s.2) amacıyla sunması ve erkeğin eşler arasında hakem uygulamasına yer vermeden yapılan boşamaları "*İslâmî emirlere aykırı bir boşama*" olarak nitelemesi (Gürdal, *İslâm Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi*, 154.) bu sorunlu anlayışın zayıf kalmış sesine bir örnektir. Tez sahibinin popülist-feminist söylemlerin etkisi altında kalarak dillendirdiği ideolojik kısımlara cevap vermekten sarf-ı nazar ederek ilgili iddianın ilmi bakımdan değerlendirmesini yapan Karadağ'ın kanaatlerine katıldığımızı ifade etmeliyiz. Karadağ bu iddia

Aile hukukunda lian, had gibi değerlendirildiği için bu konuda mezheplerin ittifakıyla tahkim caiz değildir.²⁴⁷

C. Ukûbâtta Tahkim

Ceza hukukunda temel yaklaşım bu alanın tahkime kapalı olmasıdır. Ancak bunun sınırlarının tespitinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Ceza hukukunda sırf Allah hakkı sayılan had cezaları, kazf haddi, kısas ve diyet üzerinden konu ele alınacaktır.

1. Sırf Allah Hakkı Sayılan Had Cezalarında Tahkim

Tahkimin had²⁴⁸ ve kısas konularında cârî olup olmadığı ihtilafına temel teşkil eden asıl mesele, tahkime konu edilecek davaların Allah hakkı mı yoksa kul hakkı mı olduğu hususudur. Sırf Allah olan cezalarda tahkime başvurmanın caiz olmadığı hususunda ittifak bulunmaktadır.²⁴⁹ Zira bu tür hadler hiç kimse tarafından ıskat edilip affedilemez.²⁵⁰ Allah hakkının gâlib olduğu öngörülen kazf haddi de çoğunluk tarafından tahkime kapalı sayılmıştır. Bunun gerekçesi şöyle izah edilebilir:

İslam ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisi de şüpheyle cezanın düşürülmesidir.²⁵¹ Hakemin yetkisi, kamu otoritesi tarafından atanan ve

sadedinde şöyle söylemektedir: “Ancak, tarafların uzlaşması esasına dayanan bu uyumsuzluk çözüm yolu; zorunlu tutulduğunda hak arama özgürlüğüne müdahale olarak algılanabilir. Ayrıca, uzlaşma irfanının kaybedildiği veya uzlaşmaya varma konusunda isteksizliğin yayıldığı toplumlarda bu gibi yolların zorunlu tutulmasının yarardan çok zarar getireceği açıktır. Bu zorunluluk yerine, uzlaşma konusunda etkin başarı gösteren alternatif yolların yararları, kolaylıkları ve süratleri güzel bir şekilde ifade edilerek kamuoyunun bilinçlendirilirse; uyumsuzluk yaşayan taraflar kendiliğinden istekli hale gelebilir. Böylece hem hak arama özgürlüğüne kısıtlama getirildiği yönündeki iddialar bertaraf edilmiş hem uzlaşma irfanı yeniden tesis edilmiş hem de iş yükü sebebi ile ağır işleyen yargının yükü hafifletilmiş olur.” Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 75.

²⁴⁷ Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, 16/326; Serahî, *el-Mebsût*, 16/111; Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebir*, 11/393; Simâvî, *et-Teshîl Şerhu Letâifü'l-İşârât*, 3/355; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 6/267; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, 7/26; Haraşî, *Şerhü'l-Haraşî alâ Muhtasar-ı Halil*, 7/145; Desûkî, *Hâşiye 'ale'-Şerhi'l-Kebîr*, 4/136.

²⁴⁸ Hakkullah olmak üzere icrası icap eden mukadder ukubetlere (cezalara) hadd denmektedir. (Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, 3/187.)

²⁴⁹ Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, 16/326; Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebir*, 11/393; Simâvî, *et-Teshîl Şerhu Letâifü'l-İşârât*, 3/355; Trablusî, *Mu'înü'l-hükkâm*, 25; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 7/318; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 6/267; Haraşî, *Şerhü'l-Haraşî alâ Muhtasar-ı Halil*, 7/145; Desûkî, *Hâşiye 'ale'-Şerhi'l-Kebîr*, 4/136; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4/3359; Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, 8/250; Dürî, *Akdü't-Tahkîm*, 269.; “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/240.

²⁵⁰ Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, 3/187.

²⁵¹ Tirmizî, “Hudûd”, 2 (1424). Ebû İsmâ Muhammed b. İsmâ b. Sevre (Yezîd) Tirmizî, *el-Câmi'u's-sahîh*, thk. Ahmed Muhammed Şakir vd. (Mısır: Matbaatü Mustafa el-bâbi el-Halebî, 1975), 4/33.

gerçekleşecek bir sulh mesabesindedir. Oysa hakemin böylesi bir davada sulh yapabilme salahiyeti yoktur. Allah hakları söz konusu olduğunda tarafların canları gibi malik olmadıkları, dolayısıyla feragat edemedikleri bir hak üzerinde musaleha tasavvur edilemeyeceğinden, bu alanda tahkime başvurulamamaktadır.²⁵⁹ Allah hakkından kaynaklanan tazir cezaları da hadler gibi değerlendirilmelidir.²⁶⁰ Ayrıca bu konularda ihtiyat ile amel etmek esastır. Dolayısıyla bunların mahkemeye sunulması ve hâkimler tarafından neticelendirilmesi gerekmektedir.²⁶¹

Hanefî mezhebinde kısasta tahkimin cevazı görüşü de aktarılmaktadır. Ancak bu görüş zayıf kabul edilmektedir. Mezhepte sahih olan görüş, hadlerin tümü için tahkim yolunun kapalı olmasıdır. Ayrıca Ebu Hanife kısasta da tahkimin caiz olmadığı kanaatindedir.²⁶² Diğer hukuki meselelere kıyasla kısasta tahkimin caiz olması gerektiği görüşü hem rivâyeten hem de dirâyeten sorunlu bulunmuştur. Bu sorunlar şöyle izah edilebilir:

a. Dirâyet açısından:

Kısasta her ne kadar kul hakkı baskın sayılsa da Allah hakkı da bulunmaktadır. Bir başka deyişle kısas, mahza kul hakkı değildir. Bu iki hakkı sulh akdi bağlamında da değerlendirmek mümkündür. Kurala göre kısas ve kazf haddinde sulh caiz değildir. Sulhun caiz olmadığı alanlarda ise tahkime gidilemez. Tahkim bir yönüyle sulh mesabesinde sayıldığı için hadlerde olduğu gibi kısaslarda da tahkime gidilemez.²⁶³

²⁵⁹ Hassâf'tan naklen Trablusî, *Mu'înü'l-hükkâm*, 25; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 7/318; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4/3359; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, 8/250; Dürî, *Akdü't-Tahkîm*, 269.

²⁶⁰ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 6/267.

²⁶¹ Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebir*, 11/393.; "Tahkim", *Mv.F.*, 10/240-241.

²⁶² Burhâneddin el-Buhârî- el-Cündî, *el-Muhitü'l-Burhânî*, 8/123; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 7/318. Ebu Hanife'nin meseleye ilişkin görüşünün bize ifadesiyle aktarılmasından, zahirü'r-rivâyede imamlarımızdan aktarılan bir görüş olmadığı sanılmaktadır. Şayet olsaydı böyle bir ihtilaf belki de olmayacaktı. Ayrıca Cessas'ın kısasta tahkime gidilebilmesi görüşünü ifade ederken عن ifadesini kullanması, bu görüşünü tahrîç yöntemi le söylediğinin bir karinesidir. Zira bu ifade, fukahânın hakkında nakil bulunmayan meselelerde yaptıkları zihin faaliyeti için kullanılmaktadır. İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 1/358.

²⁶³ Sadrüşşehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî*, 4/63; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm*, 4/4/3359; Dürî, *Akdü't-Tahkîm*, 278; Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, 8/250.; "Tahkim", *Mv.F.*, 10/239.

Ayrıca, kısas, kamu otoritesinin gözetimi altında icra edilmelidir. Özellikle de uzuvlara yönelik yapılan cinayetlerde kısasın icra edilmesi halinde kısasın esas rüknü olan eşitliğin sağlanamaması gibi bir durum ortaya çıkabilir. Bunun yanında kısasın hakem marifetiyle icra edilmesi veya diyette anlaşılması halinde tarafların hakemi mutlak olarak boyun eğecekleri bir merci olarak görmemeleri ileride bazı problemlere sebep olabilir. Bu nedenlerle söz konusu cezaya taalluk eden davanın her cihetle yetkilendirilmiş hâkim tarafından bakılması icap eder. Meseleyi yetki ve velâyet açısından değerlendiren Hanefî fakihleri bu noktadan hareketle dâru'l-harbte hadlerin icra edilemeyeceği görüşündedirler.²⁶⁴ Günümüz hukuk sistemlerinde kamu-özel ayrımı yapan hukukçuların ceza hukukunu ittifakla kamu hukuku kapsamında görmesi de aynı mantığa dayanmaktadır.

b. Rivâyet açısından

Bazı kaynaklarda kısas ve kazf haddinde tahkimin caiz olduğuna ilişkin görüş Serahsî'ye (ö. 483/1090) nispet edilmektedir.²⁶⁵ Bu eserlerden bazılarında Serahsî'nin ilgili görüşü bazı Hanefilerden aktardığı²⁶⁶ ve bu görüşü tercih ettiği²⁶⁷ ifade edilmektedir. Serahsî'nin bu görüşü nerede aktardığını belirtmeyenler olduğu gibi bazıları da bu görüşü Şeybânî'nin el-Asl'ına nispet etmektedirler. Ancak Serahsî'nin böyle bir görüşü el-Asl'dan naklettiğine dair bir malumata rastlanmamıştır. Konuyla ilgili İbnü'l-Hümâm'ın Serahsî'den nakli diğer kaynaklardan farklı olarak şöyledir:

“Şemsü'l-eimme Şerhü Edebi'l-Hassâf'ta şöyle der: Ashabımızdan sırf Allah haklarına ilişkin hadlerde bunu (tahkimin caiz olmaması) söyleyenler bulunmaktadır. Çünkü hadleri uygulama yetkisi devlet başkanına aittir. O ikisinin de başka insanlar üzerine velâyetleri bulunmamaktadır. Kısas ve kazf haddine gelince, bunlarda tahkim caizdir. Ancak kitap sahibi -Hassâf'ı kastediyor- (kısas ve kazf'i ayırmadan) mutlak olarak caiz değildir demiştir. Sahih olan da budur. Zira hakemin hükmü sulh

²⁶⁴ Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed er-Rûmî el-Mısırî Bâbertî, *el- 'Înâye* (Lübnan: Darü'l-Fikr, 1970), 5/266; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, 5/18.

²⁶⁵ Burhâneddîn el-Buhârî- el-Cündî, *el-Muhitü'l-Burhânî*, 8/123; Bâbertî, *el- 'Înâye*, 7/318; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 7/318; Trablusî, *Mu'inü'l-hükkâm*, 25; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, 7/26; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/537.

²⁶⁶ Bâbertî, *el- 'Înâye*, 7/318; Dûrî, *Akdü't-Tahkîm*, 278, 279.

²⁶⁷ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, 7/26; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/537.; “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/239.

mesabesindedir. Kısas ve kazf haddinin sulhla giderilmesi ise caiz değildir. Ayrıca bunlar şüphelerle düşürülür. Hakemin hükmünde de şüphe bulunmaktadır. Çünkü bu hüküm yalnızca taraflar için geçerli olup başkası için geçerli değildir. Bundan daha büyük şüphe olur mu!’’²⁶⁸

Bu nakilde dikkat çeken iki husus vardır. Birincisi burada ilgili görüş el-Asl’da değil, Hassâf’ın (ö. 261/875) Edebü’l-kâdî isimli eseri üzerine Serahsî’nin yazdığı şerhe nispet edilmektedir. İkincisi ise Serahsî’nin kısas ve hadlerde tahkimin caiz olduğu görüşünü “ashab”tan naklettikten sonra Hassaf’ın zikrettiği adem-i cevaz görüşünü sahih kabul etmektedir. Buna göre yukarıda Serahsî’nin cevaz görüşünü tercih etmesini aktaran kaynakların bu aktarımı isabetli görünmemektedir.

Serahsî’nin, Hassâf’ın Edebü’l-kâdî’ sine yazdığı şerh günümüze ulaşmamıştır. Ebü’l-Vefâ el-Efgânî (1893-1975), Sadrüşşehîd’in (ö. 536/1141) Hassâf’ın eserlerine yaptığı şerhte Serahsî’nin yine Hassâf’ın Edebü’l-kâdî ve en-Nafakât adlı kitaplarına yaptığı şerhlerinden bahisler bulmuştur.²⁶⁹ Sadrüşşehîd’in şerhinde konuyla ilgili ifadede cevaz görüşünün yer alması²⁷⁰ ve burada isim olarak Serahsî’nin geçmemesi ise dikkat çekicidir. Bu durum, el-Efgânî’nin tespitini haklı çıkaracak şekilde Sadrüşşehîd’in eserindeki ifadenin Serahsî’ye ait olabileceği düşüncesini uyandırmaktadır.

Kısasta tahkimin caiz olması gerektiği görüşü, Nâsihî (ö. 447/1055) tarafından Cessas’tan (ö. 370/981) da nakledilmektedir. Cessas’a göre kısas isteme hakkına sahip velilerin, mahkemeye müracaat etmeden kısas yapmaları caizse tahkime gitmeleri de caiz olmalıdır, zira bu husus bir kul hakkıdır. Merginânî (ö. 593/1197), tarafların kendi bedenlerinde tasarruf etme yetkisine sahip olmamaları, buna binaen bu hakkın feragat edemedikleri haklardan olduğu, mesela bir kimsenin diğerine “beni öldür” deme, diğerinin de onu öldürme hakkının bulunmadığından Cessas’ın cevaz görüşünü kabul

²⁶⁸ İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-Kadîr*, 7/318.

یٰۤاَیُّهَا الَّذِیۡنَ اٰمَنُوْا لَا تَتَّبِعُوْا اَمۡرَ السَّیِۡٔسِ اِذَا حَضَرَ السَّیِۡٔسَ اَمۡرٌ مِّنۡ دٰۤیۡنِکُمْ فَاِذَا حَضَرَ السَّیِۡٔسَ اَمۡرٌ مِّنۡ دٰۤیۡنِکُمْ فَاِذَا حَضَرَ السَّیِۡٔسَ اَمۡرٌ مِّنۡ دٰۤیۡنِکُمْ فَاِذَا حَضَرَ السَّیِۡٔسَ اَمۡرٌ مِّنۡ دٰۤیۡنِکُمْ فَاِذَا حَضَرَ السَّیِۡٔسَ اَمۡرٌ مِّنۡ دٰۤیۡنِکُمْ

²⁶⁹ Muhammed Hamîdullah, “Serahsî, Şemsüleimme”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 36/547.

²⁷⁰ Sadrüşşehîd, *Şerhu Edebi’l-kâdî*, 4/63.

etmemektedir. Merginânî ile aynı kanaate sahip olan İbnü'l-Hümâm, Cessas'ın görüşünü yukarıdaki gerekçeler ile bertaraf etmenin mümkün olmadığını ifade eder ve kendisi yeni bir savunma ortaya koyar. Buna göre tahkimde aslolan (davalı) kendisi hakkında hüküm verilecek kişidir (katil). Kısas isteyen (veliyyü'l-maktûl) ise tahkimde tâbi (davacı) taraftır. Tahkimde hakkında hüküm verilecek kişi kendisi olmadığından daha zayıf konumda olan veliyyü'l-maktûlün kısası kendisinin uygulaması argümanı, katil tarafından da razı olunmadıkça tahkimin caiz olmasını gerektiren bir şey değildir. Katil ise kendisi hakkında verilecek kısas hükmü hususunda yetkili değildir ki tahkime razı olsun. O halde kısasta tahkim caiz değildir.²⁷¹

Dolayısıyla İbnü'l-Hümâm kısasta tahkimin adem-i cevazı hususunda Merginânî ile aynı, Cessas ile farklı kanaate sahiptir. Dile getirdiği itiraz, Merginânî'nin gerekçesine yönelik olup kendisi farklı bir yolla görüşünü izah etmektedir.

Kısasta tahkimin cevazının bir başka gerekçesi, tahkimin üçüncü şahıslar bakımından sulh olsa da taraflar açısından kendi hakları hususunda bir başkasını yetkilendirme (tefviz ve tevliyesi) olarak değerlendirilmesidir. Mademki taraflar had ve kısas hakkına sahiptirler, bu haklarını başkasına tefviz etmeleri de mümkündür.²⁷²

4. Diyet Cezalarında Tahkim

Diyet konularında tahkimi de had ve kıyaslara ilave edenler olmuştur. Çünkü diyet sınırlı bazı durumlar haricinde katilin yalnızca kendisinin yükümlülük altına girdiği bir ceza değildir. Hata ile işlenen cinayetlerde diyete hükmedilen durumlarda katilin âkilesi²⁷³ de yükümlü olmaktadır. Hakem ise âkile hakkında bir hüküm vermeye yetkili değildir. Zira bu tarafları aşan bir durum olup hakemlerin üçüncü kişiler hakkında hüküm vermeye yetkileri bulunmamaktadır.²⁷⁴

²⁷¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 7/317, 318.

²⁷² Trablusî, *Mu'înü'l-hükkâm*, 25.

²⁷³ Âkile, kasıt unsuru bulunmayan bir öldürme veya yaralama hadisesinde suçlu adına diyet ödemeyi yüklenen şahıslar topluluğu anlamına gelir. Kimlerin bu topluluğa dâhil olduğuyla ilgili detaylı bilgi için bk.Hamza Aktan, "Âkile" (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994), 2/248; Ebu Ceyb, *Mevsuatü'l-İcma'*, 1/258, 259..

²⁷⁴ Sadrüşşehid, *Şerhu Edebi'l-kâdi*, 4/64; Trablusî, *Mu'înü'l-hükkâm*, 25; Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik*, 2/424; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/538; *Mecelle*, 611.(md. 1842); "Tahkim", *Mv.F.*, 10/239.

Tahkime elverişli olmayan konularda verilen bir hakem kararı Malikilerde iptal edilir. Ancak sözgelimi, had ve kısas gibi konularda verilen hakem kararı tahkime elverişli olmamasına rağmen uygulanmış ise bu durumda hakem kararı geçerli kabul edilir, hakem devlet tarafından cezalandırılır.²⁷⁵

Ceza davalarında tahkimin caiz olmaması, esasında modern hukuk anlayışlarıyla da uyum arz etmektedir.²⁷⁶ Zira ceza hukuku doğrudan kamu düzenini ilgilendirmektedir. Ayrıca bu alanda birçok emredici hüküm bulunmaktadır. Bilindiği üzere kamu düzenini ilgilendiren ve emredici hüküm bulunan alanlarda ise tahkime gidilememektedir.

Zikri geçen bu alanlarda tahkimin caiz olmaması, bu davaların mutlak surette mahkeme tarafından çözüleceği anlamına gelmemektedir. Tarafların cinayet ve müessir fiiller de dâhil olmak üzere ceza hukukuna ilişkin kimi hususlarda muslihûn ismi verilen araçların gayretleri ile -tahkimden farklı değerlendirilen- sulha müracaat etmeleri mümkün ve tarihi süreçte çokça vakidir.²⁷⁷

Merkezi Cidde olan ve İslam İşbirliği Teşkilatı'na bağlı çalışan Mecma'u'l-Fıkhi'l-İslâmî ed-Devlî isimli fıkıh heyeti²⁷⁸ de 1-6 Nisan 1995 tarihli 91 (8/9) sayılı kararında hadler gibi kul hakkı olmayan konularda tahkimin cereyan etmeyeceği ifade edilmiştir. Söz konusu kararda ayrıca hakemin haklarında hüküm yetkisi bulunmadığı kişileri ilgilendiren liân gibi anlaşmazlıklarda hüküm vermesi de mümkün değildir. Şayet hakem böyle anlaşmazlıklarda hüküm verirse, verdiği hüküm geçersiz kabul edilir.²⁷⁹

Tahkime konu olan konular incelendiğinde tahkimin alanının teorik olarak oldukça geniş tutulduğu, cevaz verilmeyen hususların bazı ilkelere dayandığı görülmektedir. Yalnızca kamu otoritesi tarafından davası görülebilecek Allah hakları, tarafların bedenleri gibi tasarruf etme yetkisine sahip olmadıkları, dolayısıyla feragat edemedikleri ve başkasına tevkil edemedikleri haklar, velâyet-i kâsıra sebebiyle bir

²⁷⁵ Karâfi, *ez-Zahîre*, 10/37.

²⁷⁶ Yeğengil, *Tahkim*, 69.

²⁷⁷ Mevsîlî, *el-İhtiyâr li-ta'îlî'l-Muhtâr*, 2/425; Kılınç, "Muslihûn", 48..

²⁷⁸ Bu heyet hakkında bilgi için bk: Mustafa Bülent Dadaş, "Bir Fetva Belirleme Yöntemi Olarak Heyet İcâdî ve İslam Dünyasında Bu Amaçla Kurulan Fıkıh Meclisleri", *Bilimname* 28 (Ocak 2015), 330.

²⁷⁹ *Kararât ve Tavsiyât Mecma'i'l-fıkhi'l-İslâmî ed-Devlî*, 299.

ŕŕphe doğan ve bu sebeple ıskat edilen cezalar fikhen tahkime elveriŕli olmayan konuların tespitinde riayet edilen genel ilkelerdir. Ayrıca ibadet alanında da tahkim câri değildir. Bunların dıŕında kalan ve hakkında içtihat edilmesi mŕmkŕn olan diğer hususlarda tahkim caizdir.



ve son olarak mâlî konularda tahkimin caiz olduğu görüşüdür. Şafiilerin cumhuru sahabeden tahkime gidenler olduğu halde onlara hiç kimsenin itiraz etmemesinden hareketle tahkimin mutlak olarak caiz olduğu kanaatindedir.²⁸⁵ Hanbeliler de tahkimin genel yargıya kıyasla caiz olduğu kanaatindedirler.²⁸⁶

²⁸⁵ Mâverdî, *el-Hâvi 'l-Kebîr*, 16/325; Şirbînî, *Muğni 'l-muhtâc*, 6/267-268.; “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/236, 240.

²⁸⁶ Makdisî, *eş-Şerhu 'l-kebîr*, 11/393.; “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/236.

IX. Tahkimin Sonlandırılması, İcrâsı ve Temyizi

Tahkim, sözleşmede taraflarca belirlenen süre içerisinde icra edilebilir. Bu vaktin sona ermesiyle tahkim de sonlanır. Örneğin taraflar hükmetmesi için hakeme bir ay süre tanısalar, hakem ancak bu süre içinde hükmedebilir. Bu süreyi geçen hakem kararları geçerli değildir.²⁸⁷

Hanefilere göre tahkim, hakem hüküm vermeden önce tek taraflı olarak sonlandırılabilir. Zira sultan için “el-kâdî el-müvellâ” hangi konumda ise taraflar için hakem de öyledir. Sultan hâkimi hükmünden önce azletme yetkisine sahip olduğu gibi taraflar da hakemi kararından önce azledebilirler.²⁸⁸ Hakem her iki tarafın gönüllü tayin ettiği bir kişi olup ancak tarafların rızası devam ettiği sürece hakemlik edebilir. Bununla birlikte hakem hüküm verdikten sonra taraflardan birisinin hakemi azletmesi ile hüküm batıl olmaz ve artık hüküm bağlayıcı hale gelir.²⁸⁹

Malikilerde tahkimin bağlayıcılığıyla ilgili mezhep içi bir ihtilaftan söz edilebilir. Bazı görüşlere göre taraflardan birisinin hakem kararından önce tahkimden vazgeçmesiyle tahkim sona ermez. Hakem kararı her iki taraf için de bağlayıcı olur. Ancak taraflardan ikisi de hakem kararından önce tahkimden cayarlırsa bu durumda hakem karar veremez ve dava düşer.²⁹⁰ Hakem hüküm vermeden önce taraflardan birinin de tahkimden rücu edebileceği görüşü de bulunmaktadır.²⁹¹

Şafiilere göre hakem kararının bağlayıcılığı hususunda iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre taraflar hem hakem kararından önce hem de sonra tahkimden vazgeçebilirler. Zira hakem kararının geçerli olabilmesi için kararı her iki taraf da rızayla karşılamaları gerekmektedir. Hükmün aslında nasıl rıza şartı aranıyorsa bağlayıcılığında da aranmaktadır. Ancak mezhepte “azhar” olan görüşe göre tıpkı

²⁸⁷ *Mecelle*, 612. (md.1846)

²⁸⁸ Sadrüşşehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî*, 4/59; Neseî, *Kenzü'd-Dekâik*, 2/425; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/538; *Mecelle*, 612. (md. 1847)

²⁸⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, 16/111; Sadrüşşehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî*, 60; Kudûrî, *el-Muhtasar*, 517; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/539; Neseî, *Kenzü'd-Dekâik*, 2/425; *Mecelle*, 612. (md.1848).

²⁹⁰ Desûkî, *Hâşiyeye 'ale's-Şerhi'l-Kebîr*, 4/141.

²⁹¹ Sehnûn'dan naklen Karâfî, *ez-Zahîre*, 37; İbn Ferhûn, *Tebseratü'l-hükkâm*, 1/50. İbn Ferhûn, tahkimden rücu edilemeyeceği görüşünü ise Asbağ ve İbnü'l-Mâcişûn'dan nakletmektedir.

genel yargıda olduğu gibi taraflar hükümden önce cayabilirlerken hükümden sonra hakem kararı tarafları bağlayıcı mahiyettedir.²⁹²

Hanbeliler de hakem kararından önce tarafların tahkimden vazgeçmelerinin mümkün olduğu kanaatinde dirler. Zira tahkim tarafların rızasıyla vuku bulur. Hakem kararından önce tahkimden vazgeçmek, birisine vekâlet verdikten sonra o işi yapmadan evvel vekâletten dönmek gibidir. Ancak hakem kararından sonra tahkimden cayılmayıp karar bağlayıcı hale gelir. Hakem kararı mahkeme kararı gibidir. Kararı bozmayı gerektirecek meşru bir gerekçe olmaksızın bozulamaz. Bundan dolayı tıpkı hâkim kararı gibi muamele görmeli ve icra edilmelidir.²⁹³

Hakem kararlarına itiraz edilebilir. Böyle bir durumda hakem hükümleri mahkemeye sunulur. Mahkeme hükmü inceler. Hâkim kendi kanaatine, mezhebine ve kendince hakikat olana uygun ise kararı onaylar. Kanaatine, mezhebine ve hakikat olarak değerlendirdiği şeye aykırılık teşkil eden hakem kararını ise bozar.²⁹⁴ Hâkimin mezhebinden kasıt, yargıçlık görevini icra eden şahsın münferit mezhebi değil, mensubu bulunduğu devletin esas aldığı ve kanun yerine benimsenen mezheptir. Bu durumla günümüzdeki yabancı hakem kararlarının tenfizi arasında bir benzerlik bulunmaktadır.²⁹⁵

Kararın hâkim tarafından onaylanmasının pratik faydası, onaylanan hükmün artık başka bir mahkemede mezhebe muhalefet gerekçesi ile bozulamamasıdır. Çünkü onaylanmış hakem kararı artık onaylayan hâkimin hükmü gibi olur.²⁹⁶ Bu durumda hakem kararı bir içtihat hüviyetini kazanmıştır ve içtihat içtihad ile nakzolunmaz.²⁹⁷

Konuyla ilgili hadisler, bir hâkimin hükmünü diğerinin iptal edememe ilkesi ve tahkimin sözlere uymayı salık veren Maide suresi 1. ayeti kapsamındaki akitlerden

²⁹² Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, 16/326; Şîrbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 6/268.

²⁹³ Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, 11/393; Buhûtî, *Keşşâfî'l-Kinâ' 'an (metn)i'l-İknâ'*, 15/63.

²⁹⁴ Ebû Hafs (Ebû Muhammed) Hüsâmüddîn Ömer b. Abdilazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî Sadrü'ş-şehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî* (Bağdad: Matbaatü'l-İrşâd, 1977), 4/60; Ebü'l-Berekât Nesefî, *Kenzü'd-Dekâik mea'l-Hâşiye li'ş-Şeyh Muhammed Ahsen es-Siddîki en-Nânûtevi* (Karaçi: Mektebetü'l-Büşrâ, 2014), 2/425; Muhammed Süleyman Hindî, *Muhtasarü'l-Kudûri mea şerhihi el-Mu'tasarü'd-Darûri* (İstanbul: Darü'l-Kütübi'l-Arabiyye ve el-Mektebetü'l-Büşra, 2020), 517; *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (Dersaadet (İstanbul): Matbaa-i Osmaniyye, 1308), 613. (md.1849)

²⁹⁵ Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 28.

²⁹⁶ Bâbertî, *el-Înâye*, 7/317; Haddâd, *El-Cevheretü'n-Neyyire*, 2/553.

²⁹⁷ Mecelle madde 16.

olması gibi delillerden hareketle Malikiler hakem kararlarının tarafların mezhebine aykırı olsa bile ilim ehlinin ihtilaf etmeyecekleri şekilde apaçık bir adaletsizlik içermediği sürece bozulamayacağı kanaatindedirler.²⁹⁸

Hakem kararları günümüz Türk hukukunda icra iflas hukuku bakımından ilam niteliğini haiz bir belgedir. Bu, mahkeme kararları hangi prosedür çerçevesinde icra ediliyorsa hakem kararları da aynı şekilde icra edileceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla mahkeme kararları ile tahkim yargılamasının hakem kararları arasında icrası açısından bir farklılık bulunmamaktadır.²⁹⁹ Ayrıca tahkim kararlarının icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerekmekte, verildiği anda icra edilebilmektedir.³⁰⁰ Kararlara karşı iptal davası açılması durumu da kararların icrası önünde bir engel teşkil etmemektedir.³⁰¹

²⁹⁸ Karâfi, *ez-Zahîre*, 10/35; İbn Ferhûn, *Tebîrâtü'l-hükkâm fî usûli'l-akzîye ve menâhici'l-ahkâm*, 1/50.

²⁹⁹ Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, 1087.

³⁰⁰ Ülker, “Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle Hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün Mü?”, 460.

³⁰¹ Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, 1094.



İKİNCİ BÖLÜM
TAHKİM MESELELERİ

TAHKİM MESELELERİ

Tahkimle ilgili teorik hususların ele alındığı ilk bölümden sonra gerek tarihsel süreçte gerek güncel uygulamalarda karşılaşılan tahkim meselelerini irdelemek yerinde olacaktır. Bu meyanda ilk olarak tahkimin olumlu-olumsuz yönlerine değinilecektir.

I. Tahkimin Müspet-Menfi Yönleri

Tarihin ilk zamanlarından beri varlığını muhafaza eden, henüz genel yargının bulunmadığı dönemlerden beri kendisine müracaat edilen tahkimin sağladığı birçok avantaj olduğunda hiç kuşku yoktur. Bununla birlikte bazı olumsuzluklar da elbette gündeme gelmektedir. Tahkimin müspet yönlerini zikredip ardından menfi olarak değerlendirilebilecek hususlara değinilecektir.

Tarihte fıkha dayalı tahkim uygulamalarının müspet ve menfi tezahürleriyle ilgili yazılı veya müşahhas verilerden yoksunuz. Ayrıca günümüz tahkim uygulamaları bakımından da böyle bir tecrübeye sahip olunamamıştır. Mamafih tahkimin genel yargıyı bütünleyecek bir işlevi bulunduğundan müspet ve menfi yönleri muhtelif hukuk sistemlerinde özü bakımından çok farklılık arz etmeyecektir. Bundan dolayı bu başlıkta anlatılan tahkim, belirli bir hukuk sistemine özgü değildir. Hukuk sistemlerinden bağımsız olarak tahkimin müspet-menfi yönlerine ilişkin zikredilen genel hususlar bulunmakla birlikte bu hususların her bir hukuk sistemindeki özel tezahürlerinden söz etmek de mümkündür. Bunlar bir hukuk sisteminin tahkimi nasıl konumlandığı ve düzenlediği ile doğrudan ilişkilidir.

Tahkimde anlaşmazlıklar, *tarafaların rızası* ile çözülmektedir. Bu, bir süre sonra toplum arasında hukukun cebren uygulanmasından, tarafların gönüllülüğü ile hukukun tesis edildiği ideal/hedef noktaya yükselmeyi temin edecektir. Nitekim Hz. Ömer (r.a.), genel yargının/mahkemelerin insanlar arasında buğzu, düşmanlığı artırma endişesinden hareketle tarafların aralarında anlaşmak suretiyle uzlaşmalarının isabetli olacağına işaret etmektedir.³⁰²

³⁰² Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn b. Alî Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ* (Beyrut: Darü'l-Küttübi'l-İlmiyye, 2003), 6/109., "Sulh", (No. 11360)

Tahkimin bir başka pratik faydası ise mahkemelerdeki *iş yoğunluğunun* hafiflemesi olarak kendisini gösterecektir. Nitekim bu durum tecrübe edilmiş ve neticesi alınmıştır. Mantığı bakımından tahkime benzeyen arabuluculuğun yüksek başarı oranları³⁰³ ve uzmanların mahkeme öncesi arabuluculuk uygulamalarından beledikleri olumlu gelişmeler³⁰⁴ tahkimde de aynı sonucu vereceğinin birer işareti kabul edilmelidir.

Tarafların rızasıyla seçilen hakemler genellikle tarafların saygısını kazanmış, aralarında bir hukuk bulunan kimseler olmaktadır. Bu durumun sağladığı bazı faydalar mevcuttur. Tarafları tanıyan bir hakem, anlaşmazlığa yol açan etkenleri genellikle *daha iyi kavrar*. Kendisine anlatılmayan, gizli kalan noktaları tahmin eder, başka kanallardan kapalı kalan bu noktaları aydınlatır ve taraflara yönelttiği sorular, yaptığı tahkikat ile bunlara ışık tutmaya çalışır.

Bir başka açıdan bakıldığında, taraflar ve hakemler arasındaki bu tanışıklık, somut olaydaki *mahremiyetin korunması* bakımından büyük bir ehemmiyeti haizdir. Mahkemelerde yargılama halka açık şekilde yapılır. Dosya bilgilerine birçok kişinin erişmesi mümkündür. Dolayısıyla yargıya taşınan bir uyuşmazlık faş edilmiş, tarafların üçüncü kişilerce bilinmesini istemedikleri mahrem bilgiler ortaya dökülmüş olur. Nitekim basın yayın organları birçok mahkeme içeriği ile ilgili bilgileri haber yapmakta, büyük kitleler bu bilgilere muttali olmaktadır. Oysa hakemlerin taraflar ile olan doğal irtibatlarından naşi mahremiyeti koruma refleksleri ve daha dar bir dairede icra edilen tabiatı sayesinde tahkim, mahremiyetin korunması bakımından oldukça elverişlidir.

Bunun tipik bir örneğini, aile içi geçimsizlik durumunda erkeğin ve kadının ailelerinden birer hakem tayin edilmesinin ifade edildiği Nisa suresi 35. ayette görmek mümkündür. Aile içinde mahfuz kalması gereken bazı kusurların, mahrem noktaların

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

³⁰³ Arabuluculuk Daire Başkanlığı, “Arabuluculuk İstatistikleri”, *Arabuluculuk İstatistikleri* (Erişim 30 Eylül 2022).

³⁰⁴ Mustafa Turğut (ed.), *Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması* (İstanbul: T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, 2015), 182-183.

yine tarafların kendi ailelerinden olan hakemler tarafından muhafaza edilmesi son derece kolaydır. Böylelikle sorunlar büyümeden çözümlenir.

Ayrıca pozitif hukukta tahkim davalarındaki beyan ve belgelerin birçoğu başka bir davada delil olarak da kullanılamaz (HUAK md.5/1).³⁰⁵ Bu da yargılamanın *gizli* kalmasını sağlayan, tarafların çoğu zaman menfaatine olabilecek bir hususiyettir.

Mahkemelerin iş yoğunluğundan dolayı uzun süre beklemeyen taraflar, anlaşmazlıklarını yargıya nispetle çok daha *hızlı çözüme* kavuşturacaklar, bu da hukukun zamanında tecelli etmesini sağlayacaktır. Hukukun işletilmesi ne kadar önemli ise zamanında icra edilmesi de o denli önemlidir. Tabiatı gereği yargıda fazlaca uzayan mahkemelerde dava neticelense de tarafların geçen zaman dilimindeki olası mağduriyetleri göz önünde bulundurulduğunda yargıdan hedeflenen amaç bir yönüyle eksik kalacaktır. Genel yargıdaki bu ağır işleyiş kimi yazarlar tarafından “*Adalet, bir ayağı topallayarak yerine ulaşır*” şeklinde ifade edilmektedir.³⁰⁶ İşte tahkim adaletin hızlı tecellisine katkı sunabilecek yapısıyla alternatif bir çözüm olarak kendini göstermektedir.

Günümüzde tahkimin bu avantajının en anlamlı olduğu alanlardan birisi de finans sektörüdür. Finans sektöründe hukuki uyuşmazlıkların çözümüne bağlı olarak taraflar arasında mali yükümlülükler doğacak, hak sahipleri haklarını karşı taraftan tahsil edeceklerdir. Özellikle enflasyonist ortamlarda mali hakların kazanılması kadar zamanında tahsil edilmesi de önem arz etmektedir. Geçen zaman diliminde kazanılan hakkın değer kaybı mahkeme eliyle tazmin ettirilse bile bu zaman içerisinde kaçırılan hakların/fırsatların olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan genel yargıya nispetle çok daha hızlı şekilde çözüm sunan tahkim kurumunun finans sektöründe aktif olarak kullanılması oldukça makuldür.

³⁰⁵ “*Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:*

a) *Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.*
b) *Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.*
c) *Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakta veya iddianın kabulü.*

ç) *Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.”*

³⁰⁶ Yeğencil, Tahkim, 97.

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayımlanmış olduğu istatistik verilerde; Hukuk mahkemelerinde alacak dava türüne dair bir dosyanın ortalama görülme süresi 2015 yılında 447, 2016 yılında 480, 2017 yılında 548, 2018 yılında 626, 2019 yılında 554, 2020 yılında 675, 2021 yılında 471 ve 2022 yılında 516 gün olarak tespit edilmiştir.³⁰⁷

Buna mukabil ISTAC Genel Sekreteri Av. Yasin Ekmen'in verdiği bilgiye göre seri tahkim uygulamalarının %92'i ilk üç ay içerisinde ve genellikle tek duruşmada çözüme kavuşturulmaktadır. Ekmen daha önce bir tahkim davasının ikinci bir duruşmaya kaldığını görmediğini ifade etmektedir.³⁰⁸

Bu hususu destekler mahiyette arabuluculuk ve tahkim yöntemi hakkında Kalkan şu tespiti yapmaktadır: “İslâmi finans sektöründe gerçekleşen uyuşmazlık çözümünde Kıta Avrupası hukuk sistemi çerçevesinde yürütülen hukuk yargılamalarına nazaran daha yerinde bir yöntemdir.”³⁰⁹

Tahkim kurumunun finans sektöründe iş adamlarına tanıtılması, tahkim merkezlerinin daha aktif işletilmesi bu sektöre olumlu katkı sunan, bilhassa uluslararası ticaretler bakımından güven ortamını tesis etme yolunda önemli bir adım da olacaktır.

Tahkimin genel yargıya kıyasla öne çıkan bir başka hususiyeti, **zaman aşımını kesme** işlevidir. İstanbul Barosu Başkan Yardımcısı, İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Genel Sekreteri Av. Yasin Ekmen'in verdiği bilgiye göre ülkemizde ilk defa ISTAC tarafından uygulamaya konulan bir tahkim talebi dilekçesi³¹⁰ ile tahkim yargılaması başlatılabilmektedir. Ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta henüz dosya içeriğini oluşturma fırsatı bulamayan ve zaman aşımını kesmek isteyen yahut bir tedbir kararı alındıktan sonra on beş gün içinde açılması gereken davaya hazır olmayan taraf dava dilekçesi olmaksızın uyuşmazlığa ilişkin özet bilgilerin sunulması gerektiği tahkim

³⁰⁷ Adalet İstatistikleri 2022 (Ankara: Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2023), 31. Dijital erişim için bk.

https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/29032023141410adalet_ist-2022cal%C4%B1sma100kapakl%C4%B1.pdf (Erişim tarihi: 01.11.2023)

³⁰⁸ <https://www.youtube.com/watch?v=1KE-vE6bnJQ> (Erişim Tarihi: 26.06.2023)

³⁰⁹ Kalkan, *İslâmi Bankacılık ve Finans Uyuşmazlıklarında Hukuk Yargılaması ve Tahkim*, 193. Onur'un tespitine göre tahkime geçmişe nispetle günümüzde daha çok müracaat edilmektedir. (s.194)

³¹⁰ İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC), “ISTAC Tahkim Talebi” (Erişim 26 Haziran 2023).

talebi dilekçesiyle süreci başlatma imkânına sahiptir.³¹¹ Bu, tahkimin genel yargıya müracaat için dava hazırlığını tamamlayamama ve davanın zaman aşımına uğrama ihtimallerini bertaraf etme imkânı sunan bir başka avantajıdır.

Tahkimi cazip hale getiren hususlardan bir diğeri, yargı giderlerine göre **daha az maliyetli** oluşudur. Bu tasarruf hem taraflar hem de yargılamayı uhdesinde bulunduran devlet içindir. Taraflar dosya masraflarından, yargı organları ise personel, kırtasiye, bina gibi gider kalemlerinden tasarruf edecektir. Anlaşmazlıkların ekonomik anlamda daha kolay çözülmesi tarafların tahkimi tercih etmesini sağlayacak bir unsurdur.

Tahkimin müspet yönlerinde zikredilen bazı hususların genel yargıda bulunmaması yahut başka görece nedenlerle mahkemelere müracaat etmek istemeyen ve aralarındaki anlaşmazlığın çözümü noktasında kendilerini hem yargı hem infaz mercii kabul edenler de bulunmaktadır.³¹² Adalet arayışını doğrudan tarafların kendilerinin gerçekleştirdikleri bir ortamda kaos eksik olmayacak, anarşi meydana gelecektir. Bir nedenle genel yargıyı tercih etmeyip ihkâk-ı hakka kalkışanlar göz önünde bulundurulduğunda, tahkim muhtemel kaos ortamının önünü alacak alternatif bir orta yol işlevi görebilecektir.

Tahkimin **çevrimiçi (online)** olarak yürütülmesi genel çerçevede bir başka müspet durum olarak değerlendirilebilir. Böylelikle zamanın kritik olduğu dosyalarda bir an önce tahkimin icra edilip hak sahiplerine zamanında haklarının verilmesi temin edilmiş olacaktır.³¹³ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na 22.07.2020 tarihinde eklenen düzenleme ile hukuk yargılamalarında ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icra edilebilmesine olanak tanınmışsa da 30.06.2021 tarih ve 31527 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Hukuk Muhakemelerinde Ses

³¹¹"Tahkimde Güncel Gelişmeler", haz. İstanbul Barosu, *YouTube* (03 Haziran 2023), 00:58:32-00:59:30.

³¹² Adalet dağıtımının bir devlet otoritesi tarafından tanzim edilmediği ve kuvvet rejimlerinin hâkim olduğu zamanlarda sosyal devletlerin adalet kaynağının "öç alma" olduğu hukuk tarihçileri tarafından benimsenen bir teoridir. Bk. Yeğengil, *Tahkim*, 9.

³¹³ Tahkimin elektronik ortamda gerçekleştirilmesinin yüz yüzelik ilkesine aykırılığı başta olmak üzere birtakım menfi yönleri de bulunması muhtemeldir. Çevrimiçi tahkimin müspet ve menfi yönleri hakkında geniş bilgi için bk. Serhat Kısakürek, *Elektronik Tahkim ve Tahkimin Dijitalleşmesi* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021).

ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik”te ayrıntıları belirtildiği şekilde “*e-duruşma*” adı verilen bu sistemin uygulanabilmesi belli başlı şartlara bağlı kılınmıştır. Buna göre e-duruşma talebi, kabulü, yapılacağı yer ve katılımcıların kimlik kontrollerinin yapılması gibi çalışma konumuzla doğrudan alakalı olmaması nedeniyle detaylandırılmayan usul şartlarının sağlanması gerekmekte olup aksi durumda bu imkândan faydalanılamayacağı, bu sebeple de tahkim uygulamasında elektronik görüşme imkânlarının usul şartlarına bağlı kalmaksızın daha pratik sağlanabileceği değerlendirilmektedir.

Tahkimin bir başka olumlu yönü de tahkim yargılamasına müdahalenin sınırlandırılması ve ***daha özgür*** bir sürecin işletilmesidir. Hakemi belirlemede taraflar asıl olduğundan, kendilerine yönelik baskı ve müdahale olasılığı azalacaktır. Ayrıca tahkim uygulamalarında hakemin taraflarca ***daha kolay erişilebilir*** olması da anlaşmazlığın daha kolay ve seri çözüme kavuşması açısından bir avantaj kabul edilebilir.

Tahkimin en çok fayda mülhaza edilen ayrıcalığı ise taraflar arasındaki anlaşmazlığın çözümünde kural olarak ***maddi hukuk kurallarına bağlılık zorunluluğunun bulunmaması***dır. Taraflar karşılıklı rıza ile başka bir hukuk kodu ile anlaşmazlıklarını bertaraf etme yoluna gidebilirler.³¹⁴

Özet olarak ifade etmek gerekirse tahkimin gönüllülük esasının celbettiği faydalar, yargının iş yükünün hafifletilmesi, mahremiyetin korunması, daha hızlı çözüm, yargıya nispetle daha az maliyet, ihtiyaç halinde çevrimiçi tahkimlerin icrası, talep edilmesi halinde doğrudan maddi hukuk kurallarıyla değil de tarafların inanç ve vicdanına uygunluk arz eden adalet ve nasafet kuralları ile anlaşmazlığın bertarafı ve başka birtakım avantajları bulunmaktadır.

Bu müspet yönlerinin yanı sıra tahkimin menfi yönleri de bulunmaktadır. Bu noktada hakemin hukukçu kimliğinin bulunmaması meselesi zikredilebilir. Hakemde sağlıklı bir neticeye ulaşması için gerekli asgari kazâ (yargılama) ehliyetinin bulunması gerektiği herkes tarafından kabul edilen bir hakikattir. Vakıa, böyle bir

³¹⁴ Ayrıntı ve kaynaklar için “*Türk Hukuk Mevzuatına Göre Tahkimde İslam Hukukundan İstifadenin İmkânı*” başlığına bakılmalıdır.

ehliyeti haiz olmayan birisini hiç kimse hakem olarak kabul etmek ve davasını kendisine arz etmek de istemez. Ancak hakemin hukukçu olması her zaman ve şartta da aranmamalıdır. Böyle bir şart her zaman temin edilemeyeceği gibi isabetli/gerekli de değildir. Yerine göre hukukçu kimliği olmayan bir hakem davaya daha makul yaklaşım tarafları razı edecek bir çözüme ulaşabilir.

Tahkimi icra edecek hakemlerin hukuk tahsili yapmamış, belirli düzeyde hukuk nosyonuna sahip olmayan kimselerden seçilmesinin önünde herhangi bir mani olmaması³¹⁵ ilk bakışta bir olumsuzluk gibi düşünülebilirse de anlaşmazlığın konusuna göre bu çoğu zaman şart olmayabilir.³¹⁶ Tarafların tanıdığı, kendisine saygı duyduğu, anlaşmazlığın giderilmesinde gönüllü olarak görevlendirdikleri bir hakem, tahkime esas teşkil edecek hukuk sistemi yahut genel ilkeler ışığında mevcut pozitif hukuku bilmeden de anlaşmazlığı giderebilir. Ayrıca tahkimde gerekli gördüğü durumlarda hukukçulardan hukuk danışmanlığı hizmeti alınması da mümkündür.

Ayrıca mahkemelerdeki yargılama süreçlerinin benzerleriyle karşılaşmak istemeyen taraflar açısından düşünüldüğünde, hakemlerin de hukukçu olma zorunluluğu, tahkimin sağladığı temel imkânlardan birisi, yani uyuşmazlığın taraflar nezdinde saygın ancak hukukçu olmayan bir başkası eliyle giderilmesi imkânını devre dışı bırakmış olacaktır.³¹⁷

³¹⁵ Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, 1086.

³¹⁶ Burada Muhammed Hamidullah’ın şu tespitlerini hatırlamak yerinde olacaktır: “*Lafızdan çok ruha ehemmiyet veren bir cemiyette (ki bu halde dış şekilden ziyade tabiata, fıtrata uygun bir adalet anlayışına gidilecektir), bir hâkimin tayininde, onun sahip olduğu mâlumat yığından ziyade, karakter bütünlüğü ve ruh inceliğinin nazarı itibara alınması tabiidir: Hâkimin tarafsızlığı onun Scharfsinnigkeit (feraset ve keskin akıllılık)’ndan daha ehemmiyetliydi. Resûlullah zamanında herhangi bir hukukî formasyona sahip ve yetişmiş hâkim kadroları bulma meselesi muhakkak söz konusu olmazdı; hatta muhtemelen hâkimin okuma yazma bilmesi de gerekli değildi.*” Hamidullah, *İslam Peygamberi*, 2/931. Her ne kadar yukarıda hâkimden bahsedilse de öz itibarıyla hakemin de farklı değerlendirilmesi düşünülemez.

³¹⁷ Konuyla ilgili Alper Bulur’un bir değerlendirmesine yer vermekte fayda vardır: “Burada üzerinde durulması gereken önemli konulardan biri de avukatların, söz konusu düzenleme uyarınca kendilerine verilen bu kurumsal görevi ve yetkiyi kullanabilmeleri bakımından, yeterli donanıma sahip olup olmadıklarıdır. Zira hukuk eğitiminde, avukatlık ve hâkimlik staj dönemlerinde, sürekli çatışmacı yöntemlere vurgu yapılması, hukukçu olarak yetişen kişilerde, asıl olanın bu tür bir çatışmacı ve yargısal çözüm yoluna başvurmak olduğu düşüncesini kuvvetlendirmektedir. Uyuşmazlığa düşmüş olan tarafları uzlaştırmak, onları ortak bir noktada ve her iki taraf için de optimum fayda sağlayacak bir sonuç etrafında birleştirmek, bir maharet, zaman ve sabır işidir. Türk hukukçuları ise, böyle bir maharet ve uzmanlık için yetiştirilmemektedirler. Bu nedenle, hukukçuların eğitimindeki bu eksikliğin giderilmesi amacıyla, hukuk fakültelerinin ders programlarına “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri”, “arabuluculuk – uzlaştırma” ve özellikle de “müzakere teknikleri” üzerine dersler

Tahkimin olumlu bir özelliği olarak zikrettiğimiz, hakemin taraflarca seçilmesi ve kolay ulaşılabilir olması durumu, aynı zamanda bir olumsuzluk olarak da değerlendirilebilir. Bilhassa mahalli yerlerde bu durum taraflar yahut üçüncü kişilerce hakeme baskı ihtimali olarak karşımıza çıkabilir. Buna karşın hakemin hakemliği kabul etmeme yetkisi vardır. (HMK, 417) Ayrıca daha önce kabul edilmiş bir hakemlikten istifa etmek de mümkündür.³¹⁸

Mahkemede yargılama masrafları davayı kaybeden tarafa yüklenmektedir. Tahkimde ise yargılama giderleri tarafların beraberce üstlendikleri maddi bir külfettir.³¹⁹ Bu bakımdan davada haklı olduğunu düşünen taraf için bir olumsuzluk bulunmaktadır. Ancak uzayıp giden mahkeme süreci ve bu süreçteki giderleri ile alacağı muhtemel haklardan mahrum kalma durumları düşünüldüğünde bu giderlerin tarafların beraberce karar verecekleri şekilde ödenmesiyle bir sorun olmaktan çıkacaktır.

Hakem ücretlerinin kimi tahkim yargılamalarında ölçsüz ve yüksek belirlenme, dolayısıyla hakemliğin gelir kaynağı olarak algılanması ihtimali de bir başka olumsuzluktur. Hakemlerin kendilerine takdir ettikleri ücretler tahkimden haklı çıkacak tarafın elde edeceği hak ile yakın miktarlarda olmasının pratik sonucu, haklı çıkacağını düşünen tarafın hakkının peşine düşmekten alıkoyan bir etken olarak karşımıza çıkacaktır. Ancak hakemlerin alacakları bedeller belli standartlarda tarifelenirirse bu olumsuzluğun önü alınmış olacaktır.

Nitekim bazı olumsuz tecrübeler neticesinde Yargıtay 13.05.1964 tarihli içtihadı birleştirme kararıyla hâkimlerin istimplâke ilişkin mecburi tahkim davalarında hakem olarak görev yapmaları yasaklanmıştır. İlgili kararda “*Ücret kapsamı yönünden hâkimlerin hakemliği kabul etmeleri doğru olmaz. Böyle bir durumda hâkimin tarafsızlığına karşı birtakım kuşkular uyanmasına yol açılabilir.*” denilmektedir.³²⁰

eklenmeli; ayrıca, hukukçular da mesleklerini icra ederken, çeşitli kurslarla bu konularda kendilerini geliştirmeli ve meslek içi eğitim almalıdırlar.” Bulur’dan naklen: Çiğdem, “Çok Hukukluluk ve Aracılık/Tahkim Bağlamında Osmanlı ve Türk Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması”, 252-253.

³¹⁸ Yıldırım, “Tahkîm”, 39/412.

³¹⁹ Gamal Mohammed Ali Abdelgawad, Arap Ülkelerinde Tahkimin Tarihi ve Yatırımlar Üzerindeki Etkileri (Mısır Örneği) (İstanbul: İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020), 45.

³²⁰ Yeğengil, *Tahkim*, 99.

Tahkimin yargılama süresi genellikle tarafların da iradesiyle anlaşmazlığın içeriğine göre altı ay, bir sene gibi kısa sürelerdir. Ancak teorik olarak aşılması gereken tahkim süreleri bazı tahkim uygulamalarında hakem kararlarının çetrefilli olması, tarafların kararlara itirazları, kararların gecikmesine yol açacak bazı geciktirici sebepler ortaya koyması vb. gibi çeşitli saiklerle genel yargının süresi hatta daha fazla bir süreye ulaşabilmektedir. Bu durum da tahkimin süre bakımından genel yargıya nispetle çok daha kısa zamanda neticelenmesi avantajını ortadan kaldırır ve bir olumsuzluğa dönüşür.

Hakeme rüşvet teklifi, hakemin taraf tutmasından şüphe edilmesi vs. gibi durumlar da birer olumsuzluk olup tahkime özgü değil tüm yargılamalarda gündeme ge(tiri)lebilecek bir husustur. Böylesi durumlarda iddia sahiplerinin hakem kararlarına itiraz etmeleri, mahkemeye müracaat etmeleri söz konusu olumsuzlukları aşmada kullanılması gereken bir yöntemdir. Bu bakımdan hakemin şahsiyeti, kapasitesi, yetkinliği ve dürüstlüğü tahkim yargılamasını doğrudan etkileyecek hususlardır.³²¹

Tahkimin sayılan bazı olumsuz yönleri yalnızca resmiyet kazanan tahkim uygulamaları için geçerlidir. Sözgelimi hakemin hukukçu kimliğinin bulunup bulunmaması, hakem ücretiyle ilgili olumsuzluklar, hakem kararlarına itirazlarda yaşanacak zaman kayıpları vb. gibi hususlar halk arasında icra edilen tahkim uygulamalarında sorun değildir.

Tahkime ilişkin avantajlı ve dezavantajlı durumları ifade ettikten sonra şu hususun altını çizmekte fayda vardır. Hukuki ihtilafların her biri kendi içinde farklılıklar taşır, özel şartlar içerir. Bundan dolayı kimi hukuki ihtilaflarda tahkim daha isabetli bir yöntem olabileceği gibi diğer bazılarında genel yargıya müracaat etmek daha elverişli olabilir. Her iki yöntem de yerinde bir anlam taşır ve önemlidir. Ne var ki birinde yer alan bir avantaj her zaman diğerinde bulunmayabilir. Tarafların somut anlaşmazlıklarının şartlarını göz önünde tutmaları yerinde olacaktır.

Tahkimin alanını her hal ve şartta genişletmenin doğru olmadığı, tahkimin devlet yargısının yararlı olamayacağı alanlarda daha aktif hale getirilmesi gerektiği,

³²¹ Keleş, “‘Dini Nikah’ Adı Altında Yapılan Gayr-i Resmi Nikah Akdinin Tahkim Yoluyla Sona Erdirilmesi”, 201.

herkesçe tahkimin yararlı bir yöntem olmayabileceği kanaatinde olan kimi yazarlar bulunmaktadır.³²² Bu tespitler kimi hal ve şartlarda isabetli görülebilirse de yukarıda zikredilen uyuşmazlığa uygulanacak hukukun taraflarca tespit edilmesiyle sağlanacak inanca uygun ihtilaf giderme imkânının sonuna kadar kullanılması gerektiği kanaatindeyiz. Bizce tahkimi en cazip kılan husus da temin edeceği bu imkândır.

³²² Yeğengil, *Tahkim*, 100.

II. Tahkimin Geliş(e)meme Nedenleri

Tahkimin gelişmemesinden maksat iç dinamiklerinin yeterince gelişmemesi, tekâmül edememesi yahut tahkimin uygulama sahasında görülmemesi değildir. Nitekim tahkim tarihin her döneminde az ya da çok kendisine uygulama sahası bulmaktadır. Tahkimin gelişmemesinden, birçok avantajına rağmen tarihi süreçte ve günümüzde güçlü bir kurumsallaşma meydana gelmemesi, yaygın şekilde bilinir olmaması gibi hususlar kastedilmektedir. Tahkim hem İslam hukuku hem de modern hukuk cihetinden genel yargının gölgesi altında kalmış olup³²³ günümüzde de kurumsal olarak az gelişmişliğini sürdürmektedir.³²⁴

HUMK'un tahkimle ilgili değişikliğin en önemli sebebi pozitif hukukta tahkimin mevzuat gerisinde kalması ve yaygın hale gelememesi olduğu düşünülmektedir.³²⁵ Genel yargıya nispetle tahkimin az gelişmesinin başlıca nedeni, tahkimin genel yargının bir istisnası konumunda olmasıdır, denilebilir. Zira hukuk, sosyal hayatta yer alan muamelelerin kaideleri niteliğindedir. Sosyal hayatta daha az rastlanılan muamelelerin bilimsel çalışmaya konu edilme sıklıkları da o denli az olabilmektedir. Tahkim de genel yargının yanında daha az müracaat edilen bir yargılama usulü olduğundan bu konuda yapılan çalışmalar nispeten daha az olmuştur.³²⁶ Bunda, halkın icra ettiği ve genel yargıya yahut icraya intikal etmediğinden bir şekilde gün yüzüne çıkmamış tahkim uygulamalarının tespit güçlüğüünün de muhakkak etkisi olmalıdır.

Tahkimin gelişmemesinde halkın genel yargıya gösterdiği teveccüh de unutulmamalıdır. Ali Himmet Berki'ye (ö. 1976) göre tahkimin nadir müracaat edilir olması, mahkemelerde adalet teminatının daha fazla olması, mahkemelerin kamu vicdanında bıraktığı tatmin duygusu ve tarafsızlıktan ileri gelmektedir. Berki'nin

³²³ Hamza Erik, *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesinin Günümüz Aile Hukuku İle Mukayesesi* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 2016), 2.

³²⁴ Balcı, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, 40.

³²⁵ Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 9.

³²⁶ Yeğengil, *Tahkim*, 3.

tespitine göre insanların mahkemeyi tercih etmeleri, mahkemelerde adaletin devamlılığıyla doğru orantılıdır.³²⁷

Pozitif hukukta bilinen/yasal olarak tanınan tahkim ülkemiz için de yeni sayılabilecek bir uygulamadır.³²⁸ Bundan dolayı tahkimle ilgili doktrindeki çalışmalar da görece az sayılır. Doktrinde tahkime teveccühün azlığı halka da yansımıştır. Halk tahkimi pratik bir uyuşmazlık çözüm aracı olarak yeteri kadar tanımamakta, detaylarını bilmemektedir. Bunun için halka tahkimin tanıtılması için çaba sarf edilmeli, bunun için gerekli pratik adımlar atılmalıdır.³²⁹

Tahkimin arka planda kalmasının sebeplerinden birisi de sona eren feodaliteden sonra hâkim olan ulus devletlerde gelişen milli hukuk fikrinin etkisiyle tahkimin genel yargıya rakip kabul edilmesidir. Bu kabul neticesinde yargı erkinin yegâne mercii olarak mahkemeler kabul edilmek istenmiş, tahkime daha geniş bir alan açılması, geliştirilmesi ve aktif olarak kullanılması çok fazla istenilen bir durum olmamıştır. Bu da tahkimin gelişmemesinin nedenlerindedir.³³⁰

Tahkimin başkaca faydalarının yanı sıra sağladığı en esaslı maslahat kendi inançlarının tesis ettiği hükümler ile anlaşmazlıklarını çözmek isteyen taraflara alan tanınmasıdır. Genel yargının kâdiler eliyle İslam hukuku kuralları ile işletildiği zamanlarda yalnızca bu maslahat için tahkime müracaat etmek çok anlamlı değildir. Bir başka deyişle mahkemelerin fıkıh müktesebatına sahip hâkimler vesilesiyle fıkıh merkezli kararlar verildiği zamanlarda mezkûr amaçla tahkime rağbet edilmesine ihtiyaç kalmamaktadır. Diğer bazı faydaları göz önünde bulundurularak tahkimin işletilmek istenmesi ise elbette mümkündür.

Hanefiler hakemlerin hukuki yetkinliğinin bulunmaması riskinden hareketle tahkime fetva verme hususunda geri durmakta, tahkimin yaygın hale getirilmesine sıcak bakmamaktadırlar. Öyle ki tahkimin içtihat edilebilen alanların tümünde caiz

³²⁷ Berki, *İslâm Şeriatında Kaza*, 76.

³²⁸ Ülker, “Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle Hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün Mü?”, 465.

³²⁹ Somut bazı öneriler için bk. Ülker, “Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle Hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün Mü?”, 465.

³³⁰ Yeğengil, *Tahkim*, 8; Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 53. Bu hususta daha geniş bilgi “*Türk Hukuk Mevzuatına Göre Tahkimde İslam Hukukundan İstifâdenin İmkânı*” başlığı altında mevcuttur.

olduğu kabul edilmekle birlikte bunun “bilinen fakat gizlenen (*میتة هیة یی*) *nafiz ancak kendisiyle fetva verilmeyen (یتفد لکن لا یفتی به)*” konulardan olduğu ifade edilmektedir.³³¹ Yine *meşayihın* tahkimin içtihat edilebilen tüm meselelerde caiz olduğu fetvasını dillendirmekten kaçındıkları, tıpkı had ve kıyaslarda olduğu gibi diğer konularda da genel yargının etkin olması gerektiğini düşündükleri ifade edilmektedir. Bunun gerekçesi olarak da avamın hakemlik işine cüretkâr davranmalarının önüne geçilmesi zikredilmektedir.³³² Bir başka gerekçe, “*cahiller tahkim işine el atar da mezhebimizi yıkmaya yol açar*” şeklinde ifade edilmektedir.³³³

Tahkim aleyhinde aktarılan bu görüşler sadedinde, o dönemlerde mahkemelerin iş yoğunluğunun azlığı, yargı süreçlerinin daha seri işlemesi, yeterli hukukî donanıma sahip kişilerin umumiyetle genel yargı sisteminde görev alması, hâkimlerin ulaşılabilirliğinin günümüze nazaran daha mümkün olması gibi sebeplerin etkisinden söz edilebilir. Esasen genel yargının pratik ve işlevsel sürdürülebildiği durumlarda mahkemelerin etki alanının tahkim aleyhine genişlemesi anlaşılabilir bir durumdur.

Tahkime karşı olumsuz tavır yalnızca Hanefilerle sınırlı kalmamaktadır. Maliki fakih Asbağ’ın (ö. 225/840) “Tahkimi hoş görmüyorum, şayet olup bitmiş ise de geçerli buluyorum” sözü bazı fakihlerin tahkime yaklaşımının ifadeye dökülmüş halidir. Ayrıca Malikilerden tahkimi baştan caiz görmeyenler de bulunmaktadır. Ayrıca Malikilerin hakemin içtihat ve adalet şartlarını haiz olması gerektiği, şayet avamdan birisi hakemlik edecekse bu durumda da mutlaka konunun uzmanlarına, âlimlere danışması gerektiği, aksi halde isabetli olsa bile kararının nafiz olmayacağı görüşü, bu danışma faaliyetinin gerçekleşmemesinin “*tehâtur, ğarar (risk)*” olarak ifade edilmesi, yargı faaliyetinin avam elinde hakkıyla yerine getirilemeyeceğine

³³¹ İbn Abidin, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî, *Reddü'l-Muhtâr 'ale'd-Dürri'l-Muhtâr*, 16/540; “Tahkim”, *Mv.F.*, 10/236.; Rasih Yeğengil, *Tahkim*, 72.

³³² Sadrü’ş-şehîd, *Şerhu Edebi'l-kâdî*, 4/63; Trablusî, *Mu’inü'l-hükkâm*, 25; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/540.

³³³ Bâbertî, *el-Înâye*, 7/318.

تفد لکن لا یفتی به) میتة هیة یی .

ilişkin endişeye işaret etmektedir.³³⁴ Şafii mezhebi içinde tahkimin mutlak olarak adem-i cevazını ve mahkemenin bulunduğu yerlerde tahkime gitmenin caiz olmadığını savunan iki muhalif görüş de hatırlanmalıdır.³³⁵

Fakihlerin tahkime karşı bu mesafeli tavırları zaman içerisinde tahkimin uygulanabilirliğini, yaygınlığını ortadan kaldırmış, tahkim uzun süreler kurumsal bir kimlik kazanmamış, bireysel alanda kimi zaman kendisine başvuru bir uygulama halini almıştır.

Tahkimin gelişmeme nedenlerinden birisi de fıkıh literatüründe tahkime mutlak olarak cevaz vermeyen görüşlerdir. Örneğin Şafii mezhebinde bir görüşe göre tarafların buldukları yerde ister mahkeme bulunsun ister bulunmasın, tahkim mutlak olarak caiz değildir. Cevaz verilmemesinin gerekçesi ise devlet başkanına, hukuka karşı ikilik oluşturmak, bu makamların görüşlerinden bağımsız olarak bir yargılama icra etmektir.³³⁶

Tahkimin tarihte yeterince uygulama sahası bulamadığı dönemlere örnek olarak Ebu Bekir İbnü'l-Arabî zamanındaki tahkim uygulamalarının yetersizliğini örnek verebiliriz. İşbîliye'de (Sevilla) doğan³³⁷ İbnü'l-Arabî Nisa suresi 35. ayetin tefsiri meyanında bu ayetin şeriatın aslına ilişkin olmasına rağmen memleketinde böyle bir uygulamanın izlerinin bulunmamasından, kâdîlerin eşler arasında görev yapacak hakemleri etkin şekilde kullanmadıklarından yakınmaktadır. kâdîlerden eşler arasında hakem tayin edilmesini talep etmesine rağmen yalnızca tek bir kâdînin buna olumlu cevap verdiğini, kalanlarının bu çağrıya icabet etmediklerini ifade eder. Kendisi yetki sahibi olduktan sonra layık-ı veçhiyle sünnete uygun olarak hakem müessesesini ikame ettiğini ve Allah'ın kendisine bahşetmiş olduğu hikmet ve edep gereği şeriatın gereklerini yerine getirdiğini ifade etmektedir. İbnü'l-Arabî, memleketinde bu hususta bir cehalet olduğunu ne Allah'ın kitabının emirlerine uyduklarını ne de kıyasları işlettiklerinden şikâyet etmektedir.³³⁸

³³⁴ Karâfî, *ez-Zahîre*, 36; İbn Ferhûn, *Tebşiratü'l-hükkâm*, 1/50; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-İklil*, 8/100.

³³⁵ "Tahkim", *Mv.F.*, 10/236.

³³⁶ Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, 6/268.

³³⁷ Ahmet Baltacı, "İbnü'l-Arabî, Ebu Bekir" (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994), 20/488.

³³⁸ İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, 1/537. Karadağ'ın "İbn Arabî, eşlerin geçimsizliğini giderme yolu olan tahkim kurumunun şeriatın asıllarından olduğunu ifade ettikten sonra; iş başına gelse bu kurumu

İbnü'l-Arabî'nin şahadetinden de anlaşılacağı üzere tahkimin tarihin bazı kesimlerinde kimi coğrafyalarda yaygın hale gelmemesinin sebeplerinden birisi de bilgisizliktir. Aslında günümüzdeki manzara da bundan pek farklı değildir.

Osmanlı Devleti'nde fetva uygulamaları Hanefi mezhebi ağırlıklı işletilmiş olup diğer mezheplerden istifade konusunda farklı dönemlerde oluşan çeşitli yaklaşımlar meydana gelmiştir. 15. yüzyıl başlarında telif edilen eserlerde doğrudan yahut dolaylı olarak farklı mezheplerden istifade konusuna daha ılımlı bakışlar doğmaya başlamıştır. Farklı mezhep görüşlerinden istifade imkânlarından birisi olarak farklı mezhep müntesibi birisini hakem tayin etmek suretiyle tahkim uygulamalarına başvurmaya sıcak bakılmıştır. Ancak 16. asır ve sonrasında bu uygulamaya izin verilmemiştir.³³⁹

Her ne kadar bu yönde bir veri bulunmasa da fukahanın tahkime mesafeli duruşlarının sebeplerinden birisinin mezhep disiplini koruma refleksi ile farklı mezheplerden istifade isteğine kapı aralamama, dolayısıyla tahkimin yaygın işlevi dışında³⁴⁰ farklı saiklerle kullanılmasının önünü alma isteği olduğu da söylenebilir. Tahkim aleyhindeki tutumlar ise bu kurumun gelişmemesine doğrudan etki edecektir.

ihya edeceğini ifade etmektedir.” (Muhammed Mansur Karadağ, İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması, 82).şeklindeki ifadelerinin yukarıdaki gibi anlaşılmasının daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

(وهي من الآيات الأصول في الشريعة، ولم نجد لها في بلادنا أثرًا؛ بل لئنهم يُرسلون إلى الأئمة، فلا يكتب الله تعالى انتمروا، ولا بالأفيسية اجترؤا، وقد ندبت إلى ذلك فما أجابني إلى بعث الحكمين عند السقاق إلا قاضٍ واحد، ولا إلى القضاء باليمين مع الشاهد إلا قاضٍ آخر، فلما ولاني الله الأمر أجرئت السنة كما ينبغي، وأرسلت الحكمين، وقمت في مسائل الشريعة كما علمني الله سبحانه من الحكمة والأدب لأهل بلدنا لما غمرهم من الجهالة.)

³³⁹ Kaşif Hamdi Okur, “Fetva Mecmualarına Göre Tanzimat Öncesi Dönem Aile Yapısı Hakkında Bazı Tespitler”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 19/2 (2020), 610. Tarafların kendilerine daha uygun bir çözüm sunması sebebiyle hakemden belli bir konuda Şafii mezhebine göre aralarında hüküm vermesini talep etmesiyle ilgili olarak bk. İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/540.

³⁴⁰ Klasik dönemler itibarıyla farklı mezhep müntesiplerinden oluşan tarafların genel yargıda başka mezhebin kadısına yönlendirilememesi durumunda bu işin tahkim vasıtasıyla halledilebileceği, bu durumda tahkimin amaçlarından birisinin de farklı mezhep eksenli yargılamaların genel yargıya esas olan mezhebin hâkimiyetine aykırılık teşkil etmeden icra edilmesi olduğu söylenilebilir. Bu durumda ilgili saikle tahkime müracaat tahkimin yaygın işlevi dışında kullanılması olarak değerlendirilemez.

III. Türk Hukuk Mevzuatına Göre Tahkimde İslam Hukukundan İstifadenin İmkânı

Tahkimde tarafların uyuşmazlıklarının giderilmesinde uygulanacak usul ve esasa ilişkin kurallar HMK’da tanzim edilmiştir. Burada tahkimde uygulanacak hukuk kuralları tayin edilmemekte, tahkimin hukuki mantığına ve özüne uyumlu şekilde genel bir ilkedен bahsedilmektedir. Bu ilke HMK’nın 433/3. maddesinde “*Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kalmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir*” şeklinde yer almaktadır.

Görüldüğü üzere taraflar, tahkimin “hak ve nasafet kuralları” ile çözümlenmesini talep edebilir, hakemler de bu çerçevede karar verebilirler.³⁴¹ Zira kanunda “*hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre*” yahut “*dostane çözüm yoluyla*” tahkimin icra edilebileceği açıkça ifade edilmiştir. Benzer şekilde uyuşmazlığa esas teşkil eden hukuk sisteminin belirlenebileceğinin tarafların yetkisinde olduğu hususu doktrinde de farklı yazarlar tarafından ifade edilmiştir.³⁴² Bu cümleden olarak tarafların mutabakatıyla dostane şekilde, kendilerine en hakkaniyetli çözümleri sunabileceğini düşündükleri İslam hukukunun tahkimde uygulanmasını talep etmeleri halinde kanunen bunun önünde herhangi bir mâni olmadığı görülmektedir.³⁴³

³⁴¹ Balcı, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, 218-219; Baki Kuru vd., *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 830; Ensari Yücel, “İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü”, *İslam Ekonomisi ve Finans Dergisi=Journal of Islamic Economics and Finance* 3/2 (2017), 156; Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, 1083; Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 30.

³⁴² Hukukçu Prof. Dr. Nuray Ekşi bu meyanda şu ifadeleri kullanır: “Tarafların serbestçe belirleyebilecekleri hususlardan bir diğeri de uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktur. HMK’ya tabi bir tahkimde de taraflar, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçebilirler. Üstelik tahkime konu olan uyuşmazlık haksız fiilden veya sebepsiz iktisaptan doğsa dahi taraflar, hakemlerce uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyebilirler. O halde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi esası sadece tahkime konu uyuşmazlığın sözleşmeden doğması haliyle sınırlı değildir. Taraflar HMK’ya tabi bir tahkimde uygulanacak hukuku seçmişlerse, hakemler bu hukuku uygulamak zorundadır. Diğeri bir ifadeyle, asıl sözleşmede veya tahkim şartında uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk taraflarca belirlenmişse, hakemlerin bu seçimin dışına çıkarak başka bir hukuku uygulamaları mümkün değildir.” Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*, 167.

³⁴³ Nitekim “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir mi?” ve “Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle Hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün Mü?” isimli makalelerinde bu hususu genişçe ele alan ve doktrindeki genel kanaate göre tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçebileceklerini ve hakemlerin de buna bağlı kalmak zorunda olduklarını ifade

Tahkimde tarafların uyuşmazlığa esas hukuku seçme serbestisi ile ilgili doktrinde yer alan görüşlerle paralellik arz eden Yargıtay kararı da bulunmaktadır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 20.10.2014 tarih, 2014/2325 Esas ve 2014/5858 sayılı ilamı şöyledir:

*“Bu durumda tahkim şartını da ihtiva eden yanlar arasındaki sözleşme maddi hukuk işlemi olduğu, taraflar uyuşmazlığın hakemde ve açıkça geçerli kanunlar (tüm hukuk kuralları, hukuk usulleri, yasa hükümleri ve Yargıtay emsal kararları) denilmek suretiyle, sözleşmenin yapıldığı tarihte o kanun yürürlükte ve geçerli olduğundan HUMK'ya göre çözümünü kabul ettikleri ve bu sözleşme halen geçerli ve taraflar için bağlayıcı bulunduğundan sözleşme tarihindeki maddi ve usul hukuku kurallarının uygulanması gerekir.”*³⁴⁴

Uyuşmazlığın çözümüne esas olan maddi hukuk sisteminin açıkça kanunda belirtilmemesi, yürürlükte olan mevcut pozitif hukuku adres gösterir, başka herhangi bir hukuk sistemine alan açtığı anlamını taşımaz şeklinde bir itiraz gündeme getirilebilir. Ancak bu yorum, tahkimin temel mantığı ve özü ile çelişmektedir. Zira tahkim mevcut yargılamanın yanı sıra taraflara kendi anlaşmazlıklarının çözümü sadedinde irade serbestisi tanıyan ve bu iradeleri öne çıkaran bir kurumdur.³⁴⁵ Zaten mevcut maddi hukuk kuralları ile anlaşmazlığını gidermek isteyen taraflar tahkime müracaat etme ihtiyacı duymayabilirler. Bu sebeplerle tarafların anlaşmazlığın

eden hukukçu Dr. Öğr. Üyesi İbrahim Ülker, “Türk hukukunda tahkim vasıtasıyla uyuşmazlıkların çözümünde İslam hukuku kurallarının uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır.” sonucuna ulaşmış, ayrıca “Netice itibarıyla, Türkiye’de şu anki hukuki düzenlemelere göre, kişiler, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesinde hem usul hem esas açısından İslam hukukunun kullanılmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda hakemler bu tahkim şartını gözetmek zorundadırlar. İnceleme sonucunda İslam hukuku hükümlerine göre verilen karar günümüz Türk hukukuna da uygun olacak ve İcra İflas hukukuna göre infaz edilecektir.” diyerek bu uygulamanın icra edilmesinin de mümkün olduğunu belirtmiştir. İbrahim Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, 1083, 1105.

³⁴⁴ Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, 1094.

³⁴⁵ Bu anlayışın bir tezahürü olarak HMK taraflara uyuşmazlıkta esas alınacak hukuk kurallarında maddi hukuk kurallarına bağlı kalmayı zorunlu kılmadığı gibi **“Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu kısmın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler.”** (424. md.) diyerek ilgili kayıtlarla beraber yargılama usulünü de tarafların iradelerine bırakmıştır. Kanun koyucunun bu ifadeleri tahkim kurumunda taraf iradelerinin asıl kabul edilmesi ve bu kabule uygun düzenlemeler yapılma gayesini pekiştirmektedir.

bertaraf edilmesine esas teşkil eden hukuk kodunu seçme hakları olduğu hususunda görüş birliği bulunduğu ifade edilmektedir.³⁴⁶

Tahkim taraflarının uyuşmazlığa esas hukuku sözleşmede açıkça belirttiği durumlarda, karşılıklı rızanın tetabuk ettiği bu hukuk uygulanacaktır. Ancak sözleşmede açıkça böyle bir hukuk tayini/tercihi yapılmamışsa bu durumda nasıl bir uygulama takip edilmelidir?

Aralarındaki anlaşmazlığın çözümüne esas olacak hukuk kodunu kendileri belirlemeksizin hakeme başvuran kimselerin tahkim yargılamasında hangi hukuk kodunun seçileceği hususuna hakemler karar verecektir. Bu hukuk kodu Türk hukuku olabileceği gibi Türk hukukundan başka diledikleri bir hukuk kodunu da esas olarak belirleyebilirler.³⁴⁷

Bu husus Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Örneğin Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 28.03.2023 tarih, 2023/989 Esas ve 2023/1241 Karar sayılı ilâmı şu şekildedir:

*“...Yine davacının esasa yönelik fiyat farkına ilişkin itirazları incelendiğinde, taraflar arasındaki sözleşme gereğince oluşturulan üç kişilik hakem heyeti, incelemeleri sonucunda bir karara varmıştır. Hakem heyeti, süreci yürütürken bilirkişiden rapor alıp almamakta takdir hakkına sahip olduğu gibi, **uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ve tahlili de hakem heyetine aittir.** Hakem heyeti kararının esastan incelenmesi gibi hususlar hakem heyeti kararının iptali istemli davada tartışma konusu yapılması mümkün değildir.”³⁴⁸*

İlgili hukuk kurallarının tespitini tarafların yapması asıl olmakla birlikte tarafların tespit etmediği durumlarda bu işin hakemler uhdesine bırakılması tahkimin

³⁴⁶ Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, 1093.

³⁴⁷ Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*, 167.

³⁴⁸ Yargıtay’a intikal eden dosyalarda kimi zaman ilk derece mahkemesi kararında yer alan **“...uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ve tahlilinin de hakem heyetine ait olduğu...”** ifadesi onanmış, kimi zaman ise bizzat Yargıtay kararında aynı/benzer ifadeler yer verilmiştir. Görüldüğü üzere hukuk kurallarının tespitinde hakemlerin belirleyici olması hususunda ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay kararları arasında bir uyum bulunmaktadır. İlgili kararlara örnek olarak bk. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 29.11.2022 tarih, 2022/4469 Esas ve 2022/9039 Karar; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 17.01.2023 tarih, 2023/4980 Esas ve 2023/57 Karar; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 08.05.2023 tarih, 2021/8412 Esas ve 2023/2807 Karar; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 26.09.2023 tarih, 2023/2653 Esas ve 2023/2952 Karar.

doğası/mantığıyla örtüşmektedir. Zira taraflar zaten bilgi ve becerilerine güvendikleri hakemlerin yargılamalarına karşılıklı razı olmuşlardır. Kendileri hakkında ulaşılabilecek en uygun çözümü en ideal yollar ile maddi hukuk kurallarına bağlı kalmaksızın dilediği bir hukuk sistemine göre çözümleyebileceğine inandıkları hakeme müracaat etmeleri, bunun en açık göstergelerindendir.

Milli/iç tahkimde ortaya çıkan tarafların hukuk kurallarını belirleyebilme hakları Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)'da daha açık ifadelerle kendisini göstermektedir:

“Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler...”(8-A md.). Ayrıca 12/C maddesinde *“Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir.”* denilmektedir.

Peki, acaba tahkim uygulamalarında Türk hukuku haricinde başka bir hukuk ile anlaşmazlığının giderildiği vaki midir? Bir başka deyişle teoride mümkün olan pratikte hayat bulmuş mudur?

Hukuk sistemimizde tahkim uyuşmazlıklarının konu edilebileceği adli yargı mahkemelerinin kararlarına karşı müracaat edilebilecek olağan kanun yolları iki dereceli olup istinaf incelemeleri Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından, temyiz incelemeleri ise Yargıtay tarafından gerçekleştirilmektedir. Yargıtay Başkanlığın anonimleştirerek erişime sunduğu kararlara ulaşım mümkün olduğu halde ilk derece ve Bölge Adliye Mahkemeleri kararlarına yalnızca tarafların ulaşımı mümkündür.

Yargıtay'ın karar arşivinden yapılan taramada; yukarıda özetlenen tahkimde tarafların aralarında uygulanacak hukukun serbest şekilde belirlenebilmesine yönelik herhangi bir uyuşmazlığa ilişkin karara rastlanmamış olup genele şamil olmaması nedeniyle ilk derece yahut istinaf mahkemelerince verilen bir karar olup olmadığı hususu bilinmemektedir. Bu yönüyle; tahkimde tarafların iradeleri doğrultusunda Türk hukukundan başka bir hukukun anlaşmazlığa esas olarak belirlenip belirlenmediği

tespit edilememiş olup, konunun yargıya yansıyan boyutu bakımından araştırılmaya muhtaç olduğu anlaşılmaktadır.

Ülkemizde ve yurtdışındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesi için tahkim ve arabuluculuk hizmeti veren, bağımsız, tarafsız ve özerk bir kurum olan İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), internet sitesi üzerinden tahkim başvurularını kabul etmektedir. Burada örnek bir tahkim şartı da sunulmaktadır. Burada taraflara sorulan sorulardan birisi “Uygulanacak Hukukun Türk Hukuku Olmasını İstiyor musunuz?” sorusudur. Bu soruda olumsuz seçenek işaretlendiğinde alternatif olarak İsviçre, Fransa, Almanya, Rusya, Katar, İngiltere, İtalya gibi bazı devletlerin hukuk sistemleri sunulmaktadır. Sunulan bu seçeneklerden birisi işaretlenebildiği gibi, tarafların talep ettikleri başkaca bir hukuk sistemi de yazılabilmektedir.³⁴⁹

Burada aydınlatılması gereken bir başka nokta ise tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümüne esas teşkil edecek hukukun yürürlükte olup olmaması meselesidir. Kanundaki ifadelerden hâlihazırda herhangi bir yerde yürürlükte olan kanunlardan birisinin taraflarca karşılıklı rıza ile seçilebileceği, yürürlükte olmayan hukukların bu çerçevede değerlendirilmeyeceği, binaenaleyh, İslam hukukunun tarafların uyuşmazlıklarına esas kabul edilemeyeceği ifade edilebilir.

Böyle bir değerlendirme de isabetli olmayacaktır. Zira kanunda değil yürürlükte olup olmamak, bir kanuna bile işaret edilmemiştir. “Adalet ve nasafet kuralları” ifadesi yürürlükte olsun olmasın bünyesinde bu vasıfları taşıyan tüm hukuk sistemleriyle herhangi bir hukuk sistemine bağlı kalmaksızın yapılan serbest hakemlikleri kapsayıcı nitelikte genel bir ifadedir. Ayrıca kanun koyucu tarafından bu mutlak ifade herhangi bir kayıt ile daraltılmamıştır. Hal böyle olunca, yukarıdaki yorum delilsiz bir çıkarım olarak kalacak ve böyle bir çıkarımı yapmak kanunun söylemediği bir şeyi ona söyletmek olacaktır. Bu durumda İslam hukuku hükümlerince tahkime müracaatın önünde bu yönden de bir engel bulunmamaktadır.

Pozitif hukukun tahkim uygulaması aracılığıyla kişilerin inançlarına uyumlu bir sulh olma imkânı sunması, farklı inanç ve değer dizgesine sahip olan bireylerin

³⁴⁹ İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC), “Örnek Tahkim Şartı” (Erişim 25 Kasım 2023).

uyuşmazlıklarını, yine kendilerinin benimsemiş oldukları değerler doğrultusunda çözümlenmelerine imkân tanınması açısından toplumsal uzlaşma adına önemli bir kazanımdır.³⁵⁰

İhtilafın çözümünün mahkemelerde maddi hukuk kuralları ile inançlarına uygun olacak biçimde çözüme kavuşturulamayacağını düşünen taraflar, tahkime başvurarak kendi inanç ve hassasiyetlerine uygun bir çözüme kavuşmayı talep edebilirler. Bu talebe ve karşılıklı rızaya binaen hakemler de kararlarını bu doğrultuda vereceklerdir. Kanaatimizce tarafların inanç ve vicdanını göz önünde bulundurarak anlaşmazlıklarının gönüllülük esası eşliğinde halledilmesini tesis eden, bu yolda talep halinde İslam hukukunu tahkime esas kılan bu husus, tahkimin en köklü faydası, en müspet tarafıdır. Diğer alternatif çözüm yollarına kıyasla tahkimin daha avantajlı mülhaza edilen ayrıcalığı da bu özelliğidir.

Başkaca bazı devletlerde de tahkim uygulamalarında esas olacak hukuk sistemini, tarafların tespit etmesi mümkündür.³⁵¹ Sözgelimi İngiltere’de Müslümanların kendi benimsedikleri inancın hukukunu esas alarak tahkime gitmelerinin önü açıktır. Kanada’da benzer tahkim kuruluşları mevcuttur.³⁵² Başta çok hukukluluk olmak üzere arabuluculuk/tahkim gibi uygulamalarda mer’i hukuktan başka hukuk kodlarının esas alınmasını laiklik ilkesine aykırı gören bazı değerlendirmeler mevcuttur. Ancak bizzat Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından düzenlenen tahkim uygulaması, bu ilkeye aykırı kabul edilmemelidir.³⁵³

Bir konuda herhangi bir yargının dine uygun olması her zaman o yargının dinî niteliği haiz olmasının zorunlu sonucu değildir. Bir başka deyişle dine uygunluk

³⁵⁰ Yücel, “İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü”, 158.

³⁵¹ Örneğin Birleşik Krallık’taki tahkim uygulamaları için bk. Enes Ekşi, “Birleşik Krallık’taki İslamî Tahkim Uygulamaları”, *I. İslam Hukuku Lisansüstü Öğrenci Sempozyumu Özet Bildiri Kitapçığı*, ed. Muhammed Fatih Ünlü (Konya: NEÜ Press, 2023), 37-39.

³⁵² Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, 465; Çiğdem, “Çok Hukukluluk ve Aracılık/Tahkim Bağlamında Osmanlı ve Türk Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması”, 249.

³⁵³ Tahkimin laiklik ilkesiyle çelişmediği, bu iddianın isabetsiz olmasının gerekçeleri için bk: Çiğdem, “Çok Hukukluluk ve Aracılık/Tahkim Bağlamında Osmanlı ve Türk Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması”, 249-254.

yalnızca dinî kaynaklı olmakla temin edilmez. Bu meyanda sosyolog Prof. Dr. Erol Güngör'ün (ö. 1983) şu tespiti oldukça önemlidir:

*“İslam hukukunun meseleleri ile ilgili tartışmaları Türkiye'deki laiklik esasına aykırı bulanlar da vardır. Bizim bir sosyal ilimci olarak işin siyasi tarafıyla ilgimiz bulunmamakla birlikte, bu noktada laiklik prensibiyle çatışan herhangi bir husus görmüyoruz. Meseleyi fazla uzatmamak için şu kadarını söyleyelim ki, dine uygun hukuk ile dinî hukuk birbirinden ayrı şeylerdir. Bir hukukçunun şu veya bu meselede İslam hukukunun hükümlerine itibar edilmesini istemesi, devletin temel nizamlarını din esasına oturtmak manasına gelmez.”*³⁵⁴

Ayrıca din, hukuka engel olan değil, hukukun işlevselliğini etkin hale getiren bir özelliğe sahiptir. Eğimli bir yolda, vitesi boşa alınmış bir otomobilin tekerleri önüne koyulan takoz ile engelleyici müeyyideyi, yani hukuku; otomobilin içeriden frenlenmesini ise din ve vicdan ile sembolize edersek içeriden frenlenen bir otomobilin dış etkiler bulursa bile yerinden savrulmayacağını söylemek mümkündür. Otomobilin içten frenlenmesi, tekerlerinin önüne takoz konulmasına mâni olmayıp onun işlevine ilkten katkı sunar.³⁵⁵

Toplumda huzurun tesis edilmesinin ilk ve zorunlu adımı, insanların adalete güvenmeleridir. Adalet arayışındaki insanların hukuki kararları içtenlikle kabul etmesi, hak ve adaletin yerli yerince temin edildiğine olan inançları bir toplumda sağlanması gereken en temel hukuki ödevlerdendir.³⁵⁶ Bu güvenin tesis edilmesinde hukuka başvuran insanların yargılamalarına esas olan hukukun hakkaniyetine inanmaları, inançlarıyla uyum göstermesi, vicdanlarının kabullenmesi oldukça önemlidir.

³⁵⁴ Erol Güngör, *İslam'ın Bugünkü Meseleleri* (İstanbul: Ötüken, 2000), 95. Konuyla ilgili daha başka argümanlar için ayrıca bk. İbrahim Yılmaz, “İslam Aile Hukukunda Boşanmaları Önleyici Bir Tedbir Olarak Tahkim Müessesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması”, *Turkish Studies = Türkoloji Araştırmaları: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic* 12/10 (2017), 352-353; Yücel, “İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü”, 156.

³⁵⁵ Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş* (İstanbul: Hikmetevi, 2016), 45.

³⁵⁶ Çiğdem, “Çok Hukukluluk ve Aracılık/Tahkim Bağlamında Osmanlı ve Türk Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması”, 240.

Geçmiş dönemlerde tahkimle ilgili bazı çekimsellik ve kaygılar yaşanmış ancak bunlar uygulamaya engel teşkil etmemiş, tahkimle ilgili terimlerin değiştirilmesi ile iktifa edilmiştir. Tanzimat sonrası Osmanlı hukukunda icra edilen kanunlaştırma faaliyetleri kapsamında Fransız Ticaret Kanunu'nun ilgili kısımlarının tadil ve iktibas ile hazırlanan 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret ile bir tahkim usulü kabul edilmiştir. Şer'î bir kelime olan “*hakem*” terimi kullanılmak istenmediği ve modern hukuka ait başka bir terim de bulunmadığı için hakemlere “*mümeyyiz*” ismi verilmiştir. (40. madde: *Şirket maslahatından dolayı beyneşşürekâ vaki olan her türlü muaraza, mümeyyizler marifeti ile rüyet ve faslolunur*). Ayrıca 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunu'nda da hakem aynı terimle ifade edilmiştir.³⁵⁷

Tahkim uygulamalarında başka bir hukukun icra edilmesine gösterilen refleks tepkilerden birisi de genel yargının meşruiyetine hanel gelmesi, hukuka paralellik/alternatif olma iddiaları ve tahkim yargılamalarının mahkemelere rakip telakki edilmesidir. Nitekim bazı araştırmacılar, tahkimin istisnaî bir yargı yolu olarak telakki edildiği, buna bağılı olarak tahkim kurumuna “*üvey evlat muamelesi*” yapıldığı kanaatinde dir.³⁵⁸ Tahkim aleyhine gösterilen bu tepki, yargılama işinin devlet uhdesinde bulunup genel yargının salahiyyetinde olduğu hakikatinden hareket etmektedir. Ancak burada göz ardı edilen husus, kapsam alanındaki uyuşmazlıklar bakımından yargılama fonksiyonunun tahkime devredilmesi yetkisinin mutlak olmadığıdır. Gerçekten taraflar her zaman için tahkimden vazgeçerek genel yargıda uyuşmazlığın çözümünü arayabilecekleri gibi hakem kararları da genel yargı denetimindedir. Dolayısıyla yetki aşımı ile değil kendisine verilen yetki ile meşruiyet/faaliyet alanı bulunan tahkimin, genel yargının meşruiyetine hanel getirdiği iddiaları isabetli değildir.

Tahkime karşı bu refleksin gelişmesindeki sebeplerden birinin de tahkimin hukuki niteliği konusunda kazai/karma görüşün benimsenmesi olduğunu ifade eden yazarlara göre tahkimin akdiliği görüşünün kabul edilmesi halinde bu refleks mesnetsiz kalacaktır.³⁵⁹

³⁵⁷ Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 50.

³⁵⁸ Balcı, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*, 238.

³⁵⁹ Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 33.

Esasen tahkim marifetiyle adalet ve nasafet kuralları çerçevesinde alınacak kararlar korunması gereken ideal hukuk düşüncesi ve toplumun genel yararı ile uyumlu olacaktır. Tarafların inanç ve hassasiyetleri gereği ve bizzat kendilerinin talepleri ile İslam hukukunun ilkeleri mucibince anlaşmazlığın bertaraf edilmesi, kimi zaman mevcut hukuktan farklı bir sonuca da varmayacaktır.

İslam hukukuna dayalı tahkim uygulamalarında dikkat edilmesi gereken hususlar, kanuna göre tahkim kapsamında olan uyuşmazlıklardan oluşması ve hakem kararlarında kamu düzenine aykırılık teşkil edecek unsurların bulunmaması gerekliliğidir.

Hakem kararlarına iptal davasının düzenlendiği HMK 439'da hakem kararlarına iptal davası açılabilmesi için gereken sebepler incelenmiştir. İptal sebepleri hakemlerin taraf iradelerine uyumlu hareket edip etmediklerinin mahkeme tarafından denetlenmesi için konulmuştur. Yani mezkûr sebepler hakem kararlarının muhtevasının denetlenmesi için değil, bilakis taraf iradelerinin ön plana çıkarılıp dış müdahaleleri minimize etmek için konulmuş, tahkimin özüne uygun sebeplerdir. Tarafların güvendikleri hakeme hukuk da güvenmiş, hakem kararının içeriğine müdahalede bulunmamıştır. Bu tutum HMK'nın 439. maddesinin gerekçesinde açıkça yer almaktadır.³⁶⁰

İptal sebeplerinden bazıları usul açısından uygunluğu incelemektedir. Bunlar bir tarafa bırakılırsa konumuzu ilgilendiren iki iptal sebebinden söz etmek yerinde olacaktır. İlkinde, eğer mevcut uyuşmazlık tahkim sözleşmesi yapılamayacak bir alanda cereyan ettiği anlaşılırsa bu durumda uyuşmazlığa bakılır. Uyuşmazlığın tamamı kapsam dışı ise hakem kararı iptal edilir. Ancak tahkim sözleşmesi kapsamında olan ve olmayan hususların birbirinden ayrıştırılmasının mümkün olması

³⁶⁰ Ülker, "Türkiye'de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?", 1096. Bu gerekçe şu şekildedir: "İkinci fıkrada, tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. Şu husus ifade edilmelidir ki, **hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir.** Tahkim, sözleşmesel bir kurumdur. Yukarıda belirtilen riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez. Ayrıca, tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usulü, taraf serbestisine bırakılmıştır. Uyuşmazlık konusunda, uzman kişilerin hakem seçilmesi suretiyle var olduğu düşünülen riskin de ortadan kaldırılması imkânı taraflara tanınmıştır." Ülker, "Türkiye'de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?", 1096.

durumunda kapsam içindekiler bırakılıp yalnızca diğer hususlar iptale konu olabilir. (HMK 439/3)

İkinci olarak kamu düzenine aykırılık da kanun koyucu tarafından hakem kararlarını bozma sebebi olarak gösterilmiştir. Bu sebebin tahakkuk edip etmediğini tespit ise kanunun yürütülmesi aşamasında mahkemelerin elindedir. İlgili Bölge Adalet Mahkemelerince bu sebep dar ve geniş olmak üzere iki tür yoruma tabi tutulabilecektir.

Kanaatimizce burada benimsenmesi gereken yöntem kamu düzenine aykırılık maddesinin dar yoruma tabi tutulması olmalıdır. Nitekim tahkim, kanun tarafından vatandaşlara verilen bir serbestiyet alanıdır. İlgili maddenin geniş yorumlanması, kanun koyucunun taraflara tanıdığı bu serbestiyetin önüne geçecek, tahkimin mantığı ile çelişecek, kimi keyfi yorumlamalar eliyle taraf iradelerine ket vurulmuş olacaktır. Bu bakımdan ilgili madde kamunun işleyişini gerçek manada zora sokacak hakem kararları haricinde kullanılmak suretiyle bazı ideolojik saiklerle genel yargının elinde tahkim aleyhine işletilen bir kılıç olmaktan uzak tutulmalıdır. Bu dar yorum metodunun uygulanması taraf iradelerine saygı ilkesine daha uygun bir tutum olacaktır.³⁶¹ Unutulmamalıdır ki İslam hukukuna dayalı tahkime başvuran taraflar kamu düzenini bozma değil, inançlarına göre bir hal çaresi arayışındadırlar. Şayet bu iyi niyet çerçevesinde güven ortamı hukukun yürütücüleri ve hukukun muhatapları arasında karşılıklı temin edilebilirse tahkimin işleyişi ve problemlili hakem kararlarının iptali konusunda ortak bir zemin hazırlanmış olacaktır.

Kamu düzeni, tek bir tanımı olmayan zaman içinde farklı tanımlanmış, zamana ve mekâna göre değişebilecek soyut bir kavramdır. Bu hususta elbette doktrininde birçok tanım ve tartışma bulunmaktadır. Ancak hem çalışma konumuzun merkezinden uzaklaşmamak hem de teorinin uygulamadaki yansımalarını görmek amacıyla, konunun anlaşılmasına yardımcı olabilecek açıklamalar içeren Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin

³⁶¹ Ülker, "Türkiye'de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?", 1095, 1098, 1099.

12.05.2014 tarihli 2014/2183 Esas ve 2014/3226 Karar sayılı ilamını alıntılanmakla yetiniyoruz.³⁶²

³⁶² “Toplumun çıkarlarını koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuk düzeninin bütünü **kamu düzeni olarak ifade edilebilir**. Kamu düzeni, bilimsel içtihatlarda genel olarak ‘Bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünüdür.’ şeklinde tanımlanmaktadır. (Süha Tanrıver, *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü*, Ankara- 1988.) **Kamu düzeninden**; korunma ve uygulamasında, toplumun büyük yararı bulunduğu kabul edilen özel hukuk kuralları **anlaşılmalı gerekir** (Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çev. Cevat Edege, Ankara, 1983, Yargıtay Yayını No: 15, sh. 258). Kamu düzeni, kamu menfaati düşüncesi ile konulmuş **özel hukuk düzenidir**. Aynı zamanda sözleşme serbestisinin sınırını tayin ederken, bu kavrama başvurulabilir (Becker H., *Borçlar Kanunu*, Çev. Bülent Olcay, Ankara, 1967, sh. 97). Kamu düzeninin yazılı metinler ve mahkeme içtihatları gibi başlıca iki kaynağı olmakla beraber, Schwarz`in da belirttiği üzere “**Kamu düzeni, takdiri bir kavramdır. Bunu kesin olarak sınırlamaya olanak yoktur**” (Schwarz, Andreas, B: *Borçlar Hukuku Dersleri*; Çev. Bülent Davran, İstanbul 1948, sh. 343). Gerçekten de ünlü Fransız Hukukçusu Niyabet`in de açıkladığı gibi kamu düzeni kavramı ifade edilebilmekten çok, duyulabilen, sezinlenebilen şeylerdir. İsviçre Federal Mahkemesi kamu düzeni kavramını; “Bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için bu kurala aykırılığın, ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden birisiyle çatışması, ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur. (Kaneti Selim, İsviçre Federal Mahkemesi'nin Borçlar Hukuku Kararları, Ankara, 1968, sh. 22)” şeklinde ifade etmiştir. Kamu düzeni kavramı yargısal içtihatlarla da konu olmuş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi 28.01.1964 gün ve 63/128 E., 64/8 K. sayılı kararında kamu düzeni deyiminin; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyişle toplumun her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.12.1990 gün ve 1990/3-527, 1990/627 sayılı kararında bir kuralın kamu düzeni ile ilgisinin ülkenin sosyal, ekonomik, ekinsel (kültürel) ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmesi gerektiği; sözü edilen gerçeklerin, kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ortaya koyması durumunda kuralın kamu düzeni ile ilgisinin mevcut olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.1973 gün ve 609/959 sayılı kararında ise “**kamu düzeni kavramı, benzer yönler olmakla beraber her ülkenin, o ülkenin kendisine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel bir anlam taşır**” hükmüne yer verilmiştir. Kamu düzeni, öğretide kamu yararı düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzeni olarak kabul edilmektedir. Kamu düzeni, toplum içinde yaşayan fertlerin kamu yararına olarak uymak zorunda oldukları kuralların bütün olup, bu kuralların borç ilişkisi bakımından özelliği, kişisel iradeleri sınırlandırmış bulunmasında gözükmemektedir (Esener Turhan, *Borçlar Hukuku*, 1, Ank. 1969, sh. 203). Bir başka deyişle; genellikle devletin yararına konulmuş bulunmaları nedeniyle bu kurallar tarafların iradelerine karşı korunmaktadır. Yukarıdaki görüşler birleştirilip incelendiğinde şu sonuca varılabilir: Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir. **Bilimsel içtihatlarda kamu düzeninin zamana ve mekâna göre değişiklik gösterdiği kabul edilmekte devletlerin vazgeçemeyeceği temel ilkelerde kamu düzenine ilişkin olarak değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır**. Özel hukukta kamu nitelikli kurallar genellikle aile, miras ve eşya hukukunda yer almakta ayrıca, Gümrük Kanunları, Vergiye İlişkin Mevzuat, Nesebe İlişkin Mevzuat vb. Türk Hukuku açısından kamu düzeninden sayıldığından devletin müdahalesine açık olarak değerlendirilmektedir. Tüm bu açıklamaları Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 10.02.2012 tarih ve 2010/1 Esas, 2012/1 Karar sayılı ilâmı ile birlikte değerlendirmek doğru olacaktır. Sözü edilen ilâmda belirtildiği üzere; yabancı mahkeme ya da hakem kararının tenfizine karar verilirken yabancı kararın Türkiye’de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir. Hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmemesi gerekecektir. Esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi

Bölge Adalet Mahkemeleri hakem kararlarını yalnızca HMK 439. maddede zikredilen hususlara uygunlukları bakımından incelemektedir. Bu hususlar haricinde kalan sebeplerden dolayı hakem kararları iptal edilemez. Öyle ki hakemin hukuku doğru uygulamaması bile –kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi durumunda- bir iptal sebebi değildir.³⁶³ Bu hususu açıkça ifade eden bir Yargıtay kararı da bulunmaktadır:

*“...Taraflar arasındaki sözleşmeyle aralarında çıkacak uyuşmazlıkların hakem heyeti kararıyla çözüleceği kararlaştırılmış, buna göre oluşturulan üç kişilik hakem heyeti incelemeleri sonucunda bir karara varmıştır. Hakem heyeti, süreci yürütürken bilirkişiden rapor alıp almamakta takdir hakkına sahip olduğu gibi, uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ve tahlili de hakem heyetine aittir. **Hakem heyeti kararının esası, yerinde olup olmadığı, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı gibi hususlar hakem heyeti kararının iptali istemli davada tartışma konusu yapılamayacak olup, mahkemece bu sebeplerle davanın reddi gerekirken hakem heyetinin takdirine ve kararının esasına yönelik değerlendirilmeler yapılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.**”³⁶⁴*

O halde denilebilir ki, Türk hukuk mevzuatına göre tahkimde İslam hukukundan istifade mümkündür. Ancak bu imkân pratik hayata yansıdığı zaman tam anlamıyla işlevsel hale gelecek, günlük hukukta kullanışlı bir yargılama alternatifi olarak vücut bulacak, aksi halde doktrinde bir teori olarak kalacaktır.

Bundan dolayı uyuşmazlık sahibi tarafların tahkim uygulamalarında yapacakları sözleşmelerde uyuşmazlığa esas hukukun İslam hukuku olduğunu belirtmeleri, bu yolu tecrübe etmeleri oldukça önemlidir. Bu tecrübenin sonucunda teoriye uyumlu olarak hakem kararının ilam niteliğini haiz bir belge hüviyetine sahip

reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas; yabancı ilâmın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı olmasından çok, Türk Hukuku'nun temel değerlerine, Türk genel ahlâk ve adap anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlâk ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır.”

³⁶³ Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 182.

³⁶⁴ Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, 1097. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 22.06.2016 tarih 2016/4931Esas, 2016/6886 Karar)

olması, pratik hukuk hayatında bir yenilik sayılacak ve yeni uygulamalara öncülük edecektir. Aksi yönde bir neticenin çıkması, bir diğer deyişle teorinin pratikte kimi engellerle karşılaşması durumunda ise bu engelleri tespit, hukukî analiz ve devamında gerekirse hukukî mücadelenin imkânını sağlayacaktır. Böylece teorinin pratik karşılığı da teste tabi tutulmuş olacaktır.³⁶⁵

Sonuç olarak tahkimde tarafların uyuşmazlığa esas hukuku serbestçe belirleyebileceği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Dolayısıyla Türk Hukuk Mevzuatına göre ülkemizde İslam hukuku kurallarına göre tahkim uygulamaları icra edilebilir.³⁶⁶

Bu bahsi Wael B. Hallaq'ın tahkimle aynı hukuk mantığına sahip olan arabuluculuk hakkında yaptığı şu tespit ile bitirelim:

*“Ayrıca, sanayi öncesi İslâm toplumlarında bariz bir şekilde görüldüğü üzere, her nerede arabuluculuk ile hukuk bir ihtilafın çözümünde bir araya gelmişlerse, ahlak ve sosyal etik de iç içe geçer. Buna mukabil, Batının hukuk kültüründe ve git gide artan oranda Batı harici modern devletlerde görüldüğü üzere, arabuluculuk ile hukukun bir arada bulunmadığı durumlarda, ahlak ve sosyal etik de birbirine yabancılaşırlar.”*³⁶⁷

³⁶⁵ Muhammed Fatih Ünlü, “Türk Hukuk Mevzuatına Göre Tahkimde İslam Hukukundan İstifadenin İmkânı”, *I. İslam Hukuku Lisansüstü Öğrenci Sempozyumu Özet Bildiri Kitapçığı*, ed. Muhammed Fatih Ünlü (Konya: NEÜ Press, 2023), 35.

³⁶⁶ Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, 1093.

³⁶⁷ Hallaq, *İslam Hukukuna Giriş*, 103. Arabuluculuk kitabın orijinalinde “mediation” kelimesiyle ifade edilmiştir. Wael B. Hallaq, *An Introduction to Islamic Law* (yy: Cambridge University Press, 2009), 56.

IV. Türk Aile Hukukunda Tahkimden İstifâdenin İmkânı

Türk hukukunda sözleşme serbestisinin asıllığı ilkesi uyarınca özel hukuk alanındaki uyuşmazlıklarda taraf iradeleri belirleyici rol oynamaktadır. Kanun koyucu, emredici düzenlemelere aykırı olmamak şartıyla somut olayın çözümü hususunda taraf irade ve rızalarına kıymet atfeder. Çalışmamızın bu bölümünde özel hukuk alanında yer alıp tahkim uygulamasına bizce en elverişli alanlardan olan aile hukuku ayrı başlık halinde incelenecektir.

Günümüz pozitif hukukunda boşanma davalarında tahkime müracaat hususundaki yaklaşım İslam hukukundan farklılık arz etmektedir. HMK’da tarafların iradesine tabi olmayan konularda tahkime gidilemeyeceği kararlaştırılmıştır. Boşanma ile ilgili konular da yalnızca tarafların iradelerine değil aynı zamanda kamu düzenine ilişkin değerlendirilmiş, kamu düzenini ilgilendiren konular ise ilkesel olarak tahkime elverişli görülmemiştir. Bu bakımdan ülkemiz pozitif hukukuna göre boşanma davalarında tahkime gidilememektedir. Boşanma davaları yalnızca genel yargının uhdesinde mahkeme eliyle yürütülmektedir.³⁶⁸ Hukukun bu yaklaşımının biraz daha yakından incelenmesi ve hukuk felsefesi bakımından mercek altına alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Mahkeme dışı boşanma kurumu ve Türk hukukunun bu kuruma yaklaşımı doktrinde incelenmiş, boşanma davalarının yalnızca mahkemelerde görülmesi gerektiği görüşünün tahlili yapılmış, mahkeme dışı boşanmaların vaki olup olamayacağı araştırılmıştır. Mahkeme dışı boşanma kurumundan, tarafların mahkemeye müracaat etmeksizin, boşanma ve sonrası için anlaşmalı olarak mahkeme dışında yetkili bir makam huzurunda evlilik bağlarının nihayete erdirmeleri kastedilmektedir.³⁶⁹ Tahkim de mahkeme dışı bir kurum olduğundan bu araştırmaların konumuza katkı sunacağı düşünülmektedir.

³⁶⁸ Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, 1088; Merve Ürem Çetinel - Biset Sena Güneş, “Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 1 (2020), 326.

³⁶⁹ Çetinel - Güneş, “Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu”, 313.

Belarus, Brezilya, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Gürcistan, İspanya, İtalya, Japonya, Kazakistan, Moldova, Norveç, Özbekistan, Romanya, Rusya gibi kimi devletlerde hukuk sistemlerinde boşanma davalarının mahkemeler eliyle yürütülmesinin yanı sıra mahkeme dışı kurumlar vasıtasıyla da icra edilebilmektedir. Uygulamada her devletin kendine mahsus farklılıkları bulunsa da temel mantığı itibarıyla tarafların karşılıklı rızaları doğrultusunda belediye başkanı, noter vb. eliyle de boşanma davaları sonuçlanmaktadır. Bu uygulama son zamanlarda giderek artış göstermektedir.³⁷⁰

Sayılan bu ülkelerden Norveç'te boşanma iradesinde olan tarafların öncelikle arabuluculuk usulüne başvurmaları kanunen zorunludur. Taraflar arabulucuya gittiklerine dair bir belge ibraz etmeden boşanma sürecinin işletilmesi mümkün değildir. Bu uygulamanın amacı evlilik birliğinin sona ermesinden sonra çocukla ilgili gündeme gelecek hususlarda taraflar arasında dostane bir çözüm yolunun ortak akıl ile bulunma gayretidir.³⁷¹

Mahkeme dışı boşanmalar doktrinde hem müspet hem de menfi yaklaşımlarla ele alınmıştır. Müspet yönleri olarak boşanma kararının taraflarca dostane şekilde verilmesi, aile mahkemelerinin iş yükünün hafiflemesi, tarafların mahkeme yolundaki maddi külfetlerden ve avukatlık vekâlet ücretlerinden kurtarılması ve boşanma sürecinin serileşmesi gibi hususlar dile getirilmiştir. Genelde tarafların özelde ise çocukların korunması düşüncesi, taraflar anlaşmış olsa bile üçüncü bir göz/objektif resmi bir kurum tarafından kararın gözden geçirilmesi ihtiyacı, tarafların mahkeme prosedürlerine tabi olmadıklarında aceleci yaklaşımlarla kendi ve çocuklarının ihtiyaçlarını gözetmeksizin karara varabilecekleri endişeleri, eşlerden birinin diğeri üzerindeki baskısı nedeniyle haksız/orantısız tablolarla karşılaşılma endişesi ve nihayet boşanma işinin kamu düzenini ilgilendirmesi ise mahkeme dışı boşanmaya menfi bakan yazarların öne çıkan iddialarıdır.³⁷²

³⁷⁰ Çetinel - Güneş, "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu", 314, 317. Bu ülkelerdeki uygulamalar, ilgili makalenin 318-326. sayfalarında detaylı ele alınmıştır.

³⁷¹ Çetinel - Güneş, "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu", 318, 319.

³⁷² Çetinel - Güneş, "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu", 314, 315, 333.

Mahkeme dışı boşanma hakkında dillendirilen eleştiriler ayrıntılı değerlendirmeye tabi tutulabilir. Bu iddiaların tek tek ele alınması konunun aydınlatılması bakımından daha isabetli olacaktır.

Ayrıca aile hukukunda tahkimin uygulanması mutlaka ve yalnızca mahkeme dışı boşanma yoluyla değil, mahkemenin süreci bizzat yönetmesi ve tahkime yönlendirmesiyle de mümkün olabilir. Nitekim Katar, Malezya, Fas, Pakistan, Suudi Arabistan gibi bazı ülkeler aile hukukunda tahkimi elverişli görmekte ve tahkimi aile birliğinin korunması yolunda mahkemenin işlettiği bir mekanizma olarak kullanmaktadır.³⁷³ Uygulamada kimi farklılıkları olan bu ülkeler, tahkimin aile hukukunda uygulanma imkânı ve icrası esnasında olumlu-olumsuz yönlerinin tespitine canlı ve güncel bir örnektir.

Boşanmanın mahkeme dışı yollarla icra edilmesine menfi bakanların endişeleri maddeler halinde ele alalım:

1. Taraflar anlaşmış olsa bile üçüncü bir göz/objektif resmi bir kurum tarafından kararın gözden geçirilmesi ihtiyacı ve tarafların aceleci yaklaşımlarla kendi ve çocuklarının ihtiyaçlarını gözetmeksizin karara varabilecekleri endişeleri:

Türk pozitif hukukunda üç temel boşanma talebinde bulunma gerekçesi olup bunlardan birisi anlaşmalı boşanmadır. Anlaşmalı boşanma eşlerin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi veya davanın ikisi tarafından açılması durumudur. Daha önceleri anlaşmalı boşanma kanunen mümkün değilken 1988 yılından itibaren kabul edilmiştir. Öncesinde kabul edilmemesi, anlaşmalı boşanmaya yöneltilen tenkitler mahkeme dışı boşanmaya yöneltilen tenkitlerle benzerlik göstermektedir. Boşanmanın kamu düzenine ilişkin olması, boşanma konusunda çeşitli saiklerle kadının üzerinde kurulabilecek baskılar nedeniyle anlaşmalı boşanmaya karşı çıkmıştır. Neticede değişen dünya düzeni, kadının sosyal hayat ve evlilik kurumunda değişen yeri ve ihtiyaçlar göz önüne alınarak anlaşmalı boşanma kanunda kabul edilmiştir.³⁷⁴

³⁷³ Mezkûr ülkelerdeki yasal düzenleme ve tahkim usulüyle irtibatı, uygulama farklılıkları ve mukayesesi hakkında geniş bilgi için bk. Zeynep Erden, *Günümüz İslâm Aile Hukuku Kanunlarında Tahkim Müessesesi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2019), 44-87.

³⁷⁴ Çetinel - Güneş, "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu", 327, 328.

Taraflar boşanma konusunda anlaşmaları durumunda hâkimin yegâne rolü tarafların bu iradeyi özgürce aldıklarını kendilerinden dinleyerek tespit etmektir. Hâkimin anlaşmalı boşanmalarda evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığını tespit etme yükümlülüğü bulunmadığı gibi somut olaylar evlilik birliğinin tam olarak sarsılmadığını ortaya koysa bile hâkim boşanmaya karar vermek zorundadır.³⁷⁵ Bu ise, yukarıda zikredilen, tarafların aldıkları boşanma kararının mahkeme tarafından gözden geçirilmesi maslahatının, anlaşmalı boşanmanın kabul edilmesi ve yürütülmesi ile ortadan kalktığını göstermektedir. Zira hakemin yargılaması, taraflarca alınan kararın isabetli olup olmadığını tespit etmesini değil, taraf iradelerinin özgürce alınıp alınmadığının tespitinden ibaret kalmaktadır.

Tam da bu noktada tarafların mahkemelere değil hakemlere yönlendirildiği zaman yukarıdaki maslahatın bütünüyle gerçekleşeceği kanaati bizce daha isabetlidir. Evlilik birliğinin devamı için gayret göstermek bir tarafa sona ermesi için vekâlet ücreti mukabili hukuki danışmanlık sunan avukatlar elinde mütedavil olan klişeleşmiş boşanma dilekçelerine tarafların atacağı imza ve akabinde mahkemede salt prosedürün işletilmesiyle icra edilecek bir boşanmada taraf iradelerinin doğruluğunun test edilebileceği bir imkân sağlanamayacaktır. Bunun yerine her bir tarafı yakından tanıyan, somut anlaşmazlığı daha iyi bilen yakınların hakem vasfı ile boşanma talebini incelemesi, hakemlerin taraflar üzerindeki saygınlık ve nüfuzlarının işlevsel hale getirilmesi ve tahkimin evvelce işaret ettiğimiz diğer yararları, evlilik birliğini sonlandırma kararının iyice gözden geçirilmesi maslahatını gerçekleştirmeye daha elverişlidir.

Ülkemizde anlaşmalı boşanmaya gösterilen teveccüh de göz ardı edilmemelidir. 2016'ya ait istatistik verisine göre Türkiye'de açılan 212.000'den fazla boşanma davasının 94.000'den fazlası anlaşmalı boşanma olarak açılmıştır.³⁷⁶ Bu veriye göre anlaşmalı boşanmanın tüm boşanmalara oranı %44'ün üzerindedir. Bu oranın 2016 yılından beri artmış olması da muhtemeldir. Tüm bunlar halkta beliren bir ihtiyacın göstergesidir.

³⁷⁵ Çetinel - Güneş, "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu", 329. 330.

³⁷⁶ Çetinel - Güneş, "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu", 332.

Ezcümle, yukarıda mahkeme dışı boşanmanın doğurabileceği mahzurlar cümlesinden sayılan bu endişe, kanaatimizce günümüzde genel yargı tarafından icra edilen boşanma davalarında zaten mevcut olup bu olumsuzluğun bertaraf edilmesi boşanma davalarının tahkime elverişli kılınması ile mümkün olabilecektir. Tahkimin uygulamaya geçirilmesiyle söz konusu maslahatların tahakkuk etmesi, böylelikle hızla artan boşanma sayılarının³⁷⁷ gerilemesi mümkün olabilir.

2. Mahkeme denetiminden geçmeyen boşanmalarda eşlerden birinin diğeri üzerindeki baskısı nedeniyle haksız/orantısız tablolarla karşılaşılma endişesi:

Bu endişenin aynısı günümüzde aktif olarak uygulanan anlaşmalı boşanmalarda da geçerli olacaktır. Endişe duyulan husus tarafların iradelerini etkileyecek baskı unsuru ise bu istenmeyen sorun yalnızca taraflar arasında meydana gelebilecek surette olmayıp benzer şekilde mahkeme sürecinin uzaması ve bu uzayan sürecin taraflar arasındaki husumeti artırması sebebiyle gerek fiziksel gerek duygusal şekilde de zuhur edebilecektir. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yayımlamış olduğu istatistik çalışmalarında hukuk mahkemelerinde boşanma dava türüne dair bir dosyanın ortalama görülme süresi 2015 yılında 155, 2016 yılında 170, 2017 yılında 181, 2018 yılında 174, 2019 yılında 174, 2020 yılında 198, 2021 yılında 175 ve 2022 yılında 168 gün olarak tespit edilmiştir.³⁷⁸ Üstelik anlaşmalı boşanmalarda dava açılabilmesi için en az bir yıl geçme şartı da bulunmaktadır. (TMK md.166) Bu süreler evlilik birlikteliğinin devamına karar vermek yahut güzellikle ayrılmak³⁷⁹ için çok uzun süreler olup başta tarafların birbirlerine yönelik baskıları olmak üzere birçok olumsuzluğa zemin hazırlamaktadır.

Kaldı ki tahkim uygulamasında taraflardan her ikisinin de yakınlarından/ailelerinden seçilecek hakemler vasıtasıyla bu boşanma davasının yürütülmesi bu endişeyi minimize edecektir. Zira taraflar anlaşma konusunda tek

³⁷⁷ 2022 yılında boşanma davalarına ilişkin detaylı bir istatistik verisi için bk. Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK), “Evlenme ve Boşanma İstatistikleri, 2022” (Erişim 01 Kasım 2023).

³⁷⁸ *Adalet İstatistikleri 2022*, 31. Dijital erişim için bk. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, “Adalet İstatistikleri Yayın Arşivi” (Erişim 01 Kasım 2023).

³⁷⁹ Evlilik birliğinin devam ettirilmesi yahut iyilikle ayrılmanın gerektiğini ifade eden emr-i ilahi için bk. Bakara 229.

başlarına karar vermeyecekler, her ikisinin de haklarını savunacak ailelerinden hakemlerin gözetiminde bu işlem gerçekleştirilecektir.

3. Genelde tarafların özelde ise çocukların korunması düşüncesi:

Bu düşünce de kanaatimize göre en iyi tahkim yolu ile sağlanabilir. Tarafların iş yükü, zaman kısıtlılığı olan mahkemelerde durumlarını olanca açıklık ve taferruatıyla hâkime sunmaları genelde mümkün olmaz. Oysa tek işi bu evlilik birlikteliğinin akıbeti olan ve zaten tarafları yakinen tanıyan hakemlerin yürüteceği bir boşanma süreci böyle olmayacaktır. Bu durumda taraflar ve çocukların korunması tahkim aracılığı ile daha kolay, daha ideal ve pratik temin edilebilecektir.

Mahkeme sürecinin uzaması mevcut çocukların olumsuz etkilenmesinin yanı sıra kanunen evlilik dışı çocukların meydana gelmesine de sebep olabilecektir. Nitekim 1940'lı yıllarda evlilik dışı çocukların sayısının artması, ülke için büyük bir sorun haline almıştır. Adalet Bakanlığı tarafından 1942 yılında valilikler ve savcılık nezdinde yapılan ankette bu sorunun nedenleri ve çözüm yolları sorulmuştur. Cevaplar arasında, boşanmanın ülkemizde zorluğu, bu nedenle boşanmanın kolaylaştırılması teklifi de vardır. Bu anket üzerine Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğü'nün mütalaasında, boşanma hukukunda bazı kolaylıkların yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca bu dönemde rızaî boşanmanın kabulü için Adalet Bakanlığınca vekiller heyetine teklif sunulmuş; fakat sonradan bu teklif geri alınmıştır.³⁸⁰

Boşanmanın tahkim aracılığıyla icra edilmesi durumunda uzun zaman dilimleri geçmeyecek, çocuk haklarının korunması hususunda daha ideal bir ortam temin edecektir.

4. Boşanma işinin kamu düzenini ilgilendirmesi:

Kamu düzeni, tek bir tanımı olmayan zaman içinde farklı tanımlanmış, zamana ve mekâna göre değişebilecek soyut bir kavramdır. Bir önceki genel başlık altında

³⁸⁰ Kemal Tahir Gürsoy, "Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler", *Ankara Hukuk Fakültesi (Ellinci Yıl Armağanı 1925-175)* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977), 2/35'ten naklen Mustafa Bülent Dadaş, "Hudûdü Salahiyeti'l-Kâdî fi't-Tefriki Beyne'z-Zevceyn/İslâm Boşanma Hukukunda Hâkimin Yetki Sınırları", *Diyanet İlmî Dergi* 59/2 (2023), 664.

hakkında bilgilere yer verildiğinden ilgili bölüme atıfla yetindiğimiz “kamu düzeni” kavramının tahkim penceresinden yapılan değerlendirmesinde dar yorumlanması gerektiğini özellikle vurgulamak gerekmektedir.

Boşanma müessesesinin, yapısı itibariyle ortaya çıkardığı sonuçlar farklılık arz etmektedir. Bu cümleden olarak kamu düzenini ilgilendiren sonuçlara yol açabileceği gibi tamamen tarafların özgür iradelerine dayalı yaşantılarını şekillendiren sonuçlar da meydana getirebilmektedir. Örneğin, evlenme ile başlayan ihtiyari birlikteliğin korunmasında olduğu gibi şiddetli geçimsizlik halinde her iki tarafın da menfaatini gözetecek şekilde birlikteliğe son verme ihtiyarılığı kamu düzenine ilişkin görülmezken, birliktelikten meydana gelen çocukların velayeti konusunda taraflar arasındaki anlaşmazlık kamu düzenine ilişkin değerlendirilebilecektir. Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (19.02.1990 tarih, 1989/10658 Esas, 1990/2000 Karar) de önüne gelen bir uyuşmazlığı karara bağlarken boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayetinin kime devredileceği konularının kamu düzenini ilgilendirdiğine yönelik tespitlerde bulunmuştur.

Bütün bunlardan hareketle boşanma davalarının mahkeme dışında icra edilmesinde, tahkime burada bir alan açılmasında gözetilen maslahatlar ve ideal hukuk düşüncesi bakımından bir engel olmadığı, aksine mutlaka uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.³⁸¹

³⁸¹ Aynı yöndeki kanaatler için bk. Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 54; Çetinel - Güneş, “Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu”, 309, 315, 333-335. Başkaca hukuk sistemlerinin boşanma davalarında tahkimi geçerli bir alternatif uyuşmazlık çözümü olarak kabul etmelerine ilişkin bk. Çetinel - Güneş, “Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu”, 311. Ayrıca konunun farklı yönleri göz önünde bulundurularak her toplumda özel şartlarla birlikte değerlendirilmesine ilişkin bir görüş de şöyledir: “Tahkimin sahip olduğu avantajlar dikkate alındığında aile hukuku uyuşmazlıklarının tamamının olmasa dahi bir kısmının bu avantajlardan faydalanmak adına tahkime elverişli olarak kabul edilebileceği ileri sürülebilirse de; aile hukukunun kamusal yönü, içinde yaşadığımız toplumun sosyolojik yapısı, aile dinamikleri ve aile hukuku uyuşmazlıklarının farklı boyutlarda yarattığı etkiler dikkate alındığında aile hukuku tahkiminin son derece dikkatle ele alınması gerektiği ortadadır. Aile hukuku tahkimine yönelik tartışmaların bir kısmı dini temelli bir kısmı ise yargısal faaliyetlerin yürütülmesine yöneliktir. Kanaatimizce aile hukuku tahkiminin salt bir yargılama faaliyeti olarak ele alınması mümkün değildir. Sosyolojik yönü ve toplumsal etkileri son derece güçlü olan bu faaliyet her bir toplumun kendi dinamikleri dâhilinde değerlendirilmeli ve toplumsal ihtiyaçlar çerçevesinde uygulama alanı bulup bulmaması gerektiğine karar verilmelidir.” Ayşe Yasemin Aydoğmuş, “Aile Hukuku Hakemleri Enstitüsü Kuralları Uyarınca Aile Hukuku Tahkimi”, *Public and Private International Law Bulletin* 40/2 (2020), 1264.

V. Dini Gereklilik Bakımından Tahkime Müracaat

Müslümanlar Allah'ın kendilerine çizdiği sınırlar çerçevesinde hayatlarını idame ettirmelidirler. Bu sınırlar içerisinde haklar ve sorumluluklar belirtilmiş, hak ihlalleri söz konusu olduğunda belli müeyyideler konulmuştur. Bu hak ihlallerinin tespiti ve müeyyidelerin uygulanabilmesi için yargılama müessesesi kurulmuş, aralarında anlaşmazlık çıkan taraflar bu yargıya başvurmuşlardır.

Allah'ın hükümlerine itaat edilmesi ve anlaşmazlıkların Allah'a ve onun elçisine arz edilmesi ile ilgili ayetler³⁸² Müslümanların yargılama faaliyetlerini inançlarına uygun şekilde icra etmelerini gerekli kılmaktadır. İmkân varken buna aykırı olarak bir başka bir karar merciine yönelmek uygun olmayacaktır.

Fıkhî bir yargılamanın mümkün olmadığı durumlarda dini bakımdan tahkime gitmenin zorunlu olup olmaması meselesi, üzerinde durulması gereken bir husustur. İbnü'l-Hümâm, devlet başkanının yahut kendisine ittiba edilmesi caiz olan bir kişinin bulunmadığı durumlarda aralarında bir kişiye yetki vermelerini, bu kişinin hâkim olup yargılama işini üstlenmesinin vacip olduğunu ifade etmiştir. Bugün İspanya sınırları içinde yer alan Kurtuba, Valensiya ve Habeş ülkelerini örnek olarak vermiştir.³⁸³ İbn Âbidin (ö. 1252/1836) Dürrü'l-muhtâr üzerine yazdığı hâşiyesinde İbnü'l-Hümâm'ın yukarıdaki ifadelerini aktarmış, ardından bu görüşe katıldığını, içine sinen görüşün bu olduğunu ifade etmiştir.³⁸⁴

İbnü'l-Hümâm'ın ifadelerinde lafız olarak tahkim değil, kazâ geçmektedir. Dolayısıyla kastedilenin tahkimden ziyade genel yargı olduğu ifade edilebilir. Ancak Müslüman bir devlet ve devlet başkanının olmadığı durumlarda Müslümanların genel yargıyı İslamî hükümlere göre yürütmesi mümkün olmayacağından kendi aralarındaki yargılama işi tahkim marifetiyle olacaktır.

³⁸² Nisa 59, 60, 65; Maide, 50, Nur 48,51; Ahzab 36, Şura 10.

³⁸³ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 7/264.

³⁸⁴ İbn Âbidin, *Reddî'l-Muhtâr*, 16/317, 318.

Esasen İbnü'l-Hümâm ve görüşlerine yer verdiğimiz fakihlerin hareket noktası İslam'ın hayatın tamamını içine alan bir hükümler manzumesi olması anlayışına mebnidir. Bu hükümlerden bazıları birden fazla tarafı doğrudan ilgilendirdiği için kendisine başvurulacak bir merciin bulunmasını iktiza eder. Bu merci kâdîdir. Kâdînin hükmü bağlayıcıdır. Kâdî, taraflardan biri ya da ikisi razı olmasa da hükmünü devlet gücü ile tenfiz eder. Devlet gücünün olmadığı yerde de Müslümanların, problemlerini dinin hükümlerine göre çözme yükümlülüğü bulunduğu için dinin referanslarına başvurmak suretiyle problemlerini çözmek üzere kendi içlerinden birini seçmeleri icap eder. Netice itibarıyla seçilen kâdînin arkasında bir devlet gücü de olmayınca esasen burada bildiğimiz manada bir kâdîden değil hakemden söz edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla İbnü'l-Hümâm'ın sözünü ettiği ve mutlaka oluşturulmasının gerekli olduğunu belirttiği kurum, Müslümanların kendi inisiyatifleriyle tesis edecekleri ama arkasında hükümlerini tenfiz edecek kolluk kuvvetlerinin bulunmadığı bir hakemlik müessesesidir. Böyle bir durumda hakem, gücünü Müslümanların kendisine olan güvenlerinden ve desteğinden alacaktır.

Devletler, fıkıh ahkâmının benimsenmesi bakımından üç kısımda incelenebilir:

- a. Genel yargı sisteminin İslam hukuku temelli/uyumlu, hâkimlerinin Müslümanlardan oluştuğu devletler.
- b. Genel yargı sisteminin İslam hukuku temelli/uyumlu olmayıp, hâkimlerinin gayrimüslimlerden oluştuğu, Müslümanların azınlık statüsünde yaşadıkları devletler.
- c. Genel yargı sisteminin bazı kısımlarının İslam hukuku temelli/uyumlu bazılarının uyumsuz olduğu; hâkimlerinin Müslümanlardan oluştuğu devletler.

Devletlerin benimsedikleri hukuk sistemlerinin fıkıhla uyumu ekseninde yapılan bu taksimin yanı sıra günümüzde konu esaslı bir yaklaşım da isabetli görülebilir. Bir başka deyişle her bir devletin yargı sisteminde dava konusunun fıkıhla uyumluluğu esas alınarak ilgili konuda tahkime gitmenin özel hükmü tespit edilebilir. Bu usulün daha dakik sonuçlar vereceği, dolayısıyla daha isabetli olduğu da söylenebilir. Her bir ülke halkının kendi içinde ve her zaman bu yolu işletebilmesinin mümkün ve gerekli olduğunu kabulle birlikte, konunun işlenmesi ve genel bir ilkeye varabilme imkânı sunması açısından devletlerin fıkıhla olan konumlarını dikkate alarak

genel bir hükme ulaşmayı tercih ettik. Tahkimin dini zorunluluğunun yukarıdaki tasnif çerçevesinde ve aradaki farklılıklar gözetilerek ele alınması konunun anlaşılmasında elverişli olacağı düşünülmektedir.

A. Genel Yargı Sisteminin İslam Hukuku Temelli/Uyumlu, Hâkimlerinin Müslümanlardan Oluştığı Devletler

Genel yargı sisteminin İslam hukuku hükümlerine dayandığı yahut bu hükümlerle uyumluluk arz ettiği devletlerde yaşayan Müslümanlar bakımından tahkime müracaat etmek bir zorunluluk ifade etmez. Bu devletlerdeki hukukun bütünüyle şer'î hukuk olduğunun dermeyeran edilmesine ihtiyaç da yoktur.

İslam hukukunda tahkim ile bazı ülkelerin kanunlarında yer alan tahkimi mukayese ettiği doktora tezinde Kahtan Abdurrahman ed-Dûrî, ahvâl-ı şahsiyye (aile, şahıs ve miras hukuku) kanunlarının fukahenin içtihatlarından çok farklı olmadığını ifade etmektedir. Ona göre bunun sebebi bu kanunların aslî kaynağının İslam şeriatı olmasıdır.³⁸⁵ Modernizm ile ulus devletler düzeyinde yapılan hukuk reformlarından aile hukukunun etkilenmediğini³⁸⁶, modernizasyonun tahribatına karşı daha sağlam kaldığını ifade eden şu tespit de ed-Dûrî'yi destekler mahiyettedir:

*“İslam hukukunun ahval-ı şahsiyye ile ilgili kısmı, sömürgeci güçlerin onu bir egemenlik aracı olarak kullanımına müsait olmaması sebebiyle diğer şer'î ahkâmın (ibadetler hariç) maruz kaldığı öldürücü darbelerden korundu.”*³⁸⁷

Buna göre yukarıdaki kategoride yer alan devletlerde mahkemeye müracaat eden taraflar kendi inançları çerçevesinde bir yargılamaya muhatap olacaklardır. Dolayısıyla dileyen hukuki ihtilaflarını mahkemeye taşıyacak dileyen ise tahkimin caiz olduğu alanlarda tahkime müracaat edebilecektir. Bu durumda zikredilen gruba dâhil olan devletlerde yaşayan Müslümanlar bakımından tahkime müracaat **mubah** olarak değerlendirilmelidir.

³⁸⁵ Dûrî, *Akdü't-Tahkîm*, 764.

³⁸⁶ Türkiye ve Tunus'un istisna edilebileceği ayrıca değerlendirilmelidir.

³⁸⁷ Hallağ, *İslam Hukukuna Giriş*, 191.

B. Genel Yargı Sisteminin İslam Hukuku Temelli/Uyumlu Olmayıp, Hâkimlerinin Gayrimüslimlerden Oluştığı, Müslümanların Azınlık Statüsünde Yaşadıkları Devletler

Bu kısımda yer alan bir Müslüman, inancına aykırı yargılama sistemine sahip bir ülkede azınlık olarak bulunduğu yargılamasının o ülkenin kanunları çerçevesinde yapılması durumunda mazur sayılır mı, yoksa bu kişinin başka birtakım çareler aramak suretiyle imkân nispetinde kendi inancına göre yargı arayışı içerisinde olmalı mıdır?

Daha çok yabancı bir devletin sınırları içerisinde azınlık olarak yaşayan Müslümanlar özelinde, bazen de kanun maddeleri ile İslam hukuku hükümlerinin çeliştiği durumlarda tüm ülkeler genelinde gündeme gelecek bu soru(n) oldukça önemlidir. Bu soruya cevabın teorik olarak verilmesi, ayrıca tarih içinde azınlık Müslümanların tutumlarına ışık tutulması da yerinde olacaktır.

Müslümanların Allah'ın hükümlerine göre yaşamaları gerektiği, dinin yalnızca bir kısmı değil tamamının Müslümanlar için bağlayıcı olduğu, Şari'nin hitabının tüm mükelleflere eşit olarak yöneltildiği, herkesin bu hitap ile sorumlu olduğu genel ilkelerini vazedен nasslar³⁸⁸ çerçevesinde azınlık olarak yaşadığı ülkede İslam hukuku hükümleriyle yargılanma imkânını bulabilen Müslümanların vücûben bu yolu kullanmaları gerekip başka bir kanuna yönelmeleri³⁸⁹ caiz değildir.

Buldukları ülkelerde İslam hukukunun hükümleri ile yargılanma imkânı olmayan Müslümanlar da esasen Şari'nin hükümlerine göre hayatını tanzim etme yükümlülüğü altındadırlar. Bu kimseler bu asıl kuraldan ancak zaruret durumlarında ve zaruret miktarınca/süresince istisna tutulabilirler.³⁹⁰

Burada önemli bir hususun altını çizmekte fayda vardır. Zaruretlere bulunduğu asıldan kolaylık sağlanması, zaruretin *zorluk* olarak anlaşılmasına

³⁸⁸ Nisa 59, 60, 65; Maide, 50, Nur 48,51; Ahzab 36, Şura 10; Sebe 28; Araf 58.

³⁸⁹ Salim Abdullah Şeyhî, *Nazariyyetü'l-Kazai's-Şer'i Harice Diyari'l-İslâm: Te'silen ve Tenzilen* (Kahire: Darü'l-Kelime, 2017), 31. eş-Şeyhî, İngiltere Aile Tahkim Merkezlerinde yaptığı görev esnasında tahkime gitmeyip mahkemeye müracaat eden tarafların bu tutumlarıyla yol açtıkları mafsedetleri gözlemlendiğini aktarmaktadır.

³⁹⁰ Şeyhî, *Nazariyyetü'l-Kazai's-Şer'i Harice Diyari'l-İslâm*, 24. Mecelle'nin 21 ve 22. maddeleri de bu hususu ifade etmektedir.

sebepe olmamalıdır. Buradaki zaruret; meşakkat, sıkıntı, zorluk gibi anlamlarda değil, yapılmasının müteazzir veya onun hükmünde olduğu durumları anlatmaktadır.

Dinin her gerekliliği eşit zorlukta olmadığı gibi her mükellefin bu gerekliliği yerine getirmesi de aynı zorlukta değildir. Dolayısıyla yapılmasında güçlük bulunan emirlerin, kaçınılması zor olan nehiylerin yalnızca zor olmaları, zarureti zorunlu kılmaz. Nitekim bir mükellefin zor olma gerekçesiyle emir ve nehiyleri terk etmesinin mümkün olmaması fukaha tarafından ittifak edilen genel bir prensiptir.³⁹¹

Uygulaması hakikaten yahut hükmen müteazzir olan zaruret durumlarında ise bu zaruret yalnızca kendi sınırları içerisinde sınırlandırılmalı, yapılması zor olsa bile imkânsız olmayan durumlara teşmil edilmemelidir.

Müslümanların azınlık olarak yaşadığı yerlerdeki uygulamalara örnek olarak zikretmek gerekirse Mecme‘ü Fukahâi‘ş-Şerî‘a bi Amerika ve Mecme‘u‘l- Fıkhî‘l-İslâmî el-Hindî kanunların gayr-i İslâmî, yargıçların gayrimüslim olduğu ve kocanın da boşama iradesinin bulunmadığı durumlarda mahkeme kararını dinen geçerli görmemişlerdir. Bu fetvalara göre böyle bir durumdaki kadın bulunduğu ülkede Müslümanların işlerinden sorumlu fetva vermeye yetkili kurumlara³⁹² muhalaa yahut fesih talebi ile başvuruda bulunmalıdır. Buradaki ilim ehli insanlar vasıtasıyla dini olarak da boşanmanın tamamlanması gerekmektedir. Kadının elde ettiği resmi boşanmayı kabul etmek zaruret kapsamına girmez. Zira söz konusu kuruluşlar birçok yerde bulunmakta ve müracaat da son derece kolaydır.³⁹³

Darü‘l-İftâ el-Mısıriyye’nin Müftü Ali Cum‘a imzalı fetvasında söz konusu tefrikin geçerli kabul edilebilmesi için hâkimin Müslüman olması şart koşulmuştur. Zira hâkimlerin boşama yetkisi velâyet kapsamındadır. Gayrimüslimlerin ise

³⁹¹ Şeyhî, *Nazariyyetü‘l-Kazai‘ş-Şerî‘i Harice Diyari‘l-İslâm*, 26. Bu prensip şu şekilde ifade edilmektedir: “ق ق ق”

³⁹² Bulunması halinde tahkim meclisleri fetvadan daha güçlü /bağlayıcı bir netice verecektir.

³⁹³ Dadaş, “Hudûdü salahiyeti‘l-kâdî fi‘t-tefrîki beyne‘z-zevceyn”, 673; *el-Mu‘temerü‘s-Sânî li Mecme‘i Fukahâi‘ş-Şerî‘a bi Amerika* (b.y.: y.y., ts.), 39. Bu devletlerin birisinde yaşayan Müslümanların tahkime gitme zorunluluğu, mahkeme kararlarının dinen geçerli olup olmadığıyla doğrudan ilgilidir. Söz gelimi, kocanın boşama iradesi bulunmadığı, mezheplerden hiçbirinin muteber görmediği nedenlerle kadının boşanma davası açtığı durumlarda mahkemenin ayrılık kararı vermesi halinde bu kararın dini bakımdan geçerli olup olmadığı bir soru(n) olarak karşımıza çıkmaktadır. Konuyla ilgili olarak bk. Dadaş, “Hudûdü salahiyeti‘l-kâdî fi‘t-tefrîki beyne‘z-zevceyn”, 672, 673.

Müslümanlar üzerinde velâyet hakları yoktur. Dolayısıyla gayrimüslim bir yargıcın Müslüman bir çifti boşama yetkisi olmayıp böyle bir boşama dinen geçerli kabul edilemez.³⁹⁴

Bu fetvalarda yer alan mahkeme kararının mutlak batıl kabul edilmesinin itiraz edilebilir olduğunu, şayet verilen karar dinin temel esasları ile çelişmiyorsa hakkın teslim edilmesi kabilinden değerlendirilebileceğini ifade edenler de bulunmaktadır. Nitekim gayr-i İslâmî toplumlarda yargıçlarının genellikle gayrimüslimlerden oluştuğu devlet mahkemelerine İslami ilkelere aykırı olmadığı müddetçe müracaata cevaz veren çağdaş fıkıhçılar ve bazı fıkıh meclisleri bulunmaktadır. Örneğin Mecme‘u’l- Fıkhi’l- İslâmî ed-Devlî’nin 1-6 Nisan 1995 tarihli 91 (8/9) sayılı kararı bu şekildedir.³⁹⁵

Şu hâlde dinin temel prensipleriyle doğrudan çelişmeyen durumlarda zaruret durumunu da göz önünde bulundurarak yargıcın Müslüman olmaması yahut kanunların dini temellere dayanmaması gibi gerekçelerle mahkeme kararları geçersiz kabul edilmemelidir. Halil Gönenç’in meseleyle ilgili değerlendirmesi de bu yöndedir.³⁹⁶

Mahkemenin verdiği kararın geçersiz kabul edilmesi toplumda bir karmaşaya ve güç çakışmasına da sebep olacaktır. Ayrıca mahkemenin verdiği karara binaen başka bir kimseyle evlenen kadının durumu mahkemenin verdiği boşanma kararının sıhhatine göre hüküm kazanacaktır. Şayet bu karar geçerli sayılmazsa (eski) kocası boşamadığı sürece kadının yaptığı yeni nikâh akdi batıl olacak, hürmet ve nesep problemleri ve daha birçok sorunu beraberinde getirecektir. Bundan dolayıdır ki kimi ülkelerde müftüler mahkemenin verdiği kararı geçerli kabul etmekle bu sorunu aşma cihetine gitmişlerdir.³⁹⁷

Bu değerlendirmeler oldukça isabetlidir. Nitekim bazı ülkelerde tahkime müracaat yukarıdaki iddia sahiplerinin söylediklerinin aksine mümkün değildir.

³⁹⁴ Dadaş, “Hudûdü salahiyeti’l-kâdî fi’t-tefrîki beyne’z-zevceyn”, 673, 674.

³⁹⁵ Dadaş, “Hudûdü salahiyeti’l-kâdî fi’t-tefrîki beyne’z-zevceyn”, 674; *Kararât ve Tavsiyât Mecma’i’l-fikhi’l-İslâmî ed-Devlî*, 299.

³⁹⁶ Dadaş, “Hudûdü salahiyeti’l-kâdî fi’t-tefrîki beyne’z-zevceyn”, 674.

³⁹⁷ Dadaş, “Bir Fetva Belirleme Yöntemi Olarak Heyet İctihadı ve İslam Dünyasında Bu Amaçla Kurulan Fıkıh Meclisleri”, 675.

Nitekim bazı devletlerde boşanma konularında tahkime ya da arabuluculuğa müracaat edilememesi bunun bir örneğini teşkil etmektedir.

Ayrıca yabancı devletlerin hukuk sistemlerinde bulunan kimi düzenlemeler fıkha uygun da olabilmektedir. Örneğin Muhammed Kadri Paşa (ö. 1306/1888) Fransız Medenî Kanunu'nun Hanefî mezhebi ile uyumunu ölçen “*Tatbîku Mâ Vüicide fi'l-Kanûni'l-Medenî Muvâfikan li-Mezhebi Ebî Hanîfe*” isminde bir eser kaleme almış, kimi konuların mezhebe “*muvafik-kısmen muvafik-münasip*” olduğu sonucuna varmıştır.³⁹⁸ Muvafik değildir sonucuna vardıkları ise dinin kendisine değil, Hanefî mezhebine muvafik değildir. Bu mezhebe uymayan bir kanunun başka bir mezhebe uyma ihtimali de bulunmaktadır. Nitekim bir şeyin mezheplerden birinin görüşüne aykırı olması ile şeriata aykırı olması arasında büyük fark vardır.³⁹⁹

Hülasa, bu kısımda zikredilen özelliklerde yerlerde yaşayan Müslümanlar, imkân nispetinde tahkim yolunu kullanmalıdır. Ancak bunun mümkün olmadığı durumlarda kişiler hakkında genel yargının verdiği hükmü geçersiz görmek de birçok sorunu beraberinde getireceğinden isabetli değildir.

C. Genel Yargı Sisteminin Bazı Kısımlarının İslam Hukuku Temelli/Uyumlu Bazılarının Uyumsuz Olduğu; Hâkimlerinin Müslümanlardan Oluştuğu Devletler

Bu kısımda yer alan Müslümanın nasıl bir tutum sergileyeceği üzerinde durulması gereken önemli bir noktadır. Esasında bu kategorideki Müslümanlar azınlık değil, sayı bakımından yaşadıkları ülkenin kahir ekseriyetini oluşturuyor olabilirler. Ancak kanunlarının İslam hukukuna aykırı olduğu alanlarda Müslümanların yargı alanındaki konumları yabancı ve gayr-i İslami devletlerde azınlık olarak yaşayan Müslümanlarla eşdeğerdir. Dolayısıyla bu vasıfları taşıyan ülkelerde yaşayan Müslümanlar, söz konusu konularda nicelik bakımından öyle olmasa bile hükmen azınlık/ekalliyât fikhî ile sorunlarına çözüm arayışında olacaklardır. Bu ülkelerde

³⁹⁸Kadri Paşa'nın ulaştığı neticeleri toplu halde görmek için bk. Hüseyin Altıntaş, *Kadri Paşa ve “Tatbîku mâ vüicide fi'l-Kanûni'l-medenî muvâfikan li-mezhebi Ebî Hanîfe” İsimli Eseri (Tahkik)* (Gümüşhane: Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019), 45-57.

³⁹⁹Bu farkın veciz bir ifadesi için bk. Dadaş, “Hudûdü salahiyyeti'l-kâdî fi't-tefrîki beyne'z-zevceyn”, 673.

Müslümanların karşısındaki en büyük sorun, tabii oldukları devletin kanunlarına aykırı hareket etmemek, ancak aynı zamanda inandıkları dinin mucibince yaşama arzusu ikileminde yaşadıkları zorluklardır.⁴⁰⁰

Pozitif hukukun İslam hukuku hükümleriyle çeliştiği ülkelerdeki Müslümanlar, genel ilkelerden hareket etmelidirler. Buldukları ülkenin kanunları İslam hukukunu esas alan tahkim uygulamalarına izin veriyorsa mutlaka bu yola müracaat etmelidirler. Şayet yürürlükteki hukuk tahkime müracaatı sosyal hayatın bazı konularında imkân tanıyor; diğer bazılarında mümkün görmüyorsa, bu durumda Müslüman ilk gruptaki konular bakımından tahkime müracaat ile yükümlü; ikinci grup konularda ise zaruret gereği mazur kabul edilmelidir. Tahkime gidilmesi mümkün olmayan birtakım alanların var olması, tahkime alan açılmış diğer alanlarda Müslümanın muaf olmasını gerektirmez.⁴⁰¹

Ne var ki günümüzde, aralarındaki bir anlaşmazlığı birisini hakem tayin ederek basitçe çözümlenmek geçmişte olduğu gibi kolay değildir. Bilhassa kamu düzenini ilgilendiren anlaşmazlıklarda tarafların aynı basitlikle tahkimi icra etmeleri bugünkü devlet yapılarında mümkün olmayabilmektedir. Bundan dolayıdır ki tahkimin evvel emirde kurumsallaşması sağlanmalı, tahkimin kolay müracaat edilir ve uygulanabilir olması için çaba gösterilip önündeki engeller aşılmaya çalışılmalıdır.

Bu anlamda Tanrıver'in ifade ettiği üzere her ülke sosyal gerçekliklerine uyum arz edecek şekilde tahkim, arabuluculuk ve uzlaşma gibi farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını bir araya getirebileceği gibi ilkten bir alternatif uyuşmazlık çözüm

⁴⁰⁰ Dadaş, “Hudûdü salahiyeti'l-kâdî fi't-tefrîki beyne'z-zevceyn”, 660. Dadaş, bu ikiliğin getirdiği sorunlara ülkemizden bir örnek olarak tarafların çekişmeli olduğu durumlarda uzayıp giden boşanma davalarında kocanın verdiği talakı tanımayan mahkeme nazarında henüz evli görünmesi hasebiyle resmi başka bir evlilik yapamamasını zikretmektedir. Yine kocası tarafından boşanmış, hatta iddeti bile bitmiş kadının mahkeme süreci devam etmesi nedeniyle başka birisiyle evlenememe durumu da bu minvaldedir. Avrupa Fetva ve Araştırmaları Meclisi (Meclisu'l-Avrubbî li'l-İftâ ve'l-buhûs) bu haldeki kadınların her ne kadar iddetle birlikte dinen başkasıyla evlenebileceklerse de “hukukları korumak” ve “nizayı önlemek” amacıyla buldukları devletin kanunlarına uyarak resmen de evliliğin sonlanmasını beklemek gerektiğini ifade etmiştir. (s.672)

⁴⁰¹ Şeyhî, *Nazariyyetü'l-Kazai's-Şer'i Harice Diyari'l-İslâm*, 28.

yolu da üretebilir.⁴⁰² İnanç dizgelerine uyumlu bir yargılama arayışında gösterilecek gayretlerden birisi de yukarıda ifade edilen yeni yöntem arayışları olmalıdır.

Başlıkta zikrettiğimiz soruya fıkıh diliyle/teklifi hükümlerle cevap vermemiz gerekirse tahkime müracaat, tarafların anlaşmazlıkları bakımından genel yargının fikhî hükümlerle örtüştüğü durumlarda **mubah**; aralarında aykırılık bulunduğu ve tahkime gitmenin mümkün olduğu durumlarda **diyâneten vacip**, Müslümanların müracaat edebilecekleri ve rahatça yargılama işlerini yürütebilecekleri bir tahkim kurumu kurulması için İslam toplumunun gayret göstermesi toplumun tüm fertleri için **farz-ı kifâye**dir.⁴⁰³

İslam hukuku kuralları ile yönetilmeyen ancak tahkime müracaat ile anlaşmazlıklarının bu kurallara göre çözüm imkânı kendilerine tanınan kimselerin aksi yönde hareket etmesinin müeyyidesi ise **uhrevi sorumluluktur**.⁴⁰⁴

⁴⁰² Tanrıver ve başka bazı çalışmalardan naklen; Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 77.

⁴⁰³ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, 7/264.; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtâr*, 16/317, 318.; Salim Abdullah eş-Şeyhî, *Nazariyyetü'l-Kazai 'ş-Ser'î Harice Diyari'l-İslâm*, 39; Mustafa Bülent Dadaş, "Hudûd-ü Salahiyyeti'l-Kâdî fi't-Tefriki Beyne'z-Zevceyn/İslâm Boşanma Hukukunda Hâkimin Yetki Sınırları", 677, 678.

⁴⁰⁴ Keleş, *Tahkim*, 32.

VI. Tarihi Süreçte Tahkim Uygulama Tecrübeleri

Tarihi tecrübeye tahkimin konumunun tespit edilmesi, Müslümanların gerek fıkıhın hâkim olduğu kendi devletleri bünyesinde gerek gayrimüslim devletlerin yönetiminde/sömürgesinde yaşadığı zaman dilimlerinde nasıl bir tavır sergiledikleri, kendi aralarındaki davaları nasıl çözüme kavuşturdukları mutlaka üzerinde durulması gereken bir husustur. Zira bu, tarihsel bilginin yanı sıra pratik hayatta gerçeklikle karşı karşıya olan Müslümanlar tarafından nasıl uygulandığını bilmeyi, böylelikle tahkimin hükmünün zaman ve şartlara göre farklı teklifi hükümlerle tespit edileceğini ifade eden teorik cümlelerin test edilmesini temin edecektir.

Bu pratikliği yansıtmaya katkı sunması için Müslümanların devletlerindeki tahkim uygulamalarına örnek olarak Osmanlı Devleti'nde yaygın görülen muslihûn uygulaması ele alınacaktır. Zira muslihûn uygulaması yalnızca Osmanlı'da sık başvurulan bir alternatif uyuşmazlık çözme yöntemi değil; aynı zamanda sulh müessesesinin uygulama planındaki kökeni olduğu da ifade edilmektedir.⁴⁰⁵

Gayrimüslim devlet yönetimlerinin egemenliğinde hayatını idame ettiren Müslümanların tahkim uygulamalarına örnek olarak ise tarih olarak günümüze yakın bir süreçte yaşanan sömürge baskısı altındaki Hindistan ele alınacaktır. Konunun bu taksim ile ele alınması, dini gereklilik bakımından ortaya çıkan tahkim hükmü göz önünde bulundurulması ve tarihi tecrübelerin bu hükümlerle olan uyumunun rahatça takip edilebilmesini sağlayacaktır.

A. Fıkıhın Temel Belirleyici Olduğu Toplumlarda Müslümanların Tahkim Tecrübeleri: Osmanlı Örneği

Osmanlı Devleti'nin bütün alanlarda istisnasız dini hükümleri uygulayan bir devlet olduğu, bu doğrultuda tüm tasarruf ve uygulamalarının Şer-i Şerife muvafık olduğu iddiasını isabetli bulmamakla birlikte tatbikatın büyük ölçüde fıkıh eksenli yürütüldüğü bir gerçektir.⁴⁰⁶ Bu bakımdan tarihteki tahkim tecrübelerinin

⁴⁰⁵ Kılınç, "Muslihûn", 2/19. Makalede muslihun uygulaması ile ilgili geniş bilgiler ve kadı sicillerinden çok sayıda muslihun uygulamasına dair örnek yer almaktadır.

⁴⁰⁶ Osmanlı hukukunun şer'iliği konusundaki temel dört yaklaşımı ("Osmanlı hukuku şer'îdir" görüşü; "Osmanlı hukuku şer'î değil dünyevîdir" görüşü; "Osmanlı hukuku laikdir" görüşü ve "Osmanlı hukuku "Kadı'nın öznel/keyfi adaletidir" görüşü) ele alan Yaman'ın vardığı sonuç özet olarak şu

Müslümanların hâkim olduğu devletlerdeki faaliyet alanını Osmanlı Devleti olarak belirledik.

Osmanlı Devleti adliye teşkilatı içerisinde kendilerine “*muslihûn*” ismi verilen âkil kişiler, yargıya intikal etmeden önce anlaşmazlıkları çözmek için çaba sarf ederler, taraflara nasihat ederler, İslam’ın genel ahlak ilkelerini hatırlatırlar, affetmenin öneminden bahsederler ve hem anlaşmazlığın çözümünü sağlamaya hem de adeta manevi rehberler gibi toplumun bilinç düzeyinin artmasını temin etmeye çalışırlardı.⁴⁰⁷ Toplumun uyuşmazlıklarını mahkemeye gelmeden sulh yolu ile çözmeleri teşvik edilirdi. Dolayısıyla sulh sadece fıkıh kitaplarında hükümleri zikredilen teorik bir akit değil, bizzat kanunnameler aracılığıyla muslihûn formatında pratikte yer alan bir uygulamadır. Örneğin I. Selim dönemi kanunnamelerinde, sulh yapan taraflardan daha az para cezası alınmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktaydı.⁴⁰⁸ Bu tavsiye ve yönlendirme/telkinler neticesinde kimi zaman uyuşmazlıklar birer dava halini almadan neticelenirdi.

Peki muslihûn günümüzde neye tekabül etmektedir? Acaba muslihûn ismi verilen kişiler hakem; yaptıkları iş ise tahkim olarak ifade edilebilir mi? Bu hususta doktrinde muslihûn hakkında aktarılan bilgilerden hareketle şu ihtimalleri zikretmek mümkündür:

1. Muslihûn, günümüzdeki arabuluculuk işlevine sahip olup tahkimden ayrılmaktadır.

2. Muslihûn, hakemlere verilen bir isim olup yaptıkları iş arabuluculuk değil, tahkimdir.

şekilde ifade edilmiştir: “...Osmanlı hukukunun *sui jeneris/kendine özgü bir özellik taşıdığını söyleyebiliriz. Ne bütünüyle şer’î, ne bütünüyle seküler ne de bütünüyle örfî...Bu makalenin nihai mesajı, Osmanlı hukuk anlayış ve uygulamasının toptancı, sınırlayıcı ve genelleyici bir biçimde sunulamayacağıdır. Üç kıtada yüzyıllar boyu hükümfermâ olan hukukun gerek yapıcıları gerek uygulayıcıları gerekse denetleyicileri elinde şekil değiştirmesi pekâlâ mümkündür ve zaten öyle de olmuştur.” Ahmet Yaman, “Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer’îliği Tartışmalarına Eleştirel Bir Katkı”, *Fıkıh Tarihi Araştırmaları* (İstanbul: İFAV Yayınları, 2022), 257.*

⁴⁰⁷ Çeker, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*, 16; Akman, “İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku’nda Sulh Sözleşmesi”, 1032.

⁴⁰⁸ Avcı, “Osmanlı Ceza Mahkemesinde Sulh”, 29; Kılınç, “Muslihûn”, 2/40, 41. Kılınç, muslihûn olarak sulhun temininde görev alan bu kişilerin şer’îye sicillerinde 19. yüzyılda daha az rastlandığını, Tanzimat sonrası kayıtlarda ise bulunamadığını ifade etmektedir. Kılınç, “Muslihûn”, 2/32.

İlk görüşe göre muslihûnun icra ettiği bu görev üçüncü bir kişinin tarafların arasını bulması ile sulhu temin etmelerinden ibarettir. Dolayısıyla muslihûn tarihte her zaman tahkim mahiyetinde değil, günümüzde arabuluculuk olarak isimlendirilen uygulamaya daha yakın bir formatta işlev görmüştür.⁴⁰⁹ Buna göre, “*Kötülüğe, düzensizliğe ve bozgunculuğa karşı barıştan, dirlik düzenlik ve esenlikten yana bir tutum takınan müttaki insanları ifade etmek üzere çeşitli ayetlerde yer alan muslih (Bakara 2/11-12; A’raf 7/170; Hûd 11/117), hukuk terimi olarak barışı temin eden, uzlaştırıcı demektir.*”⁴¹⁰ Konuyla ilgili görüşlerin topluca değerlendirilmesinden sonra yapılan bir başka muslihûn tanımı ise şöyledir: “*Osmanlı Devleti’nde özellikle klasik dönemde görülen gerek hukuki gerekse bazı kamu hukuku uyuşmazlıklarda, mutlak bir şekilde kâdî onayına gerek kalmaksızın, tarafların kendi iradeleri ile anlaşmalarını sağlayan ve dâhil oldukları uyuşmazlıklara hukuki, ahlaki ve dini nitelik kazandıran kişilere muslihûn denilebilir.*”⁴¹¹

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşıldığı üzere muslihûn uygulamasında uyuşmazlık tarafların kendi arasında ve kendi iradeleriyle çözülmekte, muslihûn tarafları bu uzlaşma faaliyetine teşvik etmekte⁴¹² ve bir aracı olarak işlevlerini yerine getirmektedirler. Muslihûn, uyuşmazlığın hakemin hükmü ile sonlanan tahkim uygulamasından bu noktada ayrılmaktadır. Dolayısıyla muslihûnun çeşitli yollarla tarafların anlaşmasına vesile olmaları⁴¹³ bu kurumun günümüz arabuluculuğuna benzetilmesindeki temel nedendir.⁴¹⁴

⁴⁰⁹ Akman, “İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku’nda Sulh Sözleşmesi”, 1033, 1046. Yine örneğin Atar’ın zikrettiği uyuşmazlıkların tamamında gönüllü olarak görev yapan muslihun, arabulucu rolünde sulhu temin etmişlerdir. Abdulkadir Atar, “Şer’iyye Sicilleri Işığında Osmanlı’da Arabuluculuk Uygulamaları: Muslihûn’un Ticari Davalardaki Roller”, *Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı* (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2023), 829-850.

⁴¹⁰ Avcı, “Osmanlı Ceza Mahkemesinde Sulh”, 27, 28.

⁴¹¹ Kılınç, “Muslihûn”, 2/23. Kılınç, literatürdeki başka bazı muslihun tanımlarını da kaydetmektedir.

⁴¹² Muslihuna mürcaatın, tarafların kendi iradeleriyle değil, bölge halkının ileri gelenleri tarafından yapılan zorlama/baskı ile cereyan ettiği ile ilgili bazı görüşler için bk. Kılınç, “Muslihûn”, 2/47.

⁴¹³ Muslihunun tarafların uyuşmazlıklarını çözümede bir aracı rolü üstlenip fiili katkılarının bulunması, kendi iradeleriyle sulha ulaşmış kişilere yalnızca şahitlik etmeleriyle bu ismi almadıklarına ilişkin bk. Kılınç, “Muslihûn”, 2/69.

⁴¹⁴ Kılınç, “Muslihûn”, 25, 26. Kılınç muslihûn uygulamalarını günümüz arabuluculuğuna benzetmekte ancak aralarında mühim bir fark olduğunu tespit etmektedir. Bu fark, muslihûn uygulamalarında tarafların uyuşmazlığının çözümünde rol oynayan kişilerin sayısının birden fazla olması hususudur. Bu çoğunluk “muslihûn/muslihin” lafzında ve başkaca bazı kavramlarda da açıkça görülmektedir. Oysa günümüzde mevzuat uyuşmazlıklarda tek arabulucunun görev yapmasına izin vermektedir. (Kılınç, “Muslihûn”, 30.) Kanaatimizce bu tespit literal bir okumanın neticesidir. Kimi ıslah

İki uygulama arasındaki bir diğer fark ise müeyyidedir. Tahkimde hakem kararları bağlayıcı olup tarafların karara uymamaları durumunda yaptırım bulunurken; muslihûnun sulh telkinlerine tarafların uymaması halinde müeyyide hatırın kırılması olarak kalmaktadır.⁴¹⁵

Muslihûnun arabulucular olduğu görüşüne sahip olanlar da muslihûn ile tahkimin bazı ortak özelliklerinden bahsetmektedirler. Buna göre her ikisi de uyuşmazlığın mahkeme dışında çözümlenmesi ve uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin bir konuda olması hususunda ortak bir karaktere sahiptirler. Uyuşmazlığı çözen kişilerin belli bir vakitten önce azledilebilmeleri de bir başka ortak özelliktir.⁴¹⁶

İkinci izlenime göre ise muslihûnun yaptığı işi tahkim olarak değerlendirebileceğimiz durumlar ağır basmaktadır. Zira kadı sicillerine yansıyan kimi olaylarda taraflar rızaları ile sulh olamamış, muslihûn tarafından sulh edilmişlerdir. Ayrıca 16 ve 17. yüzyıllara ait İstanbul kadı sicillerinde tahkim olaylarının “*h-k-m*” kökünden türeyen herhangi bir kelime ile kaydına rastlanılmaması tahkimin başka bir kelime ile ifadelendirildiğine işaret eder, tahkimin bu dönemlerde uygulanmamasını göstermez.⁴¹⁷ Zira Osmanlı Devleti’nde tahkim gibi bir kurumun işletilmemesi mümkün gözükmemektedir.

faaliyetlerinde birden fazla kişi bulunmuş olabilir. Ancak bunu genelleştirmek isabetli değildir. Çoğul kullanılan “muslihûn” ve diğer ifadeler her bir olayda birden fazla kişinin muslihlilik yapmasını zorunlu olarak gerektirmez. Olayların çoğulluğuna nispetle çoğul kipi kullanılmış yahut artık bir kavram halini aldığından dolayı da bu şekilde ifade ediliyor olabilir. Yine, ileride işaret edileceği üzere bizzat yazarın kendisi tarafından muslihûn uygulamalarının mahkemede kadılar aracılığıyla da vaki olabileceği makul bir ihtimal olarak değerlendirilmektedir. (Kılınç, “Muslihûn”, 75, 76.) Buna ilave olarak yine ileride ifade edileceği üzere muslihûn faaliyetlerinin hakemler eliyle yürütüldüğü durumlar da mümkündür. Ayrıca her bir arabuluculuk uygulamasında birden fazla kişinin görev yapması her zaman mümkün de olmayabilir. Arabulucunun bir kişi olabileceği hakkında bk. Mustafa Avcı, Osmanlı’da Aile Arabuluculuğu”, *II. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu Ailenin Korunması Hakkı Bildiriler Kitabı* (Ankara: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), 2019), 479; Akman, “İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku’nda Sulh Sözleşmesi”, 1040.

⁴¹⁵ Kılınç, “Muslihûn”, 2/31.

⁴¹⁶ Kılınç, “Muslihûn”, 2/16, 36. Bu çalışmada bir başka ortak nokta olarak tahkim ile muslihinun aynı konuları çözüme kavuşturabilmeleri, yani sulh ile çözülebilecek konuların tahkim ile de çözülebileceği, bununla birlikte kazfın tahkime elverişliliği hususunda bazı görüş ayrılıkları olduğu ifade edilmektedir. Ancak muslihinun tahkim dışında bir sulh uygulaması olarak değerlendirilmesi durumunda bunu mutlak olarak söylemek isabetli değildir. Zira genel ilke olarak Allah hakkı bulunan hususlarda tahkime gidilemez. Evvelce geçtiği üzere tahkime kapalı alan kazf ile sınırlı değildir.

⁴¹⁷ Karadağ’ın tespit ettiği kadı sicillerinde tahkim olayı “ıslah” kavramı üzerinden anlatılmıştır. Bu kadı sicillerine örnek olarak bk. Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 49, 50. Bu tespit üzerinde teemmül edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira Uygur’un çalışmasında yer verdiği farklı tarihlere ait kadı sicillerinde hem “*muslih*” hem de “*hakem*” tayininden

Kanaatimizce muslihûnun yaptığı işi kimi zaman tahkim, kimi zaman arabuluculuk olarak değerlendirmek teorik olarak mümkün, pratikte de vakidir. Mecelle'nin 1850. maddesi, uyuşmazlığın sulh ile çözülmesini tarafların hakemden talep etmelerini meşru görmüştür.⁴¹⁸ Esasında tarafların sulh eğilimleri olması durumunda hakemin de sulhu öncelmesi gerekmektedir.⁴¹⁹ Aynı amaca yönelik olarak HMK 434. madde de devam eden tahkim uygulamasında sulha imkân tanımakta, sulhun hakem kararı olarak tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁴²⁰ Ayrıca mahkeme kayıtlarından varlığı anlaşılan üç tür sulhtan birisi kadının bir arabulucu olarak hareket etmesi ve karar vermek yerine tarafları uzlaştırması ile oluşan sulhlardır.⁴²¹ Dolayısıyla tarafların sulh olma yolundaki üçüncü kişinin faaliyetlerinin de tahkim çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür.

bahsedilmektedir. 4 Rebiulevvel 1337(08.12.1918) tarihli bir İstanbul kadı sicilinde şu ifadeler yer almaktadır: “*Ermeni Kilisesi rahiplerinden Muşah ve Kirkor Efendilerin muslih tayinleriyle...*”, “*mahkemeye muslih tayin olunduktan sonra tarafeyne nesâyih-i lâzime icrasıyla ıslâh ve telif-i beyne çalışılmış ise de...*” (Uygur, *İslâm Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu*, 118.). 27 Şaban 1337 (28.05.1919) tarihli başka bir İstanbul kadı sicilinde ise ıslah teriminin yanı sıra “*h-k-m*” kökünden türeyen tahkim kayıtları mevcuttur: “*...lede's-suâl tarafeynin ailelerinden hakem olarak ve evsafı haiz kimesne bulunmadığı anlaşılmış olmağla...*”, “*...beynlerini ıslaha çalışmak...*”, “*Muammer Tevfik Efendi ibn-i el-merhûm Mustafa Efendi'nin taraf-ı şer'den hakem tayinine...*” (s.114) Bu kayıtlar tarih olarak Karadağ'ın verdiği dönemden farklılık arz ettiğinden verdiği bilgi ile doğrudan çelişme de kadı sicillerinde tahkimin “*h-k-m*” kökünden türeyen kelimelerle ifade edildiğinin bir ispatı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kadı sicillerinde tahkim uygulamalarının ele alındığı çalışmalarla tümevarım yöntemi ile elde edilecek neticeler meseleye ışık tutulması ve netlik kazandırılması bakımından önem arz etmektedir. Kadı sicillerinde muslihunun tavassutu ile çözülen muhtelif alanlardaki bazı uyuşmazlık örnekleri için ayrıca bk. Avcı, “Osmanlı Ceza Mahkemesinde Sulh”, 34, 36, 37, 41, 43-48, 58, 59, 61, 63, 64.

⁴¹⁸ “*...Tarfeynden biri muhakemlerden birini ve diğeri dahi öbürünü münâza'un fih olan hususun ol veçhile sulhan tesviyesine dahi tevkil edip de onlar dahi kiab-ı sulhda münderiç olan mesaile bi't-tevfik sulhan tesviye etseler iş bu sulh ve tesviyeyi tarafeynden birisi onu kabulden imtina edemez.*” Mecelle, 613.

⁴¹⁹ Akman, “İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku'nda Sulh Sözleşmesi”, 1046.

⁴²⁰ “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.”

⁴²¹ Abacı, “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh”, 109. Muslihûnun faaliyetlerini tahkim olarak değerlendirmeyi isabetli bulmayarak bunların arabuluculuk işi üstlendiği kanaatinde olan Kılınç da bu hususu takdir etmektedir: “*Kanaatimizce Osmanlı Devleti'nde kadının aynı zamanda muslihûn olarak uyuşmazlıkları çözdüğünü net bir şekilde ifade etmek doğru olmaz. Hatta bazı örneklerde uyuşmazlığı çözdürtenin kâdî değil, muslihûn olduğu net bir şekilde görülmektedir. Eğer, kâdî uyuşmazlığı arabulucu sıfatıyla çözen makam konumunda olsa idi, muslihûndan bahsedilmezdi diyebiliriz. Bu gibi durumlarda şu ihtimal göz ardı edilmemelidir. Kâdî, muslihûn gibi hareket etmekte; yani tarafları anlaşmaya yönlendirmekte, taraflar anlaştıktan sonra da kadı sıfatıyla kayda aldırılmaktadır.*” Kılınç, “Muslihûn”, 75, 76.

hükümlerine dayandığı veya bu hükümlerle uyumluluk arz ettiği devletlerde ikamet eden Müslümanlar bakımından tahkime müracaatın hükmü de mubah olarak ifade edilmişti. Böylelikle bir önceki başlıkta fıkıh temelli/uyumlu yerlerde tahkimin hükmü sadedinde varılan teorik sonuç ile tarihi süreçteki pratik durum uyumluluk arz etmektedir.

B. Fıkıhın Egemen Olmadığı Zamanlarda/Topraklarda Müslümanların Tahkim Tecrübeleri: Hindistan Örneği

Avrupalı güçler 17. yüzyılın başlarında Hindistan'da ticaret merkezleri kurmuşlar ve Babür ve Maratha İmparatorlukları zayıfladıkça birçok istikrarsız Hint bölgesini manipüle edip kontrol altına almayı başarmışlardılar. 18. yüzyılın sonları ve 19. yüzyılın başlarında Hollanda, İngiltere ve Fransa hem vekil yöneticiler hem de doğrudan askeri müdahale yoluyla Hindistan'da hâkimiyet mücadelesi verdi. Akabinde İngilizler Hollandalıları bölgeden çıkardılar. Fransızlar ise zayıf olduğu için bölgede tutuldu.⁴²⁴

Ticârî ve maddî çıkarlar doğrultusunda bölgedeki bankacılar, soylular, köylüler İngilizlerin tekeline girdi.⁴²⁵ İngilizler'in ağır vergi politikaları, şirket çalışanlarının yerli halkı küçümsemesi, gittikçe kötüleşen ekonomik durum, misyonerlerin rencide edici faaliyetleri, hukukî prosedürün karmaşık bir hal alması ve siyasî mânada hâkimiyetin yitirilmekte olması Müslümanların tepki göstermelerine yol açtı ve 1857'de İngilizleri ülkeden çıkarmak için bir askerî hareket başlatıldı. Ancak İngiliz Doğu Hindistan Şirketi (Uzakdoğu ve Hindistan'da İngiliz sömürgeciliğini temsil eden özerk devlet statüsündeki ticaret şirketi) İngiltere hükümetinin desteğiyle bu hareketi kanlı bir şekilde bastırdı. Ülkede hâkimiyetin tekrar kurulmasından sonra İngiliz hükümeti şirketin Hindistan'daki statüsünü iptal ederek ülkeyi doğrudan yönetim altına aldı ve kolonileştirdi (1858).⁴²⁶

İşte böyle bir İngiliz sömürgesinin hâkim olduğu dönemde Hindistan âlimleri Müslümanların yargılama işini nasıl idame ettireceklerini, bilhassa ahval-ı şahsiyye

⁴²⁴ Burton Stein, *A History of India*, ed. David Arnold (Oxford: Wiley-Blackwell, 2010), 193-196.

⁴²⁵ Stein, *A History of India*, 198.

⁴²⁶ Azmi Özcan, "İngiliz Doğu Hindistan Şirketi" (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994), 22/294, 295; Azmi Özcan, "Hindistan (Tarih)" (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994), 18/75-81.

konularıyla ilgili neler yapılması gerektiğini araştırmış, bu hususla ilgili yazıp çizmişlerdir. Bölge âlimlerinden Eşref Alî Tehânevî (ö.1943) 1932 yılına tekabül eden hicri 1351’de “el-Hîletü’n-Nâcize li’l-Hilyeleti’l-Âcize”⁴²⁷ isimli bir eser telif etmiştir. Bu kitap aslında mefkudun, biyolojik evlenme engelleri bulunan vb. kişilerin hanımları hakkında Hanefî mezhebinin uygulaması meşakkatli hükümleri yerine Maliki mezhebinin içtihatlarıyla amel edilebileceğini ortaya koyan ve bu gibi durumlarda sergilenecek tutumu ele alan bir çalışmadır. Bu konular gündeme geldiğinde Müslüman hâkimin/sultanın bulunmadığı durumlarda meydana gelen anlaşmazlıkları çözmek üzere Müslümanlardan bir topluluğun, tahkim heyetlerinin oluşturulması meselesi de işlenmiştir.⁴²⁸

Bu kitapta Müslüman bir hâkim/sultan bulunmaması durumunda Müslümanlardan oluşturulan bir topluluğun anlaşmazlıkları çözmesiyle ilgili Maliki içtihadının bazı Hintli Hanefiler tarafından tercih edildiği ancak bunun üzerine bazı istifhamlar uyandığını ifade eden ve bazı soruları maddeleyerek yönelten bir istiftaya yer verilmiştir. Birinci soruda mefkudun hanımı vb. durumda olanların hâkim bulunmaması halinde Müslüman topluluğa durumunu arz etmesi gerektiğini ancak bu topluluğun nasıl yargılama yapacağıyla ilgili bilgiyi kitaplarda bulamadıklarını ifade etmektedirler. Bu soruya cevaben Mescid-i Nebevî müderrisi Abdullah el-Mevtâ’nın cevabı şu şekilde özetlenebilir:

Soruda bildirilen ve benzer haldeki kadınlar hâkimin olmadığı yerde durumlarını Müslüman bir topluluğa arz ederler, onlar da meseleyi halletmek üzere bir araya gelirler. Bu topluluk tek bir hâkim hükmündedir. Nitekim fukaha da Müslüman bir topluluk hâkim makamında olduğunu benimsemiştir. Bu konudaki en açık ifadelerden birisi Maliki fakihî el-Kâbisî’ye (ö. 403/1012) aittir. Onun ifadelerine göre, bu kadın sultanın olmadığı bir yerde durumunu salih komşularına bildirir, onlar kocasının ne halde olduğunu araştırırlar ve akabinde kadına dört sene ve bir ölüm

⁴²⁷ Eserde hem Arapça ve Urduca telif edilen bölümler vardır. Urduca bölümlerin anlaşılmasında emek sarf eden Necmettin Erbakan Üniversitesi İslam Hukuku bilim dalı doktora öğrencisi kıymetli dostum Abdul Ghafar Hanafi’ye medyun-u şükranım.

⁴²⁸ Suheyb Hasen, “et-Tefrîkû’l-Kazâi min Hilal-i Kanavâti Meclisi’ş-Şerîati’l-İslâmiyye”, *el-Mecelletü’l-İlmiyye li’l-Meclisi’l-Avrubbî li’l-İftâ ve’l-Buhûs* (Dublin: y.y., 2006), 247.

Tahkimi icra eden hakemlerde adalet vasfı aranmaktadır. Adalet vasfında belirleyici unsur ise büyük günahlardan (kebâir) kaçınıp küçük günahlarda ısrarcı olmamaktır.⁴³³ Bu sebeple rüşvet alıp veren, faize bulaşan, namaz kılmayıp oruç tutmayan vs. gibi kimseler hakem olamaz. Tahkim heyetinde yer alan kimselerin tamamı dindar değilse de birkaç kişinin dindar olması gereklidir. Çünkü hakemin dindar olması, ortaya koyulan çözümün dine daha uygun, bereketli olmasını ve hüküm verme esnasında daha titiz davranılmasını sağlar.⁴³⁴

Hakemlik vazifesine ilim ehlinin iştirak etmesi oldukça önemlidir. Bilhassa nikâhın feshi gibi önemli konularda tahkim komisyonunun ehli ilim olması gerekir. Çünkü avamın hükmüne itibar edilmez. Ayrıca avamın verdiği hükmün şeriata muhalif olma olasılığı da söz konusudur. Mezkûr sebeplerden dolayı tahkim meclislerinde üyelerin tümü, bu mümkün değilse en azından çoğunluğu âlim olmalıdır. Avamın verdiği hüküm, şeriata muvafık olsa bile âlimlere/fukahaya danışmadan geçerli kabul edilmemektedir.⁴³⁵

Hakemlerin birden fazla görüş irat etmesi makbul değildir. Ayrıca birden fazla hakemin bulunduğu bir tahkim meclisinde hakemler arası ittifak bulunması gereklidir. Hakemlerin ihtilafı durumunda verilen hükme itibar edilmez. Zira taraflar tahkim üyelerinin ittifakla aldıkları kararlara rıza göstermişlerdir. Eğer tahkimin konusu nikâhın feshi ve tefrik ise, hakemlerin ihtilaf etmesi durumunda ne fesh ne de tefrik gerçekleşir. Böyle bir durumda tarafların yeniden tahkime müracaat etmeleri gerekir. İkinci defa tahkim gerçekleşip de üyeler ittifak ederse, ikinci tahkim geçerli olur.

Hülasa, Hindistan tahkim tecrübesinde en az üç kişiden oluşan adalet (dindarlık) ve ilim vasıflarını haiz hakem heyetinin ittifakla aldığı kararlar hâkimin hükmü gibi kabul edilmektedir.

⁴³³ Bununla birlikte farklı görüşler de bulunmaktadır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bk. Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed Kâsânî, *Bedâ'i u's-sanâ'i' fi tertibi 'ş-şerâ'i* (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003), 9/15-28.

⁴³⁴ Tehânevî, *el-Hiletü'n-Nâcize li'l-Hilyeleti'l-Âcize*, 73, 74, 271-273.

⁴³⁵ Tehânevî, *el-Hiletü'n-Nâcize li'l-Hilyeleti'l-Âcize*, 75, 271-273. Bu hassasiyet, klasik dönemde fukahanın tahkime karşı tutumlarındaki endişe ile paralellik arz etmekte olup konuyla ilgili Maliki içtihadın benimsendiği anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki verilerden hareketle fıkıh temelli/uyumlu olmayan yerlerde tahkimin hükmü sadedinde varılan teorik sonuç ile tarihi süreçteki pratik durum birbirine uyumlu görünmektedir.



VII. Günümüz Tahkim Uygulamaları

Günümüzde birçok ülkede insanlar günlük hayatta inançlarına uygun bir yaşam sürmek için gayret etmektedirler. Günlük hayatın bir parçası da yargıdır. Yargı aşamasında da insanlar aynı hassasiyeti göstermek istemektedirler. Müslümanların cevaplarını bilmedikleri ancak inandıkları dine uygun hareket etmek istedikleri binlerce meselenin ehil kişilere sorulup bu soru ve cevapların kayda geçirilmesi sonucu fetva kitapları meydana gelmiştir. Oldukça geniş fetva literatürü bu hassasiyeti en açık şekilde ortaya koymaktadır.

Ülkemizde de bu hassasiyet oldukça yaygındır. Gerek Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu'na, gerek başka kurum ve özel kişilerin dini yönlendirmesine ihtiyaç duyan vatandaşlar fikhin modern hayatı düzenleme noktasında yitirilen doğrudan etkisini pratik hayatta aramaktadırlar. Bu arayış yalnızca iftâ/istiftâ alanında değil, tarihin ilk anlarından beri yaygın olarak bilinen hakeme gitme, yani tahkim için de söz konusudur. Bir başka ifadeyle günümüzde hala insanlar hakem usulünü devam ettirmektedirler.

Örneğin Şanlıurfa'da halen devam eden bu uygulamaları sözlü olarak anlatan Mustafa Bülent Dadaş, tahkim uygulamalarına birebir tanıklık ettiğini ifade etmiş, halkın tahkime müracaatı kasteden “*şeriata gitmek*” sözünün yaygın olduğunu belirtmiştir. Dadaş, bölgedeki tahkim olaylarının istiftâ/iftâ formatına çekilerek fetva kitaplarında derlendiği bilgisini vermiş ve Ahmed Demirdöver'e ait “*el-Ecvibetü'n-Nakiyye ani'l-Es'ileti'l-Fıkhıyye*”⁴³⁶ isimli kitabın bu türden bir kitap olduğunu yakinen bildiğini ifade etmiştir. Mezkûr kitaptaki soru-cevapların birçoğu aslında günümüzde halen yaygın olarak başvuru tahkim yönteminin biçim değiştirerek yazıya dökülmüş halinden ibarettir. Aynı nitelikte daha pek çok eser bulunmaktadır.

Bu bilgileri destekleyici mahiyette, aynı bölgede benzer uygulamaları Recep Çiğdem şu şekilde anlatmaktadır:

⁴³⁶ Ahmed İbn Muhammed Emin Harrânî, *el-Ecvibetü'n-Nakiyye ani'l-Es'ileti'l-Fıkhıyye* (İstanbul: Haşimi Yaynevi, 2020).

“...Şanlıurfa’da “cemaate gidelim” anlayışı da bunun bir yansımasıdır. Şanlıurfa’da ticâri veya ailevi sorunlar olduğunda hızlı çözüm yolu olarak dini bilgisi ve hayat tecrübesi olduğu düşünülen kişilere gidilmekte ve onların çözüm yoluna itibar edilmektedir. Bu bağlamda, Balıklıgöl civarında yer alan Fetva meclisi adıyla bilinen kurula sık sık başvuru yapılmaktadır. Her çarşamba günü belli saatler arasında (ikinci ile akşam arası) kişilerin sorunları kurulda dinlenmektedir. Taraflar ve deliller hazırorsa sorun çözümlenmekte, aksi halde tarafların birlikte gelmeleri ve delillerini sunmaları için süre verilmektedir. Bu kurul tarafından alınan kararların, fetva olarak yayımlanmasının planlandığı dile getirilmektedir.”⁴³⁷

Pratik uygulamayı aktardıktan sonra Çiğdem, ülkemizde resmi nikâh kıyma yetkisinin müftülere verilmesini de referans göstererek kendilerine hakem yetkisi tanınmasını teklif etmektedir.⁴³⁸ Tahkime başvurmak isteyen kimselerin ihtiyaçlarına cevap verilmesi yolunda yetki tanınmış hakemlerin bulunması noktasında hemfikir olmakla birlikte bu hakemlik yetkisinin ülkemizde müftülerle sınırlı tutulmasının isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. Zira bu durum beraberinde bazı sorunları getirebilir. Çünkü hakemlik özel bir birikim, beceri ve her şeyden öte özel bir çaba/mesai gerektirmektedir. Ülkemizde müftülerin mevcut iş yoğunluğu bu özel mesaiye elverişli olmayabilir.

Hakemlik, aleyhine karar verilen kimseler tarafından hoş karşılanmama, hasımlık gütme gibi riskleri barındıran bir iştir. Toplumun her kesimine karşı birleştirici/yapıcı tutum sergilemesi gereken, ayrıştırıcı noktalarda hassasiyet gerektiren bir makam olan müftülük bu risklere maruz bırakılması, ifta makamının saygınlığına gölge düşürülmesi gibi durumlardan kaçınılmalıdır. Ayrıca hakemler buldukları yerin örf ve adetlerini, geleneklerini bilen ve bu hususları göz önünde bulundurarak karar veren kişiler olmalıdırlar. Oysa müftüler çoğu zaman memleketleri haricinde görev yapmakta olup, görev yerlerinin örf ve adetlerini öğrenmeleri zaman alabilmektedir.

⁴³⁷ Çiğdem, “Çok Hukukluluk ve Aracılık/Tahkim Bağlamında Osmanlı ve Türk Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması”, 253.

⁴³⁸ Çiğdem, “Çok Hukukluluk ve Aracılık/Tahkim Bağlamında Osmanlı ve Türk Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması”, 253-254.

Bu olumsuzluklar göz önünde bulundurularak, uygun hal ve şartlarda müftülere hakemlik yetkisinin verilmesi düşünülebilirse de müftülük bünyesinde İslami ilimler alanında uzmanlaşmış ve halkın pratiğini de bilen bir heyetin oluşturulması daha isabetli görünmektedir. Ayrıca tüm mesaisini hakemliğe verecek, toplumun saygın kişilerinden oluşturulacak heyetlerin görev yaptıkları müstakil tahkim kurumları tesis edilmelidir. Buna binaen günümüzde bu ihtiyacı gidermek için özel tahkim kurumlarının kurulmasını elzem gördüğümüzü tekrar ifade etmeliyiz. Zira bu toplumdaki birçok kesimin ihtiyaç duyduğu, genel yargının yükünü hafifletecektir.



VIII. İslam Hukukuna Dayalı Tahkim Uygulamalarında Hakem Kılavuzu

İhtiyacı

Tahkimin günlük hayatta sık müracaat edilen bir anlaşmazlık çözme yöntemi olarak kullanılması durumunda İslam hukukuyla çözüme kavuşturulması istenen anlaşmazlıklar bakımından hakemlere rehberlik edecek bir İslam hukuk kılavuzunun ortaya konması ihtiyacı daha net hissedilecektir. Zira pratik tahkim uygulamalarında birebir sorunlarla karşı karşıya kalınacak, bu sorunların aşılması için yine pratik çözüm ihtiyacı hâsıl olacaktır. Hakemlere rehberlik edecek bu kılavuzun günümüz hukuk diline uygun ve çağın gereksinimlerini karşılayan bir metin olması gerekmektedir.

Dünyanın farklı yerlerindeki çeşitli uygulamaları yakinen takip eden ve seyirle ilgili çalışmalar yapan fıkıh meclislerinin yetkin uzmanları tarafından kolektif bir çaba neticesinde ortaya konacak yazılı bir dokümanın sağlayacağı pek çok yarar vardır. Bunlardan birisi, ortaya çıkacak metnin İslam hukukuna göre tahkim icra edecek hakemlere bir hakem kılavuzu hüviyetinde sunulması olacaktır. Böylelikle hakem kararlarının istikrarı ve sağlamlığı artacak, kararlardaki hakem hataları önemli ölçüde azaltılmış olacaktır. Somut olaylara bağlı olarak hakem inisiyatifleri bulunsa da hükme esas yazılı bir hukuk kılavuzunun hakemlerin istifadesine sunulması olası karar karmaşalarını ve benzer uyuşmazlıklara verilen kararlardaki ikilikleri asgariye indirmede etkili olacaktır. Hakem kararlarında birlik temin edilmesi, Müslümanlar arasında cereyan eden yargıda ihtilaf algısının da bertaraf edilmesine katkı sunacaktır.⁴³⁹

Fetvanın bağlayıcılığının olmadığı, mezheplere göre fetvanın değiştiği göz önünde bulundurulursa tarafların fetva aracılığıyla sorunlarını çözme olasılığı düşük kalmaktadır. Tam bu esnada tahkim kurulları devreye girmektedir. Ancak hakemlerin de farklı kanaatler serdetmesi bilhassa Batı toplumlarında İslam'la ilgili dini bilgisi zayıf kişiler tarafından anlaşılamayacak, “birden fazla İslam” algısı doğacak, uygulamada sağlanamayan birlik başka bazı kargaşalara da sebep olacak ve nihayet insanların tahkim kurumuna olan güveninin sarsılması ile sonuçlanabilecektir.

⁴³⁹ Dadaş, “Hudüdü salahiyeti'l-kâdî fi't-tefrîki beyne'z-zevceyn”, 677.

Bilhassa anlaşmazlıklarını inandıkları dinin hükümleri doğrultusunda gidermenin yegâne yolu tahkim olan kişiler nezdinde, hakem hataları yahut çeşitli sebeplerden dolayı tahkime güvenin sarsılması kabul edilebilir bir durum değildir. Mutlaka bu güven tesis edilmeli ve özenle korunmalıdır.⁴⁴⁰

Bu çerçevede hakem kararlarında genel bir birlik temin edilip bir standart sağlanmakla birlikte özel bazı tahkim olaylarında olayın hususiyetine bağlı olarak farklı bazı uygulamalara imkân tanınması ise son derece olağandır. Tahkimin başta gelen özelliği sulh-ü sükûnu tesis olduğundan, bu amaca mebni olarak uygulamada kimi farklılıkların olması normal karşılanmalıdır. Ayrıca taraflar ve hakem ilişkilerine yansıyan özel hassasiyetler de dikkate alınmalı, bu anlamda hakeme bir manevra alanı bırakılmalıdır.

Bu başlıkta günümüz tahkim uygulamalarına rehberlik edecek bir İslam hukuk kılavuzuna duyulan ihtiyaç temellendirilecek ve bazı teşebbüslere ve örneklere yer verilecektir.

Özellikle aile hukuku konularında böyle bir yazılı metne duyulan ihtiyaç muhtelif fıkıh meclislerinin ortak çalışması olarak saptanmıştır. Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu dünyadaki fıkıh meclisleriyle ahval-i şahsiyye meseleleri hakkında 22.02.2022 tarihinde bir çalıştay düzenlemiştir.⁴⁴¹ Çalıştaya Meclisu'l-Avrubbî li'l-İftâ ve'l-Buhûs, Mecmeu'l- Fıkhî'l- İslâmî el-Hindî, el-

⁴⁴⁰ Dini soru(n)ları çözüme kavuşturan kurumlara olan güvenin zedelenmemesi uğruna gösterilen titizlikle ilgili Ali Himmet Berki'nin *İslâm Şeriatında Kaza* isimli eserinin "Tahkim" başlığı altında naklettiği şu hatırası oldukça önemli bir tarihi şehadettir: "*Şer'iyye mahkemelerinin temyiz mercii olan Mulga fetvâhaneyi âlinin ilamat dairesinde memur bulunduğum bir sırada müşahade ettiğim bir vâkıayı nakletmeden geçemeyeceğim. Şam Şer'iyye mahkemesinden verilen bir veraset hücceti tetkik olunmak üzere fetvâhaneye gönderilmiş ve tasdik olunarak iade kılınmıştır. O zaman şam gâzisi bulunan zat bu hüccet meselesinin tashih ve sehimlerin tayini yanlış olduğu halde tasdik olunmuş olduğundan bahsile fetvâhâneye iade etmişti. Filhakika miras meselesinin tashih ve sehimlerin yanlış olduğu anlaşıldı. Mesele, Fetvâhâne erkânı arasında telâşla karşılandı, kim tarafından tetkik edildiği ve niçin dikkat edilmemiş olduğu araştırıldı, fetva emini ve ilâmat müdürü sabahtan akşama kadar bu işin tahkiki ile meşgul oldular. İlâmat müdürü olan zat Âlim, Fakih ve şiddetizekâ ve hâfıza ile ma'ruf Kayserili İsmail efendi merhumdu. Efendi hazretleri insan hata edebilir bu mes'ele niçin bu derece büyütüldü diye sebebini anlamak istedim. Cevaben evet hata olabilir, fakat mesele fetvâhaneye halkın itimadi mes'elesidir. Hata tekerrür ederse itimat kalmaz o halde bu daireyi lâğvedip yenisini teşkil etmek icabeder buyurdular. Şu yüksek düşüncüyü hiç unutamiyorum. İşte kaza bu kadar mühim ve naziktir."* Berki, *İslâm Şeriatında Kaza*, 76-77.

⁴⁴¹Diyanet Haber, "Din İşleri Yüksek Kurulu Uluslararası Fıkıh Meclisleriyle Çevrimiçi Buluştu" (Erişim 27 Mayıs 2023).

Ma‘hedü’l-Âli el-İslâmî Haydarâbâd, Meclisü’l-Fetvâ li’ş-Şurâ’l-İslâmiyye’l-Avrasiyye⁴⁴² meclisleri katılmıştır. Bu çalıştayın sonuç bildirgesinde takip edecek yeni çalıştaylar marifetiyle ahval-i şahsiyye konularının eksiksiz olarak yer alacağı ve ihtiyaç halinde hakemlerin müracaat edecekleri bir materyal üzerine çalışılması kararlaştırılmıştır.⁴⁴³

Bu çalıştayı takiben düzenlenmesi planlanan çalıştay dizisinin ikincisi henüz icra edilmemiştir. Bu alanda yapılacak çalışmalar büyük ehemmiyeti haiz olup ilgililer tarafından takip edilmesi teorik ve pratik açıdan tahkime büyük katkı sunacaktır.

Tahkim uygulamalarında esas alınacak hukuk kılavuzu inşa edilirken ilgili literatürün tamamından istifade ederek somut olaylar karşısında eksiklikler tespit edilmeli ve bu hususlar mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu tedvin sırasında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Hukuk-ı Aile Kararnamesi⁴⁴⁴, Muhammed Kadri Paşa’nın üç eseri (*Mürşidü’l-Hayrân ilâ Ma‘rifeti Ahvâli’l-İnsân fi’l-Mu‘âmelâti’ş-Şer‘iyye ‘alâ Mezhebi’l-İmâm Ebî Hanîfe en-Nu‘mân, el-Ahkâmü’ş-Şer‘iyye fi’l-Ahvâli’ş-Şahsiyye ve Qanûnü’l-‘Adl ve’l-İnşâf fi’l-Kazâ’i ‘alâ Müşkilâti’l-Evkâf*)⁴⁴⁵, Muhammed Taki el-Osmânî’ye ait “*Meşru‘ li-Kanunin İslâmîyyin li’l-Büyu‘i ve’d-Düyûn*”⁴⁴⁶ isimli Borçlar hukuku denemesi, Mustafa Ahmed ez-Zerkâ’nın (ö.1999) başkanlığını yaptığı bir komisyon tarafından 1959-1961 yılları arasında Mısır ve Suriye’deki ahval-i şahsiye alanında ortak bir kanun metni olması için hazırlanan “*Meşru‘u Kanuni’l-Ahvali’ş-Şahsiyye el-Muvahhad*” gibi çalışmalar tahkim kurullarınca müzakere edilmesi muhtemel bazı eserlerdir.

⁴⁴² Bu meclislerin konumu ve yukarıdaki meclislerden bazıları hakkında geniş malumat için bk. Dadaş, “Bir Fetva Belirleme Yöntemi Olarak Heyet İctihadı ve İslam Dünyasında Bu Amaçla Kurulan Fıkıh Meclisleri”, 311-342.

⁴⁴³ Dadaş, “Hudûdü salahiyeti’l-kâdî fi’t-tefrîki beyne’z-zevceyn”, 661.

⁴⁴⁴ Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin İslam dünyasındaki ahval-i şahsiyye kanunlarının temelini teşkil etmesi, hazırlanmasındaki sebepler ve kısa bir tanıtımı için bk. Dadaş, “Hudûdü salahiyeti’l-kâdî fi’t-tefrîki beyne’z-zevceyn”, 670, 671.

⁴⁴⁵ Bu üç eserin hazırlanış sebebi ve tanıtımı için bk. Dadaş, “Hudûdü salahiyeti’l-kâdî fi’t-tefrîki beyne’z-zevceyn”, 670; Mehmet Akif Aydın, “Muhammed Kadri Paşa”, *DİA* (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994), 30/543.

⁴⁴⁶ Muhammed Taki Osmânî, *Meşru‘ li-Kanunin İslâmîyyin li’l-Büyu‘i ve’d-Düyûn* (İstanbul: Darü’l-Kütübi’l-Arabiyye, 2022). Bu kitap, yazarın Fikhü’l-Büyu‘ isimli çalışmasının son kısmında yer alan kaidelerin ayrıca neşredilmesi ve bu kaidelere bazı izahlar yapılmasından ibarettir.

Ayrıca Mustafa Hayri Efendi'nin (ö.1867-1921) şeyhülislamlığı döneminde Ali Haydar Efendi'nin yalnızca talak konularından müteşekkil 3441 maddelik üç ciltlik “*Kitabü't-Talâk*”⁴⁴⁷ kanun formatında hazırlandığı için oldukça önemlidir. Yine kendisinin tam ismi “*el-Cüz'ü'l-evvel mine'l-ahkâmi's-Şer'iyye fi'l-ahvâli's-Şahsiyye*” olan *Kitâbü'n-Nafakât*'ı, nafaka konusunda hazırladığı 34 maddeden müteşekkil kanun tasarısı⁴⁴⁸ da bu meyanda zikredilmelidir. TBMM Hükümeti döneminde 1923-1924 arasında çalışan Ahval-i Şahsiye komisyonunca hazırlanan ve 30.12.1924 tarihinde Seyyid Bey tarafından meclise sunulan 142 maddelik tasarı⁴⁴⁹ da üslup/yöntem ve muhteva bakımından incelenebilir.

Sayılan eserler arasında bilhassa Mecelle dikkat çekmektedir. Zira kolektif bir çabanın ürünü olan bu kanun çalışması yürürlükte kalmış, tecrübe edilmiş ve takdirleri üzerinde toplamıştır. Bu bakımdan günümüz tahkim yargılamalarında Mecelle'nin esas alınması yahut Mecelle'ye referansla yeni bir hukuk yönergesinin yazılması yerinde olacaktır.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ Hacı Mehmet Günay, “Son Devir Osmanlı Hukukçusu Küçük Ali Haydar Efendi: Hayatı, İlmi Faaliyetleri ve Eserleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 6 (2005), 187; Ali Aslan Topçuoğlu, “Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi'nin Hayatı ve Hukukçuluğu”, *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi* 28 (2010), 346; "Narin, “Son Devir Osmanlı Âlimlerinden Ali Haydar Efendi'nin Hayatı, Hukukçuluğu ve Eserleri”, *İlahiyat Tetkikleri Dergisi* 46 (2016), 73; Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 68.

⁴⁴⁸ Günay, “Son Devir Osmanlı Hukukçusu Küçük Ali Haydar Efendi”, 183, 186; Topçuoğlu, “Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi'nin Hayatı ve Hukukçuluğu”, 343, 344.

⁴⁴⁹ Karadağ, *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*, 69.

⁴⁵⁰ İlgili makalesinde Ülker, Mecelle'nin tahkim davalarında uygulanabilir olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: “*İhtiyari tahkimde asıl olan tarafların iradeleridir ve taraflar emredici hükümlere aykırı olmamak koşulu ile yapacakları sözleşmede takdir yetkilerini diledikleri gibi kullanabilirler. Taraflar aralarındaki uyuşmazlığın Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye hükümlerine göre çözümleneceğini kararlaştırmaları durumunda hakemler bu koşula uymak zorundadırlar ve uyuşmazlığı Mecelle hükümlerine göre çözmelidirler.*” Ayrıca arabuluculukta da aynı sonuca ulaşılmıştır: “*Arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler incelendiğinde arabuluculuk faaliyetlerinin nasıl sürdürüleceği kanununun 15. maddesinde belirtilmiştir. “Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.” Usul konusunda taraflara serbestlik getiren bu düzenleme olmasına rağmen, taraflar arasındaki uyuşmazlığın kendisine uygulanacak hukuk hakkında yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Arabuluculukta tarafların iradeleri esas olduğu için asıl olan taraf iradelerinin uyuşmasıdır. Arabuluculuk tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunacağı konularda olabildiği için bu konuda taraflara serbestçe karar verebilecekleri bir alan bırakılmış, tarafların uyuşmazlığı çözerken dikkate alacakları hukuka karışılmamıştır. Bu nedenle taraflar dilerse uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak meri hukuk tercih edilebileceği gibi, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye hükümlerine göre de uyuşmazlık çözümlenebilir.*” Ülker, “Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle Hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün Mü?”, 461, 464.

Tahkim kılavuzunun İslam hukukunda hangi mezhebe göre hazırlanacağı konusunda Osmanlı devletinin yargılama tecrübesini dikkate almak gerektiği düşünülmektedir. Zira o dönemlerde de halkın içinde farklı mezhep müntesipleri ve hatta farklı dine mensup halk mevcuttu.⁴⁵¹ Bu halka sahip bir devlette yargılama hukukunda esas alınacak mezhep tayini meselesiyle karşılaşmış ve bu duruma bilfiil çözüm getirilmiştir. Bulunan çözüm teorik planda kalmamış ve bu devletin ömrü boyunca uygulamada kalmış, bu çözüm deyim yerindeyse rüştünü ispat etmiştir.

Bu bakımdan başta Mecelle olmak üzere yukarıda istifade edilmesi teklif edilen çalışmaların yöntemleri incelenmeli, bu metinlerin tarihi süreçteki serüvenleri dikkate alınmalı, eksikleri tedarik edilmelidir. Dile getirilen bu seçenekte yeni bir yöntem ortaya koymaktan ziyade tarihi tecrübeye oluşan metinlerin tecrübesini günümüze en uygun biçimde taşımak, günümüze uyum göstermeyen taraflarını güncellemek gerektiği öne çıkmaktadır.

Tahkim uygulamalarında ihtiyaç duyulan bu kılavuzun farklı mezheplere müntesip bireylerin beklentilerini aynı anda karşılayabilmesi de önemlidir. Bu noktalarda farklı görüşlerin olması kaçınılmaz olup en ideal yöntemin tespiti adına mesele hakkında çalışan kimseler tarafından imâl-i fikirde bulunulması, müzakere edilmesi önemlidir.

Uygulamadaki artı ve eksileri, zorlukları, oluşturacağı algı vs. gibi hususlardan soyut düşünülduğünde dört mezhebin temel prensiplerine göre birer hakem kılavuzu hazırlamak üzere dört alt komisyon temin edilip bu komisyonların ortaya çıkardığı metinlerin üst bir komisyon tarafından incelenmesi, uygun gördüğü yerlerde bazı hükümleri tamamında tek bir hükme bağlaması ve ortaya çıkan bu kılavuzların her bir hukuk ekolüne ait tahkim kılavuzu olarak hakemlere duyurması gibi yeni bir yöntem

⁴⁵¹ Kilisenin kendilerine tabi olanlara kadı mahkemelerine müracaat etmelerini yasaklamaları, bu yasaklamaya rağmen Hristiyanların kadı mahkemelerine başvuruları ve kiliseye aksi görüş beyan eden Gradeva'nın görüşleri konu bakımından önem arz etmektedir. Hristiyan halkın kiliseye itirazları sadedinde kadı mahkemelerinde Müslümanlar aleyhine açtıkları davaların bazılarını kazandıklarını, kendi mahkemelerinde hukuki olarak tatmin olmadıklarını ifade etmeleri dikkat çekicidir. Çiğdem, "Çok Hukukluluk ve Aracılık/Tahkim Bağlamında Osmanlı Ve Türk Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması", 246.

belirlenmesi de mümkündür. Elbette bu ihtimallerden hangisinin günümüz tahkim uygulamalarına daha uygun olacağı nihai olarak tecrübe ile bilinecek bir husustur.

Ortaya çıkan böyle bir hakem kılavuzunun hukuki temellendirmesi, hangi hakemler nezdinde, nasıl muteber olacağı, bu metnin hakemleri bağlayıcılığı hususları da oldukça önemlidir. Teoride planlanan bazı hususlar uygulama sırasında değişebilecek, gerçeklik teoriyi uygulanabilir düzeye çekebilecektir. Bu bakımdan yukarıdaki sorulara verilecek cevaplar, bir başka ifadeyle hakem kılavuzunda uygulama esaslarına ilişkin teklifler zaman içinde değişmeye, gelişmeye açık, alandaki araştırmacıların kıymetli görüşleri çerçevesinde yeniden şekillenebilecek görüşlerden oluşmaktadır.

Bahis konusu kılavuzun hukuki statü olarak nerede durduğu sorusu da akla gelebilir. Bilindiği üzere hukukun kaynakları temelde asıl ve yardımcı kaynaklardan oluşmaktadır. Asıl kaynaklar da kendi içinde “yazılı” ve “yazısız” olmak üzere ikiye ayrılır. Yazısız kaynaklar örf ve adetlerden oluşmaktadır. Hukukun yardımcı kaynaklarından birisi ise bilimsel görüşler (doktrin)dir. Bilimsel görüşler (doktrin), tartışmalı olan hukukî konularda hukuk bilim adamlarının ileri sürmüş oldukları düşünce ve kanaatlerden oluşmaktadır. Bilimsel eserlerin türleri, şerhler, sistematik eserler, monografiler, makaleler ve diğer eserlerden oluşur. Hâkim bu eserlerden yararlanabilir ancak bunlara uyma zorunluluğu yoktur.⁴⁵²

Teklif edilen hakem kılavuzu da hukukun yardımcı kaynaklarından birisi olan doktrin statüsünde değerlendirilmelidir. Esasen tarafların herhangi bir tahkim merkezinin kurallarını yahut kendilerinin seçtikleri bir kılavuzu aralarındaki uyumsuzluğa esas kabul ettiklerinde tahkim sözleşmesinin aslı gibi usul kuralları da sözleşme hükmü kabul edilecek ve hem tarafları hem de hakemleri bağlayıcı hale gelecektir.⁴⁵³

İslam hukukuna dayalı tahkim uygulamalarında hakemlere rehberlik etmesi düşünülen bu kılavuz İslam hukukuna göre hazırlanacaktır. Müslüman ülkelerde örf ve adetlerinin önemli bir kısmını ise İslam hukuku şekillendirmiştir. Bir başka ifadeyle

⁴⁵² Gözler, *Hukuka Giriş*, 166-201.

⁴⁵³ Ülker, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?”, 1091.

birçok örf ve âdet olarak bilinen ve uygulanan hususun temeli esasında İslam hukuku hükümleridir. Bilindiği üzere örf ve adetler dinî kuralların benimsenip yaygınlaşması yoluyla ortaya çıkabilmektedir. İslam'ın yerleşmesinden sonra da Kur'an ve Sünnet kaynaklı örf ve adetler yaygınlık kazanmaya başlamıştır.⁴⁵⁴

Türk hukuk sisteminde medenî hukuk ve ticaret hukuku gibi alanlarda da örf ve âdet kuralları hukukun kaynakları olarak kabul edilmektedir. Bu bilgilerden hareketle, tahkim kılavuzu hukukun yardımcı kaynaklarından birisi olan doktrin mahiyetinde olmasının yanında aynı zamanda aslî kaynaklardan oluşması bakımından da son derece önemlidir. Şöyle ki aslî kaynaklardan birisi olan örf ve âdeti umumi anlamda şekillendiren, yani örf ve âdete de kaynaklık eden İslam hukuku hükümleri uyarınca hazırlanacak tahkim kılavuzu hukukun kaynakları itibarıyla hem asli yazısız kaynaklardan örf ve adetler hem de yazısız kaynaklardan olan doktrin temelli sayılacaktır.

Burada yazısız kaynaklardan olan örf ve adetlere yazılı kaynaklar aşılarak müracaat edilemeyeceği itirazı gündeme gelebilir. Ancak tahkim zaten yazılı kaynaklardan olan kanunun emredici hükümlerine aykırı olmayacak biçimde cereyan edeceği ve kanunun tahkime müracaatı meşru görmesi bu itirazı bertaraf edecektir. Elbette hâkim, kanuna bakmaksızın, doğrudan doğruya örf ve âdet kurallarını uygulayamaz.⁴⁵⁵

Tahkim uygulamalarında görevli hakemlerin büyük bir kısmının, uygun gördükleri bir tahkim merkezinde hizmet verdikleri uygulamada bilinen bir vakıdır. Mezkûr tahkim merkezlerinin kurumsal kimliklerinin oluşması, öngörülebilirliğin sağlanması ve merkez uygulamalarındaki birlikteliğin temini bakımından kurumsal yönerge yayımlamaları da alışık olunan bir durumdur. Tam da bu noktada hakem kılavuzunun gerekliliği bir kez daha hissedilmektedir. Zira İslam hukuku hükümlerinin maddeler halinde günümüz hukuk diliyle yer aldığı bu kılavuzun yayımlanmış olması halinde özel tahkim merkezleri de kendi kurumsal yönergelerinde

⁴⁵⁴ “Örf ve Adet”, *Temel İslam Ansiklopedisi*, ed. Tuncay Başoğlu (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2020), 6/450, 451.

⁴⁵⁵ Gözler, *Hukuka Giriş*. İşte bu nedenle bazı medenî hukukçular, örf ve âdet hukukunu “tali kaynak” veya “tamamlayıcı kaynak” olarak nitelemektedirler.

söz konusu kılavuzun uygulanmasıyla uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması gerektiğini kararlaştırabilirler. Bu cümleden olarak ilgili tahkim merkezinde hizmet vermekte olan tüm hakemlerin bu kılavuzu uygulamaları sağlanmış olacaktır.

Elbette ki kurumsal yönergeye aykırı olacak şekilde kılavuz haricinde çözüm önerileri içeren hakem kararının emredici hukuk kurallarına ve kamu düzenine aykırı olmaması halinde geçersiz sayılması gibi bir durum söz konusu değildir. Ne var ki tahkim merkezi yönergesine uymayan hakemlerin ilgili merkezden ilişkileri kesilebilecektir. Bu husus ise tahkim merkezlerinde çalışma barışının sağlanabilmesi açısından önem arz etmektedir.

Benzer şekilde; muteber bir kılavuzun yayımlanması durumunda herhangi bir tahkim merkezine bağlı olmaksızın çalışan hakemlerin de başucu kaynağı olacaktır. Hukukun adalet ve suhuletle ikame edilmesine hizmet edecek, hukuk birliğine katkı sunacak böylesi bir kılavuza hakemler tarafından duyulacak ihtiyaç yadsınamaz bir gerçektir. Hatta uygulayıcılardan bağımsız olarak uyuşmazlık taraflarının dahi tercih sebebi olabilecek ve aralarındaki uyuşmazlığa çözüm yolu olarak tahkim esaslarının uygulanması bu kılavuzun rehber kabul edilmesi şartına bağlanabilecektir.

Hakemlere rehberlik edecek bir hukuk yönergesine yöneltilecek kimi eleştirilerin olması mümkündür. Bu eleştirilerden bir kısmı söz konusu yönergenin kimi bölümlerinin fikhî ahkâma tam olarak uymadığı, metodolojik olarak takip edilmesi gereken bazı usul prosedürlerinin yerli yerince uygulanmamasına ilişkin olacaktır. Bu tenkitlerin öngörülmesi, daha önce de belirtildiği üzere kanun sebebiyle hakem kararlarının ülkemiz kamu düzenine aykırı olmasının mümkün olmamasındandır. Bu kural nedeniyle hakem kararlarına rehberlik edecek hukuk yönergesinde bazı hususlarda istenilen düzeyde bir fikhî düzenleme yapılamayabilir.

Bu noktada gelen eleştirilerin ilmî olarak haklılık payından söz edilebilir. Ancak bu eksiklikler mevcut durum içerisinde olabildiğince İslam hukukuna dayalı tahkim uygulamalarının alanını genişletmek, bu gaye yolunda durumu zora sokacak tasarruflardan uzak durmak amacıyla bir süreliğine hoş görülmelidir. Bu tutum sadece tahkim uygulamalarında değil, modern zamanlarda fıkıh temelli yönerge, kanun vs.

girişimlerin tamamında güdülmesi gereken bir siyasettir. Bu tutuma riayet edilmemesi arzu edilmeyen kimi sonuçlar doğurabilecektir.⁴⁵⁶

Tahkimde uygulanacak İslam hukuku hükümlerinin bulunduğu hakem kılavuzunun yanı sıra tahkim usulüne dair kanun düzenlemeleri üzerine de çalışılmalıdır. Örneğin Abdülhannan el-İsa tarafından tahkimin usulüne ilişkin de örnek bir kanun teklifi hazırlanmıştır.⁴⁵⁷ İlgili çalışmada tahkimin işleyişiyle ilgili hemen her konuya değinilmiş ve 93 maddelik bir kanun teklifi ortaya konmuştur. Tahkim merkezlerinin usule ilişkin esaslarının belirlendiği yönergelerinde bu ve benzeri çalışmalardan istifade edilebilecektir.

⁴⁵⁶ Bu durumun bir örneği yakın tarihimizde tecrübe edilmiştir. İttihad ve Terakkî hükümeti tarafından yürürlüğe konulan 27.10.1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi, yaptığı bazı yenilikler ve metot değişiklikleri sebebiyle ciddi bir eleştiriye tabi tutulmuştur. Örneğin Dârülfünun müderrislerinden Sadreddin Efendi Sebülürreşâd mecmuasında kararnameyi tenkit eden yirmi civarında makale kaleme almıştır. (Abdurrahman Yazıcı, “Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi’nin Eleştirileri”, *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* - 19/62 (2015), 567-584.) Kararnameye yöneltilen eleştiriler için ayrıca bk. Ensar Durmuş - Mehmet Ali Yargı, “1917 Tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi’ne Yöneltilen Eleştiriler”, *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 15 (2019), 312-363. Kararname, 19.06.1919 tarihli Şeyhülislam Mustafa Sabri Efendi’nin imzası ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu imzada söz konusu tenkitlerin önemli rolü bulunduğu ifade edilmektedir. Hatta kimi yazarlarca kararnamenin yürürlükten kaldırılmasının esas nedeni olarak görülmektedir. Hukuk Fakültesi hocalarından Abdurrahman Münib Bey de kararnamenin ilgasında bazı hükümlerin Şer‘-i Şerîfe aykırılığı iddiasının etkili olduğu kanaatindedir. (Mehmet Akif Aydın, “Hukuk-ı Aile Kararnamesi” (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994), 18/317, 318.) Nitekim Ali Haydar Efendi tarafından hazırlanan nafaka kanun tasarısı mahiyetindeki Kitabü’n-Nafakât’ın mukaddimesinde asrın ihtiyaçları göz önüne alınarak mecburi olarak farklı mezheplerin görüşlerinden istifade edildiği ifade edilmiştir.(Topçuoğlu, “Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi’nin Hayatı ve Hukukçuluğu”, 344.) Bu tarihi tecrübeden hareketle ortaya konan İslam hukuku temelli yargı fonksiyonu görebilecek metinlere tenkit oldukça stratejik yürütülmelidir. Nitekim Hukuk-ı Aile Kararnamesi’ni yitiren Müslümanlar, şu an tahkim uygulamalarında esas alınacak metin arayışında aynı kararnameyi özlemle yâd etmektedirler.

⁴⁵⁷ Abdülhannan İsa, *Meşru ‘u’l-Kanuni’n-Nemûzeci li’t-Tahkimi’l-İslâmi* (b.y.: y.y., 2023).

SONUÇ

Tahkimin tarihi, hukuk tarihi ile başlatılabilir. Tahkim her ne kadar tarihi seyrinde genel yargının gölgesinde kalmışsa da günümüzde varlığını korumaktadır. Kitap, Sünnet, icma ile sabit olan ve genel olarak fukaha tarafından yargı işlevine sahip bir mekanizma olarak değerlendirilen tahkim, tarihin belli dönemlerde kurumsallaşmış, devlet eliyle de yürütülmüştür.

Tahkim, aynı zamanda Türk pozitif hukukunun benimsediği, kendi içinden gördüğü, hakem kararlarının -tıpkı yargı kararları gibi- uygulanmasını onayladığı bir kurumdur. Bu bağlamda pozitif hukukun taraflara tahkimlerinde esas olacak hukuk sistemini seçme özgürlüğü tanınması, ihtilaflarını inancına uygun çözümlenmek isteyen fertlere hukuksal bir alan açmakta, meşruiyet zemini temin etmektedir. Buna bağlı olarak taraflarca anlaşmazlığın İslam hukuku kuralları ile çözüme kavuşturulmasının talep edilmesi halinde hakemlerin bu talep mucibince karar vermelerinin önünde hukuken herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Tahkimin taraflara verdiği hukuk sistemini seçebilme imkânı başta olmak üzere birçok müspet yönü bulunduğunu söylemek mümkündür. Gönüllülük esasının temin ettiği imkânlar, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi hem devlet hem vatandaş için yargıya nispetle daha az maliyetli olması, tarafların mahremiyetinin muhafazası, çözümün daha çabuk elde edilmesi ve başka birtakım hususlar tahkimin müspet yönlerine örnek olarak zikredilebilir. Bu hususlar mülâhaza edildiğinde, pratik faydası bakımından tahkime sıkça başvurulması, uygulamasının önündeki engellerin kaldırılıp yaygınlaştırılması gereklidir.

Fakihlerin kimi endişelerle çok geniş uygulama alanı açmak istememesi, bunun için tahkime mesafeli durmasının yanında tahkime elverişli konular bakımından teorik olarak oldukça geniş bir alan görülmektedir. Tahkime cevaz verilmeyen hususların ise bazı ilkelere dayandığı görülmektedir. Doğrudan kamu düzenine ilişkin değerlendirilen ve yalnızca kamu otoritesince davası görülebilecek Allah hakları, tarafların canları gibi malik olmadıkları, dolayısıyla feragat edemedikleri ve başkasına tevkil edemedikleri haklar, velâyet-i kâsıra sebebiyle bir şüphe doğan ve bu sebeple ıskat edilen cezalar fıkhen tahkime elverişli olmayan konuların tespitinde riayet edilen

genel ilkelerdir. Bunlara ek olarak ibadet alanında da tahkim câri değildir. Bunun dışında kalan ve hakkında içtihadın mümkün olduğu ahkâm bakımından tahkime müracaat caizdir.

Müslüman yaşadığı toplumlarda hukuki süreçleri inancına uygun yürütmekle mükelleftir. Bir hukuki uyuşmazlık yaşandığında tarafların dava konusu özelinde genel yargının fıkıh hükümleriyle uyumluluk arz ettiği durumlarda tahkime müracaat **mubah**; aralarında aykırılık bulunduğu, Müslümanın inancına uyumlu hükmü yalnızca tahkim vasıtasıyla elde edebileceği ve tahkime müracaatın da mümkün olduğu durumlarda **diyâneten vacip**, bu durumdaki Müslümanların yaşadıkları yerlerde yargılama işlerini yürütebilecekleri bir tahkim kurumu kurulması için gayret gösterilmesi toplumun tüm fertleri için **farz-ı kifayedir**. Bu imkân elinde olduğu halde inancına uyumlu bir hukuki süreç işletmemenin müeyyidesi ise **uhrevi sorumluluktur**. Tarihte Osmanlı ve Hindistan'da görülen tahkim uygulamaları da bu hususu doğrulamaktadır.

Türk Aile Hukuku'nda boşanmada tahkim elverişli görülmemiştir. Boşanma davalarında genel yargının yanı sıra tahkime bir alan açılmasında gözetilen maslahatlar ve ideal hukuk düşüncesi bakımından bir engel olmadığı, boşanmanın kamu düzenine ilişkin olduğu görüşünde mevcut ihtiyaçlar göz önünde bulundurularak yapılacak bir revize ile halk nezdindeki bu ihtiyacın giderilmesinin oluşturacağı genel maslahata binaen boşanma davalarında tahkim yöntemi mutlaka uygulanması gerekmektedir. Nitekim gerek aile hukuku gerek hukukun sair alanlarından birçok yerde tahkim halk tarafından bilinmekte ve aktif olarak uygulanmaktadır. Dolayısıyla teklif edilen şey bu uygulamaların hukuk eliyle yürütülmesinden ibarettir.

Tahkim uygulamalarında kullanılacak bir İslam hakem kılavuzunun ihtiyacı bulunmaktadır. İlim geleneğimizdeki müktesebattan istifade ile ortak akıl ve kolektif çalışmalar neticesinde hakemlere sunulacak böyle bir kılavuz sayesinde hakem kararlarındaki hata ihtimalleri ve düzensizlik ortadan kaldırılmış, hukukun güven ve istikrarı yolunda bir adım daha mesafe alınmış olacaktır.

Tahkim konusunda tahkim uygulamalarında daha iyiye atılacak adımlar ve bilimsel doktrinin geliştirilmesi için aşağıdaki öneriler üzerinde teemmül edilmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz:

1. Tahkimin teşvik edilmesi, uygulama imkânlarının kolaylaştırılıp yaygınlaştırılması amacıyla vaaz, konferans, sosyal ve geleneksel medya vs. gibi araçların aktif kullanılması halka ulaşmada etkili olacaktır.
2. Arabuluculuğun yargı öncesi zorunlu hale getirilmesi gibi tahkimin de bazı davalar için zorunlu hale getirilmesi artı ve eksileri ile üzerinde durulması gereken bir husustur.
3. Anlaşmazlıklarında İslam hukukunu esas alarak bu hukuk sistemine göre aralarındaki ihtilafın halledilmesini talep eden tarafların isteklerine cevap verebilme adına ülkemizde bu çerçevede hizmet verecek tahkim merkezlerinin kurulması gerekmektedir. Bu hususta elden gelen gayret sarf edilmelidir.
4. Gerek İslam hukuku alanından gerek diğer uzmanlık alanlarından tahkimde aktif rol alacak hakemlerin tahkimle ilgili bir eğitime tabi tutulması, bu eğitimlerin neticesinde asgari bilgi-becerilerin ölçüldüğü bir sınav marifetiyle “hakem sertifikaları” verilmesi tahkimin işletilmesindeki muhtemel problemlerin önüne geçilmesi ve tahkim uygulamalarının daha kaliteli icra edilmesi bakımından iyi bir netice ortaya koyacaktır.
5. Tahkim özelinde çalışma yapan fıkıhçı ve hukukçuların ortak çalıştaylar yapması, bilgi, birikim ve tecrübe paylaşımı, tahkim kurumunun güç kazanması yolunda son derece önemlidir.
6. Müslümanların azınlık halde yaşadıkları bölgelerde geçmiş tarihlerde tahkim uygulamaları mutlaka ortaya çıkarılmalıdır. Tarihi tecrübede tahkimin konumunun tespit edilmesi, Müslümanların gayrimüslim devletlerin yönetiminde/sömürgesinde yaşadığı zaman dilimlerinde nasıl bir tavır sergiledikleri, kendi aralarındaki davaları nasıl çözüme kavuşturdıkları mutlaka aydınlatılması gereken bir husustur. Elde edilen verilerin tümevarım yöntemi ile işlenmesinden daha net teori-pratik testi yapılabilecektir.
7. Günümüzde dünyanın değişik yerlerinde ve ülkemizin bazı bölgelerinde icra edilen tahkimin nasıl işlediğine ışık tutacak, tahkim teorisini somut olayların

tecrübesiyle destekleyecek ve bir sağlama imkânı sunacak saha araştırmaları yapılmalıdır.

8. Müstakil bir çalışma ile tahkimde taraf iradeleri ile Türk hukukundan başka bir hukukun anlaşmazlığa esas olarak belirlenip belirlenmediği ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve Yargıtay kararlarından tespit edilmeli, bu nitelikte bir davanın yargıya intikalinin tespit edilememesi halinde bu yol hukuk önünde mutlaka test edilmelidir.
9. Ülkemizin sosyal gerçeklikleri ile uyumlu, tahkim, arabuluculuk ve uzlaşma gibi farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bir araya getirilerek ortaya konacak yeni bir yöntem yahut ilkten yeni bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun üretilmesi üzerine kolektif ve interdisipliner çalışmalar yapılmalı, bu çalışmalar sonucunda hazırlanan raporlar doğrultusunda yasama erkinin kanuni düzenleme yapması sağlanmalıdır.

Hitâmen, bizi bu çalışmaya muvaffak eden Rabbimize hamd; Rasül-i Ekrem Efendimiz'e salât ve selam olsun.

BİBLİYOGRAFYA

- Abacı, Zeynep Dörtok. “Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri”. *OTAM Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 20 (2016).
- Abdelgawad, Gamal Mohammed Ali. *Arap Ülkelerinde Tahkimin Tarihi ve Yatırımlar Üzerindeki Etkileri (Mısır Örneği)*. İstanbul: İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Açık, Fatma. *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi*. Konya: Selçuk Üniversitesi, 2006.
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü. “Adalet İstatistikleri Yayın Arşivi”. Erişim 01 Kasım 2023. <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>
- Akgündüz, Ahmet. “Hakem”. *DİA*. C. 15. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994.
- Akman, Ahmet. “İslâm-Osmanlı ve Modern Türk Hukuku’nda Sulh Sözleşmesi ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Mukayeseli Bir Bakış”. *Hitit İlahiyat Dergisi* 20/1 (2021).
- Akta’, Ebû Nasr Ahmed b. Muhammed b. Muhammed. *Şerhu Muhtasari’l-Kudûrî*. thk. Abdülfettah Dervîş. 7 Cilt. Dimeşk: Darü’l-Minhâci’l-Kavîm, 1. Baskı., 2023.
- Aktan, Hamza. “Âkile”. C. 2. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994.
- Aktan, Hamza. “Kazf”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 25/148-149. Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*. 4 Cilt. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1. Baskı., 2020.
- Altıntaş, Hüseyin. *Kadri Paşa ve “Tatbîku mâ vücide fi’l-Kanûni’l-medenî muvâfikan li-mezhebi Ebî Hanîfe” İsimli Eseri (Tahkik)*. Gümüşhane: Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

- Arabuluculuk Daire Başkanlığı. “Arabuluculuk İstatistikleri”. *Arabuluculuk İstatistikleri*. Erişim 30 Eylül 2022.
<https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/arabuluculuk-istatistikleri07012021034403>
- Arslan, Adem. “İslam Öncesi Cahiliye Dönemi Muhakeme Hukuku”. *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi* 9/47 (2016), 1020-1033.
- Aşkar, Muhammed Süleyman. *Efâlû’r-rasûl ve delâletüha ale’l-ahkâmi’ş-Şer’iyye*. Beyrut: Müessesetü’r-Risale, 6. Baskı., 2003.
- Atar, Abdulkadir. “Şer’iyye Sicilleri Işığında Osmanlı’da Arabuluculuk Uygulamaları: Muslihûn’un Ticari Davalardaki Rollerini”. *Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı*. 829-850. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2023.
- Atar, Fahrettin. *İslâm Adliye Teşkilâtı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 5. Baskı., 2020.
- Atar, Fahrettin. “Sulh”. 37/481-485. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994.
- Avcı, Mustafa. “Osmanlı Ceza Mahkemesinde Sulh (Uzlaştırma)”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/1 (2017), 11-71.
- Avcı, Mustafa. “Osmanlı’da Aile Arabuluculuğu”. *II. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu Ailenin Korunması Hakkı Bildiriler Kitabı*. Ankara: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), 2019.
- Aydın, Mehmet Akif. “Hukuk-ı Aile Kararnamesi”. 18/314-318. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994.
- Aydın, Mehmet Akif. “Muhammed Kadri Paşa”. *DİA*. 30/543. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994.
- Aydın, Mehmet Akif. *Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Klasik, 3. Baskı., 2020.
- Aydoğmuş, Ayşe Yasemin. “Aile Hukuku Hakemleri Enstitüsü Kuralları Uyarınca Aile Hukuku Tahkimi”. *Public and Private International Law Bulletin* 40/2 (2020), 1261-1291.

- Aygün, Mesut. “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16 (01 Temmuz 2014), 1025-1066.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed er-Rûmî el-Mısırî. *el-İnâye*. 10 Cilt. Lübnan: Darü'l-Fikr, 1. Baskı., 1970.
- Balcı, Muharrem. *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim*. İstanbul: Danışman Yayınları, 1999.
- Baltacı, Ahmet. “İbnü'l-Arabî, Ebu Bekir”. 20/488-491. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994.
- “Örf ve Adet”. *Temel İslam Ansiklopedisi* (4. Baskı). ed. Tuncay Başoğlu. 6/450-452. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2020.
- Bedir, Murteza. “Sünnet”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 38/150-153. İstanbul: TDV Yayınları, 2010.
- Berki, Ali Himmet. *İslâm Şeriatında Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi*. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1962.
- Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn b. Alî. *es-Sünenü'l-Kübrâ*. 11 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 3. Baskı., 2003.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*. 8 Cilt. İstanbul: Özensar Yayıncılık, ts.
- Buhârî, Abdülazîz. *Keşfü'l-esrâr fî şerhi Usûli'l-Pezdevî*. 4 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Baskı., 1997.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu'fî. *el-Câmi'u's-sahîh*. thk. Mustafa Dîb Bûğa. 7 Cilt. Dımeşk: Darü İbn Kesîr ve Darü'l-Yemâme, 5. Baskı., 1993.
- Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. Salâhiddîn. *Keşşâfü'l-Kınâ' 'an (metn)i'l-İknâ'*. 17 Cilt. b.y.: Vezâratü'l-Adl fi'l-Memleketi'l-Arabiyyeti's-Suudiyye, 1. Baskı., 2000.
- Burhâneddin el-Buhârî, Burhâneddin (Burhanü's-ş-şeria) Mahmud b. Ahmed Mergînânî. *el-Muhîtü'l-Burhânî fî'l-fikhi'n-Nu'mânî*. thk. Abdulkerîm Sâmi el-Cündî. 9 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Baskı., 2004.

- Büyük, Mehmet Emin. “Modern Uluslararası Tahkimin Gelişiminde Jay Andlaşması’nın Yeri”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 50 (2022).
- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî. *Ahkâmü’l-Kur’ân*. Beyrut: Darü İbn Hazm, 1. Baskı., 2022.
- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî. *Muhtasaru İhtilâfi’l-fukahâ*. thk. Abdullah Nezir Ahmed. 5 Cilt. Beyrut: Darü’l-Beşâiri’l-İslâmiyye, 2. Baskı., 1417.
- Cum‘a, Ali. *el-Mekâyil ve’l-Mevâzinü’ş-Şer’iyye*. Kahire: el-Kuds, 2. Baskı., 2001.
- Cühenî, Mis‘ad Avvad Hamdân el-Bürkanî. *et-Tahkîm fi’ş-Şerîati’l-İslâmiyye ve’n-Nuzumi’l-Vad’iyye*. Medine-i Münevvere: Mektebetü Darü’l-İmân, 1. Baskı., 1994.
- Çalış, Halit. “Borçlar Hukuku”. *İslam Hukuku El Kitabı*. ed. Talip Türcan. Ankara: Grafiker Yayınları, 6. Baskı., 2017.
- Çeker, Orhan. *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*. Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 3. Baskı., 2016.
- Çetinel, Merve Ürem - Güneş, Biset Sena. “Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı”. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 1 (2020).
- Çiğdem, Recep. “Çok Hukukluluk ve Aracılık/Tahkim Bağlamında Osmanlı ve Türk Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 30 (2017), 239-255.
- Dadaş, Mustafa Bülent. “Bir Fetva Belirleme Yöntemi Olarak Heyet İctihadı ve İslam Dünyasında Bu Amaçla Kurulan Fıkıh Meclisleri”. *Bilimname* 28 (Ocak 2015), 311-342.
- Dadaş, Mustafa Bülent. “Hudûdü salahiyeti’l-kâdî fi’t-tefrîki beyne’z-zevceyn/İslâm Boşanma Hukukunda Hâkimin Yetki Sınırları”. *Diyanet İlmî Dergi* 59/2 (2023), 655-684.
- Dârekutnî, Ebü’l-Hasen Alî b. Ömer. *Sünenü’l-Darekutni ve bizeylihi et-Ta’likü’l-Muğni ale’l-Darekutni*. 6 Cilt. Beyrut: Müessesetü’r-Risale, 1. Baskı., 2004.

- Demir, Ömer Faruk - Elhakan, Gülben. *Arabuluculuk Sınavına Hazırlık ve Soru Bankası*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı., 2022.
- Desûkî, Şemsüddîn Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Arafe. *Hâşiye 'ale'ş-Serhi'l-Kebîr*. 4 Cilt. b.y.: Darü'l-Fikr, ts.
- Diyanet Haber. "Din İşleri Yüksek Kurulu Uluslararası Fıkıh Meclisleriyle Çevrimiçi Buluştu". Erişim 27 Mayıs 2023. <https://www.diyanehaber.com.tr/din-isleri-yuksekkurulu-uluslararası-fıkıh-meclisleriyle-cevrimici-bulustu>
- Dûrî, Kahtan Abdurrahman. *Akdü't-Tahkîm fî'l-Fıkhi'l-İslâmî ve'l-Kanuni'l-Vad'î*. Amman: Darü'l-Furkan, 2002.
- Durmuş, Ensar - Yargı, Mehmet Ali. "1917 Tarihli Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'ne Yöneltilen Eleştiriler". *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 15 (2019), 312-363.
- Ebu Ceyb, Sa'dî. *el-Kâmusi'l-Fikhî Lügaten ve Istılahan*. Dımeşk: Darü'l-Fikr, 2. Baskı., 1988.
- Ebu Ceyb, Sa'dî. *Mevsuatü'l-İcma' fî'l-Fıkhi'l-İslâmî*. 2 Cilt. Dımeşk: Darü'l-Fikr, 2. Baskı., 1984.
- Ekşi, Enes. "Birleşik Krallık'taki İslâmî Tahkim Uygulamaları". *I. İslam Hukuku Lisansüstü Öğrenci Sempozyumu Özet Bildiri Kitapçığı*. ed. Muhammed Fatih Ünlü. 37-39. Konya: NEÜ Press, 1. Baskı., 2023.
- Ekşi, Nuray. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*. İstanbul: Beta Yayınları, 2. Baskı., 2019.
- Elbânî, Nâsirüddin. *Silsiletü'l-Ehâdisi'z-Za'ife ve'l-Mevzû'a ve Eseruhe's-Seyyi'ü fî'l-Ümme*. 14 Cilt. Riyad: Darü'l-Meârif, 1992.
- Erden, Zeynep. *Günümüz İslâm Aile Hukuku Kanunlarında Tahkim Müessesesi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2019.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Ensar Yayınları, 4. Baskı., 2013.

- Erik, Hamza. *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesinin Günümüz Aile Hukuku İle Mukayesesi*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 2016.
- Feyyûmî, Ebü'l-Abbâs Hatîbüddehşe Ahmed b. Muhammed b. Alî el-Hamevî. *el-Misbâhu'l-münîr fî garîbi's-şerhi'l-kebîr li'r-Râfi'î*. 2 Cilt. Beyrut: el-Memleketü'l-İlmiyye, ts.
- Gazzâlî, Hüccetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Ahmed. *el-Müstasfâ fî 'İlmi'l-Usûl*. 2 Cilt. Beyrut: er-Risaletü'l-Âlemiyye, 3. Baskı., 2020.
- Gökmen, Emrah. "Tahkim Müessesesinin Roma, İslâm ve Günümüz Türk Hukuklarındaki Görünümü". *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/1 (2023), 291-330.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin, 16. Baskı., 2019.
- Günay, Hacı Mehmet. "İttifak Edilen Şer'î Deliler". *Fıkıh Usûlü El Kitabı*. Ankara: Grafiker Yayınları, 1. Baskı., 2019.
- Günay, Hacı Mehmet. "Son Devir Osmanlı Hukukçusu Küçük Ali Haydar Efendi: Hayatı, İlmi Faaliyetleri ve Eserleri". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 6 (2005), 179-188.
- Güngör, Erol. *İslam'ın Bugünkü Meseleleri*. İstanbul: Ötüken, 13. Baskı., 2000.
- Gürdal, Ayşe. *İslâm Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi*. Çanakkale: Çanakkale On Sekiz Mart Üniversitesi, 2007.
- Gürsoy, Kemal Tahir. "Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler". *Ankara Hukuk Fakültesi (Ellinci Yıl Armağanı 1925-175)*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.
- Haddâd, Ebû Bekir. *El-Cevheretü'n-Neyyire*. thk. İlyas Kaplan. 2 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Baskı., 2006.
- Hallâf, Abdülvehhab. *İlmu Usûli'l-Fıkıh*. Kahire: Darü'l-Hadîs, 2003.
- Hallaq, Wael B. *An Introduction to Islamic Law*. yy: Cambridge University Press, 1. Dijital Baskı., 2009.

- Hallaq, Wael B. *İslam Hukukuna Giriş*. çev. Necmettin Kızılkaya. İstanbul: Pınar Yayınları, 3. Baskı., 2019.
- Hamidullah, Muhammed. *İslam Peygamberi*. çev. Salih Tuğ. 2 Cilt. Ankara: Yeni Şafak, 2003.
- Hamidullah, Muhammed. *Mecmû'atü'l-vesâiki's-siyâsiyye li'l-ahdi'n-Nebevî ve'l-hilâfeti'r-râşide*. Beyrut: Darü'n-nefâis, 6. Baskı., 1987.
- Hamîdullah, Muhammed. “Serahsî, Şemsüleimme”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 36/544-547. İstanbul: TDV Yayınları, 2009.
- Haraşî, Muhammed b. Abdullah. *Şerhü'l-Haraşî alâ Muhtasar-ı Halîl*. 8 Cilt. Mısır: Bulak, 2. Baskı., 1317.
- Harrânî, Ahmed İbn Muhammed Emin. *el-Ecvibetü'n-Nakiyye ani'l-Es'ileti'l-Fıkhiyye*. 2 Cilt. İstanbul: Haşimi Yayınevi, 2. Baskı., 2020.
- Hasen, Suheyb. “et-Tefrîkü'l-Kazâi min Hilal-i Kanavâti Meclisi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye”. *el-Mecelletü'l-İlmiyye li'l-Meclisi'l-Avrubbî li'l-İftâ ve'l-Buhûs*. 385. Dublin: y.y., 2006.
- Hindî, Muhammed Süleyman. *Muhtasarü'l-Kudûrî mea şerhihi el-Mu'tasarü'd-Darûrî*. İstanbul: Darü'l-Kütübî'l-Arabiyye ve el-Mektebetü'l'-Büşra, 2020.
- İbn Abidin, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz el-Hüseynî ed-Dımaşkî. *Reddü'l-Muhtâr 'ale'd-Dürri'l-Muhtâr*. 19 Cilt. Dımeşk: Darü's-Sekâfe ve't-Türâs, 1. Baskı., 2000.
- İbn Ferhûn, Burhâneddin. *Tebssiratü'l-hükkâm fi usûli'l-akziye ve menâhici'l-ahkâm*. 2 Cilt. Riyad: Darü Alemi'l-Kütüb, 2003.
- İbn Habîb. *El-Muhabber; Arap Kültürü*. çev. Adem Apak, İsmail Güler. Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 1. Baskı., 2018.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd el-Endelüsî el-Kurtubî. *el-Fasl*. 3 Cilt. İstanbul: Yazma Eserler Kurumu (YEK), 1. Baskı., 2017.

- İbn Hişâm, Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdülmelik b. Hişâm b. Eyyûb el-Himyerî el-Meâfirî el-Basrî el-Mısrî. *es-Sîretü'n-nebeviyye*. 4 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kitâbi'l-Arabî, 1990.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddin. *el-Muğnî*. 15 Cilt. Riyad: Darü Alemi'l-Kütüb, 3. Baskı., 1997.
- İbn Manzûr. *Lisânü'l-Arab*. 15 Cilt. Beyrut: Darü's-Sâdır, 3. Baskı., h 1414.
- İbn Nüceym, Zeynüddin. *el-Bahrü'r-râik Şerh'u Kenzi'd-Dekâik*. 8 Cilt. Darü'l-Kitâbi'l-İslâmî, 2. Baskı., ts.
- İbnü'l-Arabî, Ebubekir. *Ahkâmü'l-Kur'an*. 4 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî. *Fethu'l-Kadîr li'l-Âcizi'l-Fakîr*. 10 Cilt. Lübnan: Darü'l-Fikr, 1. Baskı., 1970.
- İbnü'l-Mülakkın, Ebû Hafs Sirâcüddîn Ömer b. Alî b. Ahmed el-Ensârî el-Mısrî. *el-Bedrü'l-Münîr fi Tahrîci'l-Ehâdisi ve'l-Âsâri'l-Vâkiati fi Ş-Şerhi'l-Kebîr*. 9 Cilt. Riyad: Darü'l-Hicra, 2004.
- İsa, Abdülhannan. *Meşru'u'l-Kanuni'n-Nemûzecî li't-Tahkîmi'l-İslâmî*. b.y.: y.y., 2023.
- İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC). "İSTAC Tahkim Talebi". Erişim 26 Haziran 2023. <https://tahkim.istac.org.tr/tahkim-basvuru>
- İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC). "Örnek Tahkim Şartı". Erişim 25 Kasım 2023. <https://istac.org.tr/tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/ornek-tahkim-sarti/>
- Kalkan, Onur. *İslâmi Bankacılık ve Finans Uyuşmazlıklarında Hukuk Yargılaması ve Tahkim*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı., 2021.
- Karadağ, Muhammed Mansur. *İslam Hukukunda Evlilik Birliğinin Tahkim Yoluyla Korunması*. Ankara: Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021.

- Karâfi, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân el-Mısrî. *ez-Zahîre (fi'l-fikh)*. 14 Cilt. Beyrut: Darü'l-Garbi'l-İslâmî, 1. Baskı., 1994.
- Karâfi, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân el-Mısrî. *Şerhu Tenkîhi'l-fusûl*. thk. Taha Abdurraûf Sa'd. yy: Şeriketü't-tibaati'l-fenniyye'l-müttahide, 1. Baskı., 1973.
- Karataş, Fatih. "Mustafa YILDIRIM İslam ve Medenî Yargılama Hukukunda Tahkim, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İzmir 2002". *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 9 (2007), 207-213.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed. *Bedâ'i'u's-sanâ'i' fi tertîbi's-şerâ'i*. 10 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2. Baskı., 2003.
- Keleş, Ekrem. "“Dini Nikah’ Adı Altında Yapılan Gayr-i Resmi Nikah Akdinin Tahkim Yoluyla Sona Erdirilmesi”". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 3 (2004), 193-209.
- Keleş, Ekrem. *İslam Hukukuna Göre Anlaşmazlıkların Çözümünde Hakem Usulü - Tahkim-*. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987.
- Kılınç, Ahmet. "Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu". *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*. ed. Fethi Gedikli. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı., 2016.
- Kısakürek, Serhat. *Elektronik Tahkim ve Tahkimin Dijitalleşmesi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Köse, Saffet. *İslam Hukukuna Giriş*. İstanbul: Hikmetevi, 8. Baskı., 2016.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed. *Muhtasarü'l-Kudûrî*. Beyrut: Darü İbn Kesîr, 2. Baskı., 2014.
- Kuru, Baki vd. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 22. Baskı., 2011.

- Mahmud, Kadri Muhammed. *et- Tahkîm fi Dav'i Ahkâmi 'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*. b.y.: Darü's-Sami'î, ts.
- Makdisî, Ebü'l-Ferec Şemsüddîn İbn Kudâme. *eş-Şerhu'l-kebîr*. 12 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-Arabi, 1983.
- Mâverdî, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî. *el-Ahkâmü's-Sultâniyye ve'l-Vilâyâtü'd-Dîniyye*. Kahire: Darü'l-Hadis, 2006.
- Mâverdî, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî. *el-Hâvi'l-Kebîr*. 19 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Baskı., 1999.
- Metin Yılmaz. “Kadılık ve Mahkemeler”. *İslâm Kurumları Tarihi El Kitabı*. Ankara: Grafiker Yayınları, 1. Baskı., 2013.
- Mevsîlî, Ebü'l-Fazl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd b. Mevdûd. *el-İhtiyâr li-ta'lîli'l-Muhtâr*. thk. Şuayb Arnaut. 4 Cilt. Dimeşk: er-Risaletü'l-Âlemiyye, 2. Baskı., 2010.
- Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yûsuf b. Ebi'l-Kâsım el-Abderî el-Gırnâtî. *et-Tâc ve'l-İklîl 'alâ (bi-şerhi) Muhtasarı Halîl*. 8 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Baskı., 1994.
- Meydânî, Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde. *el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâb*. Dimeşk: el-Mektebetü'l-Ömeriyye, ts.
- Narin, ". “Son Devir Osmanlı Âlimlerinden Ali Haydar Efendi'nin Hayatı, Hukukçuluğu ve Eserleri”. *İlahiyat Tetkikleri Dergisi* 46 (2016), 51-80.
- Nesefî, Ebû Hafs Necmeddîn. *et-Teyisîr fi't-tefsîr*. 15 Cilt. İstanbul: Darü'l-Lübâb, 1. Baskı., 2019.
- Nesefî, Ebü'l-Berekât. *Kenzü'd-Dekâik mea'l-Hâşiye li'ş-Şeyh Muhammed Ahsen es-Siddîkî en-Nânûteví*. 3 Cilt. Karaçi: Mektebetü'l-Büşrâ, 2014.
- Okur, Kaşif Hamdi. “Fetva Mecmualarına Göre Tanzimat Öncesi Dönem Aile Yapısı Hakkında Bazı Tespitler”. *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 19/2 (2020), 607-646.

- Osmanî, Muhammed Takî. *Fıkhu'l-Büyû*. 2 Cilt. Karaçi: Mektebetü Meârifü'l-Kur'ân, 2015.
- Osmânî, Muhammed Taki. *Meşru' li-Kanunin İslâmîyyin li'l-Büyü'i ve'd-Düyün*. İstanbul: Darü'l-Kütübi'l-Arabiyye, 1. Baskı., 2022.
- Özcan, Azmi. "Hindistan (Tarih)". 18/75-81. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994.
- Özcan, Azmi. "İngiliz Doğu Hindistan Şirketi". 22/294-295. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994.
- Ruhi, Ahmet Cemal. *Uygulamacılar İçin 25 Soruda Tahkim Rehberi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı., 2020.
- Sadrüşşehîd, Ebû Hafs (Ebû Muhammed) Hüsâmüddîn Ömer b. Abdilazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî. *Şerhu Edebi'l-kâdî*. 4 Cilt. Bağdad: Matbaatü'l-İrşâd, 1. Baskı., 1977.
- Sansarkan, Yusuf. *İslam Düşünce Geleneğinde Tahkim Meselesi ve Mezhebî Ekoller Üzerindeki Etkisi*. Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- Sarıçam, İbrahim. *Hız Muhammed ve Evrensel Mesajı*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 7. baskı., ts.
- Serahsî, Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed. *el-Mebsût*. 31 Cilt. Beyrut: Darü'l-Marife, ts.
- Simâvî, Şeyh Bedreddin Mahmud. *et-Teshîl Şerhu Letâifü'l-İşârât*. thk. Mustafa Bülent Dadaş. 3 Cilt. İstanbul: İSAM, 1. Baskı., 2019.
- Stein, Burton. *A History of India*. ed. David Arnold. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010.
- Şafî, Muhammed b. İdris. *el-Ümm*. 8 Cilt. Beyrut: Darü'l-Fikr, 2. Baskı., 1983.
- Şeyhî, Salim Abdullah. *Nazariyyetü'l-Kazai's-Şer'i Harice Diyari'l-İslâm: Te'silen ve Tenzilen*. Kahire: Darü'l-Kelime, 1. Baskı., 2017.
- Şirbînî, Hatîb. *Muğni'l-muhtâc ila ma'rifeti meânî elfâzi'l-Minhâc*. 6 Cilt. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1. Baskı., 1994.

- Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed. *Şerhu Meâni'l-Âsâr*. 5 Cilt. b.y.: Alemü'l-Kütüb, 1. Baskı., 1994.
- Tehânevî, Eşref Alî. *el-Hiletü'n-Nâcize li'l-Hilyeleti'l-Âcize*. Hindistan: Mektebetü Rıza, ts.
- Tehânevî, Zafer Ahmed b. Latîf el-Osmânî. *Kavâ'id fi 'Ulûmi'l-Hadîs*. Beyrut: Mektebetü'l-Matbuâti'l-İslâmiyye, 2007.
- Tekin, Feridun. "Câhiliye'den İslâm'a Hakemlik Geleneği". *ODÜ Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi* 13 (1) (2023), 471-490.
- Topçuoğlu, Ali Aslan. "Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi'nin Hayatı ve Hukukçuluğu". *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi* 28 (2010), 329-350.
- Trablusî, Alaeddin. *Mu'inü'l-hükkâm fî mâ yetereddedü beyne'l-hasmeyni mine'l-ahkâm*. b.y.: Darü'l-Fikr, ts.
- Turğut, Mustafa (ed.). *Türkiye Boşanma Nedenleri Araştırması*. İstanbul: T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, 1. Baskı., 2015.
- Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK). "Evlenme ve Boşanma İstatistikleri, 2022". Erişim 01 Kasım 2023. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bo%C5%9Fanma-%C4%B0statistikleri-2022-49437&dil=1>
- Uygur, Muteber Gülsefa. *İslâm Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu*. İstanbul: Armoni Yayınları, 2022.
- Ülker, İbrahim. "Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle Hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün Mü?" 2. *Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi Bildiri Kitabı*. ed. Mehmet Dursun Erdem vd. 454-467. İstanbul: Son Çağ Yayınları, 1. Baskı., 2018.
- Ülker, İbrahim. "Türkiye'de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28/3 (2020), 1083-1110.
- Ünlü, Muhammed Fatih. "Türk Hukuk Mevzuatına Göre Tahkimde İslam Hukukundan İstifadenin İmkânı". *I. İslam Hukuku Lisansüstü Öğrenci*

- Sempozyumu Özet Bildiri Kitapçığı*. ed. Muhammed Fatih Ünlü. 34-36. Konya: NEÜ Press, 1. Baskı., 2023.
- Vekî', Ebû Bekir Muhammed b. Halef. *Ahbarü'l-Kudât*. 3 Cilt. Beyrut: Alemü'l-Kütüb, 1. Baskı., 1947.
- Yaman, Ahmet. *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*. Ankara: Fecr Yayınevi, 1. Baskı., 1998.
- Yaman, Ahmet. "Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer'îliği Tartışmalarına Eleştirel Bir Katkı". *Fıkıh Tarihi Araştırmaları*. İstanbul: İFAV Yayınları, 1. Baskı., 2022.
- Yaman, Ahmet - Çalış, Halit. *İslam Hukuku*. Ankara: Bilay Yayınları, ts.
- Yargı, Mehmet Ali. "Nazariyyetü'l-kazâi's-şer'î hârice diyârî'l-İslâm te'sîlen ve tenzîlen, Sâlim Abdüsselâm eş-Şeyhî (İstanbul: Müntede'l-Ulemâ Yayınları, 2019)". *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7/12 (2020), 285-294.
- Yazıcı, Abdurrahman. "Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri". *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* - 19/62 (2015), 567-584.
- Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi. *Alfabetik İslâm Hukuku ve Fıkıh Istilâhları Kâmusu*. 5 Cilt. İstanbul: Eser Neşriyat, 1997.
- Yeğengil, Rasih. *Tahkim*. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974.
- Yeşilirmak, Ali. "Arabuluculuk Nedir?" *Temel Arabuluculuk Eğitimi*. 239. b.y.: Council of Europe/Avrupa Konseyi, 2. Baskı., 2017.
- Yıldırım, Mustafa. *İslâm ve Medenî Yargılama Hukukunda Tahkim*. İzmir: Şafak, 2000.
- Yıldırım, Mustafa. "Tahkîm". *DİA*. 39/411-413. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994.
- Yılmaz, İbrahim. "İslam Aile Hukukunda Boşanmaları Önleyici Bir Tedbir Olarak Tahkim Müessesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması". *Turkish Studies* =

Türkoloji Araştırmaları: International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic 12/10 (2017), 329-360.

Yücel, Ensari. “İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü”. *İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi=Journal of Islamic Economics and Finance* 3/2 (2017), 137-160.

Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âm*. 2 Cilt. Dımeşk: Darü'l-Kalem, 3. Baskı., 2012.

Adalet İstatistikleri 2022. Ankara: Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2023.

el-Mu'temerü's-Sânî li Mecme'i Fukahâi's-Şerî'a bi Amerika. b.y.: y.y., ts.

Faizsiz Finans Standartları. yy: Faizsiz Finans Kuruluşları Muhasebe ve Denetleme Kurumu (AAOIFI), ts.

Kararât ve Tavsiyât Mecma'i'l-fikhi'l-İslâmî ed-Devlî. b.y.: el-Emanetü'l-Âmme li'l-Evkâf, 1. Baskı., 2011.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye. Dersaadet (İstanbul): Matbaa-i Osmaniyye, 1308.

“Tahkimde Güncel Gelişmeler”. haz. İstanbul Barosu. *YouTube*. Yayın Tarihi 03 Haziran 2023. <https://www.youtube.com/watch?v=1KE-vE6bnJQ>

“Tahkim”, *Mv. F.*, 10/233-247.