



T.C. DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

0907 - BY 87 - 009 - 025

İLÂHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ IV

(PROF.DR. ÖMER YİĞİTBAŞI'NA ARMAĞAN)

İ S L Â M D A İ S B A T H U K U K U N U N D O Ğ U Ş U (*)

Yazan : Prof. Dr. Muhammed HAMİDULLAH

Çev. : Av. Dr. M. Salih YAVUZER

Toplumlarda, isbatlama ihtiyacı çok eskidir. Hatta buna en ilkel ve vahşî gruplarda bile rastlanır. İslâm'a gelince; bilindiği gibi bu din, Arabistan'da Mekke şehrinde, kendisini din elçisi olarak tanıtan Hz. Muhammed'in yenilik getiren faaliyetleri ile başladı. O, bize peygamberlik görevinin bir belirtisi olarak vahiy yoluyla gönderildiğini, Allah'ın kelâmı olduğunu söylediği Kur'an'ı ve ashabı tarafından toplanıp nakledilmiş olan Hz. Muhammed'in fiilleri ile sözleri hakkındaki metinlerin bütününü ifade eden Hadis'i bıraktı.

Hz. Peygamber'den doğrudan en az bir hadis nakleden sahabî sayısının yüzbinden fazla olduğu dikkate alınırsa, asr-ı şaadette din değiştirip müslüman olanların sayısını tahmin etmek mümkün olur.

Çok kısa sürede inanmış bir toplum içinde teşriî ve kazâî güçleri şahsında birleştiren Hz. Muhammed, hayatının son ayında, bütün Arap Yarımadasında, bazı güney Filistin ve güney Irak bölgelerinde 3 milyon km²'den fazla bir sahada fiilî bir iktidara sahipti. 15 yıl sonra, 647 yılında o sırada selefleri tarafından Arabistan ile bunlar arasındaki ülkeler fethedilmiş olduğundan, Hz. Osman'ın ordularını bir tarafta Ceyhun ırmağının ötesinde Çin'de, diğer tarafta Endülüs'te, İspanya'da görüyoruz. Bu belirgin büyüme, Bizans, İran, Hint, Budist gibi bir düzine kültüre mensup halklar halifenin tebaaları olmalarına rağmen hukuk alanında büyük güçlükler doğurmadı. Bunun sebebi şudur : İslâm Hukukuna göre, gayr-i müslim tebaanın, iki taraf da aynı cemaata mensup ise, hukukî muhtari-

(*) Bu makale, La genèse du Droit de la Preuve en Islam adıyla, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions, XVIII, la Preuve (s. 187-200) isimli mecmuada Brüksel'de 1963 yılında yayınlanmıştır.

yeti vardır. Meselâ, iki musevî, musevî mahkemesinde, musevî hakimler tarafından yorumlanan musevî hukukuna tabî idiler. Bu, eğitim için olduğu kadar, aynı zamanda temyiz ve infaz için de geçerli idi. Hukukî-adlî hayatın bu merkezilikten uzaklığı, İslâm Hukukuna eldeğmemiş bir saflık sağladı ki, sonraki asırlar boyunca, uçsuz bucaksız İslâm İmparatorluğu sahasında aynı hukuk uygulansaydı bu saflık kalmazdı.

İSLÂMDAN ÖNCE HİCAZ

İslâm, Arabistan'da, Mekke ve Medine şehirlerinde doğduğundan, önce bu bölgenin gelenek hukukunda ve uygulanmasında delil ile ilgili şeylerin durumunu incelemek gerekir. Nitekim Hz. Peygamber, kendisi de şöyle diyordu : «İslâm'dan önceki cahiliye çağının faziletleri, İslâm'da uygulanmaya devam edilecektir.» (1)

Mekke, İslâm'ın beşiği, bu devirde az-çok gelişmiş bir şehir devleti idi. Orada, oligarşi tipi bir idareye, asil ve mevkîlerini babadan oğula elde eden onbeş kişilik idare ile ilgilenen bir konseye rastlanıyordu. Bu onbeş kişiden onbiri Mekke'nin yerlisi, diğer dördü taşradan, Mekke'ye uzak bölgelerde yaşayan kabilelerden idi. Böylece onlar, Mekke federatif devleti içinde birer ünite teşkil ediyorlardı.

Bu fonksiyonlardan birçoğunun, adli idare ile yakın veya sınırlı bir ilişkisi vardı. Mesela, yabancılar arasında, hac mevsimi hep aynı mevsime gelsin diye ay takvimi ile güneş takvimini gün eklemek suretiyle eşitlemek görevini üstlenmiş olan birine rastlıyoruz.

Diğer görevli üyeler, özellikle Mekke çevresinde değişik yerlerde hac törenlerinin yürütülmesini sağlıyorlardı.

Mahallî görevlilene gelince; bir tanesi finans işleri için, bir tanesi belde mabedine sunulanların muhafızı olarak, bir tanesi yabancılarla ilgilenmek üzere, bir dördüncüsü bayrağı taşımak için, bir diğeri süvarilerin komutanı olarak, biri halkla istişare edilen halk meclisi, bir diğeri asiller meclisi ile görevli idi. Aynı şekilde kan davalarını sona erdirmek için ödenecek tazminatları belirlemekle, ceza hukuku olaylarını muhakeme etmekle, fal oklarıyla kehanette bulunmakla ve nihayet beldenin mabedi Kâbe binasının bakımıyla görevli bir mimar-mühendis gibi özel görevliler vardı. (2)

(1) İbn Hanbel, Müsned, III, 425.

(2) Fazla bilgi ve kaynaklar için bkz. HAMİDULLAH, İslâm Peygamberi, II, 115 vd.

Bu listede adlî teşkilat için birçok görevliler vardır. Fakat kaynaklar, bunlara başvurmanın ihtiyarî olduğunu ve sık sık özel olarak görevlendirilen hakemler edinildiğini belirtirler. Aynı zamanda tabiatüstü bilgilerle meşhur kişilerden ve fizyognomoni (insanları yüzlerinden tanıma ilmi), ayak çizgileri gibi bazı bilgilerin mütehassıslarından da yararlanılırdı. Fakat bunlar da, diğerleri de yalnızca kimin haklı olduğunu ifade ediyorlardı ve bu hakların icrası ile vazifeli değillerdi.

Yıllık Ukaz Panayırı, bir bağlılık, Mekke şehir devletinin bir vergi kaynağı olarak kabul edilebilir. Orada babadan oğula intikal eden iki hâkime rastlıyoruz. Biri panayır muamelelerinden doğan ticarî davalara, diğeri Arabistan'ın hangi bölgelerinde olursa olsun vuku bulmuş bütün davalara bakan bir hakem idi. Bu mahkemenin tarafsız adaletinin şöhreti sebebi ile kişiler bu mahkemeye başvurmak için panayırın açılışını beklerlerdi.

İSBAT NASILDI ?

Hicaz'da bir şikayetin delili olarak yazılı belgelere rastlanmaz. Bilmediğim kadarı ile mantık dışı denemeler de yoktu. Davalı ve sanığın kabul ve itirafı dışında, şahadet ve çeşitli şekillerde kur'a çekme usûlü vardı. Şahitler, doğruyu söyleyeceklerine dair Allah'a ve putlara yemin ederlerdi.

Kâhinlerden, yani tabiatüstü ve gizli bilgilere sahip olmakla meşhur olanlardan söz edelim : Ne Mekke'de, ne de Ukaz'da onlara rastlanmaz. Fakat Mekkeliler, Arabistan'ın diğer bölgelerindekiler gibi sık sık onlardan faydalanırlardı. Bu kâhinler, yahudî hahamları değildir. Sami asıllı dillerde kullanılan bu kelimenin, Arapçada, ibranicedekinden farklı bir anlamı vardır. Kâhinler hakkındaki Arap metinleri okunduktan sonra ortaya çıkan intiba şudur : Davalar sırasında taraflar, Filistin'de ve başka yerlerde olduğu gibi Arabistan'da, herhangi bir kâhine başvurmak için anlaşıyorlardı. Uzun yolculuklardan sonra kâhinin yanına varılınca, o, tarafları ve beraberlerindeki şahitlerini, arkadaşlarını birkaç gün misafirperverlikle kabul ederdi. Kâhin tarafından belirtilen günde, genellikle mukaddes sayılan bir ağacın altında huzuruna çıkılırdı. Orada taraflardan biri veya ikisi, ona gizli bazı şeyler sorarlardı. Kâhin, kendisinin tabiatüstü bilgisini denemek için, tarafın saklayarak sorduğu şey hakkında nüfuzunu gösterirse hakemliği kabul edilir ve ihtilafın konusu ona anlatılırdı. Bazan hemen, bazan da düşünüp taşındıktan sonra kâhin kararını

verirdi. Polis gücü olmaksızın hurafeler ve toplum baskısı, kararın yerine getirilmesi için yeterli oluyordu. Bu konuyu birkaç örnekle açıklayalım :

Hız. Peygamber'in dedesi Abdülmuttalib, gördüğü bir rüya üzerine, Kâbe'nin karşısında, izleri asırlardan beri kayıp olan Zemzem kuyusunu keşfetti. Aynı zamanda Kâbe'ye sunulanlardan meydana gelen eski bir defineyi de oradan çıkardı. Diğerleri onu kıskandılar ve çölde bir kâhine müracaat etmeğe karar verildi. Yolda su bulamadılar. Umutlarını kaybetmelerinden sonra, Abdülmuttalib'in devesi, buldukları yerde bir tekme ile bir pınar fışkırtınca, herkes Abdülmuttalib'den korktu ve davadan vazgeçip geri döndüler. (3).

Bir diğer olay : Bir Mekkeli olan Harb, Abdülmuttalib'in üstünlüğüne itiraz etti. Bu mevki, Sakifli Cündab'dan alınmıştı. İhtilafı çözmek için, Abdülmuttalib'i haklı çıkaran Suriye-Filistin'de bir kâhine müracaat edilmişti. Sakiflilerin itiraz etmeleri üzerine kâhin şöyle ilave etti: Mekkeliler, Sakiflilerden daha üstündürler. Çünkü Sakiflilerin atası, aslen bir suçlu köledir (4)

Bir başka olay: Bir Mekkeli olan Harb, Abdülmuttalib'in üstünlüğüne itiraz etti. Necaşî, ittifakla hakem seçildi. O, hakemliği kabul etmeyince, bir başkasına müracaat edildi. Bu hakem, Abdülmuttalib'i haklı bulunca, Harb, vatanını terketmek ve on yıl Mekke'den uzaklaşmak zorunda kaldı (5).

Bir onur hadisesi : Bir kişi, karısının kendisine olan sadakatinden şüphe etti. Delil olmadığından, karısını ailesinin yanına göndermekle yetindi. Onlar, bundan utanç duydular ve koca ile anlaşarak, âdet olduğu üzere, gizli bilgilerini denedikten sonra bir kâhine başvurdular. O, kadının yalnız iffetli olduğunu ifade etmekle kalmadı, aynı zamanda bir kral doğuracağını iddia etti. Bunun üzerine koca, onu yeniden almak istedi.

(3) İbn Hişam, 92, 93.

(4) Belâzûrî, Ensâb, I, 74, 75 (Kahire bsk.); Bazı değişikliklerle, Nuveyri, Ni-hâye, III, 132.

(5) Belâzûrî, Ensâb, I, 73, 74 ; İbn Habîb, Munammak, yazarda bulunan elyazması : Câhız, Beyân, I, 117.

İ S L Â M D A İ S B A T H U K U K U N U N D O Ğ U Ş U

Fakat, onurlu kadın ondan boşandı ve sonunda Halife 1. Muâviye'nin annesi oldu.

Diğer İ s b a t Çeşitleri :

Hidaş diye biri, yol arkadaşı Âmir'i, çölde öldürmek kasdıyla yaraladı. Mekke'ye dönünce mağdurun ailesini, onun hastalandığına ve tabii bir ölümle öldüğüne inandırdı. Daha sonra olay mahallinin bedevileri, Mekke'ye hac için geldiler ve cinayeti anlattılar. Mağdurun akrabaları, hemen sanığın üzerine atıldılar. Fakat, masum olduğuna yemin edince halk araya girdi ve bu konuda bir hakeme başvurmağa mecbur kalındı. Hakem, sanığın suçsuz olduğuna dair elli akrabasının, ilâhî lanete uğramayı kabul ederek, yemin etmesi halinde kısas uygulanmayacağına, fakat bedevilerin şahadeti sebebiyle maktulün ailesine kan bedelinin ödeneceğine karar verdi. (6)

Davalı tarafın hakeme gitmeyi reddettiği olaylar da vardır. Böyle durumlarda taraflardan birinin arkadaşları, maddî gücü ile davayı nihai olarak hallederdi (7).

Özetle, ya hakemin tabiatüstü bilgilerine dayanan batıl inanç veya şahadet ve yemin, yahut kur'a çekmek ve nihayet İslâm öncesi Arabistan'da hukuka galebe çalan üstün güç, davaları sonuçlandırıyor. Çünkü bu ülkede davalı veya sanık bir hakeme gitmeyi reddederse, ne mecburi kazâ, ne de adalet işlerini idare etmekle görevli teşkilat yoktu.

İşte İslâm, bu şartlarda, Mekke'de doğdu.

İ S L Â M İ D Ö N E M

İslâma uyum sağlamak, şaşırtıcı bir hızla gerçekleşti. Hz. Muhammed 610 yılında Allah'ın elçisi olduğunu ilan etti. 12 yıl boyunca tedirgin edildi, eziyetlere maruz kaldı. İman edenlerin sayısı 622 yılında Medine'ye hicret edince, orada işbaşına Mekkeli muhacirleri ve Medineli müslümanları alarak, daha çok konfederal bir şehir-devlet kurmağa muvaffak oldu. Medine ahalisi tamamen müslüman olmamıştı. Araplar, hristiyanlar ve musevilerden oluşuyorlardı. O tarihte yazılı olarak ilan edilen anayasa, bize tamamen ulaşmıştır (8). Bunda diğer selâhiyetler arasında

(6) İbn Habîb, Muhabbar, 335, 337.

(7) Belâzûri, Ensâb, I, 69, 70.

(8) Hamidullah, İslâm Peygamberi, I, 133, 137.

kazâî güç, yalnızca hakkı bildirmek değil, aynı zamanda icrâ yetkisi, devlet başkanı Hz. Muhammed'e verilmişti.

Kazâî yetkiler konusunda, bu belgeden birkaç örnek verelim :

13— Takvâ sahibi mü'minler, kendi aralarından mütecevize veya haksız bir fiil tasarlayan yahut bir cürüm yahut bir hakka tecavüz veyahut da mü'minler arasında bir karışıklık çıkarma kasdına taşıyan kimseye karşı olacaklar ve bu kimse onlardan birinin evladı bile olsa, hepsinin elleri onun aleyhine kalkacaktır.

21— Herhangi bir kimsenin, bir mü'minin ölümüne sebep olduğu kesin delillerle sabit olur da maktulün velisi (yani onun hakkını müdafaa eden) rıza göstermezse, kısas hükümlerine tabi olur; bu halde bütün mü'minler ona karşı olacaklardır. Ancak, bunlara sadece bu kaidenin tatbiki için hareket etmek helal olur.

22— Bu «Yazı»nın muhteviyatını kabul eden, Allah'a ve âhiret gününe iman eden bir mü'minin bir kâtile yardım etmesi helal değildir; ona yardım eden veya sığınacak bir yer gösteren, kıyamet günü, Allah'ın gazab ve lanetine uğrayacaktır ki, o zaman artık kendisinden ne bir ödeme ne de bir tazminat kabul edilmeyecektir.

23— Üzerinde ihtilafa düştüğünüz herhangi bir şey, Allah'a ve «Muhammed'e götürülecektir. Selam O'na olsun.

42— Bu «Yazı»da gösterilen kimseler arasında zuhurundan korkulan bütün öldürme veya başka ihtilafli olayların Allah'a ve Rasûlüllah Muhammed'e götürülmeleri gerekir. Allah, bu «Yazı»nın en sıkı ve en ihtimamlı koruyucusudur.

Kan davasının ilgası, hukukî teşkilatın merkezileştirilmesi, mecburî muhakemenin ihdası, bütün bunlar arap toplumu içinde bir inkılaptan başka birşey değildi. Ancak başlangıçta, yalnız Medine şehir-devletinde uygulandı. Fakat Medine, sonraki on yılda günde ortalama 850 km² genişleyen bir başşehir oldu.

Aşağı-yukarı Medine şehir-devletinin kurulduğu sıralarda, yazılı belgeleri ve şahitlerle isbatı emreden Kur'an'ın 2. sûresi nâzil oldu. Orada şunları okuyoruz: «Ey inananlar ! Birbirinize belli bir süre için borçlandığınız zaman onu yazınız. İçinizden bir kâtip doğru olarak yazsın; kâtip onu Allah'ın kendisine öğrettiği gibi yazmaktan çekinmesin, yazsın, Borçlu olan da yazdırsın, Rabbi olan Allah'dan sakınsın, ondan birşey eksiltmesin. Eğer borçlu aptal veya âciz, ya da yazdıramayacak durumda ise, velisi

doğru olarak yazdırsın. Erkeklerinizden iki şahit tutun. Eğer iki erkek bulunmazsa, şahitlerden razı olacağınız bir erkek, biri unuttuğunda diğeri ona hatırlatacak iki kadın olabilir. Şahitler çağırıldıklarında çekinmesinler. Borç, büyük veya küçük olsun, onu süresi ile beraber yazmaya üşenmeyin; bu, Allah katında en doğru, şahitlik için en sağlam ve şüphelenmenizden en uzak olandır. Ancak, aranızdaki alışveriş peşin olursa, onu yazmamanızda size bir sorumluluk yoktur. Alışveriş yaptığınızda şahit tutun. Kâtibe de, şahide de zarar verilmesin; eğer zarar verirsiniz, o zaman doğru yoldan çıkmış olursunuz. Allah'dan sakının. Allah size öğretiyor; Allah herşeyi bilir ⁽⁹⁾.

Şahitlendirilmiş ve yazılmış belge mecburiyetinin konuluşu, başşehirde okuma yazma oranının binde bir olduğu bir devirde başlıyor. Önceleleri Arabistan'da kadınların şahadetleri geçerli değildi. Bu yetkileri İslâm ile başladı. Kur'an'ın diğer âyetleri, bu düzenlemeleri tamamladı, delil, başlıca veya münhasıran şahitlere bağlandığından birçok Kur'an âyeti, bu düzenlemelerin tamamlayıcısı oldu. Bunlardan birkaçını zikrederim

1. Birden fazla şahidin mecburi oluşu. Kur'an genellikle, hukukî veya cezaî olaylarda asgarî 2 şahit bulundurmaya emreder. Kur'an'da, özellikle önemli olarak kabul edilen ve aile içinde kolayca karışıklıklara sebep olabilecek bir problemde en az dört görgü şahidi şart koşulmuştur. Burada söz konusu olan problem, gayrimeşru cinsi ilişkidir. Müşteki, şayet yetersiz bir şahadet ortaya koyarsa, sanık kadın yalnızca beraat ettirmekle kalmaz, aynı zamanda her bir şahit ve müşteki, haksız suçlama için öngörülmüş olan 80 sopa cezaya maruz kalırlar. Ayrıca, bundan sonra hiçbir zaman ve hiçbir konuda şahitlikleri kabul edilmez ⁽¹⁰⁾ Bazı olaylarda, bir tek şahit kabul edilebilir. Mesela doğumla ilgili problemlerde, bir tek kadın şahit yeterlidir. Kur'an, bu olaydan söz etmemiştir. Fakat, İslâm Hukuku, bu konuda Hz. Peygamber'in uygulamasına dayanmıştır.

2. Yalnızca belli sayıda şahit de yeterli değildir. Kur'an, şahitlerin adaleti üzerinde ısrar etmektedir ⁽¹¹⁾. Bu sebeple Hz. Peygamber, davaya bakacağı zaman, ifadelerini kabul etmezden önce şahitleri komşularından sorardı. Daha sonra tezkiye diye isimlendirilen bu araştırma geniş bir şekilde uygulandı. Hatta Emevî ve Abbasî halifeleri zamanında, her

(9) Kur'an, sûre 2, âyet 282.

(10) Kur'an, sûre 24, âyet 4.

(11) Kur'an, sûre 5, âyet 95 ve 106; sûre 65, âyet 2 vs.

şehir, orada oturan her kişinin şöhreti hakkında, devamlı olarak gözden geçirilen bir arşiv ihdas etti.

3. Şüphelerden ve yalan şahadet iddialarından kaçınmak için, Hz. Peygamber bazı kişilerin şahit olarak kabul edilmemesini emretti. Mesele, babası için oğlunun, kocası için karının, efendisi için kölenin şahadeti vb. gibi. Bu konuda Hz. Ali ile ilgili olay meşhurdur. Halife idi, fakat bazı şikayetler sebebiyle şehirden herhangi bir kişi gibi hakim önüne gelmişti. Hakim, Ali'nin, Hz. Peygamber'in torunu olduğu şeklindeki itirazına rağmen, oğlu Hasan'ın şahadetini reddetti (12).

4. Bu maddî tedbirlere rağmen, Kur'an, psikolojik görüntüyü de ihmal etmedi. Mü'minlere, şahitlik ederken, yalan söylememek gerektiğini (13), şahitliği yerine getirmeği reddetmemesi ve şahitliği saklamamayı (14) defalarca tekrarlayarak telkin etmiştir. Vicdanları etkilemede, öldükten sonra Allah tarafından tekrar diriltilip hesaba çekilme inancı önemli bir faktör teşkil eder.

5. Hakimin şahsî bilgisi, kabul edilemez olarak ilan edilmiştir. Yalnızca, mahkeme önünde usulüne uygun icra edilmiş şahadete dayanarak hüküm vermek mecburiyeti vardır. (15) Hatta, Hz. Peygamber, şunu da söylemiştir: Bazı şikayetçiler meramlarını diğerlerinden daha güzel ifade ediyorlar. Ben ancak işittiğime göre karar veririm. Fakat ben hakkı olmadığı halde bir kişinin lehine karar verirsem, bilsin ki, ona ateşten bir parça verdim (16).

6. Doğrudan şahadetin bulunmaması halinde, vaziyetin şahitliği kabul edilir. Bu konuda, Kur'an iki güzel misal verir. (17). Yusuf peygamber, küçüklüğünde kardeşleri tarafından satılmış, babalarına da bir kurdun onu parladığını anlatmışlardı. Delil olarak Yusuf'un kanlı gömleğini göstermişlerdi. Kurdun yırtıcılığına rağmen, gömleğe dokunulmamıştı. Bu sebeple Yakub «Bu doğru değil», dedi. Daha sonra, Mısır'ın büyük idarecisi, gömleği yırtılmış Yusuf'un arkasından koşan karısını yakaladı. Yusuf ve karısı, her biri diğerinin arzusuna rağmen kendisinin iffetli kaldığını

(12) Serahsi, Mabsût, XVI, 122.

(13) Kur'an, sûre 22, âyet 30; sûre 25, âyet 72.

(14) Kur'an, sûre 2, âyet 282.

(15) İbn Kayyım, Turuk, 74, 76.

(16) Ebû Davud, K. Akdiye, bab 7.

(17) Kur'an, sûre 12, âyet 18; sûre 12, âyet 26-27.

İ S L Â M D A İ S B A T H U K U K U N U N D O Ğ U Ş U

iddia etti. O zaman biri şöyle dedi : «Yusuf'un gömleği arkadan yırtılmışsa, o, doğru sözlüdür. Kadın yalancıdır. Aksine, gömlek önden yırtılmışsa, o yalancı ve kadın doğru sözlüdür.» Yusuf, kaçtığı ve kadın, onu durdurmak istediği için, gömleği arkadan yırtılmış buldular.

B i l i r k i ş i l e r i n b i l g i s i :

Hız. Peygamber, çeşitli bilirkişilerin kendi konuları içinde şahadetlerini kabul ediyordu. Mesela, beklenen mahsul miktarını tahmin etmek, kişiyi topraktaki ayak izlerinden tanımak, fizyonomisinden babasını tesbit etmek gibi hususlarda böyle yapılmıştır.

T a h k i k a t l a r :

Hız. Peygamber'in devrinde, delilleri bulmak için araştırmanın devam ettiği sırada, şüphelilerin muhafaza altında tutulduğu olaylar vardır. Bazı zor olaylarda çevre hakimleri, Hız. Peygamber'in bilgisine müracaat ederlerdi. Bunun gibi, Hız. Peygamber, doğru olmayan kararlarını düzeltmek için onlara direktif gönderme yetkisini de elinde tutuyordu.

U s ũ l :

Diğer hukuk sistemleri gibi İslâm da delil getirme külfetinin davacıya ait olduğunu kabul eder. Davalı ise, doğru kabul etmediği şikayetleri yemin ile reddeder. Bu Hız. Peygamber'in, hakimlerinin bu konuda üzerine dayandıkları meşhur bir sözünden kaynaklanır. Bazan delilleri olmayan iki kişinin aynı şeyi talep ederek müracaat ettikleri nakledilir. Hız. Peygamber, iki taraftan hangisini talep edilen mülkiyetin kendisine ait olduğuna yemin edeceğini belirlemek için kur'a çekilmesini emretmiştir (18).

Öyle anlaşılıyor ki, Hız. Peygamber zamanında, İslâm öncesi bir uygulama hâlâ devam ediyordu. Çünkü, belirtildiğine göre, halife Hız. Ali, bir şahidin ifadesi sırasında, diğerlerinin yanında bulunamayacakları şeklindeki yeniliği getirmiştir (19). Bunun gibi, şahidin adaletinin araştırılması, daha sonraları gizli olarak yapıldı (20)

Hız. Peygamber, kesin olarak sanığın şüpheden yararlanmasını em-

(18) Buhârî K. Şehadet, bab 25.

(19) İbn Kayyım, Turuk, 60.

(20) Serahsî, Mabsût, XVI, 91.

retmiştir. Hattâ, şunu da söylemiştir : «Hata ile beraat ettirmek, hatâ ile cezalandırmaktan iyidir (21).»

Şu küçük rivayet, belki bize, İslâmda adli teşkilatın başlangıcını göstermektedir. Hz. Ali naklediyor : Gençtim ve Hz. Peygamber beni hakim olarak tayin etmişti. Tereddütlerim üzerine bana şöyle dedi : «İki taraf önünde yer alınca, diğerini de dinlemedikçe birinin lehine karar verme! (22).»

Gayr-i müslimler için a d a l e t :

Kur'an (23), İslâm toprakları üzerinde her cemaata hukukî özerklik tanınmasını emrediyor. İki taraf da aynı cemaata mensup ise, onlara kendi dindaşları tarafından kendi hukukları uygulanır. Bununla beraber Kur'an, gayr-i müslimlerin kendi hakimlerine başvurmaktan vazgeçip müslüman hakimlerin önüne çıkabileceklerini de öngörüyor. Hz. Peygamber zamanında yahudilerle ilgili iki olay O'nun Kitab-ı Mukaddes'i (Tevrat'ı) getirtip uyguladığını gösteriyor (24). İttifak etmeleri halinde, iki tarafın farklı cemaatlara mensup olduğu karışık olayların da müslüman hakim önüne gelmesi mümkündür. Fakat ben, Hz. Peygamber zamanında böyle bir olay bilmiyorum. Taraflardan biri müslüman ise, mecburi olarak müslüman hakim önüne gelineceğini sanıyorum. Ama bunun İslâmî kural mı, yoksa uygulanmakta olan tabii adalet mi olduğu konusunda birşey diyemeyeceğim.

N E T İ C E

İslâm öncesi Arabistan âdetleri, değiştirilerek İslâmda da muhafaza edildi. Delil, başlıca âdil olan iki kişinin şahadetinden ibaret idi. Yazılı deliller de, yazılmalarında iki şahit bulunduğu müddetçe, isbat kuvvetine sahipti. Şahitler, ifade vermeden önce yemin ederlerdi. Devlet başkanının hiçbir imtiyazı yoktu. Mahkeme önünde herhangi bir şehirli gibi kabul edilmişti. Vaziyetin şahitliği, bilirkişî görüşleri ve hiçbir şahidin bulunmaması halinde kur'a çekme makbul sayılmıştı. Şüpheden sanık yararlanırdı. Hakim tarafından da bazı kurallar öngörülebiliyordu. Sorumluluğu isbat edilmedikçe herkes, borçtan berî ve mâsum kabul

(21) Tirmizî, K. Hudud, bab 2.

(22) Ebû Davud, Tirmizî vs.

(23) Kur'an, sûre 5, âyet 40, 47.

(24) Buharî, Ebû Davud vs.

edilmişti. Bu görünüşler içinde İslâmda isbat hukuku, dünyevî ve uhrevî iki müeyyideye dayanıyordu. Manevî inançlar; taraflar, şahitler ve hâkimin gerçeğe uygunluğunu temin etmek için konmuş maddî tedbirleri kuvvetlendiriyordu. İşte, başlangıçta, İslâmda isbat hukuku böyleydi.

R E S U M E

En Arabie, avant l'Islam, la foi superstitieuse dans la connaissance du surnaturel de l'arbitre, les témoignages, les serments, les tirages au sort et finalement la force majeure qui faisait prévaloir le droit, décidaient des litiges. Il n'y avait ni gouvernement ayant juridiction obligatoire ni organisation pour administrer la justice dans l'Arabie préislamique.

A la Mecque, il n'y eut que des harcèlements et des persécutions pendant une douzaine d'années.

A Médine où le Prophète était immigré une loi constitutionnelle écrite fut promulguée. Nous trouvons dans cette loi, les principes dont le Coran fait mention en plusieurs versets.

Le Coran a accepté l'autonomie judiciaire de chaque communauté dans le territoire islamique. Pour cette raison, la loi islamique est restée pure. Certaines coutumes préislamiques de l'Arabie furent maintenues par l'Islam tout en les réformant. La preuve dépendait principalement du témoignage de deux personnes de caractère intègre. Les documents écrits devaient aussi être attestés, lors de leur rédaction, par deux témoins. Le chef de l'Etat n'avait aucun privilège devant le tribunal. Le bénéfice du doute allait en faveur de l'accusé. Tout homme était considéré innocent et exempt de redevance. Il y a des cas de l'époque du Prophète où les suspects étaient gardés pendant qu'on menait l'enquête pour trouver les preuves. Les juges pouvaient demander les instructions dans des cas difficiles.

Avec l'ordonnance du Coran, les croyances spirituelles renforçaient les précautions matérielles prises pour assurer la vérité à la foi des parties, des témoins et des juges. Voilà le droit de la preuve dans les débuts de l'Islam.