

İSLAM HUKUKUNDA GAİBİN YARGILANMASI

Doç. Dr. Mehmet DİRİK*
Doç. Dr. Ayhan HİRA**

Özet: İnsanlar arasında çıkan anlaşmazlıkların adâlet ve hakkaniyete uygun biçimde çözümü yargı kurumunun vazifesidir. Anlaşmazlığın usulüne uygun biçimde mahkemeye taşınması ve gerekli görmesi mahkeme davayı kabul eder ve çekişmeyle ilgili yargı aşamasına geçilir. Yargılamada asıl olan belirlenen zamanda davacı ve davalı tarafın hazır olmaları, iddia ve savunmanın yüz yüze yapılması; hâkimin de kendisinde ortaya çıkan kanaate göre hüküm vermesidir. Ancak bazı durumlarda tarafları bir araya getirme ve çekişmeli yargı imkânı oluşmamaktadır. Bu durumda davaların uzayıp gitmemesi, haksızlıkların sürüncemede kalmaması ve hakların kaybolmaması için mahkemede hazır bulunmayan taraf hakkında gıyabi yargılama usulüne başvurarak yargılama yapılmaktadır. Gıyabi yargılamanın cevazı ve şartları noktasında İslam hukuk ekolleri çeşitli görüşler ortaya koymuşlardır. İlke olarak İslam hukuk ekollerinin sınırları dar veya geniş, şartları az veya çok gıyabi yargılama usulüne başvurulabileceği görüşünde oldukları söylenebilir. Bu makalede gıyabi yargılama usulünün mahiyeti, imkânı, delileri, icra şekli ve hükmü hakkında İslam hukuk mezhepleri ele alınmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, gaib, gıyabi yargılama, mahkeme, adâlet.

The Trial of the Absent in Islamic Law

Abstract: It is the duty of the judicial institution to settle disputes between people in accordance with justice and equity. If the dispute is duly brought to the court, the court accepts the case if it deems necessary and proceeds to the judicial stage of the dispute. The fact that the plaintiff and the defendant were present at the appointed time in the proceedings, and that the allegation and defense were made face to face; the judge also judges according to the resulting opinion. However, in some cases, there is no possibility of bringing the parties together and contested jurisdiction. In this case, the proceedings are made by applying in absentia proceedings against the party who is not present in the court in order to ensure that the cases do not go on, the injustices do not persist and the rights are not lost. The schools of Islamic law have presented various views on the response and conditions of the absentia proceedings. As a matter of principle, the schools of Islamic law can be said that they have a narrow or wide boundary and that the conditions are more or less absent. In this article, Islamic law denominations are tried to be discussed about the nature, possibility, proofs, execution form and provision of the absentia procedure..

Keywords: Islamic Law, gaib, absenteeism, court, justice.

GİRİŞ

Toplu halde yaşayabilen insanın maddî ve manevî çeşitli ihtiyaçları vardır. Bunların karşılanması sırasında bireyler arasında menfaat çatışmalarından doğan anlaşmazlıklar meydana gelebilmektedir. Söz konusu anlaşmazlıklar sulh, tahkim ve mahkeme yollarından biriyle giderilir. Sulh, kişiler arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlığın karşılıklı rıza ile giderilmesini konu alan sözleşme veya gö-

* İzmir Katip Çelebi Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, mhmdtrk@hotmail.com ORCID: 0000-0002-1581-7836

** Kocaeli Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Temel İslam Bilimleri, ayhnhira@hotmail.com ORCID: 0000-0002-3574-7660

rülmekte olan bir davanın anlaşmayla bitirilmesidir¹. Tahkim, aralarında hukukî ihtilâf bulunan kesimlerin bu çekişmeyi çözüme bağlaması için üçüncü kişi ya da kişileri hakem yapması ve bu konuda yaptıkları sözleşme² demektir. Muhakeme ise aralarında hukukî çekişme bulunan tarafların taleplerini sunmak için hâkim huzuruna çıkmalarını, hâkimin yargılamada bulunup hüküm vermesini ifade eder. Mahkemelerin devletin gücünü temsil ederek yargılama yapmaları ve adâlet dağıtmaları esnasında uymaları ve takip etmeleri gereken usul ve esaslar yargılama hukukunun konusudur. Bu hukukun işletilip muhakemenin yapılabilmesi için taraflar veya yetkili kimselerce yargı kurumuna müracaat edilmesi, dava açılması gerekir.

Yargılama hukuku alanında ilk kanun sayılan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (md, 1613)de dava “bir kimsenin hâkim huzurunda başka bir kimseden hakkını istemesi” şeklinde tanımlanmıştır. Davanın hâkim tarafından dinlenebilmesi, bir takım şartların yerine gelmesine bağlıdır. Öncelikle davada taraf sıfatına sahip olabilmek için gerçek veya tüzel kişiliğin vücut ehliyeti bulunmalıdır. Mahkemede iddia ve savunma işlemleri ise tarafların fiil/eda ehliyetini haiz olmalarıyla mümkündür. Bu bakımdan mecnun ve gayri mümeyyiz küçüklerin taraf olmaları sahih/geçerli değildir, bu nitelikteki kişilerin davaları dinlenmez. Eda ehliyetini taşımayanlar, yalnızca kanuni temsilcileri olan velî veya vasîleri tarafından mahkemede temsil edilirler³.

Mahkemenin adâlet dağıtabilmesi, belirli bir usul çerçevesinde hareket etmesiyle mümkündür. Yargılama sürecinde mahkemelerin takip edecekleri usul ve yöntemleri düzenleyen hukuk dalına *usul-i muhakeme* veya *yargılama hukuku* denir⁴. Bu hukuk dalı, günümüzde benimsenmiş bir tasnif şekli olan kamu-özel hukuku ayrımında kamu hukuku kısmında yer almaktadır. Klâsik fûru-ı fıkıh eserlerinde ise yargılama hukukuna ilişkin ayrıntı *kadâ*, *davâ*, *şehâdât*, *beyyinât*, *akdiye*, *ikrâr* vb. bab/bölümlerde ve sadece bu konuları ele alan *edebü'l-kâdî* türü eserlerde incelenmiştir.⁵ Bilindiği üzere *yargılama usulü* bir dava sürecinde mahkeme-

1 Serahsî, *el-Mebşût*, XVI, 61; Atar, “Sulh”, *DİA*, XXXVII, 481.

2 Yıldırım, “Tahkîm”, *DİA*, XXXIX, 411; Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s. 211. (Mecelle md. 1790)

3 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, IV, 2822; Yavuz, “Dava”, *DİA*, IX, 12 (12-16) (İslâm hukuk doktrininde dâva hemen hemen bir akit tekniği çerçevesinde değerlendirilmiş, dâvanın unsur ve şartları, sakatlığı, hükümsüzlüğü, sonuçları ve kapanması gibi konularda borçlar hukukunda bulunan yaklaşım ve tasniflerden önemli ölçüde yararlanılmıştır); Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 149.

4 Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, s. 141.

5 Bk. Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 65 vd.

lerin uymaları gereken usul kurallarının tamamını ifade eder. İslam muhakeme hukukuna ilişkin klâsik eserlerde hâkimin yargılama sürecinde uymak zorunda bulunduğu kurallara *edebü'l-kâdî, âdâbü'l-kadâ*; davaları dinlediği ve karara bağladığı yere *meclisü'l-kadâ, meclisü'ş-şer'* veya *meclisü'l-hükm*; kararının dayanak ve gerekçelerine ise *tarik-i kadâ* veya *esbâb-ı hükm* denir⁶.

Yargılamanın ideal şekli, tarafların duruşmaya katılmaları, hâkim önünde lehte ve aleyhte delilleri, ikrar ve inkârları ortaya koymaları; yargıcın da yargılama sonunda kararını açıklaması biçiminde gerçekleşir. Ancak bazı hallerde davacı ve davalı taraflardan en az biri duruşmaya katılmayabilmektedir. Bu durumda yargıç muhakeme işlerini nasıl yürütecek, duruşma sırasındaki süreci nasıl işletecek ve hüküm verecektir? Günümüzde iletişim ve ulaşım imkânları büyük gelişme gösterse de çeşitli sebeplerle gıyabî yargılama yolu, bir yargılama biçimi olarak icra edilmeye devam etmektedir. Gıyaben yargılama, insanlar arasında meydana gelen anlaşmazlıkların çözülmesi, hakların korunması, tecavüzlerin engellenmesi ve suç sayılan davranışların cezalandırılması açısından önemini korumaktadır. Bu sebeple İslam yargılama hukuku açısından gaib⁷ kavramının hakikati, fiki hükümleri, gıyabî yargılanmasının şartları, davanın yürütülme usulü ve gaib hakkında verilecek hükmün hukuki niteliğinin ortaya konması gerekmektedir. Zira şartlar ne olursa olsun hak sahiplerinin haklarını elde etmeleri sağlanmalıdır. Şemsü'l-eimme es-Serahsî (ö. 483/1090) bu hususu “*Hak ile hüküm vermek Allah'a imandan sonra en kuvvetli farzlardan biridir. Hak ile hüküm vermek en yüce ibadetlerdendir*”⁸ şeklinde ifade etmiştir.

İslam yargılama hukukuna ilişkin klâsik kaynaklarda, günümüzde Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde benimsenmiş tasnife benzer hukuk, ceza ve idari yargılama usulleri şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir. Bu çalışmada yargılama usulü bir bütün halinde ele alınacak, yargılama usulleri arasındaki ayrıntılara girilmeksizin gıyabî yargılamanın mahiyeti, şartları, delilleri ve bu konuda oluşan mezhep görüşleri değerlendirilecek; değişim ve gelişim noktasından ziyade gıyabî yargılamanın imkânı ele alınacaktır.

6 Mecelle md. 1785-1789; Atar, “Kazâ”, *DİA*, XXV, 114; Özkan, “*İslam Muhakeme (Yargı) Hukuku*”, II, 344.

7 Ülkemizde *gaib* teriminin (1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu) yerini *yok/yokluk* terimi (1985 tarih ve 3156 sayılı ve nihayet 2011 tarih ve 6100 sayılı HMK) almıştır. Bk. Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 92.

8 Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 59.

A. GIYABÎ YARGILAMANIN MAHİYETİ

Gıyabî yargılama, hâkimin davacı veya davalı taraflardan en az bir tarafın duruşmaya katılmaması halinde yargılamada bulunup hüküm verdiği yargılama usulüdür. Bu usulün mahiyetini ortaya koymak için gaib, yargılama ve gıyabî yargılama kavramlarına, ayrıntılı tartışmalara girmeksizin, değinmek gerekmektedir. Belirtilmelidir ki gıyabî yargılama konusundaki ihtilaf çekişmeli yargının gerçekleştirildiği kısımda yoğunlaşmaktadır.

1. Gaib kavramı

Gaib ve mefkûd kavramları arasında anlam ilişkisi bulunmaktadır. Mezhepler ve hatta bazen bir mezhebe mensup hukukçular, bu kavramları aralarındaki anlam ilişkisi ve farklılığı ortaya koyacak şekilde çeşitli tanımlar yapmışlardır.

i. Gaib: İslam hukukçularınca farklı tanımları yapılan gâib, terim olarak yaşadığı bilinmekle beraber bulunduğu yer bilinmeyen kimse⁹ anlamında kullanılmaktadır. Gıyabî yargılama usulü bakımından gâib; şehirde, şehrin civarında veya şehir dışında olup duruşmada hazır bulunmayan ve mahkemeye getirilemeyen davalı taraf için kullanılan bir terimdir¹⁰. Gıyab ise gâibin hukukî kişiliğini gösterir. İslam hukuk ekollerinin gaib tanımlarında öne çıkan özellikleri şu şekilde ifade etmek mümkündür:

Hanefiler, gaibi duruşmanın yapılacağı şehirde bulunmakla birlikte ikamet yeri bilinmeyen ve yargı meclisine katılmayan kimse olarak görürler. Onlara göre, bir kimsenin gaib sayılması için duruşmaya katılmaması yeterlidir¹¹.

Mâlikiler gaibi üç kısma ayırırlar. *Yakın gaib*; mahkemeden üç güne kadar olan yürüme mesafesindeki gaiplik halidir. Bu durumdaki kişiye duruşmaya katılması veya vekil tayin etmesi, aksi takdirde hakkında gıyabî hüküm verileceği hususunda tebligat yapılır. Sonra da mazeretine bakılmaz. *Uzak gaib*; mahkemeye on günlük yürüme mesafesi uzaklıkta bulunan kimsedir. Bu kimse hakkında bazı konularda gıyabî yargılama yapılır; gaibin huccet getirmesi halinde verilen hüküm gözden geçirilebilir. *Munkatı gaybet*; mahkemeye dört aylık yürüme mesafesi uzakta bulunan kimsedir. Bu durumda gıyabî yargılama yapılır; gaiplik hali sona erer ve bu kimse delil getirirse verilen karar gözden geçirilir. Yakın ve orta

9 Gözübenli, "Mefkûd", *DİA*, XXVII, 353.

10 İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, s. 197; İbn Ferhûn, *Tebziratü'l-hükkâm*, I, 135; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 109, 174, 237.

11 Serahsî, *el-Mesûd*, IV, 220; Trablusî, *Mu'inü'l-hükkâm*, s. 55, 133; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, III, 81.

gaybet, duruşmaya katılmama hususunda mazeret beyan ederse munkatı gaybet gibi değerlendirilir¹².

Mâlikiler mezhebinde gaibliğin ölçütü, kişinin yerinin biliniyor olması veya bilinmesinin mümkün olması şeklindeki kaybolma halidir. Duruşmaya gelmeyen veya getirilemeyen kişinin yerinin bilinmemesi veya buna imkân bulunamaması halinde bu tür gaiblik mefkûd kavramıyla ifade edilmiştir¹³.

Şâfiîler, bir kimsenin gaib sayılması ve hakkında gıyabî yargılama yapılabilmesi için bulunduğu yer ile mahkemeye arasındaki mesafe hakkında iki farklı görüş ortaya koymuşlardır. Bir görüşe göre gaib, bir kişinin bulunduğu yerden sabahın erken saatlerinde çıkıp mahkemeye ulaşması ve normal bir duruşma süresi sonrasında geriye dönmesi gecedan önce tamamlanmayan kimsedir. Burada gaibliği belirleyen mesafedir ve bu ulaşımda kullanılan vasıtaya göre değişim gösterir. Bu vasıftaki kişinin gaib olarak isimlendirilmesi, mahkemeye gelmesinde, evinden ve vatanından ayrılığın doğuracağı meşakkatle alakalı bir durumdur. İkinci görüş ise namazların kısaltılabileceği uzaklıktır. Daha yakında bulunan kimse, şehirde bulunan kişi hükmündedir; mahkemede hazır bulunmadıkça şahitler dinlenmez, hakkında hüküm verilmez. Ancak gizleniyorsa veya başkalarından destek almak için orada bulunuyor ve hâkim onu mahkemeye getiremiyorsa, şahitler dinlenir ve hakkında hüküm verilir. Zira böyle yapılmaması insanların haklarına ulaşmalarına engel teşkil eder. Ayrıca hâkim bu kimse için vekil de tayin etmez¹⁴.

Hanbelîler, bulunduğu yer ile mahkeme arasında namazı kısaltmayı gerektiren uzaklık bulunan kişiyi gaib sayarlar. Namazı kısaltmayı gerektirmeyen uzaklık, mahkemeye gelmeyi engel sayılmaz. Bu mesafedeki kişinin mahkemeye gelmesi gerekir; hakkında gıyabî yargılama yapılmaz¹⁵.

Gaib çeşitli açılardan gruplandırılmıştır: Haber alınıp alınmama bakımından *munkatı gaib-gayrı munkatı gaib*; gıyabî yargılamanın yapıldığı yer bakımından *el-gâibü an meclisü'l-hükm-el-gâibü ani'l-beled*¹⁶; yargılamanın yapılacağı yerle gai-

12 İbn Ferhûn, *Tebsiratü'l-hükkâm*, I, 98, 99, 155; Desûkî, *Hâşiye aleş-Şerhi'l-kebir*, II, 167; IV, 148.

13 İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, s. 144,196 | İbn Ferhûn, *Tebsiratü'l-hükkâm*, I, 154 (وهو على قسمين غائب) (عن مجلس الحاكم وغائب عن البلد فصل لذكر المفقود أي وهو من انقطع خبره ممكن الكشف عنه فيخرج الأسير؛ لأنه لم ينقطع خبره).

14 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, VI, 321, IV, 553 (Şâfiîlere göre davalı kişi, korunan ve saygı gösterilen kimselerden olup hâkim, şikâyette bulunan kişinin onu mahkemeye getirterek insanların gözünde küçük düşürüp eziyet etmek istediği kanaatine varırsa on mahkemeye getirtmez. Ancak davayı kendisine işittirecek bir kimseyi ona gönderir).

15 Behütî, *Keşşâfü'l-kınâ' an metni'l-İknâ'*, VI, 355.

16 İbn Ferhûn, *Tebsiratü'l-hükkâm*, I, 154.

bin bulunduğu yerin uzaklığı bakımından *el-gaybetü'l-garîbe*, *mutavassıta* ve *baîde*; sosyal konumunu bahane ederek mahkemeye katılmayan *müteazziz* duruşmanın bulunduğu yerde olup saklanan *mütevârî* şeklinde gaib¹⁷. Sahnûn (ö. 240/854)'a göre şehirde bulunan kişi mütevârî ve müteazziz konumunda bulunmadıkça duruşmaya getirilir, aksi halde davası dinlenip hakkında hüküm verilmez¹⁸.

ii. Mefkûd: İslam hukukçularının mefkûd tanımları, ayrıntıda farklılıklar bulunmakla birlikte temelde iki farklı yaklaşımı ortaya koyar. Çoğunluğa göre mefkûd, hayatta olup olmadığı bilinmeyecek şekilde kendisiyle irtibatın kesildiği¹⁹ ya da kaybolan ve yaşayıp yaşamadığı bilenmeyen²⁰ kimsedir. Bu gruptaki hukukçulara göre bulunduğu yer bilinen kimse mefkûd sayılmaz²¹. Çoğunluktan farklı olarak Mâlikîler ise mefkûdu kendisinden haber alınabilen gaib hakkında kullanırlar. Onlara göre duruşmaya katılmamakla birlikte yeri bilinen kişi gaib, yeri bilinmeyen fakat bir şekilde kendisinden haber alma imkânı bulunan kimse mefkûddur²².

İslam hukukunda gaib kavramı, mefkûddan daha geniş anlamda kullanılmıştır. Gaib daha ziyade nerede olduğu bilinmemekle birlikte yaşadığı bilinen kişi için kullanılan bir kavramdır. Mefkûd ise yerinin ve yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen kimse için kullanılan bir kavramdır. İki kavram arasındaki farkın gaibde bulunduğu yerin mefkûdda ise yaşadığının bilinmemesi olduğu söylenebilir²³. Dolayısıyla mefkûd, kişinin yerinin ve yaşadığının bilinmemesi ve kendisiyle irtibatın kesilmesi belirleyici nitelikler olarak sayılabilir²⁴.

2. Yargılama kavramı

Yasama, yürütme ve yargı devletin üç aslî fonksiyonudur. Devletin temel organlarından yargının, can ve mal güvenliği başta olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin koruması, toplumsal barışın sürdürülmesi ve adâletin tesisi için anlaş-

17 İbn Ferhûn, *Tebssiratü'l-hükkâm*, I, 154; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, VI, 310; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 95.

18 İbn Ferhûn, *Tebssiratü'l-hükkâm*, I, 154. Şehirde bulunmayan gaib ise İbn Abdilhakem (ö. 214/829)'e göre gaib aleyhine hüküm verilebilmesi ve davasının dinlenebilmesi için mahkemeye malî veya şahsî teminat gösterilmenin şart olduğunu söylemiştir. Ancak gıyapta davanın dinlenmesi ve gıyabî hükmün verilmesinde belirleyici olan o bölgedeki ameldir.

19 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 128; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 130, Şâfiî ve Hanbelîler, seferde veya hizada, savaşta veya geminin batması hallerinde olsun söz konusu bilinmezlik halini mefkûd sayarlar.

20 Kâsânî, *Bedâi'u's-senâi'*, VI, 196.

21 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 118.

22 Desûkî, *Hâşiye ale's-Şerhi'l-kebir*, II, 479; İbn Ferhûn, *Tebssiratü'l-hükkâm*, I, 154.

23 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 120, 128.

24 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 128.

mazlıkları çözmek gibi önemli bir görevi vardır. Bu kurum söz konusu işlevini, yargılama yaparak ve bunun neticesinde bir karar vererek yerine getirir. Yargılama ise hâkim huzurunda çekişmeli tarafların iddia ve delillerini yüz yüze sunmaları ve hâkimin bir hükme ulaşması faaliyetidir. İslam yargılama hukuku; *muhâkeme*, *kadâ*, *muhâseme*, *murâfaa* gibi kavramlarla ifade edilmiştir. Bu kavramlar arasında en yaygın kullanıma sahip olanı ise *kadâ*dır. Bu kelime, ibadet alanında bir ibadetin vakti dışında yerine getirilmesi anlamında edanın karşıtı; muamelat alanında ise yargılama hukuku ve yargı kararı anlamında terimleşmiştir²⁵.

İslam yargılama hukuku, *edebü'l-kâdi* ve *edebü'l-kadâ* etrafında terimleşme süreci yaşamış; uyuşmazlıkların çözümü, çekişmelerin bitirilmesi anlamında terimleşmiştir²⁶. Yargılamanın amacı, huzurun temini için Allah'ın indirdiği hükümlerle uyuşmazlıkların çözülmesidir. Bu hedefin gerçekleştirilmesi, hâkimin yargılama faaliyeti neticesinde ilgili konuda adâleti sağlayacak kararı vermesi ile mümkündür. Serahsî bu gerçeği şu şekilde ifade etmiştir: “İhtilaflar husumeti, husumet fitneyi, fitne de hakların kaybına yol açar. Bu Allahın hoşlanmayacağı bir sonuçtur. O halde yapılması gereken, husumeti bitirmektir. Bunun yolu hâkimlerin Hz. Peygamber'in “*Davasını delille ispat etmek davacıya, yemin ise davalıya düşer*”²⁷ hadisine göre davranmalarıdır²⁸. Hâkimin kazâ-i istihkak-iltzam (:hak kazandırıcı yargı, davacı lehine hüküm) ve kazâ-i terk (:önleyici yargı, davalı lehine hüküm)²⁹ şeklinde verdiği karar ise kamu desteği ve cebri yaptırımla desteklenmiş bir hükümdür. Bu yönüyle mahkemeler, dünyevi anlamda nihai çözüm mercii konumundadırlar.

3. Gıyabî yargılama kavramı

Davacı veya davalı taraftan en az birinin veya vekilinin duruşmaya katılmadığı bir yargılama usulü olarak *gıyapta yargılama* ya da *gıyabî yargılama usulü*, duruşmaya katılan taraflar için yapılan *yüz yüze yargılanmanın* karşıtı olarak kullanılır. Burada gaib, taraflardan duruşmaya katılmamış ve hiçbir şekilde mahke-

25 Atar, “Kazâ”, XXV, 113.

26 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 77. Hadis kitaplarında *akdiye* ve *ahkâm* başlıkları altında yer alan rivayetler, ilk dört halife (Hz. Ömer'in Ebû Mûsa el-Eş'ari'ye yazdığı mektup gibi), sahabiler ve tabiinden yargı görevi yapmış olanların uygulamaları da bu literatürün kaynakları arasında yer alır. Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 60 vd.

27 Kendisine arz edilen davaları karara bağlarken Hz. Peygamber'in davacıdan delil, davacının delili bulunmadığında ise davalıdan yemin talebinde bulunduğu dair rivayetler için bk. Buhârî, “Husûmât”, 4; “Şehâdât”, 19; “Ahkâm”, 30; Müslim, “İman”, 61; Ebû Dâvûd, “Eymân ve'n-nüzûr”, 2; “Akziyye”, 26.

28 Serahsî, *el-Mebsût*, XVII, 31.

29 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, IV, 3228-3229, 3344.

meyeme geçerli bir mazereti bulunmaksızın getirilememiş kişiyi ifade etmek için kullanılır. Gıyapta yargılama ancak bu durumda geçerli bir yargılama usulüdür³⁰. İlgili literatürde söz konusu yargılama usulünü ve bu yolla verilen hükmü ifade etmek üzere *kadâ ale'l-gâib* ve *hükm ale'l-gâib* kavramları kullanılır³¹.

İslam yargılama hukukunda gâib, davalı taraf için kullanılmıştır. Davacının yokluğunda gıyabî yargılamadan söz edilmemiştir. Duruşmaya gelmeyen davalının mekânı, onun gaib sayılmasının ve yargılamanın gıyabî usulle yapılmasının belirleyici kriteri niteliğindedir. Şu var ki, husumetin en güzel şekilde sonlandırılabilmesi için gaibin cebren mahkemeye getirilmesine imkân tanınmıştır³². Bu sayede yargıç, tarafların hak, ikrar ve inkârlarını delilleri ile birlikte sunmalarına olanak sağlayacak; uyuşmazlığı Allah'ın koyduğu hükümlerin hakemliğinde çözüme kavuşturacaktır³³.

Tarafın asaleten kendisi veya vekâleten kanuni temsilcisi duruşmaya katılmazsa gıyabî yargılama yapılır. Buna göre tarafların vekili, kanuni temsilcisi (veli, vasi, kayyım), vakfın müteveli heyeti, ölen kişinin mirasçılarında biri, mirastan doğan müşterek mülkiyette ortaklardan biri, alacaklıya karşı müteselsil iki borçludan biri, elinde müteveffanın malı bulunan zilyed, lehine vakıf yapılan şahıslardan birinin duruşmaya katılmaması halinde hakim bu usulle yargılamada bulunur³⁴.

Gıyabî yargılamanın cevazı konusunda mezheplerin ve hatta bazen bir mezhebe bağlı müctehidlerin farklı görüşler ortaya koydukları görülür. Kadı Şureyh (ö. 80/699), Şa'bi (ö. 104/722), İbn Ebî Leylâ (ö. 148/765), Süfyân es-Sevrî (ö.161/778), Hanefiler, Mâlikîler'den İbn Mâcişûn (ö. 212/827) ve Ahmed b. Hanbel (ö. 241/855) gıyabî yargılama usulünü kabul etmezler. Ancak Hanefiler, gaib lehine bir vekil atama yoluyla gıyabî yargılamaya imkân vermişlerdir. Buna karşın İbn Şübrüme (ö. 104/722), Mâlik b. Enes (ö. 179/795), Evzâi (ö. 157/774), Leys (ö. 175/791), Ebû Ubeyd (ö. 224/838), İshâk b. Râhûye (ö. 238/853) ve İbn Münzir (ö. 318/930) gibi fakihlere göre mahkeme, hak sahibinin talebi üzerine beyyineyi dinleyebilir

30 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 175.

31 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s.128-129, 164.

32 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc ilâ marîfeti me'âni'l-Minhâc*, IV, 554; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fike hiyye Kamusu*, VIII, 231; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 174.

33 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 174.

34 Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, IV, 2822, 3329 vd; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 175-176.

ve gaib aleyhine hüküm verebilir³⁵. Ancak İmam Malik ve İmam Şâfiî (ö. 150-204) gıyabî yargılamanın cevazını belirli şartların oluşmasına bağlamışlardır³⁶.

Hanefiler, şehirde veya şehir dışında bulunup mahkemeye gelmeyen kişi hakkında gıyabî hükmün caiz olmadığı görüşündedirler³⁷. Onlara göre davanın görülmesi sırasında asaleten hasmın ya da vekilinin davanın görüldüğü duruşmada hazır bulunmaları şarttır. Davanın görülmesi ve şahitliklerin dinlenmesi hâkimin huzurunda gerçekleşmelidir. Zira hasmın, duruşmaya katılmadığında iddiayı ikrar veya inkâr edeceği bilinemez. Hâlbuki ikrara binaen hüküm vermekle beyyine üzerine hüküm vermek arasında fark vardır. Dolayısıyla dava ve beyyine ancak hazır bulunan hasım huzurunda dinlenir. Gaib aleyhine hüküm verilmez; şayet yargıç, delillere bakar ve hüküm verirse bu hüküm nâfiz olmaz. Bunun sebebi, ister Allah hakları isterse kul haklarına ilişkin olsun hiç bir davada gıyabî yargılamanın yapılmamasıdır³⁸.

Hanefiler'e göre gıyabî yargılamanın yapılabilmesi için mahkemeye gelme zorunluluğu bulunan gaib davalının geçerli mazereti bulunmamalıdır. Aksi halde gıyabî yargılama yapılmaz. Bu durumda yetkili hâkim, naibini davacı ile beraber davalının bulunduğu yere gönderir ve davayı naibin dinlemesini sağlar. Bu noktada Hanefiler ve Şâfiiler benzer görüş ortaya koymuşlardır³⁹.

İslam hukukçuları, genel olarak davalının yetkili mahkeme bölgesinde bulunması halinde, bazı Şâfiiler'in görüşü hariç tutulursa, gıyabî yargılama yapılmasını ve bunun neticesinde hüküm verilmesini kabul etmezler⁴⁰.

B. GIYABİ YARGILAMANIN İMKÂNI VE DELİLLERİ

İslam hukukunda gıyabî yargılamanın geçerli bir yargılama usulü sayılıp sayılmayacağı hakkında lehte ve aleyhte görüşe sahip olan fukaha, bir taraftan görüşlerini çeşitli delillerle desteklemeye çalışırken diğer taraftan muhalif tarafın delillerini farklı şekillerde tenkide tabi tutmuşlardır. Burada, makale sınırları çerçevesinde, her iki tarafın delillerine yer vereceğiz.

35 İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 95; Ebû Ğudde, *Hel li'l-kâdi el-hüküm 'ale'l-ğâib*, 18 vd.

36 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, IV, 255.

37 Ali Haydar, *Dürrerü'l-hükkâm*, IV, 3336.

38 Ali Haydar, *Dürrerü'l-hükkâm*, IV, 2822.

39 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 174; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 554.

40 Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s. 202.

Gıyapta yargılama konusunda İslam hukukçularının görüşleri iki ana temayül şeklinde belirgin olsa da bu temayüller arasında farklı görüşlerin bulunduğu göz ardı edilmemelidir⁴¹.

1. Gıyabî yargılamanın yapılabileceğine ilişkin deliller

İlke olarak gıyabî yargılama usulünü benimseyen hukukçular; Kitap, Sünnet, sahabi kavli, icma ve akli delillerle görüşlerini savunmuşlardır.

1. Kur’anda Allah “*Ey iman edenler! Adâleti titizlikle ayakta tutan, Allah için şahitlik eden kimselerden olun*”⁴², “*Aralarında Allah’ın indirdikleri ile hükmet*”⁴³, “*Ey Dâvûd, biz seni arzda halife kıldık, insanlar arasında hakla hüküm ver*”⁴⁴ buyurmaktadır. Bu ve benzer ayetlerde, adâletin tesisi ve hak ile hüküm verilmesi noktasında gaib ve hazır arasında bir ayırım bulunmamaktadır. Bu durumda hazır hakkında olduğu gibi gaib hakkında da hüküm verilmesi mümkündür⁴⁵.

2. Hz. Peygamber, bir kısım Ukal ve Ureyne’liyi Medine havasının kendilerine ağır geldiğini söylemeleri üzerine hazineye ait develerin bulunduğu bir yere göndermişti. Fakat onlar, yolda irtidat ettiler, sonra çobanı öldürüp develeri sürdüler. Bunun üzerine Hz Peygamber, onları gıyaben yargıladı ve cezalandırılmalarına hükmetti⁴⁶. Bu hüküm, her hak türünde gıyabî yargılamanın yapılabileceğinin delili olarak gösterilmiştir⁴⁷.

Hz. Peygamber’in, Ebû Süfyan’ın aile fertlerine yeterli nafaka vermediği şikâyeti üzerine Hind’e kocasının malından örf çerçevesinde yeterli miktarı alabileceğine hükmetmesi⁴⁸, gıyapta yargılamaya delil olarak zikredilen örneklerden biridir⁴⁹. Allah Rasülü burada Ebû Süfyan’ın gelmesini beklememiş ve onun için vekil de tayin etmemiştir. O halde vekil tayin etmeden kul haklarında gıyapta yargılama

41 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 209 vd.

42 Nisa 4/135.

43 Maide 5/49.

44 Sad 38/26.

45 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabi Yargılama*, s. 225.

46 Buhârî, “Muhâribin”, 16, 17, 18, “Diyât”, 22, “Vudû”, 66, “Zekât”, 68, “Cihâd”, 152, “Megâzî”, 36, “Tıbb”, 5, 6, 29; Müslim, “Kasâme”, 9; Tirmizî, “Tahâret”, 55, “Et’ime”, 38; Ebû Dâvûd, “Hudûd”, 3; Nesâî, “Tahrîmu’l-dem”, 7; İbn Mâce, “Hudûd”, 20.

47 İbn Hazm, *el-Muhallâ bi’l-âsâr*, VIII, 434.

48 Buhârî, “Büyü”, 95; Müslim, “Akziye”, 7; Ebû Dâvûd, “Büyü”, 81; Tirmizî, “Ahkâm”, 22; Nesâî, “Kudât”, 30.

49 İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-müctehid*, IV, 255; Şirbinî, *Muğni’l-muhtâc*, IV, 542; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 96.

usulü icra edilebilir⁵⁰. Yine Hz. Peygamber, Muâz b. Cebel'in iflâsına karar vererek mallarına haciz koyup sattırması ve ele geçen parayı alacaklılara dağıtmıştır⁵¹.

Bu ve benzeri deliller, gaibin yargılanabileceğine dair Sünnet'ten delillerdir. Ebû Süfyan hakkındaki hüküm, fetva değil yargı kararıdır⁵². Ancak Ebû Süfyan, hakkında hükmün verildiği sırada şehirde bulunduğu için bu hükmün gıyabî yargılamaya benzemediği yönünde itirazda bulunulmuştur⁵³. Şâfiiler'e göre bu hüküm fetva olsaydı Hz. Peygamber, "alabilirsin, almanda sakınca yoktur", şeklinde ifade kullanırdı. Hz. Peygamber'in Hind'e kocasının malından örfe göre alması yönünde kesin talimat vermesi, bu hükmün bir yargı kararı olduğunu gösterir⁵⁴.

3. Sahabilerin gıyabî yargılama usulüyle verdikleri hükümlere itirazın bulunmaması, bu usulün geçerliliğine delil gösterilmiştir. Hatta Hz. Ömer ve Hz. Osman'ın bu usulle verdikleri hükümler üzerinde icma meydana geldiği ifade edilmiştir⁵⁵. Mesela Hz. Ömer, Üseyfi' el-Cühenî'nin gıyabında mallarının satılması ve elde edilen paranın alacaklıları arasında dağıtılmasına hükmetmiş ve herhangi bir itirazla karşılaşılmamıştır⁵⁶.

4. Gıyabî yargılama usulünü benimseyen hukukçular, akli gerekçelerle de görüşlerini savunmuşlardır. Onlara göre, duruşmaya katılan kimsenin yargılanmasına ilişkin deliller umum ifade eder, gaibin yargılanması için de geçerlidir; delillerde hazır ve gaib ayrımı yapılmamıştır. Önemli olan yargıca uyumsuzluğu çözmeye yarayacak delillerin arz edilmesidir. Yargıç nezdinde hak ortaya çıkarsa, gaibin itiraz hakkı baki kalmakla birlikte, kararın verilmesi gerekir. Nitekim küçük ve ölü aleyhine açılan davaların dinlenmesi, verilen karara itiraz etme imkânı açısından, gaib hakkında davanın dinlenmesi ve hükmün verilebilmesini mümkün kılar. Kendisini savunmaktan aciz olan herkes ölüye benzemektedir. Hâlbuki gaib hakkında verilen hüküm, ölü hakkında verilen hükümden daha evladır. Zira gaib, ölüden farklı olarak mahkemeye söz konusu dava ve hüküm hakkında itirazda bulunabilir⁵⁷. Ayrıca yargıç, davacının adil beyyinesi doğrultusunda duruşmada hazır bulunmayan kişi hakkında hüküm verebilir. Oysa taraflar duruşmada hazır

50 Desûkî, *Hâşiye aleş-Şerhi'l-kebir*, IV, 149; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, VI, 308; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 95; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 221.

51 Müslim, "Müsâkât", 18.

52 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 542.

53 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, IV, 255.

54 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 542.

55 İbn Münzir, *el-İcmâ'*, s. 65.

56 Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 164; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 542. Yine Hz. Ömer'in kayıp bir şahsın karısı hakkında dört yıl dört ay beklemekle hüküm verdiği rivayet edilir.

57 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 542; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 95-96, 98; İbn Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II, 43.

bulunsalardı, her iki tarafı dinlemeden hüküm vermek mümkün olmayacak, davalı hazır olmadan beyyine dinlenmeyecekti. Gaib hakkında verilen hüküm, hazır hakkında verilenden farklıdır⁵⁸.

Mahkemede özellikle davalının bulunmaması halinde anlaşmazlığın sürüp gitmesi maslahata aykırıdır. Çünkü bu, davacı açısından mefsedetin sürüp gitmesidir. Ancak gıyabî yargılamaya izin verilirse, hak sahiplerinin menfaatleri korunacak, onların maslahatları temin edilecektir. Aksi halde dava konusunun türüne göre çeşitli mağduriyetler yaşanacaktır. Mesela dava, boşanma ile ilgili ise fiilen ortadan kalkan bir nikâh bağının devamı kadına zarar verecek, kadın, dulların yapabilecekleri işlemleri yapma imkanı bulamayacaktır. Dava, malî konuda ise malik malı üzerinde mülkiyet hakkının kendisine verdiği tasarrufları gerçekleştiremeyecektir⁵⁹. Dolayısıyla gıyabî yargılamaya izin verilmemesi, Şâri'in korunmasını teşvik ettiği haklardan pek çoğunun (kaçma, saklanma gibi yol ve hilelerle) kaybına yol açacaktır⁶⁰. Bu tür çekinceler sebebiyle olmalı ki, Hanefiler gıyabî yargılamaya karşı çıkmalarına rağmen kul haklarının zayi olmaması için cebren mahkemeye getirilmesinde (hastalık ve mütevârî gibi) zorluk ve meşakkat bulunan gaib kimseleri temsilen bir vekilin tayin ve tespiti ile bir bakıma gıyabî yargılama yoluna gitmişlerdir⁶¹.

Mâlikîler orta ve uzak gaib, Şâfiîler meşhur görüşlerinde mutlak anlamda gaib, Hanbelîler ise her halükarda gaib hakkında gıyabî yargılama usulünü benimsemişlerdir⁶². Mâlikîler kendi tasnifleri çerçevesinde yakın gaibin yargılanması hususunda farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Sahnûn buna karşı çıkarken İbn Arafe (ö. 803/1401) malî konularda, İbn Rüşd (ö. 595/1198) ise dava ayrımı yapmaksızın uyarılacağı, duruşmaya davet edileceği, netice alınamazsa gıyaben yargılama yapılacağı görüşünü ortaya koymuşlardır. Kişi ortaya çıktığında şahitleri isimleri kendisine verildiğinde, şahitler hakkında itirazda bulunabilir; delillerde bir zayıflık yakalarsa ve bunu ispat ederse, hüküm bozular, değilse hüküm geçerli olur⁶³. Hanbelîler ise yakın mesafede bulunan gaib mahkemeye getirilmeden gıyabî hüküm verilemeyeceği görüşündedirler. Ancak uzak gaib ve mütevârî aleyhine hüküm verilir⁶⁴.

58 İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 96; İbn Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II, 43.

59 İbn Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, II, 43.

60 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 542; 554 (Şâfiîlere göre bir kişinin gerekli çağrılardan sonra mahkemeye gelmemesi yeminden kaçınması olarak değerlendirilir).

61 Ali Haydar, *Dürrerü'l-hükkâm*, IV, 3337, 3338, 3339.

62 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 542; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 97-98.

63 Desûkî, *Hâşiye ale's-Şerhi'l-kebîr*, IV, 148.

64 İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 97.

2. Gıyabî yargılamanın yapılamayacağına ilişkin deliller

Hanefiler başta olmak üzere ilke olarak gıyabî yargılamanın geçerli bir yargılama usulü olmadığı görüşündeki hukukçular; Kitap, Sünnet, icma ve akli delillerle görüşlerini delillendirirler.

1. Allah, Dâvûd (as) hakkında “*Ona dedik ki: Ey Dâvûd! Gerçekten biz seni yeryüzünde halife yaptık. İnsanlar arasında hak ile hüküm ver...*”⁶⁵ buyurmuştur. Hanefiler’e göre bu ayette hak, kesin var olan gerçeğin adıdır. Hak ile hüküm vermek, tarafların duruşmada hazır bulunmalarını ve delillerini hâkim huzurunda ortaya koymalarını gerektirir. Bir tarafın yokluğunda mahkemeye arz edilen delillerin bazı kusurlar barındırma ihtimali bulunduğu için davacının iddiası / delili ile verilen hüküm hak olmayabilir. Taraflar, çekişmeli konu hakkındaki delillerini ve bu delillere karşı diğer tarafın savunmasını hâkim huzurunda icra etmelidir ki hâkim, zâhiren hakka uygun kararı verebilsin. Ayrıca delil ile amel etmenin gerekçesi çekişmeyi sona erdirmektir. Gaibin savunma hakkını kullanmadığı bir yargılama ile verilen hükmün anlaşmazlığı ortadan kaldırması mümkün değildir. Bu sebeple gıyabî yargılama ve bu yolla verilen hüküm geçerli değildir⁶⁶.

2. Hz. Peygamber, adli bir görev için Hz. Ali’yi Yemen bölgesine kadı olarak gönderdiğinde, o sırada genç olduğu ve hâkimlik konusunda kendisini yeterli bulunmadığı için tereddüte düşmüş ve “Ey Allah’ın Resûlü! Bana hâkimlik görevi veriyorsunuz, ancak benim yaşım daha çok genç ve hâkimlik mesleğiyle ilgili bilgim de yok” sözüyle bu endişesini dile getirmişti. Onun bu tereddüt ve endişeli sözleri karşısında Hz. Peygamber: “*Allah senin kalbine doğruyu yöneltir, diline de sebat verir. İki hasım huzuruna çıktığı zaman, birinciyi dinlediğin gibi, ikinciyi de dinlemedikçe hüküm verme. Bu şekilde hareket etmen, hâkimliğin sende bir yetenek haline gelmesini sağlayacaktır*” buyurmuştur. Bunun üzerine Hz. Ali, bu vazifeyi kabul ettiğini, hiçbir kararında da bocalamadığını, şüpheye düşmediğini ifade etmiştir⁶⁷.

Gıyabî yargılama usulünü kabul etmeyen İslam hukukçularına göre yargılamanın amacı, taraflar arasındaki çekişmeyi bitirmektir. Gıyabî yargılamada gaibin davayı inkâr edip etmediği bilinemez. Gaib ortaya çıktığında dava konusunu ikrar veya inkârda bulunması mümkündür. Bu durumda gıyabî yargılama ve hüküm vermenin bir anlamı kalmaz⁶⁸.

65 Sâd 38/26.

66 Kâsânî, *Bedâi’u’s-senâi*, VI, 222.

67 Ebû Dâvûd, “Akziye”, 6; Tirmizî, “Ahkâm”, 5; İbn Mace, “Ahkâm”, 1.

68 Ali Haydar, *Dürrerü’l-hükkâm*, IV, 3336.

Hız. Peygamber de “*Ben bir beşerim, sizler davalarınızı bana getiriyorsunuz. Biriniz delillerini diğerine göre daha iyi sunabilir ve ben de buna göre hüküm veririm. Kime kardeşinin hakkından bir şeyi hükmetmişsem ondan hiçbir şey almasın. Zira ben ona bir ateş parçası koparmış olurum*” buyurmuştur⁶⁹. Hız Peygamber bile dinlediği deliller çerçevesinde hüküm verdiğiğine göre hâkimin delil, ikrar ve inkârları gördükten sonra hüküm vermesi gereklidir. Hâkimin gıyabî yargılama yapması, gaibi dinlemediği için bu ilkeye muhalefet etmesi anlamına gelir⁷⁰.

3. Akli delil: Hanefiler çeşitli akli gerekçelerle gıyabî yargılama usulünün geçerli bir yargılama yöntemi sayılmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bunlardan bazıları şunlardır: a. Tarafların mahkemeye katılmaları vaciptir. Gıyabî yargılama caiz olsaydı, duruşmada hazır bulunmak vacip sayılmazdı. b. Yargılama çekişmeleri bitirmek için yapılır, tarafların gıyabında yargılama çekişmeleri bitirmez. c. Gıyabî yargılamada davacı, delil ikamesi ile dava konusunu elde eder, davalının söz konusu delili çürütme imkanı yoktur. d. Davalının yokluğunda hüküm vermek bir tarafı dinlemeden hüküm vermektir, bu ise caiz değildir⁷¹.

Hanefî mezhebinde ilke olarak gıyabî yargılama usulü kabul görmemekle birlikte Ebû Yûsuf'a (ö.182/798) bazı şartların bulunması halinde bu usulle yargılamanın cevazı yönünde bir görüş nispet edilmiştir⁷². Bu görüş doğrultusunda yeterli tebligatın yapılmasına rağmen duruşmaya katılmasını engelleyen geçerli bir mazeretinin bulunması halinde gaib şahıs hakkında gıyabî yargılama usulü tatbik edilir. Bu, insanların ahlâkî seviyelerinin düşmesi veya mahkemeye gelmeyecek hakların sahiplerine ulaşmasının geciktirilmesinin önlenmesi gibi gerekçeler, belirli koşulların oluşması halinde, kıyas hükmünü bırakıp istihsanla hüküm vermedir⁷³. Ancak bu görüş, mezhebin mutemed görüşü değildir. Diğer taraftan Hâherzâde'ye (ö. 483/1090) nispet edilen bir görüşe göre hâkim, mahkemeye uzaklığı sebebiyle duruşmaya katılma imkânı bulunmayan kimse adına bir vekil tayin eder, bu vekilin gaibi temsil etmesiyle yargılamayı yapar⁷⁴. Hanefîler'de gıyabî yargılamanın maslahat-mefsedet dengesi açısından belirleneceği yönünde bir görüş daha vardır⁷⁵.

69 Buharî, *Ahkâm*, 20.

70 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 211.

71 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 211-212.

72 Trablusî, *Mu'îni'l-hükkâm*, s. 133.

73 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, V, 296; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 213.

74 Trablusî, *Mu'îni'l-hükkâm*, s. 60; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr* ' , V, 296; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 213.

75 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 213 (Şeyh Bedreddin, I, 53'ten naklen).

3. Delillerin değerlendirilmesi

i. Lehte ve aleyhte deliller konusunda değerlendirme: Gıyabî yargılama hakkında lehte ve aleyhte görüş ileri süren taraflar, bu konuda kendilerini çeşitli delillerle savunmuşlar ve karşı tarafın iddialarını tenkit etmişlerdir.

Lehte tutum sergileyen hukukçular, yargılama usulüne ilişkin delillerde hazır ve gaib ayrımı bulunmadığı görüşündedirler. Onlara göre gıyabî yargılama, yüz yüze yargılama gibi geçerli bir yargılama usulü sayılmalıdır.

Gıyabî yargılamayla ilgili tartışmada kullanılan delillerden biri Hz. Peygamber'in Hind'e örf'e göre kocasının malından yeterli miktarı alabileceğine ilişkin rivayettir. Bu uygulamanın bir fetva mı yoksa yargı kararı mı olduğu hususunda gıyabî yargılama usulünü benimseyen ve karşı çıkanlar farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Hz. Peygamber'in "*senin alma hakkın vardır veya almanda bir sakınca yoktur*" buyurmasını yargı kararı kabul edenlere göre bu uygulama gıyabî yargılama usulünün cevazına delildir⁷⁶.

Belirtmek gerekir ki Hz. Peygamber'in vefatından sonra İslam'ın yayılmasıyla farklı kültür ve örflerle karşılaşmış, Müslüman hukukçular muamelat başta olmak üzere hakkında hüküm bulunmayıp fert ve toplum üzerinde etkisi bulunan pek çok konuda örf'e göre hüküm vermişlerdir. Ancak uygulamada belirgin bir rolü bulursa da erken dönemlerden itibaren müstakil bir başlık altında ele alıp örf teorisi ortaya konmamıştır.⁷⁷ Muhtemeldir ki onların örf çerçevesinde verdikleri hüküm ve kararlarda zikri geçen örneklerin belirgin bir etkisi bulunmaktadır.

Gıyabî yargılama usulüne karşı çıkanlara göre Hz. Peygamber'in bu sözü bir fetva niteliğindedir. Hind'in sorusuna verilen cevap, karının kocanın malı üzerinde bu tür bir hakkının bulunduğunu gösterir. Nitekim Hz. Peygamber'in, Hind'den bir delil istememesi; şehirde bulunduğu ve yeri bilindiği halde Ebû Süfyan'a konunun hakikatini sormaması rivayetin bu şekilde anlaşılmasında etkili olmuştur. Dolayısıyla söz konusu rivayetin bu tür yargılamanın cevazına delil gösterilmesi isabetli değildir⁷⁸.

Son dönem fıkıh çalışmalarında kul haklarında gıyabî yargılamayı kabul eden görüşün benimsendiği dikkat çeker. Bu kabulde "gaibin küçüğe, ölüye ve mefkûda kıyas edilmesi, Hanefiler'in gıyabî yargılamayı kabul etmemekle birlikte mefkûd hakkında nafaka, mürted hakkında taksim kararıyla çelişkiye düşükleri, cumhurun görüşünün İslam'ın temel amaçlarıyla örtüştüğü ve bu usulle

76 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 542.

77 Oruç - Dirik, "Hanefilerde Örf-Maslahat-İstihsan İlişkisi (Serahsi Örneği)", s. 1102-1103.

78 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 226. Bk. Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 542.

yapılmış yargılama örneklerinin icma derecesine ulaştığı” gerekçe olarak ileri sürülmüştür⁷⁹.

ii. Gıyabî yargılama yapılabilecek konular: İslam hukukçuları, bu usulün geçerliliği konusunda olduğu gibi icra edilebileceği konular üzerinde de farklı görüşler ortaya koymuşlardır.

Hanefiler’le birlikte bir kısım fakih, mütevârînin durumunda olduğu gibi bazı istisnai haller hariç, mutlak olarak gıyabî yargılama usulüne karşı çıkmışlardır. Diğer hukukçular ise kural olarak bu usulü benimsemekle birlikte hangi konularda bu usule başvurulabileceği noktasında farklı görüşler ortaya koymuşlardır.

Mâlikîler ve Hanbelîlerle azhar görüşlerinde Şâfiîler kısas ve kazf suçları dâhil şahsî haklarda gıyabî hüküm verileceği görüşündedirler. Zira bunlar, kişisel hak olması bakımından mal davalarına benzer. Allah hakkı olan hadler ve Allah hakkının baskın olduğu ta’zirlerde ise gıyaben hüküm verilemez. Çünkü bu alan, cezanın olabildiğince uygulanmamasının tercih edildiği ve müsamahanın geniş tutulduğu alandır. Bazı Şâfiîler’e ve Zâhirîler’den İbn Hazm’e göre her türlü hakta gıyabî yargılama yapıp hüküm verilebilir. Ancak Allah ve kul haklarının birleştiği hırsızlık gibi suçlarda gaib aleyhine had değil mal borcuna hükmedilir. Allah haklarından olan malî konular da kul hakları gibi değerlendirilir. Şâfiîler’in sonraki dönem hukukçularına göre ceza hukuku hariç bütün haklarda gıyabî yargılama caizdir⁸⁰.

Ebû Ğudde’nin ifade ettiği gibi Allah ve kul hakları arasında bir ayırım yapıp buna göre gıyabî yargılamanın alanını belirlemek daha uygundur. Allah haklarında müsamaha ve kolaylık asıl olduğu için bu alandaki konular istisna edilerek haklara riayetın asıl olduğu ve hak sahibi dışında af ve müsamahanın müsaade edilmediği kul haklarında gıyabî yargılamaya cevaz verilmesi gerektiği görüşü tercihe şayandır⁸¹.

C. GIYABİ YARGILAMANIN ŞARTLARI İCRA ŞEKLİ VE HÜKMÜ

Kabul edenlere göre yüz yüze yargılama imkânı bulunmayan uyuşmazlık davaları, gıyabî yargılama usulünün icrasıyla çözüme kavuşturulabilir. Bu usulün tatbiki için birtakım şartların bulunması gereklidir. Bu usulle verilen hükmün, gaib şahsın ortaya çıkması halinde bozulup bozulmayacağı ve yargılamanın yenilenip yenilenmeyeceği, başlı başına bir tartışma alanıdır.

79 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 230.

80 Ebû Ğudde, *Hel li’l-kâdî el-hüküm ‘ale’l-ğâib*, s. 51-52. Bk. Şirbîni, *Muğni’l-muhtâc*, IV, 553; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 96. İbn Ferhûn, *Tebziratü’l-hükkâm*, I, 93, 155 (156: Ayrıca gaib aleyhine hüküm verebilmek için davacının yemin etmesi gerekir); Trablusî, *Mu’îni’l-*, 58-59.

81 Ebû Ğudde, *Hel li’l-kâdî el-hüküm ‘ale’l-ğâib*, s. 52.

1. Gıyabî yargılamanın şartları

Gıyabî yargılamaya cevaz veren hukukçular, bu tür muhakemenin yapılabilmesi için bazı şartların bulunmasını gerekli görürler. Bu şartları tarafların her ikisini ilgilendiren (genel); yalnızca bir tarafı ilgilendiren (özel) şeklinde iki kısımda ele almak mümkündür⁸². Bu çalışmada bu ayrıma gidilmeksizin söz konusu şartlar sıralanmıştır. Ayrıntıda bazı farklılıklar bulunmakla birlikte bu şartlardan en az birinin bulunması halinde hâkim, gıyabî yargılama usulüne başvurabilir veya gaib davalıyı kolluk kuvvetleri yardımıyla mahkemeye cebren getirterek yüz yüze yargılama yapar⁸³.

Şâfiiler, gıyabî yargılamanın yapılıp hükmün verilebilmesi için davacının; dava konusunu, miktarını, türünü ve niteliğini açıklamasını ve bunu delillendirmesini gerekli görürler⁸⁴. Bu şartı Şâfiiler ileri sürmüş olsalar da diğer mezhepleri bu şarta muhalefet etmedikleri görülür. Gaibin mahkemeye getirtilmesinde mesafenin önemi, yetki bölgesinde bulunup bulunmadığında ortaya çıkmaktadır. Zira gaib kişi, yetki bölgesi dışındaki hakimin davetine icabet etmeyebilir. Bu durumda hâkim, davayı ve şahitleri dinledikten sonra dilerse gaib aleyhine hüküm verir dilerse şahitlerin ifadelerini gaib şahsın bulunduğu bölge hakimine gönderir⁸⁵. Gıyabî yargılamanın yapılabilmesi için gerekli görülen şartları şu şekilde sıralamak mümkündür:

i. Mesafenin yakın olması: Gıyabî yargılama yapılabilmesi için gaib ile davanın görüleceği mahkeme arasındaki mesafenin yakın olması gerekir. Muhakemenin duruşmaya iştiraki zorlaştıran bir mesafede yapılması halinde bu usule başvuru vurulmaması hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Hanefiler'e göre gıyabî yargılama yapılabilmesi için gaib tarafın bulunduğu yer ile davanın görüldüğü mahkeme arasında namazları kısaltmayı gerektirecek mesafe kadar uzaklık bulunmalıdır. Daha yakın mesafelerde gaib, mahkemece cebren duruşmaya getirtilir; şayet buna imkân yoksa hâkim, gaib adına vekil tayin ederek yargılamayı icra eder⁸⁶. Mâlikîler'e göre gaibin bulunduğu yer ile mahkeme arasında yol güvenliği varsa on, yoksa iki günlük yol mesafesidir⁸⁷. Şâfiiler'e göre

82 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabi Yargılama*, s. 135 vd.

83 Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, IV, 3338; Desûkî, *Hâşiye aleş-Şerhi'l-kebir*, IV, 162; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 554; Behütî, *Keşşâfü'l-kınâ'*, III, 530; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabi Yargılama*, s. 176.

84 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 542.

85 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 554.

86 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabi Yargılama*, s. 179.

87 Desûkî, *Hâşiye aleş-Şerhi'l-kebir*, IV, 148, 162-163.

sabahleyin yola çıkıp mahkemeye gelmesi, normal seyirde bir duruşmaya iştirak ve celse sonunda evine geç vakitte de olsa ulaşılabilir uzaklığı gıyabî yargılama mesafesi olarak görürler. Daha kısa mesafedeki kişi duruşmaya katılmalıdır, bu süre meşakkatin var kabul edildiği süredir. Daha uzaktaki kişinin duruşmaya gelme zorunluluğu yoktur⁸⁸. Şâfiîler'in bir diğer görüşü, mahkemenin yapılacağı yerdeki hâkimin yetki sahası dışında bulunan gaib davalının duruşmaya gelme zorunluluğunun bulunmadığı yönündedir⁸⁹. Hanbelîler'de gıyabî yargılamada esas alınan mesafe konusundaki genel kanaat namazları kısaltmayı gerektirecek uzaklıktır⁹⁰.

Taraflardan biri veya her ikisi, bu mesafeleri aşan uzaklıkta bulunursa bu kişi hakkında gıyabî yargılama yapılmaması esastır. Bu yargılama usulüne ancak bu mesafeleri aşmayan uzaklık ve kişinin duruşmaya gelmesini engelleyen geçerli bir mazeretin bulunmaması halinde başvurulabilir. Bu noktada İslam hukukçularının ittifak ettikleri söylenebilir⁹¹.

İslam hukukçularının gıyabî yargılamanın yapılabilmesinde gerekli gördükleri bu mesafelerin o günün şartlarında bir kişinin bulunduğu yer ile duruşmanın yapıldığı mahkeme arasındaki yolculuğun kişiye vereceği meşakkat üzerine kurulu olduğu söylenebilir. Bu tür bir meşakkatin bulunmadığı hallerde kişi mahkemeye gelmeli, duruşmada hazır bulunmalı ve yargılama yüz yüze icra edilmelidir.

ii. Davacının geçerli delilinin olmaması: Gıyabî yargılamayı kabul eden Şâfiîler'e ve Hanbelîler'e göre davacı, iddiasını kanıtlayacak delil sunmadıkça gaib aleyhine açılan davayı hakim dinlemez. Ancak davacının sağlam delili varsa davayı dinler. Muhakemenin yenilenmesi; iş yükünün azaltılması, hukuk ekonomisi ve başka sebeplerle kabul gören bir durum değildir. Nitekim Ömer b. Abdülaziz (ö. 101/720), hükme bağladığı bir davanın yeniden muhakemesi talebini kabul etmemiş, bunu yeni delil ikame şartına bağlamıştır⁹².

iii. Davacının yemin etmemesi: Yemin, yargılama hukukunda ispat vasıtalarından biridir. Yemin, tarafların bir hususun doğruluğu hususunda kutsal kabul edilen değerler üzerinden beyanda bulunmalarını ifade eder. Yargılama usulünde yemin, davacı tarafından davalıya yöneltilen bir ispat yoludur. Gıyabî yargılama usulünde davacının yemin istemesi, duruşmada bir davalı bulunmadığı için mümkün değildir. Bununla birlikte bazı mezheplere göre hâkimin gerekli görmesi

88 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, VI, 308.

89 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, VI, 321

90 İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 130.

91 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s.113.

92 Atar, *Adliye Teşkilatı*, s. 218; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 187.

halinde davacıdan, beyyinesini dinledikten sonra, yemin talep edebileceği ileri sürülmüştür. Mesela Şâfiîler'in esah kavillerine göre, gıyabi yargılamada hâkim, davacıya ihtiyaten yemin teklif eder. Zayıf görüşe göre ise yemin müstehaptır⁹³. Bu yemine *istibrâ yemini* denir ki bu, davacının, gaib şahsı borçtan ibra etmediği veya borcu havale etmediği anlamına gelir. Mâlikîler de gaibin zimmet borçlusu olduğunda istibra yeminini gerekli görürler. Hanbelîler'in böyle yapılmasını şart koşmamakla birlikte gaibin yargılanabilmesi ve fesada giden yolun kapatılması için ihtiyata uygun buldukları görüş budur⁹⁴.

iv. Davacının kefil göstermemesi: Bu şartı sadece Hanbelîler ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, davacının gösterdiği kefilin sorumluluğu, dava konusu hakkın davacıya ait olmadığına ortaya çıkması halinde tazmini üstlenmektir. Burada kefil, gaibe ait malî haklarda bir kaybın ortaya çıkması ihtimaline karşı davalı lehine bunu tazmin etmeyi üstlenen kişidir⁹⁵. Bu sebeple davacı, gıyabî yargılama yoluyla gaib davalıya ait olma şüphesi bulunan malî bir hakkı elde etmesi ve söz konusu hakkın gaib lehine bir hak olduğunun ortaya çıkması ihtimaline karşın mahkemeye bir kefil göstermektedir. Şayet kefil gösteremezse gıyabî yargılama yapılmaz. Bu şart gaibin mal varlığının korunmasına yönelik bir tedbir mahiyetindedir.

v. Davalının inkar etmemesi: Yargılama usulü bakımından davalının iddiayı ikrar etmesi davayı sonlandırmaktadır. Ancak iddiayı inkâr ederse, davacının delilini ortaya koyması gerekmektedir. Dolayısıyla gıyabî yargılamanın yapılabilmesi, davalının inkârının bilinmesine bağlıdır. Bu durumda davacıdan beyyine istenebilir. Mâlikî ve Hanbelîler ise davalının dava konusu hakkı inkâr etmesini gerekli görmezler. Onlar gaibliği, susmanın hukukî sonucu gibi görmüşler, yargılama esnasında davalının susmasını, başka bir ifadeyle ikrar veya inkar etmemesini yargılamanın istikrarı ve sürüncemede kalması sebebiyle inkar etmesiyle eş tutmuş, susana karşı delil dinlenmesini geçerli saymışlardır. Şâfiîler ise dava açma sırasında söz konusu hakkın inkâr edilmesini gerekli görürler. Zira ikrar edene karşı delil ikame etmenin bir anlamı yoktur. Delil inkârdan sonraki adımdır⁹⁶.

93 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 543, 544 (Yemin, gaibin hazır bir vekilinin bulunmadığı durumda başvuru olan bir ispat yoludur. Davacıya yemin ettirme konusundaki iki görüş, çocuk, akıl hatası ve geriye özel bir mirasçı bırakmadan ölen şahıs hakkında da geçerlidir. Daha doğru görüşe göre hâkimin bunlar adına savunma yapmak üzere vekil ataması gerektirir. Çünkü bunlar iddiayı savuşturmaktan acizdirler. Şayet ölen şahsın özel bir mirasçısı varsa yemin konusunda mirasçının talebi dikkate alınır. Çünkü terikedeki mala sahiptir. Çocuk ve akıl hastası adına vekil tayini de buna benzemektedir).

94 İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 98; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fikhiyye Kamusu*, VIII, 232-234.

95 İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 98; XI, 488.

96 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 542; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabi Yargılama*, s. 196. (Bk. *Mecelle*, md: 1822).

vi. *Gaibin vekille temsil edilmemesi*: Mahkemede taraf veya tarafların vekille temsil edildiği yargılama, yüz yüze yargılamadır, gıyabî yargılama değildir. İslam hukukunda taraflardan birinin yapacağı vekil tayininin geçerli olması hususunda karşı tarafın kabulünün gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Ebû Hanîfe (ö.182/798)'ye göre vekâletin geçerliliğinde meşru bir mazeret bulunmadıkça karşı tarafın kabulü veya reddi belirleyicidir. İmameyn ve diğer fakihler ise bunun için karşı tarafın rızasının aranmayacağı görüşündedirler. Çünkü vekâlet müvekkilin hakkını korumaya yönelik bir akittir ve vekâlette karşı tarafın rızası aranmaz⁹⁷. Ayrıca taraflar aradaki orantısızlığı gidermek ve böylece hakların kaybını önlemek amacıyla da vekil tayin edebilirler⁹⁸.

Doktrinde her tür davada vekil tayin edilebileceği görüşü hâkimdir. Dolayısıyla bir kimse davasını asaleten kendisi takip edebileceği gibi vekili vasıtasıyla da takip edebilir. Diğer taraftan İslam hukukunda duruşmalara vekilin katıldığı bir dava için müvekkilin mahkemede hazır bulunmasının gerekliliği bakımından dava türleri arasında ayırım yapılmıştır. Hukuk davalarında müvekkilin mahkemede hazır bulunması şart koşulmamış; ancak ceza davalarında had-kıyas ile ta'zir davaları birbirinden ayrı değerlendirilmiştir. Had ve kıyas davalarında müvekkilin vekili ile birlikte duruşmaya katılması halinde vekilin ispata yönelik beyanı, müvekkilin sözleri gibi kabul edildiği için vekâletin geçerliliğinde görüş birliğine varılmıştır⁹⁹. Had ve kıyas davalarında müvekkilin gaib olması halinde Hanefîler'den Ebû Yûsuf'a ve Şâfiî mezhebindeki bir görüşe göre vekâlet geçerli değildir. Fakihlerin çoğunluğuna göre dava konusu, sırf Allah hakkı sayılan had olup müvekkil de gaib ise hadlerin şüpheden dolayı düşürülmesi gerekçesiyle vekâlet geçerli değildir. Ta'zir davalarında ise müvekkilin mahkemede hazır olması gerekli görülmemiştir¹⁰⁰.

vii. *Hâkimin gaib taraf için vekil tayin etmemesi*: İslam hukukunda hâkimin duruşmaya katılmayan kişiyi temsilen bir vekil tayin etmesinin geçerli olup olmadığı hususunda farklı görüşler vardır. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîler yargıcın gaib adına bir vekil tayin etmesini caiz görürler¹⁰¹. Hanefîler ise gıyabî yargılamayı, is-

97 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, 198 vd. (Mecelle bu konuda imameynin görüşünü benimsemiştir. Md: 1516.)

98 Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 86.

99 Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, s. 95; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 200.

100 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, s. 201.

101 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, IV, 85 (واختلفوا أنفسهم. واختلفوا) والمرأة المالكين لأمر أنفسهم. واختلفوا) وقال أبو حنيفة: في وكالة الحاضر الذكر الصحيح. فقال مالك: تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة:

tisnai durumlar hariç, ilke olacak caiz görmedikleri için hâkimin, gaib tarafı temsilen bir vekil tayin (*vekil-i müsahhar*¹⁰²) edip bu kişinin gaib müvekkilini temsil ettiği muhakeme usulü ile yargılamayı yapacağı görüşünü benimsemişlerdir¹⁰³. Bu vekilin vazifesi, gaib tarafı temsilen, hakiki duruma uygunluk arzmesine bakmaksızın davacının iddiasını inkârından ibarettir¹⁰⁴. Ancak davanın vekil-i müsahhar yoluyla dinlenebilmesi için gaib kişi hâkimin yetki bölgesinde bulunması gerekir¹⁰⁵.

Hanefiler'e göre mahkemenin, vekil-i müsahhar tayin ederek yargılama yaptığı çeşitli durumlar vardır. Bunlar: 1. Hasmın mütevârî olması, 2. Muhayyerlik şartıyla satın aldığı malı iade etmek isteyen kişinin, satıcının gaib veya mütevârî olması halinde iade imkânsızlığından dolayı malı satıcı namına kabzedecek bir vekilin nasb etmesi, 3. Mekfûlün lehin mütevârî olması, 4. Gaib karının, kendisine nafaka ödemediği gerekçesiyle boşanma davası açamaması için hâkimin kariyı temsil edecek birini vekil atayıp kocanın nafakayı ona teslim etmesi halidir. 5. Hasmın gaib olması, halleridir¹⁰⁶.

viii. *Davalının aleyhine karar verilebileceğini bilmemesi*: Mâlikîler, diğer mezheplerden farklı olarak, davalının, gıyabî yargılamada aleyhine karar verilebileceğini bilmemesini mazeret kabul ederler ve bu tür yargılamayla verilen hükmün hâkim tarafından bozulabileceğini kabul ederler¹⁰⁷.

ix. *Gaibin uyarılması*: Hz. Ömer, Ebû Mûsa'ya gönderdiği mektubunda "davacıya delil getirmesi için yeterli bir süre tanı. Davacı, o süre içerisinde delil/tanık getirirse hakkını alır. Getiremezse onun aleyhine hüküm verirsin. Çünkü süre tanımak kapalılığı daha iyi dağıtır..." demiştir. Hz. Ömer'in bu sözü hâkimin taraflardan her birine delil getirebilecek kadar süre vermesi gerektiğini göstermektedir. Hâkim adâleti tevzi için taraflar arasında eşit davranmakla görevlidir¹⁰⁸.

لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلا أن تكون برزة. فمن رأى أن الأصل لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير إلا ما دعت إليه الضرورة وانعقد الإجماع عليه قال: لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته. ومن رأى أن الأصل هو الجواز قال: (الوكالة في كل شيء جائزة إلا فيما أجمع على أنه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها. İbn Cüzey, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, s. 215; Desûkî, *Hâşiye aleş-Şerhi'l-kebîr*, IV, 162; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc ilâ marifeti me'âni'l-Minhâc*, IV, 543; Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s. 202.

102 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 18; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 414-415.

103 Serahsî, *el-Mebsût*, XVII, 39; Trablusî, *Mu'imü'l-hükkâm*, s. 60.

104 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, IV, 3340.

105 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, IV, 3337.

106 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 415; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, IV, 3342.

107 Desûkî, *Hâşiye aleş-Şerhi'l-kebîr*, IV, 148.

108 Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 63.

2. Gıyabî Yargılamanın İcra Şekli

İslam hukukunda hangi haklara ilişkin davanın açılması ve takibinin mağdurun şikâyetiyle, hangilerinin mahkemece re'sen koğuşturulacağı hususunda farklı görüşler vardır. Genel olarak sırf Allah hakları ve Allah haklarının ağır bastığı durumlarda mahkemenin re'sen kovuşturma yapacağı; bunların dışındaki ihlallerin şikâyete bağlı olduğunun kabul gördüğü söylenebilir¹⁰⁹. Gıyapta yargılama usulünü benimseyen İslam hukukçuları, ceza davalarındaki farklı görüşler bir tarafa bırakılırsa, hukuk davalarının bu usulle görüleceğini kabul ederler. Hukuk davalarında davacının hak iddiasını mahkemeye usulüne uygun başvurusuyla çekişme mahkemeye taşınmış olur.

Mahkeme, gerekli tahkikatı yaptıktan sonra yargılamanın icrası için duruşma zamanı belirler ve bunu taraflara bildirir. Bu çağrıda taraflara belirlenmiş gün ve saatte mahkemede bulunmaları, aksi halde gıyaben yargılamanın yapılacağı bilgisi de yer alır.

En az bir tarafın, davetin kendine ulaşmaması veya ulaşıya bile oturuma katılmaması halinde gıyabî yargılama usulüne başvurulur. Bu usulün genellikle davalı tarafın yokluğunda uygulanması, çekişmenin doğası gereği normal karşılanması gereken bir durumdur. Çünkü davacı-davalı ayrımında davacı, zâhir ölçüsüne göre, zâhirin hilafını isteyen, davalı ise zâhire tutunan, mevcut durumun devamından yana olan taraftır. Dolayısıyla mahkemeye başvuru zâhirin hilafını savunmayı gerektirir. Davacı, mahkemede kendisi veya vekili aracılığıyla oturuma katılmıyorsa, dava konusu hakkı talep edecek kimse de yok demektir. Ancak davacının varlığında davalının muhakemeyi reddetme hakkı yoktur. Mecburiyet kriteri açısından davacı husumete zorlanamayan, davalı ise zorlanan taraftır. Nitekim usulüne uygun yollarla davet edildiği halde oturuma katılmayan davalı kimse hakkında cebren mahkemeye getirtilme, oturuma katılmaması halinde aleyhine verilecek hükme rıza göstermiş sayılma, onu temsilen hâkim tarafından bir vekil tayin edilme ve gıyabında hüküm verilme gibi caydırıcı tedbirler düşünülmüştür.

İlke olarak davalı tarafın yerleşim yeri içerisinde bulunması halinde mahkemeye kolluk kuvvetleri yardımıyla da olsa getirtilmesi gerektiği hususunda ittifaktan

109 Karşılaştırma için bk. 6100 S.lı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 24 İkinci Bölüm Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler: (1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. (2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. (3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder.

söz edilebilir¹¹⁰. Şehir dışında bulunan gaib, Hanefiler'e göre imkânı varsa mahkemeye cebren getirilir; aksi halde hâkimin gaib aleyhine davacının delillerini inceleme yetkisi yoktur¹¹¹. Diğer mezhepler, yolculuk meşakkatini dikkate almışlar ve davacının delillerinin dinlenmesinden sonra gaibin mahkemeye getirilmesi konusunda hâkimin bir karar verebileceği görüşünü benimsemişlerdir¹¹². İslam hukuk ekollerinin gıyabî yargılama usulünde takip ettikleri süreç aşağıdaki gibidir.

i. Hanefiler: Mecelle madde 1834'de "Müdde'â 'aleyh mahkemeye gelmekden ve vekil göndermekden imtina' edip de celb ve ihzarı kabil olmadığı takdirde müdde'inin talebi ile mahkemeye mahsus olan varaka-i davetiye ayrı günlerde üç defa kendine gönderilecek mahkemeye da'vet ve gelmediği sûretde hâkim ana bir vekil nasbı ile müdde'inin da'vâ ve beyyinesini istimâ' edeceğini kendine tefhim eyler. Bunun üzerine müdde'â 'aleyh yine mahkemeye gelmez ve vekil göndermezse hâkim anın hukukunu muhafaza edecek bir kimseyi ana vekil nasb edip vekil-i mezbur muvâchesinde müdde'inin da'vâ ve beyyinesini istimâ' ve tedkik ederek mukârin-i sıhhat olduğu tebeyyün ederse ba'd-es-sübût hükmeder" şeklinde Hanefiler'in gıyapta yargılamanın icrası şeklini maddeleştirmiştir.

Yukarıdaki madde, Hanefî mezhebine ait gıyabî yargılama usulünün özlü bir ifadesidir. Buna göre davalı bizzat kendisi veya vekili mahkemeye gelip oturuma katılmazsa, hâkim o kişiyi temsilen onun hukukunu gözetecek bir şahsı ona vekil tayin eder. Bu kişinin varlığında davacının dava ve delilleri ile vekilin ikrar-inkârları doğrultusunda yargılamayı icra eder¹¹³. Onu haklı bulursa vekil huzurunda gaib aleyhine hüküm verir. Çünkü yargıç, hakkı hak sahibine ulaştırmakla görevlidir. Hakkı, sahibine ulaştırmanın başka yolu yoktur. Bu durumda gıyaben hüküm vererek hak kaybının önüne geçer¹¹⁴. Üç ayrı defada mahkemeye çağrının yapılması, hâkimin münkire üç kez yemin teklif etmesine benzemektedir ve ihtiyat gereğidir¹¹⁵. Gıyabî yargılama usulü takip edilerek verilen hüküm, mezhepte meşhur görüşe göre, sahih/geçerli değildir. İmam Muhammed'in bu usulle verilen hüküm

110 Trablusi, *Mu'înü'l-hükkâm*, s. 89-90; İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, s. 197; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 54.

111 Trablusi, *Mu'înü'l-*, s. 89-90 (Sabah erken yola çıkıp duruşmaya katılma ve tekrar dönüp geceyi evinde geçirme imkânı bulunan mesafelerde hasmın mahkemeye getirilme cihetine gidilir. Daha uzak mesafelerde hâkimin davacının beyyinesini dinlemesi ve buna göre gaibin mahkemeye getirilmesi hususunda bir karar vermesi gereklidir). Kâsânî, *Bedâi'üs-senâi'*, VI, 236; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, IV, 3338.

112 İbn Cüzey, *el-Kavânînü'l-fıkhiyye*, s. 197; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 56; Trablusi, *Mu'înü'l-hükkâm*, s. 98.

113 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, IV, 3338. Hâkim nasb-ı naibe mezun olduğu takdirde naibini müdde ile beraber marizin veya muhaddenin yanına irsal ederek davalarını istima ve fasl ettirir.

114 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, IV, 3340.

115 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, V, 415 (Hanefiler'e göre mütevârî, gaib hükmündedir); Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, IV, 3340. (Bk. Mecelle md: 1817).

hakkında muhalefeti bulunsa da mezhebin müfta bih görüşüne göre bu hüküm nâfizdir¹¹⁶. Ancak davacının yokluğunda yargının icrası için hâkimin bir vekil tayin etmesi uygulaması, bazı olumsuzluklar sebebiyle yürürlükten kaldırılmıştır¹¹⁷.

Hanefiler'e göre hem muhakemede hem de hüküm verilirken tarafların veya temsilcilerinin hazır bulunmaları gerekli görülmüştür (Mecelle, md 1830). Çünkü gaib lehine hüküm verilemeyeceği gibi aleyhine de hüküm verilemez¹¹⁸.

ii. Diğer mezhepler: Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîler gıyaben yargıyı geçerli bir yargılama usulü kabul ettikleri için davalının duruşmaya katılmadığı durumlarda hâkimin hüküm verebileceği görüşündedirler. Hangi durumlarda ve ne şekilde bu usulle yargılamanın yapılacağı ve hükmün tenfiz aşaması hakkında farklı icthadlar bulunmaktadır.

Gıyaben yargılama sonucu verilen hüküm kayıt altına alınır ve tenfizi için gaib şahsın bulunduğu yetkili mahkemeye (kararı veren hâkim/mahkeme, şahitler, davacı, davalı, karar tarihi vb.nin yazılı olduğu imzalı mühürlü bir evrakın düzenlenip gönderilmesi gibi) güvenilir usullerle gönderilir¹¹⁹.

Gaib davalı henüz hâkim hüküm vermeden ortaya çıkarsa, yargılama gıyabî yargılama usulünden yüz yüze yargılama usulüne dönüşür. Hâkim, davacının delillerini (gaibliği sona eren) davalı kişiye bildirir. Davalı, bu iddia ve deliller doğrultusunda kendisine tanınan belirli süre içerisinde savunmasını, karşı delillerini vb. ortaya koyarak yapar¹²⁰.

iii. Muhakemenin icrasında yemin: Mahkemelerde ispat vasıtalarından biri yemindir. Yeminin bilhassa malî haklara ilişkin davalarda davalının hücceti sayılacağı hususunda görüş birliğinden söz edilebilir. Ancak malî davaların dışındaki nikâh ve kısas gibi haklara dair davalarda yemin teklif edilip edilmeyeceği, hangilerinde teklif edileceği, davalı yemin etmekten kaçındığında yeminin davacıya çevrilip çevrilmeyeceği, hangi durumlarda ve hangi davalarda yemin teklif edileceği konularında farklı icthadlar bulunmaktadır.

Kural olarak yemin, davacının isteği üzerine davalıya yöneltilir; çünkü yemin isteği, davacıya ait bir haktır ve o istemedikçe hâkim yemin teklif edemez. An-

116 Trablusî, *Mu'ini'l-hükkâm*, s. 60; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, IV, 3340; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fikhiyye Kamusu*, XVIII, 231.

117 Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabi Yargılama*, s.161.

118 Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, IV, 3328-3329.

119 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 548.

120 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, IV, 256; Desûkî, *Hâşiye aleş-Şerhi'l-kebir*, IV, 310; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 548; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 96, 97; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabi Yargılama*, s. 283.

cak yemin teklif ve tevcihi hâkimin takdirindedir; yemin yalnızca hâkim ya da yetkili şahsın huzurunda yapılması halinde ispat vasıtası olarak kabul edilir. Bu sebeple sadece davacının talebi üzerine davalının yemin etmesi sonuç doğurmaz. Mazeret bulunması halinde hâkimin bir memur görevlendirip iki âdil şahitle birlikte yemin edecek kişiye gidip ona yemin ettirmesine cevaz verilmiştir. Hâkim, memurun sözünü bu iki âdil şahidin yemin veya yeminden nükûle şahitlik etmelerine dayanarak hüküm verir. Davalının yeminden kaçınması halinde Hanefîler davacıya yemin teklif edilmeyeceği¹²¹ Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîler ise yemin teklif edilebileceği görüşündedirler. Ancak bu ekollerde hangi tür davalarda davacıya yemin teklif edileceği ihtilaflıdır. Bu yemine “yemîn-i merdûde” adı verilir. Hanefî ve Mâlikîler’e göre bazı davalarda delil getiren davacıya hâkim tarafından re’sen yemin teklif edilebilir. Buna da “yemîn-i istizhâr, yemîn-i itibrâ, mükemmil-i hüccet” denilir. Teklif edilen yemin davalı tarafından kabul edilir ve icra edilirse, bununla iddia edilen vâkıanın mevcut olmadığı sübut bulur¹²².

Hâkimin gıyabî yargılama sırasında davacıdan gaib aleyhine beyyine ikame ettiğinde yemin isteyip istemeyeceği hususunda iki farklı eğilim vardır. Hanbelîler ve Zâhirîler’den İbn Hazm’e göre bu durumda yemin istenmez. Şâfiîler’e göre bu tür bir yemin müstehaptır, gerekli olmamakla birlikte istenebilir. Mâlikîler’e ve esah kavillerinde Şâfiîler’e göre adil beyyine ikame ettikten sonra davacının yemin etmesi vaciptir. Mâlikîler bu yemine *istibrâ*, Şâfiîler *istizhâr* ve Hanbelîler *ihtiyat* yemini derler. Burada davacıdan yemin istenmesi şahitlerin veya delillerin güvenilirliğinin tespiti için değil; ibra, tamamını veya bir kısmını tahsil, havale gibi yollarla dava konusunun ortadan kalkmadığını tespit içindir¹²³.

3. Gıyabî yargılamanın hükmü

Muhakeme hukukunda hüküm, hâkimin hak kazandırıcı veya önleyici yarıya ilişkin durum tespiti yapmasıdır. Bu, hâkimin kendisine sunulan delilleri ve itirazları inceledikten sonra vardığı zâhirî sonuç olup muhakemeyi bitirmesi anlamına gelir. Esasen muhakeme yeni bir hak ortaya koymaz; mevcut gizli bir hakkı ortaya çıkarır. Hâkim, yargılama sonucunda dava konusunu zâhiren hak görülen hükme bağlar. Şu var ki, zâhire göre hüküm, taraflar için helal olmayanı

121 Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 78.

122 Atar, *İslam Yargılama Hukukununun Esasları*, s. 182; Boynukalın, “Yemin”, *DİA*, XLIII, 419.

123 Ebû Ğudde, *Hel li'l-kâdi el-hüküm 'ale'l-ğâib*, s. 55-56.

helal kılmaz, hak olmayanı hak haline getirmez¹²⁴. Nitekim Hz. Peygamber kendisinin de bir beşer olduğunu ve kendisine getirilen davaları, sunulan delillere göre hükme bağladığını ifade etmiş; delillere bakarak bir taraf lehine hüküm verdiğinde karşı tarafın haksızlığa uğradığını gören hasmın dava konusunu almamasını istemiştir¹²⁵. Zâhirî delillerin gösterdiğinden farklı olarak davanın iç yüzünü sadece Allah bilir ve hâkimin delillerden yola çıkarak verdiği hükümden dolayı bir sorumluluğu yoktur. Zira hukukta istikrar, güven ve düzen fikri, hâkimin zâhirî delillere göre hüküm vermesini gerektirir¹²⁶. Bu çerçevede hâkimin verdiği hüküm, icra edilen yargılama usulü açısından yüz yüze yargılama usulüyle verilmiş hüküm (hükm-i vicâhî) ve gıyabî yargılama usulüyle verilmiş hüküm (hükm-i gıyâbî) olarak iki kısma ayrılır¹²⁷.

Mahkemenin gıyabî yargılama usulü ile hüküm verebilmesi için gerekli tebligatın yapılmasına rağmen davalının mahkemeye gelmemesi, getirilememesi ve vekil göndermemesi gerekir. Bu durumda hâkim, hasm-ı mütevârîye bir vekil tayin edip vekilin temsili çerçevesinde davayı dinleyip hüküm verir¹²⁸.

Hanefiler arasında, ilke olarak gıyabî yargılamaya usulüne karşı durmakla¹²⁹ birlikte zorluk ve zaruret hallerinde, meseleleri hükümsüz bırakmamak, hakların kaybını ve mağduriyetlere önlemek için maslahata binaen bu usulle gaib hakkında hüküm verilebileceği görüşünü¹³⁰ savunan hukukçular vardır. Ancak bu durumda hâkimin, gaibi temsil edecek bir vekil tayin etmesi, gaibin haklarının korunması açısından uygun görülmüştür¹³¹. Gıyabî yargılama yoluyla verilen hükmün niteliği hakkında farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre hasmın bulunmadığı bir yargılamada verilen hüküm *sahih* değildir. Zira gaib, davacının iddiasını inkâr edebilir ve bunu ispat edip inkârını delillendirebilir. Diğer görüşe göre ise verilen hüküm sahihtir; fakat *nâfiz* olup olmadığı ihtilaflıdır¹³².

124 Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, s.158; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabi Yargılama*, s. 74.

125 Buharî, *Ahkâm*, 20.

126 Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, s. 65-66, 156-158.

127 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, IV, 3344.

128 Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, IV, 3344.

129 Kâsânî, *Bedâi'u's-senâi'*, VI, 222.

130 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, V, 414 (Adil kişiler huzurunda bir kimse, karısını boşasa ve memleketinden uzaklaşsa, nerede olduğu da bilinmese veya bilinmekle birlikte mahkemeye getirilmesi veya kadının onun bulunduğu yere veya kadının vekilinin onun bulunduğu yere kadar gitme imkânı olmasa veya başka maniler sebebiyle onun buraya gelmesi, bunların oraya gitmesi mümkün olmayacaksa, mahkemenin adil şahitlerin ifadelerine dayanarak gaibin karısını boşadığına dair hüküm vermesi bir zarurettir).

131 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, V, 414-415.

132 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, V, 409; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, VIII, 231.

Hâkim, gıyabî yargılama usulü ile verilen hükmü davalıya tebliğ eder (Mecelle md. 1835). Mahkûm aleyh, kararın kendisine tebliğinden sonra karara itiraz ederse delilleri dinlenir, itiraz etmez veya itirazı mahkemece kabul görmezse verilen hükmün tenfiz edilmesi gerekir¹³³. Bu usulle verilen hüküm, gaibin yokluğu sebebiyle uygulanamıyorsa kamu otoritesi, gerekli adımları atar¹³⁴. Hâkimin verdiği hükmün en kısa sürede uygulanması, davacının bir hakkın kendisine teslimi, bir durumun tespiti veya bir tecavüzün önlenmesi için yargıya başvurusuna dayanmaktadır. Tenfizde gecikme hak sahiplerinin mağduriyetine yol açacaktır.

Şâfiîler ve Hanbelîlere göre mahkeme, davacı şahsın gaib davalı üzerinde mal alacağı olduğuna hüküm verdiği takdirde bu şahsın malı varsa ve alacaklı davacı borcun ifasını isterse, hâkim o maldan borcu öder. Çünkü borçlu kimse gaib olduğu için borcun o sırada ödenmesi mümkün değildir. Bu durumda, borcunu ifadan kaçınan hazır kişinin durumunda olduğu gibi hâkim, gaib şahıs adına borcu öder¹³⁵. Ancak gaib davalının malı yoksa, alacaklı kimse mahkemeden lehine verilen hükmün gaibin bulunduğu bölge mahkemesine bildirilmesini isteyebilir. Gıyabî yargılamanın bir diğer yolu, gaibin bulunduğu mahkemeye götürülmesindeki meşakkat ve zorluk yüzünden delillerin (şahitlerin) bir mahkemede dinlenip gaibin bulunduğu yetkili mahkemeye gönderilmesi ve yargılamanın bu şekilde yapılması halidir¹³⁶.

Gıyabî yargılama usulü ile verilmiş bir hükmün tenfiz edilmesinden önce veya sonra gaib kişi ortaya çıkarsa, aleyhine verilmiş karara itiraz edebilecek, kendisine söz konusu kararın delillerini çürütme veya karşı dava imkânı doğacaktır¹³⁷. Mezheplerin bu noktadaki ictihatlarında bazı farklılıklar dikkat çekmektedir. Mesela Mâlikîlere göre hakkında gıyabî hüküm verilen kimse ortaya çıkarsa, gerekçeli karar (şahitler, deliller ile) kendisine verilir. Böylece gaib, aleyhine hüküm verilmesine yol açan delilleri geçersiz kılma imkânı elde eder. Hatta Mâzerî(ö. 536/1141)'den mezhepte gaib aleyhine deliller (şahit isimleri vb) açıklanmadıkça gıyabî hükmün yürürlüğe girmeyeceği yönündeki görüşün tercihe şayan bulunduğu nakledilmiştir¹³⁸. Şâfiîler, ortaya çıkması veya eksik ehliyetlinin

133 Ali Haydar, *Dürrerü'l-hükkâm*, IV, 3343, 3345; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilâhât-ı Fikhiyye Kamusu*, VIII, 232.

134 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, VI, 309; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabi Yargılama*, s. 235-236.

135 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 545; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 97.

136 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 545.

137 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, IV, 256; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 96; Hira, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabi Yargılama*, s. 284.

138 İbn Ferhûn, *Tebstratü'l-hükkâm*, I, 97.

tam ehliyetli hale gelmesi halinde gaib şahsa, aleyhine hüküm verilmesine yol açan delillere itiraz etme, dava konusunun ödendiğini veya ibra edildiğini ispat etme gibi karşı delil ortaya koyma hakkı tanımışlardır¹³⁹. Hanbelîler ise hükümden sonra gaibin ortaya çıkması halinde, önceki bir kusur sebebiyle şahitlerin şahitliklerini çürütürse hükmün batıl olacağı, aksi halde hüküm nâfiz hale geleceği görüşünü benimsemişlerdir¹⁴⁰.

Hâkimin bizzat kendisinin yargılaması veya başka bir hâkimin verdiği kararın onanması şeklinde verilmiş hükmün ilgili kamu organları tarafından tenfiz edilmesi gerekir¹⁴¹. Çünkü hâkimin verdiği hüküm uygulanmadıkça, dava açmaya sebep teşkil eden anlaşmazlık sona ermez.

İslam hukukunda “kadılar arasında yazışma” olarak bilinen hâkimin dinlediği şahitleri veya verdiği kararı gaibin bulunduğu yetkili mahkemeye iletmesi şeklinde icra edilen uygulamanın geçerliliği üzerinde (ayrıntıda farklılıklar bulunmakla birlikte) görüş birliği vardır^{142,143}. Bu uygulamada davacının bulunduğu yerdeki yetkili mahkeme gıyabî yargılamayı yapmakta ve hükmün tenfizi için gaib davalının bulunduğu yerdeki yetkili mahkemeye yazılı bildirimde bulunmaktadır. Yine davalının ikrardan sonra ve hükümden önce kaçması halinde de gıyabında verilen karar ittifakla geçerlidir.

Hanefîler, kıyasa göre bir hâkimin diğerine gönderdiği yazıyla işlem yapmak caiz olmadığı görüşündedirler. Fakat onlar, şüpheyle sabit olan şeylerde bir hâkimin diğerine gönderdiği yazıyla işlem yapmasını, duyulan ihtiyaç sebebiyle geçerli kabul etmişlerdir. Zira bir kimsenin hakkı için tanıklık edecek kimseler bir beldede, davalı başka beldede olabilir ve bunları bir araya getirmek mümkün olmayabilir. Bu durumda hak sahibi onların tanıklığından istifade edemeyebilir. Aycıra insanların çoğu doğru şekilde tanıklık etmeye güç yetiremeye bilir. Davalının bulunduğu yerdeki hâkimin bunu tespit etmesi mümkün olmaz. Bundan dolayı asıl tanıkların yaptığı tanıklığı yazıyla diğer hâkime ulaştırmak gerekir. Bu

139 Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 544, 553.

140 İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 96.

141 Özen, “İnfaz”, *DİA*, XXII, 290. Tenfiz; kamu otoritesinin sağladığı güçle hapsedmeyi, malın elinden alınmasını, hak sahibine yönelik haksız eylemin sonlandırılması yoluyla hakların bu tür eylemlerden kurtarılmasını, boşanmanın gerçekleştirilmesi vs.dir. İbn Ferhûn, *Tebssiratü'l-hükkâm*, I, 133; Trablusî, *Mu'inü'l-hükkâm*, s. 52.

142 Uygulamaya dair geniş bilgi için bkz. Aslan, *İslam Yargılama Hukukunda “Şühûdü'l-Hal” Jürî*, s. 87.

143 Serahsî, *el-Mebsût*, XVII, 40; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 246, 248, 545 (Durumu, gaib şahsın bulunduğu bölgenin hâkimine bildirmenin üç derecesi vardır: 1. Şahitleri dinlediğini bildirmesi, 2. Hâkimin “benim nezdimde sabit oldu” diye bildirmesi, 3. Hakka hükmettiğini bildirmesi); Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, s. 203.

sebeple yazı yazan hâkim, asıl tanıkların adâletini tespit ederek bu tespitini diğer hâkime mektupla bildirir. Bu usul, kolaylık için başvuru olan bir yoldur ve sadece şüphe ile sabit olan haklarda geçerlidir. Hadlerde ise geçerli değildir. Bu yazının diğer hâkimin yazısı olduğu ispatlarnırsa (iki şahit) bu yazıyla o hâkim hüküm verebilir¹⁴⁴.

SONUÇ

Bireylerin mutlu, huzurlu ve barış içerisinde yaşam sürdürebilmesi, aralarında çıkan çeşitli anlaşmazlıkların adâlet ve hakkaniyete uygun şekilde çözülmesine bağlıdır. Bu işi yargı kurumu icra eder. Bu kurum, aralarında anlaşmazlık bulunan taraflardan en az birinin müracaatı ile belirli bir usul çerçevesinde dava konusundaki çekişmenin giderilmesi için gerekli süreçleri başlatır ve tarafları bir araya getirip yargılamayı yapar.

İdeal yargılama usulü, mahkemenin kararlaştırdığı belirli gün ve saatte tarafların duruşmaya katılarak karşılıklı iddia, delil ve inkârları ortaya koymaları şeklinde gerçekleşen yargılamadır. Taraflardan en az birinin duruşmada hazır bulunmadıkları durumlarda mahkemenin önünde iki seçenek vardır: Ya tarafların duruşmada hazır bulunmalarına kadar muhakemeyi erteleyecek ya da belirli bir usul çerçevesinde gaib hakkında yargılama faaliyetini icra edecektir. Taraflardan birinin özellikle de davalı tarafın duruşmaya gelmemesi, getirilememesi veya gelmekten imtina etmesi gibi hallerde söz konusu tarafın yokluğunda muhakemenin yapılmasına gıyabî yargılama usulü denir.

Gıyabî yargılama usulünün geçerliliği hususunda İslam hukuk ekolleri çeşitli görüşler ortaya koymuşlardır. Şu var ki, bütün mezhepler, gaib tarafın imkân varsa mahkemeye getirilmesi ve yüz yüze yargılama imkânlarının tüketilmesi hususunda gerekli çabanın harcanması gerektiği noktasında birleşmişlerdir. Yüz yüze yargılama imkânının tükendiği durumlarda ise gıyaptan kaynaklı uzayıp giden davaların hak sahiplerini mağdur etmemesi için gıyabî yargılama yoluyla hüküm verilmesi gerektiğini benimsemişlerdir. Gaib davalı tarafa da ortaya çıkması ve aleyhine verilmiş hükmün bozulmasını veya tashihini gerektirecek delillerinin bulunması halinde itiraz hakkı tanınmıştır.

İslam hukukunda gaiblik hali, çeşitli şekillerde ele alınmış, hangi durumlarda gıyabî yargılama usulünün icra edilebileceği üzerinde çeşitli görüşler ileri sürül-

144 Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 95; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, IV, 2823.

müştür. Meseleci metot çerçevesinde bir takım esaslar belirlenmeye çalışılmış olmakla birlikte genel bir teori ortaya konmuş değildir.

İslam hukuk mezhepleri içerisinde gıyabî yargılama usulünü benimsemede iki temel eğilim bulunduğu görülür. Hanefiler ilke olarak gıyabî yargılama usulünü kabul etmemektedirler. Tarafeyne göre uyuşmazlıkların çözümünde temel kural, tarafların karşılıklı delil, savunma, inkâr ve ikrarlarını imkân veren çekişmeli yargının icrasıdır. Ancak istisna sayılabilecek bazı durumlarda bu usule başvurulabileceğini de kabul etmişlerdir. Hatta Hâherzâde'den itibaren bir vekil tayini ile gıyabî yargılamaya cevaz veren görüşün ağırlık kazandığı söylenebilir. Zira hakların korunması ve insanların maslahatı bunu gerektirmektedir. Diğer İslam hukuk ekolleri ise gaib davalının mahkemeye gelmekten kaçınması veya gizlenmesi gibi hallerle hangi dava türlerinde başvurulacağına görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte, gıyabî yargılama usulünü ilke olarak geçerli bir yargılama usulü kabul etmişlerdir. Zira mahkemenin yetki bölgesi dışında ve uzak bir yerde bulunma gibi sebeplerle duruşmaya katılamayan davalının tarafı olduğu bir anlaşmazlıkta mahkemenin hüküm vermemesi çeşitli olumsuzluklar meydana getirecektir. Bunu aşmanın yolu belirli şartlara uyularak gıyabî yargılamanın yapılmasına imkân hazırlamaktan geçmektedir.

Kaynakça

- Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, 1303.
- Aslan, Nasi, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, Adana: Karahan Kitabevi, 2014.
- Aslan, Nasi, *İslam Yargılama Hukukunda "Şühûdü'l-Hal" Jüri*, Adana: Karahan Kitabevi, 2018.
- Atar, Fahrettin, "Sulh", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul: 2009, XXXVII, 481-485.
- , "Kaza", *TDV İslam Ansiklopedisi*, Ankara: 2002, XXV, 113-117.
- , *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2013.
- Behütî, Yûnus b. İdrîs, *Keşşâfü'l-knâ' 'an metni'l-İknâ'*, Dârü'l-kütübi'l-ilmîyye, ts.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstîlâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul, 1991.
- Boynukalın, Ertuğrul, "Yemin", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul: 2013, XLIII, 417-420.
- Desûkî, Muhammed b. Ahmed, *Hâşiye aleş-Şerhi'l-kebîr*, Daru'l-fıkr, ts.
- Ebü Ğudde, Hasen Abdü'l-ğani, *Hel li'l-kâdî el-hüküm 'ale'l-ğâib*, Riyad, 1425.
- Gözübenli, Beşir, "Mefkûd", *TDV İslam Ansiklopedisi*, Ankara: 2003, XXVII, 353-356.
- Hira, Ayhan, *İslam Muhakeme Hukukunda Gıyabi Yargılama*, İstanbul: Rağbet Yayınları, 2015.

- İbn Âbidîn, Muhammed Alâüddîn, *Reddü'l-muhtâr 'ale'd-Dürri'l-muhtâr şerhu Tenviri'l-ebşâr*, Beyrut, 1412/1992.
- İbn Cüzey, Ebü'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed, *el-Kavâninü'l-fikhiyye*, b.y., ts.
- İbn Ferhûn, Burhâneddin, *Tebsiratü'l-hükkâm*, Mektebetü'l-külliyâtü'l-ezheriyye, 1406/1986.
- İbn Hazm, Ebü Muhammed b. Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, Beyrut, ts.
- İbn Kudâme, Ebü Muhammed Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni*, Mektebetü'l-Kâhire, 1388/1968.
- İbn Münzir, Ebü Bekr Muhammed b. İbrâhîm, *el-İcmâ'*, Dâru'l-müslim, 1425/2004.
- İbn Rüşd, Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Kahire, 1425/2004.
- Kâsânî, Ebü Bekir Alâuddin b. Mes'ud, *Bedâi'u's-senâi' fî tertibiş-şerâi'*, Dâru'l-kütübi'l-ilmiiyye, 1406/1986.
- Köse, Saffet, *İslam Hukukuna Giriş*, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2016.
- Oruç, Muhammed Ferruh-Mehmet Dirik, "Hanefilerde Örf-Maslahat-İstihsan İlişkisi (Serahsi Örneği)", *Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. VII, sy. 2, (2020), 1092-1119.
- Özen, Şükrü, "İnfaz", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul: 2000, XXII, 290-292.
- Özkan, Mehmet, "İslam Muhakeme (Yargı) Hukuku", *İslam Hukuku II*, İstanbul 2019, 343-373.
- Serahsi, Ebü Bekr Muhammed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, Beyrut, 1414/1993.
- Şirbinî, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'âni'l-Minhâc*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiiyye, 1415/1994.
- Trablusî, Ebü'l-Hasen Alâüddîn Ali b. Halîl, *Mu'inü'l-hükkâm fîmâ yeterededü beyne'l-hasmeyni mine'l-ahkâm*, Dâru'l-fikr, ts.
- Yavuz, Cevdet, "Dava", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul: 1994, IX, 12-16.
- Yıldırım, Mustafa, "Tahkîm", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul: 2010, XXXIX, 411-413.