

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



Bu sayı Amerika Birleşik Devletleri Türkiye Büyükelçiliği'nin katkılarıyla yayınlanmıştır

11 Eylül 2001 tarihindeki terör eyleminde hayatını kaybedenlere ve yakınlarına ithaf edilmiştir.

Cilt : 9

Sayı : 1-2

Yıl : 2001

İSLÂM HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ KONTROLÜ

Doç. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ*

BİRİNCİ BÖLÜM

I. KONUNUN TAKDİMİ

Hukukî ihtilafların adli yoldan çözülmesi, her zaman ihtilafı sona erdirmiş sayılmaz. Çünkü yargı mercii'nin kararı, hukuka ve usule aykırı verilmiş olabilir. Bu gibi hallerde, aykırılığın giderilmesi ve ihtilafın adalete uygun olarak çözülmesi için bir takım hukukî çareler getirilmesi zorunlu olmuştur. Bu çarelerin varlığı, bir hukuk sistemi için, adaletin yerine getirilmesi, hukuk prensiplerinin etkinliği, ülkede hukuk birliğinin sağlanması ve sosyal huzursuzluğun giderilmesi bakımından çok önemlidir. Bu sebeple, tarihin ilk devirlerinden beri, hemen her ülkede mahkeme kararlarının şu veya bu şekilde kontrolüne rastlanmaktadır. Ancak bu kontrolün şekli, usulü ve mercileri farklıdır. Yüzyıllarca ülkemizde uygulanan İslâm hukukunda ise adli kararların kontrolü çok değişik şekilde cereyan etmiştir. Modern anlamda kanun yollarının hukukumuzda girişi ise Tanzimat reformlarıyla olmuştur.

İslâm hukuku ve bunun klasik Osmanlı uygulamasında adliye teşkilat ve usullerine ilişkin gerek Arapçada, gerek Batı dillerinde ve gerekse dilimizde bazı eserler yazılmıştır. Ancak bunlar çok sınırlı sayıda ve genel niteliktedir. Mahkeme kararlarının kontrolüyle ilgili eserler daha da sınırlıdır. İslâm hukuku ve bunun klasik Osmanlı uygulamasıyla ilgili, kaynak eserlerin edebî'l-kâdi adlı kitaplarında *nakz* (bozma) başlığı altında bu hususta bilgiler verilmektedir. Ayrıca istinaf ve iade-i nazar adıyla muhakemenin yenilenmesi bu kaynaklarda yer almıştır. Usule (metodoloji) ilişkin kitapların icthadla ilgili bahislerinde de bu kabil bilgiler vardır. Bu klasik kaynaklardan çeşitli mezheblere ait olanları incelenmiş ve mukayeseli bilgi verilmiştir. Bu arada İslâm hukuku literatüründe konunun nasıl bir tarihi seyir izleyerek incelendiği de gösterilmeye çalışılmıştır. Konuya delâlet eden hadîslerin yer aldığı hadîs kaynakları verilmiş, ilgili âyetlerin yorumu için muteber tefsirlere başvurulmuştur. Modern müelliflerin bu alandaki görüşlerine işaret edilmiştir, ki bunların büyük çoğunluğu Arap dünyasın-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ındır. Yahudi asıllı Amerikalı şarkiyatçı Martin Shapiro'nun 1980'de yayımlanmış ilk müstakil çalışmadır ve oldukça ilgi çekici tesbitleri içermektedir. Ancak daha çok ikinci el kaynaklara dayanan ve fazla bir ayrıntı içermeyen makalede bazen eksik ve hatalı değerlendirmeler yer almaktadır. Iraklı hukukçu aşım Cemil Abdullah'ın "İslâm Hukukunda Yargı Kararlarının Temyizi" ayla Türkçeye de tercüme edilerek 1989'da yayınlanan makalesi, ayrıca İbrahim Hashim Kamali'nin 1993 yılında yayınlanan "Appellate Review and Judicial Independence in Islamic Law" adlı makalesi de bu konuda hayli önemli bilgiler ihtiva etmektedir.

Ülkemizde bu konuda bağımsız hiç bir çalışma yapılmadığı, ancak kurumlar tarihi ve İslâm hukuku ile ilgili araştırmalarda konuya kısaca değinildiği görülmektedir. Arşiv belgeleri de bu konuyu yeterince aydınlatıcı durumda değildir. Öyle ki, arşivlerdeki hükümlerde yalnızca dâvânın safahatı özetlenip tarihçesinden bahsedilmediği için hükmün birinci derecede mi, yoksa istinafen mi erildiğini anlamak ne yazık ki çoğu zaman mümkün olamamaktadır. Bununla beraber yeri geldikçe gerek İstanbul Şer'iyye Sicilleri ve gerekse bilhassa Başbakanlık Osmanlı Arşivi'ndeki vesikalardan olabildiğince istifade edilmiştir. Osmanlı hukuku zaten İslâm hukukunun bir tatbikatından ibarettir, şu kadar ki müesseseler daha geliştirilmiş, teşkilat oturmuştur. Bununla ilgili olarak teşkilat tarihleri, siyasetnâmeler, adaletnâmeler, hâtıratlardan faydalanılmış, yakın derinlerde konuyla ilgili eserlere başvurulmuştur. Osmanlı mevzuatı için kanunnameler ve Tanzimat sonrası için Takvim-i Vekâyi' ve Düstur esas alınmıştır. Burada bulunamayan bazı mevzuat Başbakanlık Osmanlı Arşivi'nden veya Merkez Karakoç'un Ankara Türk Tarih Kurumu Kütüphanesi'nde bulunan Külliyyat-ı Kavânin adlı derlemesinden çıkarılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümü mahkeme kararlarının kontrolünü sağlayan kanun yollarının mahiyeti üzerinde genel bilgiler ihtiva etmektedir. Bir hukuk tarihi araştırması olmak itibarıyla, kıyaslamaya imkân verebilmek için eski ve yeni hukuk sistemlerindeki kanun yolu kurum ve usullerinin tarihçesinden kısaca bahsedilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde İslâm hukukunun kanun yolları bakımından orijinal özelliklerinden bahsedilmiş, bilhassa istinaf müessesesine İslâm hukukunun bakış açısı üzerinde durulmuştur.

II. MAHİYET BAKIMINDAN MAHKEME KARARLARININ KONTROLÜ

A. Genel Olarak

Mahkemelerin kararlarında bir yanlışlık veya hukuka aykırılık söz konusu, en azından taraflar bu iddiada ise hükmün bozulması ve gerekirse yanlışlığına ilzeltilerek hukuka aykırılığın giderilmesi için bir takım başvuru imkânları getiri-

rilmiştir. Bu imkânlar için kanun yolları, taarruz yolları, hukukî çareler gibi tabirler kullanılmaktadır. Öte yandan taarruz yollarının, hukukî çare ve kanun yollarını içine alan geniş kapsamlı bir tabir olduğu da ileri sürülmüştür¹. Ayrıca kanun yolları da bazı müelliflerce aleyhine kanun yoluna gidilecek kararın kesin olup olmamasına göre âdî ve fevkalâde (olağan-olağanüstü), bir de dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrı kategoriyeye ayrılmaktadır². Bununla birlikte bu ayrımların pratik bir faydası bulunmamaktadır³. Kontrol tabirini kullanan müellifler olmakla birlikte bunu anlamının daha dar olduğu, sözgelışı ceza usulü hukukunda istinafta kontrol yapılmadığı, muhakemenin tekrarlandığı ifade edilmiştir⁴.

İslâm hukukunda mahkeme kararlarına karşı bir başka mercie yapılan itirazlara genellikle *ref'* veya *mürâfaa* denilmektedir⁵. İleride de görüleceği gibi, klasik devir Osmanlı hukukunda mahkeme kararlarının kontrol edildiği Cuma ve Çarşamba Divanı'na da *Huzur-ı Âli Mürâfaası* denmiş, bu terim Tanzimat'tan sonra da şer'î muhakeme alanında kullanılmaya devam etmiştir. Hatta Temyiz Mahkemesi'ndeki incelemeye bugün de mürâfaa adı verilmesi bu gelenekten kaynaklanmaktadır. Ayrıca Mısır'da 1968 yılında çıkarılan bir kanunun adı da

- 1 Turhan Tufan Yüce : Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları, Ank. 1967, 4-5.
- 2 Necip Bilge: Karar Düzeltme, Ank. 1973, 3-9, 15-17. Fransa'da âdî/fevkalâde kanun yolu ayırımında kıstas maddî ve hukukî meselenin birlikte incelenip incelenemeyeceğidir. Dolayısıyla ikisinin birden incelendiği istinaf âdî, temyiz ise fevkalâdedir. Feridun Yenisey: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, İst. 1979, 49.
- 3 Naci Şensoy: "İstinaf", İÜİHEM, 1946, 1059.
- 4 Nurullah Kunter: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8.b, İst. 1986, 923.
- 5 Muhammad Hashim Kamali: "Appellate Review and Judicial Independence in Islâmic Law" Islâm and Public Law, Edt.: Chibli Mallat, London 1993, 50, 73. Burada *mürâfaa* ve *ref'* ta'birinin, yerine göre kanun yolu veya istinaf anlamına gelen İngilizce *appeal* karşılığı olarak kullanıldığı görülmektedir. Bir hukukî ihtilafin hâkim huzuruna götürülmesine genellikle *ref'* denilmekle beraber, daha çok hâkimlerin verdiği hükümlerin bir üst mercie veya bir başka hâkime kontrol edilmek üzere arzolanmasında *ref'* sözünün kullanıldığı görülmektedir. Abdullah bin Mahmud bin Mevdud el-Mavsîlî el-Hanefî: el-İhtiyar li-Ta'li'lî'l-Muhtar, (Ta'lik: eş-Şeyh Mahmud Ebû Dakikyka), 2.b, Beyrut 1370/1951, II/87-88; Alâüddin Ebû Bekr bin Mes'ud el-Kâsânî: Kitabu Bedâyi'us-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi', Beyrut 1394/1974, VII/14; Alâüddin Ebu'l-Hasen Ali bin Halil Tarablusî el-Hanefî: Mu'înu'l-Hukûm, Kâhire 1393/1973, 30, 33, 36; Şihâbüddin Ebu'l-Abbas Ahmed bin İdris el-Karâfî el-Mâlikî: el-İhkâm fi Temyiz, Kâhire 1357/1938, 2.

*inâi Muhakeme Prosedürü ve Mürâfaa Kamunu'dur*⁶. Bununla beraber İslâm hukukunda her hukukî ihtilafın hâkim huzuruna götürülmesine esasen *ref'* denildiği için bu kelime kanun yollarına has kabul edilemez.

Klasik metinlerin usul hukukuna ilişkin bölümlerinde (*kitâbu'l-kazâ*) hükmün bozulması (*nakzu'l-hükm*) başlığı altında kanun yollarıyla ilgili bilgiler erildiği de görülmektedir. Yine son devir İslâm hukuku müellifleri teyiz mahkemesi için *Mahkeme-i Nakz ve İbrahim* (bozma ve kesinleştirme mahkemesi) tabirini kullanmaktadır⁷. Bazı eserlerde de bu meyanda *muaraza* yani hükme itiraz ifadesinin kullanıldığı görülmektedir⁸. Öte yandan kanun yollarının hepsini birden *turûk-u ta'n fi'l-ahkâm* başlığıyla ele alan müellifler de vardır, *ta'n* karşı çıkmak, kabul etmemek, itiraz etmek anlamına gelmektedir. Yine bu müellifler *turûk-u ta'n*ın, yani kanun yollarının muaraza, istinaf, îâde-i nazar ve hükmün ifsirini talepten ibaret olduğunu bildirmektedir, nitekim Mısır'da geçen asırdan beri şer'î muhakeme usulünde bu esaslar geçerli olup kanun yolları için *turûk-u ta'n* tabiri kullanılmaktadır⁹. Ancak bazı kaynaklarda *muaraza* tabirinin genel olarak İslâm hukukunda kanun yolları için kullanıldığına rastlanmaktadır. Muaraza itiraz, karşı çıkmak demektir. Bir başka deyişle bir mahkeme hükmünün hukuka aykırı olduğunu düşünen taraflar, bunun aleyhine bir başka yargı terciinde veya bir üst mahkemede itirazda bulunmaktadır. Muaraza tabirinin İslâm hukukunda kanun yollarını karşılamaya daha elverişli görülmele beraber, İslâm hukukunda mahkeme kararlarının kontrolü için her zaman tarafların itirazı aranmaz, nitekim kimi zaman hükmü veren veya bir başka hâkim kendiliğinden u kararları tedkik edip gerektiğinde bozar ve yeniden yargılama yaparak karar erirdi.

İslâm hukuku ve bunun klasik devir Osmanlı tatbikatında hukuka aykırı mahkeme kararlarının düzeltilmesi için hükme itirazdan da daha geniş olan hüküm kontrolü tabirini kullanmak daha uygun gelmektedir¹⁰. Klasik kaynaklarda

Kamali, 58.

Kamali, 60. Geçen asırda Osmanlı hukukçularından da bunu savunanlar vardır. Abdurrahman Âdil: *Mahkeme-i Temyiz*, Kütübhanesi-i Hukuk, Kost. 1312, 54.

Abdülhakîm bin Muhammed: *el-Mürâfa'âtü's-Şer'iyye*, Kâhîre 1329, 118.

Muhammed Zeyd el-Ebyânî Bey: *Muhtasar Kitâbu Mecbâhisi'l-Mürâfa'âtü's-Şer'iyye*, Kâhîre 1332/1914, 107; Subhî Mahmasânî: *el-Evda'ut-Teşri'iyye fî'd-Düvelil-Arabiyye*, 2.b, Beyrut 1962, 225.

) Hüküm yerine karar tabirinin kullanılması maksadlıdır. Çünkü İslâm hukukunda da karar ve hüküm ayrımı yapılmış, bununla beraber her ikisi için de itiraz ve kontrol imkânı

rastlanmayan ve konuya yabancı bir kimseye de doğrusu hiçbir şey ifade etmeyen kanun yolu tabiri ise hukukumuzda Tanzimat reformlarıyla girmiştir. Nitekim bu dönem hukuk literatüründe de tamamen teknik bir özellik taşıyan kanun yolu -turük-u kazâ- tabiri kullanılmıştır. Bu sebeple eserde ilgili kısımlar geçtikçe bu tabirlerden hepsinin de kullanıldığı olmuştur.

Kanun yollarının bir takım ortak özellikleri vardır. Bir kere kanun yollarında hüküm bir başka üst mercide incelenir. Her kanun yolu prensip itibariyle bir derece kabul edilir. Ancak bunu kanun yolu özelliği saymayanlar vardır, çünkü karar tashihi bir derece değildir¹¹. Kanun yoluna başvuru prensip itibariyle hükmün kesinleşmesine ve dolayısıyla yerine getirilmesine engel olur¹². Kanun yoluna başvurabilmek için bir nihâî karar olmalıdır¹³. Kanun yollarına başvuru isteğe bağlı olduğu gibi, kanun yolu dâvâsı sonucunda verilen karar da kesindir. Ancak ağır ceza mahkûmiyeti ihtivâ eden hükümlerin temyizi isteğe bağlı olmadığı gibi, istinafta da verilen karar kesinleşmemektedir. Bunların hepsini kanun yollarının temel özelliği saymayanlar vardır, kaldı ki hemen hepsi bir prensibi ifade etmekte ve istisnâları bulunmaktadır¹⁴. Kimi müelliflere göre ise kanun yollarının iki özelliği vardır, bunlar da mahkeme hükmünün hem hukukî ve hem de maddî meseleyi veya yalnız hukukî meseleyi kontrol etmek üzere üst adli mercie intikal, ikincisi de şekli anlamda kaziyeye-i muhkeme (kesin hüküm)

getirilmiştir. Bir dâvâ görülüp çözüldüğünde kadî "hükmettim!, bize göre sabit oldu!" gibi örfe bu işe delalet eden bir söz kullanır ve bu artık bir hüküm olur. Hükümden bahsedebilmek için hukukî bir niza olmalı ve salih bir dâvâ açılmış bulunmalıdır. Daha sonra hüküm yazılı hale getirilerek ilâma bağlanır ve tenfize geçilir. Muhakeme esnasında hâkimin sözcelişi sanığın hapsine veya borçlunun borcunu ödemesine dair emirlerinin hüküm sayılıp sayılmayacağı ihtilâftır. Klasik kaynaklarda *kitabü kâdi ile'l-kâdi* diye geçen istinabe, yani bir hâkimin bir konuyla ilgili başka bir hâkime mektubu, sözcelişi bir dâvâyla ilgili o belde bulunan taraf veya şahidlerin ifadelerinin alınarak gönderilmesi talebi de böyledir. Ancak yaygın kanaat bunların da hüküm mahiyetinde olmasıdır. Karar, hâkimin yargıyla her türlü tasarrufunu içine aldığı için hükümden daha geniştir ve hatta onu da içine almaktadır. Bu sebeple, günümüzde kanun yollarının konusunu mahkeme hükümlerinin teşkil ettiği genellikle kabul olduğu halde, İslâm hukukunda mahkeme kararlarının kontrolü tabiri tercih edilmiştir.

11 Kunter, 924.

12 Saim Üstündağ, Kanun Yolları ve Tahkim, İst. 1968, 15. Fevkalâde kanun yollarında ise bunun için ayrıca bir karar verilmesi gerekmektedir. Kunter, 939-940.

13 Yüce, 7. Savcıların takipsizlik kararlarına itiraz dâvâsı ise de kanun yolu dâvâsı değildir. Kunter, 925.

14 Kunter, 940-941.

niteliğini kazanmanın tehiridir¹⁵. Burada kanun yolu olarak dar anlamda kanun yollarının kastedildiği anlaşılmaktadır. Çünkü her kanun yolunda üst merciye başvurulmadığı gibi kazıye-i muhkemeler için de muhakemenin îadesi gibi kanun yolları getirilmiştir. Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ise mahkeme kararlarının kontrolünü *hükümlere karşı müracaat tarikleri* başlığı altında ele almıştır (m. 427).

Mahkeme hükmünün kontrolü için getirilmiş yollar temyiz, istinaf, itiraz, yazılı emir, tashih-i karar (karar düzeltme), îade-i muhakeme (muhakemenin yenilenmesi) gibi yollardır. Bunlardan hangilerinin kanun yolu sayılıp sayılmayacağı da esasen ihtilaflıdır. Gerek ara kararlara gerekse gıyâbi hükümlere karşı itiraz medenî usul hukukunda kanun yolu sayılmazken, ceza usul hukukunda dar anlamda kanun yolu olarak kabul edilmektedir¹⁶. Öte yandan ceza usul hukukundaki yazılı emir, medenî usul hukukunda yer almamaktadır. Medenî usul hukukundaki karar tashihi yolu ise ceza usulünde bulunmamaktadır.

Pozitif hukuk literatüründe temyiz ve karar tashihi alelâde, muhakemenin îadesini fevkalâde (olağanüstü) kanun yolu olarak görenler olduğu gibi¹⁷, temyiz ve karar tashihi fevkalâde sayanlar vardır¹⁸. Temyiz ve karar tashihi fevkalâde kanun yolu sayarken sonradan temyizi âdi kanun yolu sınıfına sokanlar da vardır¹⁹. Kimi müelliflere göre ise temyiz âdi, karar tashihi ise fevkalâde kanun yoludur²⁰. Muhakemenin îadesini teknik anlamda kanun yolu saymayan ve kanun yolu benzeri (şibih kanun yolu) olarak nitelendiren müellifler de

15 Selçuk Öztekin: "HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.1.1986 Tarihli Kararı", Hukuk Araştırmaları, MÜHF, C:II, S:2, Mayıs-Ağustos 1987, s:62.

16 Bilge, Karar Düzeltme, 4.

17 Baki Kuru/Ramazan Aslan/Eder Yılmaz: Medeni Usul Hukuku, 5.b, Ank. 1989, 447-448.

18 İsmail Hakkı Karafakih: Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ank. 1952, 250-262; Bilge, Karar Düzeltme, 17.

19 Mustafa Reşid: Mufassal Ameli ve Nazari Usul-i Muhakeme-i Hukukiye, İst. 1338, C:II, s:488; M. Reşit Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İst. 1939, C: II, s:352; Bilge, Karar Düzeltme, 17.

20 İlhan E. Postacıoğlu: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 4.b, İst. 1968, 573, 604.

vardır²¹. Ceza usul hukukunda itiraz, istinaf ve temyiz âdi, diğerleri fevkalâde kanun yolu kabul edilmektedir²².

Tanzimat'tan sonra bu kavram için daha çok "turûk-u kazâ" (kanun yolları) tabiri kullanılmış ve genellikle "turûk-u âdiye-i kazâ" (âdî kanun yolları) ve "turûk-u fevkalâde-i kazâ" (fevkalâde kanun yolları) olmak üzere iki grupta ele alınmıştır. Öte yandan bilhassa ceza usulünde, fevkalâde kanun yolları hükme ve hâkime ilişkin olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Hükme ilişkin fevkalâde kanun yolları temyiz ve muhakemenin iâdesi, hâkime dair fevkalâde kanun yolları ise hâkimden şikâyet ve hâkimin reddidir²³. Alelâde kanun yolları istinaf ve itiraz olarak ikiye ayrılmış, itiraz ise "itiraz ale'l-hükm" (gyâbî hükümlere itiraz) ve "itirazül- gayr" (üçüncü kişilerin itirazı) şeklinde iki grupta ele alınmıştır. Hukuk usulünde de alelâde kanun yollarında dâvânın yeniden görülmesi bahis konusu olup fevkalâde kanun yollarında gâye dâvânın görülmesi sırasında meydana gelen kanunî eksiklikleri tashihtir. İstinaf alelâde, temyiz ve muhakemenin iâdesi fevkalâde kanun yollarıdır. Hukuk usulü müellifleri kanun yollarını fazla geniş tutmamak eğilimindedirler. Nitekim genellikle hâkimden şikâyet ve itiraz kanun yolları arasında zikredilmemektedir²⁴. Yazılı emir ise "nefan li'l-kanun temyiz" (kanun yararına temyiz) adıyla temyiz bahsi içinde ele alınmıştır.

İslâm hukuku ve bunun klasik devir Osmanlı tatbikatındaki mahkeme kararlarının kontrolünde, kanun yolları için aranan özelliklerin bulunup bulunmadığı hakkında kesin bir hükme varmak eldeki bilgilere göre zordur. Bu sebeple adı geçen devir bakımından hükme etki eden bütün kontrol yolları incelenmeye çalışılmıştır. Ancak Tanzimat sonrası Osmanlı hukukunda kanun yolları olarak sayılan kurumların hemen hepsi kanun yollarının ortak özelliklerini taşımaktadır. Hâkimden şikâyet bu sistemde bir nihâî hükmün bozulması sonucunu doğurabildiği için kanun yolu olarak mütâlaa edilmiştir. Ancak hâkimin reddini kanun yolu olarak kabul etmek zordur. Bunun kanun yolları içinde mütâlaası, muhtemelen, hâkimden şikâyette görüldüğü gibi, kanun yolu olarak hükümden çok hâkimin denetlenmesini esas alan İslâm muhakeme hukukunun etkisiyledir.

21 Öztekin, 62.

22 Kunter, 927. Modern hukuktaki itirazın, eski hukuktakinden farklı olduğu unutulmamalıdır.

23 A. Midhat: Usul-i Cezaiyye, İst. 1326, 312-315.

24 Yorgaki: Usul-i Muhâkemat-ı Hukukiyye Kanunu Şerhi, İst. 1329, 356-357. Buradaki itirazı üçüncü kişilerin itirazı olarak anlamak yerinde olur, çünkü gyâbî hükümlere itirazın hukuk usulünde de bulunduğuna şüphe yoktur.

Bunun gibi memnu hakların iâdesini de kanun yolu olarak gösteren hukukçular varsa da bunun da teknik anlama bir kanun yolu olmadığı açıktır.

B. İstinaf ve Temyiz

Muhakemenin iâdesi yolu hemen her hukuk sisteminde tartışmasız kabul görmüştür. Ancak temyiz ve bilhassa istinaf yolları için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. İstinaf ve temyiz yolları, kanun yollarının en önemli ve birbiriyle bağlantılı türleri olup, Tanzimat sonrası Osmanlı adliyesinin teşekkül ve tekâmülü bakımından da bu ayrım önem taşımaktadır. İstinafta bir hüküm hem maddî hem de hukukî mesele bakımından incelenmekteyken, temyiz yoluyla inceleme sadece hukukî meseleye münhasırdır²⁵.

Maddî mesele (vâkıa), mahkemenin önüne gelen hadisenin gerçekte var olup olmadığını delillerle inceleyip bir sonuca varılmasını ifade eder. Hadise i-vice belli olduktan sonra bunun kanunun hangi normunun kapsamına girdiği belirlenir ki bu da hukukî meseledir²⁶. İşte istinaf mahkemesinin maddî ve hukukî meseleyi beraberce ele alabilmesine karşılık, temyiz mahkemesi sadece hukukî meseleyle ilgilenir. Ancak bunun istisnası vardır: Hâkimin maddî meseleyi tesbit ederken kanunu ihlâl etmiş olması (bir başka deyişle iddia ve isbat yükümlülüklerine ilişkin prensiplerle delillerin takdiri serbestisinin istisnalarına aykırılık), bu tesbitin dosya muhtevasıyla tezat arzemesi ve tesbitin maddî olarak imkânsız bir hususa ilişkin bulunması halinde temyiz mahkemesi maddî meselenin takdirine de dokunabilecektir²⁷.

Görülüyor ki bu görev taksimi çerçevesinde istinaf ve temyiz yolu aynı sistemin birbirini bütünlleyen parçalarıdır. Temyiz mahkemesinin kuruluş amacı

²⁵ Avrupa hukuk sistemlerinde kanun yolları için genellikle *appeal* sözü kullanılmaktadır. Ancak temyiz ve istinaf arasındaki farklılıkların iyice belirgin duruma gelmesi üzerine *appeal* yalnızca istinafa has bir terim olmuştur. Nitekim istinaf mahkemesi için *court of appeal (cour d'appel)*, temyiz mahkemesi için de *court of cassation (cour de cassation)* tabirleri kullanılmakta, kanun yolları ise genel olarak *appellate* sözü ile ifade edilmektedir.

²⁶ Burhan Gürdoğan: "Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk", AÜSBFD, Eylül 1956, C:XI, s:267. Muhakeme sırasında uyulması gerekli usul kuralları da buna dahildir. Yenisey, İstinaf, 56-57.

²⁷ Gürdoğan, 274-279

bir bakımdan da ülkedeki hukuk birliğini temin olduğu için, burada yalnız kamu nun hadiseye doğru tatbik edilip edilmediği incelenir²⁸.

Maddî ve hukukî meselenin her zaman birbirinden kolayca ayrılmadığı vâkidir. Öte yandan bilhassa bütün muhakemenin yeniden yapıldığı klasik istinafta işlerin uzaması ve gecikmesi söz konusu olmaktadır. İşte bu iki sebep genişletilmiş temyiz kavramını getirmiştir. Gerek bunu gözönünde tutan ve gerekse istinaf yolu bulunmayan hukuk sistemlerinde, temyiz mahkemesi maddî ve hukukî meseleyi beraberce incelemektedir. Buna göre temyiz mahkemesi yeni durum ve delilleri değerlendirebileceği gibi hükmü ıslah da edebilmektedir. Almanya'da temyiz incelemesi bugün fiilen genişletilmiş temyiz durumuna gelmiştir²⁹. Avusturya'da da temyiz mahkemesi maddî meseleyi inceleyebilmektedir³⁰. Türkiye'de istinaf mahkemelerinin olmaması, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 428/1 ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 307 gereği vâkıalara ilişkin olarak müracaatın esasen mümkün bulunmadığı Yargıtay'ı da zorunlu olarak maddî meseleyi incelemeye itmiştir³¹. Kaldı ki mürâfaa usulünün kabulüyle bu sonucun kendiliğinden doğduğunu düşünenler de vardır³². Bununla birlikte istinaf yolunun bulunduğu ülkelerde, hatta kanuna aykırılık kavramını dar tutmak eğilimindeki Fransa'da bile temyiz incelemesinin sınırlarının giderek genişlediği görülmüş ve bunun daraltılması gerektiği gündeme gelmiştir³³.

Yargıtay'ın bu durumdan kurtulması için istinaf mahkemelerinin tekrar kabul edilmesi fikrini savunanlar vardır. Bunlar, dâvânın iki derecede görülmesinin faydalarını saymakta, dâvâyı ikinci bir kez daha daha bilgili, tecrübeli ve mahallî nüfuz ve etkilerden uzak hâkimlerin görmesinin ilk mahkeme hâkimlerinin kararlarından daha isabetli hüküm verilmesine sebep olacağını, öte yandan kararlarının bir üst derece hâkimleri tarafından inceleneceğini bilmenin ilk hâ-

28 Özetk, 63.

29 Yenisey, İstinaf, 132, 141.

30 Yenisey, İstinaf, 66-67.

31 Kuru/Aslan/Yılmaz, 454.

32 Karafakih, 297.

33 Ömer Sivrihisarlı: Hukuk Yargılamasında Maddî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı. İst.1978, 150.

kimleri itinâh davranmaya sevkedeceğini ileri sürmektedirler³⁴. Ayrıca bu düşünceye olanlara göre, tarihin eski devirlerinden beri gelişmiş hukuk sistemlerinde istinaf varolagelmıştır, bugün de hemen her ülkede, ezcümle Fransa, Belçika, bazı İsviçre kantonları, ABD, Avusturya, Almanya ve özel bir şekilde İngiltere'de yer almaktadır³⁵. Gerçekten, dâvâ birden çok hâkimin önünde daha sağlıklı görülür. Halk, merkezdeki temyiz mahkemesi yerine kendisine en yakın istinaf mahkemesine başvurarak külfetten kurtulur. Buna, istinafin mahallî yargı mercilerinin gücünü azaltmak gibi siyasi bir maksatla konulduğu, hemen her ülkede bulunmasının bir üstünlük olmayıp tersine kaldırılması yönünde güçlü eğilimler doğduğu, mahallî etki altında kalmamanın zaten her hâkiminde aranan bir nitelik olduğu, istinaf mahkemelerinin sayıca azlığı sebebiyle dâvâya ilk mahkemenin daha çok zaman ayıramayacağı, ilk mahkeme hâkimlerini de bilgili duruma getirmekle yalnızca üst mahkeme hâkimlerinin bu niteliği taşıyor olmaları, istinafin dâvâları uzatacağı ve Yargıtay'ın iş yükünü de arttıracacağı gerekçeleriyle karşı çıkanlar olmuştur³⁶. Bütün bunların yanında istinaf yolunun abul edilmesinin gerekli, ancak bunun için henüz erken olduğu düşüncesini savunanlar da vardır³⁷. Hemen her görüş kendince tutarlı gerekçelere dayanmakta ve fakat bunla başka gerekçelerle çürütülmekte olduğu için istinaf hakkında ağırlıklı ve kesin bir sonuca varmanın zorluğu açıktır.

Önceleri Türkiye'de de nizamî mahkemelerde istinaf yolunun bulunduğu ilinmektedir. 1924 tarihli *Mehâkim-i Şer'iyyenin İlgâsı ve Mehâkim Teşkilâtına İlişkin Mevaddı Muaddil Kanun* ile istinaf mahkemeleri kaldırılmıştır. Gerekçe olarak da istinaf usulünün iyi yürümediği ileri sürülmüştür. Müstakil istinaf mahkemelerinin birkaç yer dışında bir türlü kurulamadığı, istinafa ehil hâkimlerin

4 M. Reşit Belgesay: Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, İstanbul 1944, 113-114.

5 Abdullah Pulat Gözübüyük, "Batı Avrupa İstinaf Mahkemeleri ve Türkiyemiz", AD, Mayıs 1955, C:46, S:5, 432-437; Yenisey, İstinaf, 93-107.

6 Mustafa Reşid: "Mehâkim-i İsti'nâfiyye Teşkilâtına Dair", Ceride-i Ahkâm-ı Adliyye, 1339-1340, C.II, S:16-17-18, s:698-699; Şensoy, 1066-1071; Faruk İrem: "İstinaf Mahkemeleri", AÜHF, 1950, S:9, s:15; Gözübüyük, 438; Necip Bilge: "Üst Mahkemeler", Sabri Şakir Ansay'ın Hatıra Armağanı, AÜHF, 1964, S:68, s:81; Baki Kuru: "Hukuk Usulünde İstinaf Teşkilatı", Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Kanunu Tasarısı ve Hâkimler ve Savcılar Kanunu Tasarısı Hakkında Seminer, AÜHF Özel Hukuk Enstitüsü (14-24/1/1964), Ank. 1964, 47-49; Yenisey, İstinaf, 236-241, 205-235.

7 Kuru, 52-62.

azlığı³⁸ ve istinafin işleri uzattığı³⁹ gibi gerekçeler bu mahkemelerin sonunu getirmiştir. İstinafin kaldırılmasının şeriatçılık düşüncesinden mülhem olduğu. çünkü şer'î hukukta istinafin bulunmadığını da ileri sürenler vardır⁴⁰. Ayrıca bir müellife göre Türk hukukunda maddî meselenin incelenmesine ihtiyaç duyulmamış ve halen de duyulmuyor olması da istinafin kabul edilmemesinde önemli bir sebeptir⁴¹. Bu zaman istinafin kaldırılmasına karşı çıkanlar, hiç değilse temyiz mahkemesine maddî meseleyi inceleyebilme imkânının verilmesini istemişlerdir⁴².

1929 yılında 1879 tarihli Alman ceza usul kanunu iktibas edilirken istinaf kurumu hâric tutulmuş, bu da sistemin bütünlüğünü bozunca Yargıtay'ın yükü artmıştır. 1932, 1948, 1952, 1963 ve 1977 tarihlerinde istinaf mahkemelerinin kurulmasına imkân getiren teşkilât kanun projeleri hazırlanmışsa da kanunlaşmamıştır⁴³. Günümüzde bilhassa Yargıtay'ın yükünü azaltmak amacıyla istinaf mahkemelerinin yeniden kurulmasını isteyen bir cereyan vardır.

III. BAŞKA HUKUK SİSTEMLERİNDE MAHKEME KARARLARININ KONTROLÜ

A. Eski Hukuk Sistemlerinde

1. Eski Mezopotamya, Hind ve Mısır

Antik çağ hukuk sistemlerinin pek çoğunda usulüne uygun görülüp sonuçlandırılmış olan dâvâların tekrar görülmesine izin verilmediği bilinmektedir.

38 Öyle ki bidâyet mahkemeleri hâkimleri hukuk öğrenimi yapmış kimseler olmalarına karşılık, istinaf hâkimleri genellikle zabıt kâtipliği ve hatta mübâşirlikten yetişme idiler. Temyiz mahkemesi çoğu kere bidâyet mahkemesinin hükmünü tasdik etmekte, istinaf mahkemelerinkini ise bozmaktaydı. İmran Öktem: "Üst Mahkemeler-İstinaf", Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, AÜHF 1964, 112.

39 Bununla beraber dâvâların uzamasının tek sorumlusunun istinaf mahkemeleri olmayıp diğer mahkemelerle birlikte kalem teşkilâtı ve zâbitanın da bunda rolü bulunduğu belirtilmiştir. Emin Vedad: Cumhuriyet ve Cumhuriyette Adliyye, Ank. 1340, 47-48.

40 Yusuf Ziya Özer: "Adalet Teşkilatının Tarihi Tekamülü", Adliye Ceridesi 1936, s:1409.

41 Yenisey, İstinaf, 39-40.

42 M. Reşid, Mehâkim. 700.

43 Bilge, Üst Mahkemeler, 61-62; Yenisey, İstinaf, 39-41.

Hatta Hammurabi Kanunlarında bir hâkimin verdiği hükmü sonradan değiştirebilmesi yasaklanmış, aksi takdirde hâkimlik mesleğinden atılacağı gibi, ağır tazminat ödemekle yükümlü tutulacağı esası getirilmiştir⁴⁴.

Antik hukuk sistemlerinde de hukuka aykırı olarak verilmiş hükümlerin düzeltilme yolları mutlaka vardı; ancak elde buna ilişkin fazla bilgi bulunmuyor. Muhtemeldir ki hukuka aykırı hükümleri bozması için devlet başkanına müracaat edilebiliyordu. Çünkü monarşilerin hepsinde hükümdar, devletin yargı fonksiyonunu elinde tutan başhâkim mevkiindedir. Bu yetkisine dayanarak ülkenin her yerinde hukukî ihtilafları çözmek üzere kendi vekilleri mesabesinde hâkimler tayin eder ve dolayısıyla bunların faaliyetlerini de inceleme ve denetleme, gerektiğinde de feshetme hakkını elinde tutardı. Hem otoritenin merkezileştirilmesi, hem de ülkede hukuk birliğinin sağlanması yoluna hizmet eden bu usul, çok sonralara dek Avrupa ve Türkiye'de sürmüştür.

Eski Hind'de cârî bulunan *Mamû* mecellesine göre kesin hüküm (kaziyye-i muhkeme) niteliğindeki hüküm ancak geçerli kanunî sebeplerin varlığı halinde düzeltilebilirdi⁴⁵. Hükümdar başkanlığındaki Adalet Divanı'na, mahkemelerin verdiği hükümlere karşı istinafen müracaat imkânı vardı⁴⁶.

Eski Mısır'da ise oldukça ileri bir hüküm kontrolü sistemi bulunduğu görülmektedir. Eski İmparatorluk Devrinde *Tati* denilen hükümet başkanının mahkeme kararlarını kral adına temyizden inceleyebilme yetkisi vardı. Aslında bu yetki firavunlara aitti. Firavunlar ilk zamanlarda muayyen günlerde saraylarının önünde bir tahta oturur, halkın şikâyetlerini dinleyip dâvâlarını görürdü. Sonradan eyâlet vâilileri hâkim olarak tayin edilmiş, bunların kararları da üst denetime tâbi tutulunca firavunların yargı yetkileri fiilen *Tati*'lere geçmiştir⁴⁷. Tinit krallığı devrinde kurulan ve otuz kişiden oluşan Altı Büyük Daire Mahkemesi, bir temyiz mercii fonksiyonunu taşımaktaydı. Mahallî mahkeme kararları *Tati* başkanlığındaki bu yüksek mahkemede temyiz olunmaktaydı. Temyiz isteyen doğrudan buraya müracaat edebildiği gibi, kral veya hükümet başkanına da başvuru-

44 Mebrure Tosun/Kadriye Yalvaç: Sumer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, 2. b, Ank. 1989, 185-186.

45 Mahmud Esad: Tarih-i İlm-i Hukuk, İst. 1331, 154.

46 Özer, 1402.

47 Özer, 1401.

rabilir, ancak bu hallerde müracaatı adı geçen yüksek mahkemeye havâle edilirdi⁴⁸.

2. Eski Yunan

Atina sitesinde Solon tarafından kurulan Halk Mahkemesi (*Heliee*) b yüksek kanun yolu merciiydi. Halk Mahkemesi her yargı çevresi (*Tribu*) halkı dan altıyüzer kişi olmak üzere birer yıl müddetle ve kur'a ile seçilmiş altibin i yeden oluşurdu. Bunlar beşyüzer kişi halinde on kazâ mahkemesinde görev ya par. bin kişi de yedek üye sıfatını taşırdı. Hepsi birden çok önemli dâvâlarda b araya gelerek muhakeme yaparlardı⁴⁹.

Halk Mahkemeleri, dâvâlara ilk derece olarak bakabildikleri gibi diğc mahkemelerde hükme bağlanıp da kendilerine yeniden görölmek üzere getirile dâvâları istinafen görüp sonuçlandırirdı. Bunların verdiği kararlar kesindi. Hal Mahkemeleri yargı fonksiyonunun doğrudan halka verildiği ilk ve tipik örnek lerden biridir⁵⁰.

Bundan başka yargı mercileri giyapta karar vermişler ve bu da sözgeli dâvâlıya tebliğat yapılmaması gibi bir muhakeme usulü hatasından doğmuşsı ilgili kimse iki ay zarfında itiraz hakkına sahipti. Öte yandan dâvâda hile, yanlı veya yalan şâhidlik söz konusu ise muhakemenin îâdesi mümkündü⁵¹. Hal Mahkemesi gittikçe istinaf mahkemesi fonksiyonunu kaybetti; ancak şâhidleri yalancı şâhidliğinden mahkûm olmaları halinde muhakemenin îâdesi prensil sürdü. Daha sonra Atina'da teşkil edilen seyyar bölge hâkimlerinin kararların karşı istinaf yolu kabul edilmiştir⁵².

48 R. Galip Okandan: Umumi Hukuk Tarihi Derstleri, 6.b. İst. 1951, 98.

49 Sadri Maksudi Arsal: Umumi Hukuk Tarihi, 3.b. İst. 1948, 115; Okandan, 299; E. M Morgan: "Appeals", Encyclopedia of the Social Sciences, Edt.: Edwin R. A. Seligman New York 1957, 131.

50 Arsal, 116; Okandan, 299.

51 Okandan, 303.

52 Yenisey, İstinaf, 14.

3. Eski Roma

Roma'da özel muhakeme sisteminde kanun yollarından bahsedilemezdi. çünkü hâkim, dâvânın taraflarınca seçilmekteydi. Ancak bazı istisnâî hallerde taraflar praetordan eski hale getirme talebinde bulunabilmekteydi. Bunun sonucunda praetor, dâvâ hiç görülmemiş gibi bir durumu ilan ediyordu. On İki Levha Kanunu'na göre ceza mahkûmiyeti içeren magistra kararları halk meclisine arzolanabilir, halk meclisi dâvâyı yeniden görmeksizin kararı onaylar veya bozardı. *Provocatio* denen bu yol sonradan fiilen ortadan kalkmıştı⁵³.

Yargının doğrudan devletin kontrolüne geçtiği sistem dışı muhakemenin ilk devirlerinde, principatus devrinde, bu hususta imparatora müracaat hakkı vardı⁵⁴. Hem ilk derecede hem de yüksek bir yargı mercii (hâkim) sayılan imparator bu müracaatı üst derecedeki hâkimlere havâle ederdi.

Daha sonra hâkimlerin kararlarına karşı on gün içinde bir üst dereceli hâkime doğrudan itirazda bulunabilme imkânı getirilmiştir ki istinafa benzeyen bu yol *appellatio* diye bilinir. *Appellatio*, daha çok temyizi andıran *provocatio*'dan farklıdır⁵⁵. Zamanında bu yola gidilmezse ilk derece mahkemesinin hükmü kesinleşir, itiraz edilirse hükmün yerine getirilmesi durdurulurdu. Üst derece hâkimi müracaatı reddederse ilk derece hâkiminin kararı kesinleşir, kabul ederse yeniden muhakeme yapılarak hüküm verilirdi. Bu hüküm kesindi. İtiraz eden taraf, mahkeme masraflarının dört katını ödemeye mahkûm olur, ayrıca kötü niyetliyse kendisine para cezası da ödetilirdi⁵⁶. İmparatorluk devrinin ileri safhalarında birkaç dereceli istinaf doğdu. Mesclâ vâlinin tayin ettiği hâkimin kararına karşı vâli mahkemesine, bunun kararına karşı da imparatora müracaat edilebilirdi. İmparator bu müracaatı bir başka hâkime havâle eder, dâvâ burada görölerek yeni karar tekrar istinaf edilmek üzere imparatora götürülebilirdi⁵⁷.

Önceleri uzun zaman hâkimlere hakâret olarak görülen istinaf yolu, Diocletianus zamanında artık gelişmiş bir konuma geldi. Hemen her hükme kar-

53 Aرسال, 278, 281; Erem, 9.

54 Aرسال, 381.

55 Bu sebeple olacak Avrupa hukuk sistemlerinin hepsinde kanun yolları ve özellikle istinaf için Roma hukukundaki bu müessesenin isminden ilhamla *appeal* sözü kullanılmıştır.

56 Özcan Karadeniz-Çelebican: Roma Hukuku, 3.b, Ankara 1982, 361-362.

57 Aرسال, 385.

şu istinafa müracaat edebilme imkânı varken, adam öldürme, zinâ, zehirleme ve sihirbazlık suçlarında mahkûm suçu işlediğine iknâ edilmiş veya ikrarda bulunmuşsa artık istinafa gidilemezdi. İstinaf müracaatını kabul etmeyen veya sonuçlandırmayan hâkimler hakkında Konstantin zamanında para cezası mahkûmiye getirildi⁵⁸. İmparatorun hâkim yetkisiyle hareket ettiği durumlarda İmparator Divanı üyeleri ona görüşleriyle yardım ederdi⁵⁹.

Görülüyor ki eski Roma'da istinaf yolu, imparatora müracaat bakımında merkezîleşmenin gelişmesi ve güçlenmesine hizmet eden bir aracı rolü oynadı aynı duruma daha sonra Avrupa ülkelerinde de rastlanmıştır.

Eski Roma'da hâkimin bir hukuk normunu görmezlikten gelerek verdiği nihâî kararlar hukuken kendiliğinden-ıpsa iure yok hükmündeydi. Bunlar zamana bağlı olmaksızın ilgililer tarafından bir dâvâ veya bir def'î vâsıtasıyla tamamen beyan edici bir karara konu olabilirdi. Sonradan bütün nihâî kararların şekil anlamında kesin hüküm teşkil ettiğini kabul eden Germen hukukunun etkisiyle tür kararlar da temyiz benzeyen bir kanun yolu denetimine sokuldu. Hüküm butlan doğuracak bir sakatlık olması durumunda bunun tesbiti ve hükmün iptali için *querela nullitatis* adlı özel bir kanun yolu dâvâsına müracaat edilmekteydi. Bunun için hükümde açık bir hata, kanun metnine açık aykırılık bulunması arandı. Bu, Avrupa'da temyiz yolunun tekâmül safhalarında, bilhassa ülkede hukuk birliğini kurma amacı dışında mahkeme kararlarının adalete uygunluğunu sağlanması maksadı yönünde önemli bir gelişme kabul edilmiştir⁶⁰.

B. Modern Hukuk Sistemlerinde (Tarihçe)

1. Fransa

Fransa'da ilk devirlerde Frank krallarının kurdukları divanlar, hâkimler kararlarının istinafen görüldüğü mercilerdi. Bu divanlar sonradan aynı zamanda bir imtiyazlılar mahkemesi durumuna gelmiştir⁶¹. Feodalitenin yayılmasında sonra yargı fonksiyonu, kral, feodalite, şehir ve kilise mahkemeleri arasında paylaşılmış haldeydi. Derebeyinin başkanlığındaki feodal mahkemeler hür ve

⁵⁸ Şensoy, 1063.

⁵⁹ Arsal, 440.

⁶⁰ Öztekin, 64-65. İleride görüleceği üzere İslâm-Osmanlı hukukunda da hukuka aykırı olarak verilmiş mahkeme kararları, yok hükmündedir, her zaman iptal edilebilir.

⁶¹ Özer, 1402.

tandaşların dışında kalan halkı yargılayabilmekteydi. Feodal mahkemelerde en önemli delil düello olduğu için kararın temyizi prensip olarak imkânsızdı. Ancak taraflar isterse daha yüksek bir derebeyine, daha sonra da krala dek başvurabilirdi (*appel de défaut de droit*= hukuk hatasının temyizi). Kral Saint Louis düelloyu yasaklayarak şahid usulünü getirmiştir⁶². Feodal mahkemeler de aşağı, orta ve yüksek olmak üzere üç derece olup aşağı ve orta derecede verilen kararlara karşı yüksek dereceli feodal mahkemeye itiraz edilebilirdi⁶³. Feodal mahkemeler yerine kral mahkemelerine bidâyeten veya istinafen müracaat edebilme imkânını ilk kez Kral Philippe Auguste vermiştir. Daha ileri giderek feodal mahkeme kararlarına karşı kral mahkemesine istinafen müracaat imkânını getiren Saint Louis, böylece feodal yargı yetkisini zayıflatmayı düşünmüştür. Senyörler tabiatıyla buna râzı gelmemiş, şiddetle muhalefette bulunmuşlardır. Hatta bizzat kralın kardeşi Anjou kontu, kendi mahkemesinde verilen hükmü kral mahkemesinde istinaf eden bir teb'asını hapsedirmiş, Kral bunu engelleyerek mahbusu serbest bırakmış ve kardeşine bir ikaz mektubu göndermiştir. Bu dönemde, 1310 yılında, verdiği bir hükmü Krallık Divanı'nda istinaf ettiği için bir kişinin mallarını müsadere eden Laon piskoposu, Parlamento'da mahkûm edilmiştir. Yine Parlamento, sol elinin kesilmesi hakkında verilen bir hükmü istinaf ettiği için bir kimsenin sağ elini kestirten Tulle kasabası râhibini mahkûm etmiştir. Bu arada İngiltere kralı istinaf talebinde bulunanların dilekçelerini kabul eden kâtipleri Akitanya dükü sıfatıyla astırmış, istinaf talebinde bulunanların mallarını müsadere ve bazılarını kalebind ve bazılarını da idam etmişti. Bunun üzerine Fransa kralı Güzel Philippe 1293 tarihinde İngiltere kralı aleyhine bir beyannâme yayımlayarak istinaf şartlarını tesbit etmek gereğini duymuştur⁶⁴. Senyörlerin muhalefeti, istinaf usulünün iyice yerleşmesi ve Krallık Divanı'nın halkın gözündeki emniyet ve heybet kazanarak güçlenmesinden başka bir işe yaramamıştır. İstinaf usulü ve Krallık Divanı, taşradaki zâlim idareci ve mütegalibelerin zulümlerinden halkın bir kurtuluş sığınağı fonksiyonunu başarıyla görmüştür. Öte yandan halkın merkezi idareye yardımı artmış ve bağlılığı kuvvetlenmiştir⁶⁵.

62 Marcel Rousselet: Adalet Tarihi, Trc: Adnan Cemgil, İstanbul 1963, 26-27.

63 Mahmud Esad: Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye, İstanbul 1306, 26.

64 Akitanya önceleri Fransa'ya bağlıyken 1259 yılında İngiltere eline geçmişti. İngiltere prensi Edward (sonrının İngiltere kralı I. Edward) Akitanya dükü olmuştu. Burada Fransa hâkimiyeti zamanında Fransa hükûmeti nezdinde yapılan istinaf talebinde bulunanları ve bu talepleri kabul eden kâtipleri cezalandırmıştı.

65 Sabit: Usul-i Muhakeme-i Hukukiyye, İstanbul 1302, 25-30; Esad, 20.

Frank krallarının yüksek mahkemesine benzer bir merci Ortaçağda da vardı; Krallık Divanı. Bunun yanında bir de kralın başkanlık ettiği krallık feodal mahkemesi vardı. Her ikisine birden Krallık Mahkemesi (*Curia Regis*) denirdi. İki mahkemede de râhip, saray subayı ve baronlar üye olarak bulunurdu. Bu arada *prévôt* denilen ve klasik devir Osmanlı kadısına benzer mevkideki mahal hâkimler ve bunlarla feodal mahkemelerin kararlarının bir tür istinaf mercii olarak *bailliage* ve *sénéchaussée* adında yüksek mahkemelerin hâkimleri kral tarafından tayin edilmiştir. Burada verilen kararlar Krallık Divanı'nda kontrol edilirdi⁶⁶. Önceleri yılda birkaç kez toplanan Krallık Divanı 1344 yılında Paris Parlamentosu'na dönüşmüş ve sürekli toplanmaya başlamıştır⁶⁷. Burada Kral Saint Louis, muhalefetlerinden çekindiği baronları sürekli bir işle meşgul ederek kente tahtım güvence altına alma amacını gütmüştür. Krallık Divanı'nda prensler ve baronların yansira "Uzun Elbiseliler" denen hukukçular da üye olarak yer alırdı. Götide yargı yetkisi bunlara intikal etmiştir. Bu parlamento, bekleneni vermi krala bağlı olmayan senyörler de bağlılık bildirerek parlamentoya girmişlerdir⁶⁸. Parlamentosun başında da aynı dönemdeki Osmanlı Divanı-ı Hümayınındaki gelişime paralel olarak, artık kral yerine başbakan bulunmaya başlamıştır. Paris Parlamentosu'nun bağımsız başkanı vardı ve bu, yüksek rütbeli bir hâkimdi. Laik ve râhip danışmanlar, ayrıca şeref üyesi olarak da prensler, yüksek saray adamları ve fahrî müşâvirlerin bulunduğu parlamento birçok daireye ayrılmıştı, bunlar bazen biraraya gelerek genel kurulu oluştururdu⁶⁹.

1551 yılında *présidanx* adıyla yeni bir yüksek mahkeme teşkil edilerek *bailliage* ve *sénéchaussée* adlı mahkemelerin 250 livr⁷⁰ değer ve 10 livr gelir üzerindeki hükümlerini istinafen görmekle görevlendirilmiştir. Şu kadar ki bunların kararları kesin idi. Bununla beraber bu mahkemelerin temyiz mahkemesi niteliğinde olduğu da söylenir. Bunlar 1774 yılından itibaren 2000 livr değer ve 800 livr gelir üzerindeki dâvâlara ikinci derecede ve kesin olarak bakan meclisler durumuna gelmiştir. Böylece mahkeme örgütü feodal mahkeme+*bailliage* ve *sénéchaussée*+*présidanx* olmak üzere üç dereceli bir nitelik kazanmıştır. Bunların üzerinde parlamento vardı. 1788 emir-nâmesi ile *bailliage* ve

66 Özer, 1403; Rousselet, 34.

67 Sabit, 31-33; Rousselet, 28-29.

68 M. Esad, Usul, 21-22.

69 Rousselet, 36-38.

70 O yıllarda franka livr deniyordu.

sénéchaussée adlı mahkemeler kaldırıldı, *présidaux* mahkemelerinin üzerinde *Grand Présidaux* denilen mahkemeler kuruldu. Bunlar 20000 livre kadar olan dâvâlara son derecede, temyiz ve istinaf olunmamak üzere bakacaktı⁷¹.

Merkezî otorite feodalite aleyhine güçlendikçe XIV. yüzyıldan itibaren (1302 fermanıyla) taşralarda da parlamentolar oluşturulmaya başlandı. Kral artık tek bağımsız yargı otoritesiydi, gerek bidâyeten bir dâvâyı görür, gerekse bir mahkeme hükmünü Krallık Divanı'nın bir kısmı olan *Conseil des Parties*'de (diğerleri hususî şîrâ ve devlet şûrâsı idi ve yargıdan çok siyasî ve idarî görevleri vardı) değiştirebilirdi⁷². Avrupa'da İngiltere hariç hemen her yerde krallar, kilisenin ve derebeylerin mahkemelerini doğrudan doğruya ortadan kaldıramamakla beraber bunları iki usulle zayıflatmayı başardılar: Birincisi önemli dâvâları kendi mahkemelerinde gördürüyor ve ikinci olarak da kilise ve derebeylik mahkemelerinin kararlarını temyiz yoluyla inceliyorlardı⁷³. Nitekim giderek XIX. yüzyılın başına gelindiğinde de her ikisinin de ortadan kalktığı görülmektedir. *Conseil des Parties*'nin kuruluş amacı politikti, mahallî parlamentoların krallık emirnâmelerine aykırı davranmalarına engel olmak ve böylece merkezî otoriteyi güçlendirmek için kurulmuştu. Parlamentoların kral emirnâmelerine aykırı kararlarının iptali, Krallık Divanı'ndan (*Conseil du Roi*) istenebilmekteydi. Giderek bu divan bünyesinde bu talepleri inceleyecek *Conseil des Parties* adlı özel bir bölüm oluşturulmuştur. Görülüyor ki burada hukuk birliğini sağlamaktan önce, merkezî otoritenin güçlendirilip hâkim kılınması amacı göze çarpmaktadır⁷⁴. Fransa'da temyiz baştan beri ancak kralın kullanabildiği bir yol olup (çünkü temyiz kralların diğer mahkemeleri zaafa düşürerek ortadan kaldırmak için kullandığı bir usul olarak doğmuştu) taraflara müracaat hakkı XVI. yüzyılda verilmiştir. Temyiz sebepleri ise önceleri usul kurallarına aykırılıktan ibâret iken, örf-âdet hukuku ve kral emirnâmeleriyle Roma hukukuna hatta âile hukuku ve kamu düzeni sahasında yerleşik ictehadlara aykırılık da temyiz sebebi sayılmaya başlanmıştır⁷⁵.

71 Sabit, 36,48; M. Esad, Usul, 25,31; Rousselet, 35-36.

72 Sabit, 33; M. Esad, Usul, 26-27; Rousselet, 43-44.

73 Charles Seignobos: Avrupa Milletlerinin Mukayeseli Tarihi, Trc: S. Tiryakioğlu, İst. 1960, 186.

74 Nejat Özoğuz: Temyiz Mahkemesi, Ank. 1944, s: 19; Özbek, 65.

75 Sivrihisarlı, 8.

1670 tarihli emirname ile istinaf usulü düzenlenmiş ve tahkik sistemi getirilmiştir⁷⁶. İhtilalden hemen sonra 1790 yılında 1670 emirnamesi kaldırılarak geleneğe dayanan İngiliz adli sistemine benzer bir usul konulmaya çalışılmıştır. Cinâyet mahkemelerinde jüri usulü kabul edilerek istinaf kaldırılmış ve bunları ancak temyiz imkânı verilmişken cünha ve kabahatlerde istinaf yer almıştı⁷⁷. Feodal ve ruhâni mahkemeler kaldırılarak adliye teşkilâtının en altında İngiltere'de olduğu gibi sulh hâkimliği kuruldu. *Bailliage* ve *sénéchaussée* mahkemelerinin fonksiyonlarını yerine getirmek üzere *tribunaux de district* (ilçe mahkemeleri) teşkil edildi⁷⁸. Eski devri hatırlatacak her şeyden ürküntü duyulması parlamentoların yerine istinaf mahkemelerinin kurulmasını engellemiştir. Aslında 1790 tarihli kanun istinaf usulünü öngörmekteydi. Bunun için ayrıca istinaf mahkemeleri kurmak yerine ilçe mahkemeleri birbirlerinin kararlarını istinafa görmekle görevlendirildiler. Burada istinafen gidilecek mahkeme tarafların üzerinde anlaşmış ilçe mahkemesiydi. Aksi takdirde ilk hükmü veren ilçe mahkemesine en yakın yedi ilçe mahkemesinden birine gidilecekti. Bunlardan üçünü istinaf dâvâcısı, üçünü de dâvâli kabul etmeme hakkına sahipti, dolayısıyla en son geriye kalan bir tanesi istinaf merciiydi. Bu durum, mahkemeler arasında rekâbet doğurdu ve iyi sonuç vermedi. *Directoire* devrinde ilçe mahkemeleri kaldırılarak eyâlet mahkemeleri kuruldu ve bunlar da birbirleri için istinaf mercii olarak kabul edildi. İstinaf mercii seçme usulü eski ilçe mahkemelerindeki usuldü, ancak burada 7 değil 3 mahkeme vardı. Bu da uzun sürmemiş, yeniden eski usule dönülmüştür⁷⁹. Bununla birlikte kanuna aykırı kararları bozmak ve ülkede yargı birliğini kurmak üzere *conseil des parties* örneğine göre 1790 yılında meclis nezdinde, yargı mercii olmaktan çok yasama mercii gibi çalışacak bir başka deyişle kanunların koruyucusu niteliği taşıyacak bir *tribunal de cassation* (temyiz mahkemesi) kuruldu, temyiz sebebi olarak da kanun metnince açık aykırılık esas alındı. Kısa bir müddet sonra kanunlara ve aktilere aykırılık temyiz sebebi olarak belirlendi. Burada gaye krallık devrinde olduğu gibi, ihtilâl hükümetlerinin çıkardığı kanunlara mahallî mahkemelerin aykırı davranması imkânını ortadan kaldırmaktı⁸⁰. Bu mahkeme üyeleri dört yıl süre için genel se-

76 Yenisey, İstinaf, 23.

77 Erem, 11.

78 Sabit, 54; M. Esad, Usul, 33.

79 Sabit, 78-81; Artus, 6; Rousselet, 59-60.

80 Özoğuz, 120; Sivrihisarlı, 9-11.

çimle tesbit olunacaktır⁸¹. Bu mahkeme yasama merciiinin yanında ve onun bir tamamlayıcısı mahiyetindeydi. Bir başka deyişle bu mahkeme yasamayı yargıya karşı korumak için kurulmuştur. Zaten ihtilâl hükümetleri, hâkimlerin muhakeme sırasında rahat hareket edip tefsire müracaatlarına engel olmak endişesiyle kazuistik kanunlar hazırlamışlardır. Ancak 1837 yılındadır ki, hâkimlerin muhakeme sırasında tefsir yapabilmelerine izin verilerek *Cour de Cassation* tam bir yargı mercii durumuna getirilmiştir⁸². Ayrıca bu devirde eyâlet meclisleri idare mahkemesi olarak kabul edilmiş, *Conseil d'Etat* (Devlet Şûrâsı) da bunların istinaf mercii olmuştur⁸³.

Napoléon'un iktidara gelmesinden sonra 1800 yılında yapılan düzenlemelerle adliye teşkilâtı bugünkü halini almıştır. Bu arada sulh mahkemeleri dışında halkın hâkimleri seçme imkânı kaldırılmıştır. Temyiz üyelerini Senato seçecek, diğer hâkimleri Birinci Konsül tayin edecekti. Sulh mahkemelerinin kararları üç hâkimden oluşan ve hukuk-ceza dâvâlarına bakan ilçe mahkemelerinde, bunların 1500 frank değer ve 60 frank gelir üzerindeki kararları da eski parlamentolara benzeyen, hatta bunlarla aynı şchirlerde kurulan istinaf mahkemelerinde yeniden görülebilecekti. Bunların sayısı ilk önce 29 iken kimi zaman fetih ve illhaklarla artmış, kimi zaman da toprak kayıplarıyla azalmıştır. İstinaf mahkemeleri üyelerine monarşi devrindeki geleneğe uyarak *conseillers* (müsteşar) denilmiştir. Bunların sayısı 40 ile 60 arasında değişmekteydi. Müsteşar olmak için en az 27 ve başkan olmak için de en az 30 yaşında bulunmak gerekirdi. İstinaf mahkemeleri hukuk, ceza (kabahat ve cünha) ve heyet-i ithamiye olmak üzere üç daireye ayrılmıştı. Büyük mahkemelerde hukuk daireleri iki taneydi. Her dairede karar verilebilmesi için enaz yedişer müsteşar muhakeme boyunca hazır bulunmalıydı. Çok nâdir hallerde istinaf mahkemesi ilk ve son derecede karar verirdi. Bazı dâvâlarda ise iki daire bir araya gelerek yargılama yapardı⁸⁴. 1804 yılında temyiz mahkemesi Temyiz Divanı (*Cour de Cassation*) konumuna getirildi. 1810 yılında ise istinaf divanları İmparatorluk Divanı ismini aldı. Böylece monarşi ile ihtilâl devri kurumlarıyla birbiriyile kaynaştırılarak yeni bir adlî örgüt kurulmuştur⁸⁵. 1806 yılında hukuk usulü kanunu ve 1808 yılın-

81 Rousselet, 63.

82 Öztekin, 65.

83 Sabit, 64; Celal Erku: "Fransa'da Conseil d'Etat'ın Sosyolojik ve Tarihsel Gelişimi", İHİD, C:4, S:1-3, 1983, s: 45,47.

84 Sabit, 68-69,82-86.

85 Sabit, 82-83; Rousselet, 72-73; Seignobos, 313.

da da ceza sorgu kanunu çıkarılmış ve bunlar yakın zamana kadar uygulanmıştır. Fransız ceza usul kanunu 1959 yılında yerini yeni bir kanuna bırakmışsa da bugünkü Türk ceza usul kanununun me'habız olan Alman ceza usul kanununa bilhassa kanun yollarının düzenlenmesi bakımından önemli bir etkisi olduğu kabul edilir⁸⁶. Napoléon devrinde oluşturulan temyiz divanı bir birinci başkan ile üç ikinci başkan da dâhil olmak üzere 49 üyeden meydana gelir ve dilekçe, hukuk ve ceza daireleri olmak üzere üç daireye ayrılırdı. Her dairede 15 üye ve bir başkan bulunur, birinci başkan uygun gördüğü dairede yer alır ve her yıl bir daireden diğerine kur'ayla dörder üye transfer edilirdi⁸⁷. Fransa'da eskiden beri ticari ihtilallara bakan merciler Napoléon devrinde ticaret mahkemeleri (*des tribunaux de commerce*) adını aldı ve hemen her ilçede kuruldu. Bunların kararları, yargı çevresinde bulunduğu istinaf divanında istinafen görülebilirdi⁸⁸.

Bu adli teşkilât ve muhakeme usulü düzenlemelerinde, Napoléon'un Mısır'ın işgâli sırasında, bunların buradaki örnekleri üzerinde yapmış olduğu incelemelerden faydalandığı rivayet edilir. Buna göre, Mısır'da büyük İslâm hukukçusu İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'den gelen bir usul vardı. Mahkemelerden verilen hükümleri önce bir "*Hey'et-i Tedkikiyye*" müracaat üzerine inceler, gerekirse tarafları dinler ve hükmü düzelterek yeni bir ilâm verirdi. Bunların kararları da "*Mahkeme-i Kübrâ-yı Hasmiyye*" adlı yüksek mahkeme mahiyetindeki hukukçular hey'etine gelir ve burada kontrol edilirdi. İşte bu usulü Napoléon'un aynen Fransa'ya uyguladığı kaydedilmiştir. Bu meydana birinci derecede bidâyet mahkemeleri (*première instance*), ikinci derecede istinaf mahkemeleri (*cour d'appel*) kurulmuş, bunların üzerinde de temyiz mahkemesi (*Cour de Cassation*) teşkil edilmiştir. Son devir Osmanlı hukuk mektebi hocalarından, aynı zamanda Şûrâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi Reisi Kemalpaşazâde Sa'id Bey'in "*Hukuk-ı Siyâsiyye-i Osmaniyye*" derslerinde verdiği bu bilgiyi öğrencileri de çeşitli eserlerinde tekrar etmiştir⁸⁹. Hatta Sa'id Bey daha da ileri giderek şu tekliflerde

86 Rousselet, 79-80; Yüce, 16

87 Sabit, 107-108.

88 Sabit, 92-96.

89 M. Esad, Usul, 37; A. Âdil, Mahkeme-i Temyiz, 51-52; Osman Nuri Ergin: Türkiye Maarif Tarihi, İst. 1977, 1/264-265. Yargıtay başkanlarından olup bu kurumla ilgili etraflı bir eser kaleme almış bulunan Recai Seçkin, bu iddiayı kabul ederek temyiz mahkemesinin İslâm hukukundaki temel olarak göstermiştir (Recai Seçkin: Yargıtay Ank. 1967, 51-52). Buna karşılık Ahmet Mumcu, başka hiçbir yerde desteğ bulunmadığı için bu iddiayı şüpheyle karşılamış, üstelik bir hukuk müderrisinin İslâmî temyiz kavramının varlığını kabul ettirmek yolunda ileri giden bir çabası olarak

bulunmaktadır: "Temyiz, dâvânın her derecesinde edilecek tedkikata ıtlak olunabileceğinden böyle iki hey'et tarafından verilen i'lâmları tedkik eden hey'ete ya İmam-ı A'zam hazretlerinin ta'birleri üzere "Mahkeme-i Hasmiyye" veyahud Napolyon'un ta'biri vechiyle "Mahkeme-i Nakziyye" denilmek lazım gelir. Buna "Mahkeme-i Temyiz" ta'biri ağyarımı gayrımâni' bir ta'bir-i bâtildir." Abdurrahman Âdil de bu mahkemeye Mısır'da "Mahkeme-i Nakz ve'l-İbram" denildiğini bildiriyor⁹⁰.

Fransa'da istinaf ve temyizın daha çok feodal mahkemelerin yetkilerini sınırlandırmak ve merkezî otoriteyi güçlendirmek gibi siyasî bir amaçla kabul edildiği kanaati hâkimdir⁹¹. Zaten Paris Parlamentosu'nda bu siyasî nitelik za-

yorunlamıştır. (Ahmet Mumcu: Hukuksal ve Siyasal Bir Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, Ank. 1976, 95). Ancak başka bazı kaynaklarda da bu iddiaya ilişkin bir takım ipuçlarına rastlanmaktadır. Öyle ki İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'nin, öğrencilerini toplayarak, buldukları beldedeki kadıların verdikleri hükümleri burada müzâkere ve vardıkları sonuçları ilân etmesi bilinen bir keyfiyettir. Hatta bunun üzerine zamanın halifesi tarafından kendisine kadıyü'l-kudâtık, yani başhâkimlik görevi teklif edilmişse de, İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe dinî hassasiyeti ve hakkıyla görev ifasında bulunamayacağı endişesiyle kabul etmediği kaynaklarda bildirilmektedir. Ebû Bekr Ahmed bin Ali el-Hafîbü'l-Bağdâdi: Tarihü'l-Bağdâd, Matbaatu's-Saade Kâhire 1349/1931, XIII/351; M. Ebû Zehra: Ebû Hanîfe, Trc: Osman Keskiöglü, İst. 1981, 54, 56. Nitekim meşhur İslâm hukuku kitabı Mebsut'ta geçtiğine göre, bunamış bir kadın bir erkeğe "ey iki zinâ edenin oğlu" diye kâzfetmiş, bu dâvâya zamanın kadısı İbni Ebî Leylâ bakarak kadının ikrarına binâen kendisine mescidde iki kere had vurulmasına karar vermişti. Bunu haber alan İmam-ı A'zam, kadının beş (veya yedi) yerde hata ettiğini bildirerek bu hukuka aykırılıkları saymıştır. Kemâlüddin Muhammed bin Abdülvâhid İbnü'l-Hümâm: Şerhu Fethü'l-Kadir, Matba'atü Mustafâ Muhammed Kâhire 1390/1970, IV/208; Muhammed Emin İbni Âbidin: Reddül-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar Şerhu Tenviril-Ebsar, Mustafâ el-Bâbî el-Halebî ve kardeşleri, Matba'atü'l-Meymeniyye Kâhire ty, III/177. (İbnü'l-Hümâm beş meselede, İbni Âbidin yeri meselede hata ettiğini bildirmektedir.) Bu usulün ne vesileyle Mısır'a girdiği doğrusu merak konusudur, çünkü Osmanlı fethine kadar Mısır'da Hanefî mezhebi değil, Şâfiî mezhebi hâkimdi. Bu tarihten itibaren ülkede ağırlıklı olarak Hanefî mezhebi tatbik edilmiştir. Nitekim merkezden Mısır'a tayin edilen kadı bu mezheptendi. Ancak bunun emri altında dört mezhebe mensup nâib ve müftüler bulundurulmuştur. Herkes bağlı bulunduğu mezhebin kadı veya nâibine giderek hüküm çıkartılabildi. Bu nâiblerin verdikleri hükümler, muntazaman Hanefî mezhebindeki Mısır kadısının başkanlık ettiği *Mahkeme-i Kübrâ* adlı merciye arz edilirdi. Yukarıda kastedilen usul bu olsa gerek. Kavalalı Mehmed Ali Paşa'nın vâililiğinden sonra, 1805 yılında artık tamamen Hanefî mezhebi hâkim kılınmıştır. Mahmasâni, 232; Ahmed Akgündüz: Osmanlı Kanunnâmeleri, İst. 1993, VI/68; M. Akif Aydın: Türk Hukuk Tarihi, 2. b, İst. 1996, 101.

90 A. Âdil, Mahkeme-i Temyiz, 54.

91 Kuru, 48.

man zaman ön plana çıkmaktaydı⁹². Bununla birlikte istinaf kurumunun Fransa'da kabulünde Roma hukuku ve kanonik hukukun da etkin olduğu ileri sürülmüştür⁹³. Fransa'da bugün istinafin gerekip gerekmediği değil ancak bu sahada yeni ihtiyaçlara göre nasıl değişiklikler yapılabileceği üzerinde konuşulmaktadır⁹⁴.

2. Almanya

Almanya'da ilk zamanlar hâkimlerin kararları *urteilsschelten* denilen bir kanun yoluna tâbiydi. Ancak burada hâkim ile hükme itiraz eden taraf düellu etmekteydi. Yargı yetkisi halk meclislerinden kralın hâkimlerin (*sendingrafengericht*) geçtikten sonra Franklar zamanında bir mahkeme hükmüne karşı taraflar ve hatta her vatandaşın krallık mahkemesine (*königsgericht*) müracaat imkânı vardı. Roma hukukundaki istinafa benzer müesseseler, XV. asırda İtalya'nın etkisiyle Almanya'ya geçmiş, 1495 tarihli ilk yüksek mahkeme kanunu (*die erste kommergerichtordnung*) ile istinaf kabul edilerek *Reichskammergericht*'e müracaat edebilme imkânı getirilmiştir. Buna dere beyleri -görünüştü- Roma hukukunda bulunmadığı gerekçesiyle karşı çıkmışlardır. Öte yandan yüksek mahkemede zaten pek âdil kararlar verilmemekteydi⁹⁵.

Eski Alman ceza ve ceza usul kanunu olan *Carolina*'nın ilk projesinde istinaf yer almıyordu, projenin 219. maddesine göre *Reichskammergericht* istinaf merciiydi. Ancak *Carolina*'nın 1532 tarihinde kanunlaşmış yürürlüğe giren ikinci projesinde dere beylerinin muhalefeti sebebiyle istinafa yer verilmemişti⁹⁶. Ancak kanunun çok yerinde Roma hukukuna atıf yapıldığı ve hâkimlerin çoğu hukuku yeterince bilmemesi için dosyaları üniversitelere gönderir, burada yapılan inceleme sonrası gelen görüşe göre karar verirlerdi. Kanunun 219. maddesinde yer alan bu imkân

⁹² Rousselet, 41. Nitekim Tanzimat'tan sonra bu kurumu andıran Osmanlı Meclis-i Vâlâ-i Ahkâm-ı Adliye'sinde de aynı husus görülmektedir.

⁹³ Şensoy, 1064.

⁹⁴ Gözübüyük, 432.

⁹⁵ Yenisey, İstinaf, 24-25.

⁹⁶ Yenisey, İstinaf, 25.

istinafın yokluğundan doğan mahzurları giderme yolunda bir denge unsuru teşkil etmiştir⁹⁷.

1555 tarihli bir kanunla bedeni cezalara ilişkin kararlara karşı istinaf yolunun kapatıldığı açıkça ilan edildi. Bu, imparatorluk yüksek mahkemesine müracaatı yasaklamaktaydı. Müstakil Alman devletlerinin kanunî düzenlemelerine bir sınırlama getirmiyordu ama istinafin ceza hukukunda yasaklandığı kanaati iyice yerleşti. Ancak bunun yerine ek savunma hakkı (*das Recht der weiteren Verteidigung*) getirildi. Burada üst mahkemeye müracaat etmeksizin istinafa benzer bir durum vardı. Aynı muhakemede aynı sonuca ilişkin üç karar almaya kadar müracaat edebilme imkânı söz konusuydu. Bu yol, kararın kesinleşmesini de önlerdi⁹⁸.

Almanya'da önceleri mahkeme kararlarının hukuka aykırı olması halinde üçüncü derece kontrolü ile iptali imkânı vardı. Yakın zamanlarda Fransa'nın Almanya'daki siyasi nüfuzuna paralel olarak Fransız hukuku da Alman hukukunu etkilemiştir. Öyle ki temyiz mahkemesi ve adli birliğe hizmet eden bir temyiz düşüncesi Almanya'ya Fransız ihtilâlinde sonra girmiştir. XIX. yüzyılın ilk yarısında kabul edilen *revision*, Fransa'daki *cassation* usulünden farklıydı. Kamu düzeninden çok, taraf çıkarımı ön planda tutan bu usul, yargı kararlarındaki maddi meselenin de incelenemediği bir üçüncü derece kontrolü mahiyetindeydi. Gerçekten Fransa'daki örneği, devletin adli makamları kontrol eden bir organ görünümündeydi. Yine Fransa'dakinden farklı olarak burada yazılı değil sözlü usul geçerliydi. Nitekim Fransız temyiz mercii de giderek siyasi mahiyetinden sıyrılarak hukuk birliğine hizmet eden bir merci olma fonksiyonu kazanmıştır⁹⁹.

Alman birliğinin kurulması sırasında Alman devletlerinden Hessen ve Lübeck gibi bazısında dar anlamda istinaf vardı. Baden, Saksonya ve Hamburg gibi bazıları sadece ilk soruşturmanın üstünkörü yapıldığı hafif suçlarda kendilerine has bir istinaf yolu benimsemişler, bazıları ise muhakemenin sözlülüğü ve delillerin doğrudan doğrualığı prensipleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle istinafa yer vermemişlerdi¹⁰⁰.

Alman ceza usul kanununun Ocak 1873 tarihinde hazırlanan ilk projesinde temyiz yolu bulunmakta, ancak istinaf yer almamaktaydı. Temmuz 1873 ta-

97 Yüce, 15-16.

98 Yenisey, İstinaf, 26.

99 Sivrihisarlı, 12-13.

100 Yenisey, İstinaf, 28.

rihli ikinci ve 1874 tarihli üçüncü projede de istinaf bulunmamaktaydı. Bu projeler imparatorluk meclisinde görüşülerek asliye mahkemeleri kararlarına karşı istinaf kabul edildi. 1877 projesinde de istinaf bulunmamaktaydı. Uzun müzâkerelerin neticesinde eyâlet mahkemeleri kararlarına karşı istinafa imkân verilmiştir. 1879 yılında kabul edilen ceza usul kanunu ve mahkemelerin kuruluş kanununa göre hafif suçlarda *schöffengericht*, önemli suçlarda *strafkammer*, ağır suçlarda ise *schwurgericht* muhakeme yapmakta, istinaf sadece *schöffengericht* kararlarına karşı kabul edilmiş, *strafkammer* de istinaf mercii olarak görevlendirilmiştir. 1924 yılında eyâlet mahkemelerinde geniş şekilde istinaf kabul edilmiş, 1932 ve 1953 yıllarındaki düzenlemelerle istinaf edilemeyen kararların sayısı bir hayli sınırlanmıştır¹⁰¹.

3. İngiltere

İngiltere'de hukuk ve özellikle adliye örgütü Kıt'a Avrupa'sından bir nebze olsun etkilenmemiş, gelişmesini yavaş ve geleneksel bir tarzda sürdürmüştür¹⁰². Tarih boyunca kanun yollarının, bilhassa istinaf müessesesinin gelişmesi de son derece yavaş olmuştur. Çünkü ülkedeki mahkemelerin büyük çoğunluğu, Ortaçağdan sonra ise tamamı zaten kral mahkemesi olup, merkezileştirilmişti. Bu yönden İngiltere ile Osmanlı Devleti arasında büyük benzerlik vardır¹⁰³.

İlk zamanlarda sözgelişi sanık muhakeme edilip beraat etmiş olsa bile, mağdurun bir yakını bununla düello ederdi. Bu usul sonraları fiilen uygulanmasa bile ancak 1819 yılında kaldırılmıştır¹⁰⁴. Anglosakson krallığı devrinde *Witenagemot* denen yüksek meclis, eyâlet (*shire*) mahkemelerinin kararlarına karşı bir istinaf mercii pozisyonundaydı. XI. yüzyılın ikinci yarısındaki Norman istilâsından sonra ve Norman kralları zamanında İngiltere'ye feodalite girmiştir. Bu devirde Kral Divanı yanısıra *Magnum Concilium* denen şûrâ, yüksek mahke-

¹⁰¹ Yenisey, İstinaf, 29-33.

¹⁰² Gözübüyük, 437; Seignobos, 186.

¹⁰³ Martin Shapiro: "Islam and Appeal", California Law Review, Volume 68, 1980, page 351.

¹⁰⁴ Morgan, 132.

me hüviyetini taşımakta ve eyâletlerdeki krallık hâkimlerinin kararlarına karşı bir kontrol görevi yapmaktaydı¹⁰⁵.

Feodalite zayıfladıkça krallık mahkemeleri güçlenmiş, feodal mahkeme kararlarıyla tatmin olmayanlara krallık mahkemelerine müracaat imkânı getirilmiştir (Fransa'da olduğu gibi). Krallık mahkemesinin kararında bir hata olduğu iddia edilirse ikinci bir jüri kurularak dâvâyı bir de bunlar inceliyordu. Bu jüri aksine karar verirse ilk jüri üyeleri ağır cezalar görüyordu . Bu usul de ancak 1825 yılında kaldırılmıştır¹⁰⁶. XIV. yüzyılın ikinci yarısında teşkil edilen *Court of Exchequer Chamber*, 1830 yılında *Common Law*'ın uygulandığı mahkemelerin kararlarına karşı müracaat edilebilecek bir kanun yolu mahkemesi durumuna geldi, öte yandan Kral Divanı (*King's Bench*) bu yetkiden mahrum bırakıldı¹⁰⁷.

1873 tarihli Mahkemeler Teşkilat Kanunu (*The Judicial Act*) çıkarılmaya kadar İngiltere'de ilk derece mahkemelerinin üzerinde on iki ayrı yüksek mahkeme grubu yer almaktaydı. Bunlar, Chancery Yüksek Mahkemesi (*The High Court of Chancery*), Quenn's Bench Mahkemesi, Westminster Özel Hukuk Dâvâları Mahkemesi (*Court of Common Pleas at Westminster*), Malî İşler Mahkemesi (*Court of Exchequer*), Yüksek Denizcilik Mahkemesi (*High Court of Admiralty*), Veraset Mahkemesi (*Court of Probate*), Boşanma ve Evlilik Dâvâları Mahkemesi (*Exchequer Court for Divorce and Matrimonial Causes*), Geçici Mahallî Mahkemeler (*Assize Courts*), Ortak Hukuk Temyiz Mahkemesi (*Exchequer Chamber*), Hakkaniyet Hukuku Temyiz Mahkemesi (*Lord Justices in Chancery*), Kraliyet Danışma Kurulu (*The Privy Council*) ve diğer temyiz taleplerine bakılan *Other Appellate Jurisdiction*. 1873 tarihli kanunla ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı gidilebilecek bir Temyiz Mahkemesi (*The Court of Appeal*) kurulmuş, bu mahkeme Quenn's Bench, Common Pleas Division, Exchequer Chamber, Assizes, Chancery Division olmak üzere altı daireye ayrılmıştı. 1881 yılında ise Quenn's Bench, Common Pleas Division ve Exchequer Chamber birleştirilerek *Quenn's Bench Division* adını almıştır. 1971 yılında çıkarılan Mahkemeler Kanunu ile Londra Yüksek Mahkemesi dört ayrı daireye ayrılmıştır¹⁰⁸.

105 Sadri Maksudi Arsal: "İngiliz Anme Hukukunun İnkişafı Safhaları", İÜHFİM, C:VI, S:1, 1940, s:8,14.

106 Morgan, 132.

107 Morgan, 133.

108 Namık Kemal Yalçınkaya, İngiliz Hukuku, Ank. 1981, 107-108.

Bugün İngiliz hukukunda mahkemeler ilk dereceli ve son dereceli mahkemeler olarak ikiye ayrılmakta; temyiz ve istinaf arasında müracaat edilecek merci dışında pek fark gözetilmemektedir. Bu görev prensip itibarıyla 1873-1875 tarihli Yüksek Mahkeme Kanunu ile Temyiz Mahkemesi'ne (*Court of Appeal*) verilmiştir. Bu mahkeme ceza ve hukuk dairelerine ayrılmaktadır¹⁰⁹. Ayrıca İngiltere'de mahkemeler arasında tam anlamıyla bir hiyerarşi söz konusudur. Üst mahkemeler, alt derecedeki mahkemeler üzerinde tam bir kontrol yetkisini hâiz olduğu gibi rütbece yüksek hâkimin yargı yetkisi daha geniştir¹¹⁰.

Ceza muhakemesinde, ülkenin hemen bütün yargı çevrelerine yaygınlaştırılmış Sulh Mahkemeleri (*Magistrates' Courts*) kararlarına karşı İngiltere'nin yaklaşık doksan şehir merkezinde bulunan Taç Mahkemeleri'ne (*Crown Courts*) âdi veya Londra Yüksek Mahkemesi'nin (*The High Court of Justice*) bir kısmı olan *Queen's Bench* dairesine hususî istinaf yoluyla müracaat edilebilir. Adî istinafın farkı, burada jüri bulunmamasıdır. *Queen's Bench* dairesinde hüküm tasdik edilebileceği gibi, gerekli görülürse değiştirilebilir veya bozulabilir, ancak yeniden muhakeme yapılmaz. Taç Mahkemesi kararlarına karşı istinaf hakkı tanınmışsa Yüksek Mahkeme'nin Ceza Bölümü'ne (*Court of Appeal Criminal Division*) müracaat edilebilir, tanınmamışsa ancak temyize gidilebilir¹¹¹. 1876 tarihli *Appellate Jurisdiction Act* ile Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) eskiden beri süregelen istinaf kanun yolu mercii sıfatının çerçevesi tesbit edilmiştir. İngiltere'de yargı fonksiyonunun tek ve değişmez başkanı sayılan Lord Chancellor başkanlığındaki Lordlar Kamarasının bu yetkisi kanunen sayılan haller çerçevesinde önüne getirilen dâvâ hükmünü bir kez daha incelemek üzere ait olduğu mahkemeye göndermekle sınırlandırılmıştır. Öyle ki Lordlar Kamarası üçyelerinden istinaf lordları olarak anılan dokuzu, ülkenin yüksek rütbeli ve saygın hukukçularından tayin edilir. İskoçya ile ilgili dâvâlarda aralarında İskoç asıllı veya İskoçya mümessili bir veya iki üye de hazır bulunur. Bunlar, Lordlar Kamarası'na itiraz yoluyla başvurulduğunda bu işe mahsus ayrı bir salonda ve cübbe giymeksizin bu dâvâyı inceleyerek gerekirse tekrar görülmek üzere hükmü veren mahkemeye iade eder. Bu iade kararı aslında tavsiye kararı niteliğinde olmakla beraber hükmü veren mahkemeler genellikle buna aykırı davranmamaktadır¹¹². Daha çok temyizi hatırlatan bu uygulama Osmanlı Divan-ı Hüümâ-

¹⁰⁹ Yalçınkaya, 241-243.

¹¹⁰ Yalçınkaya, 138.

¹¹¹ Yalçınkaya, 245-247.

¹¹² Yalçınkaya, 97.

yun`undaki kanun yolu usulüyle büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. İngiltere`de ayrıca Kraliyet Danışma Kurulu Adalet Komisyonu (*Judicial Committee of The Privy Council*), ülkenin deniz aşırı toprakları ve dominyonları ile Chanell ve Man adalarındaki ceza mahkemelerinden, ayrıca Kilise Mahkemeleri`nden verilen hükümlerin nihai temyiz merciidir. Ancak Lordlar Kamarası`nda olduğu gibi buradan verilen kararlar da tavsiye kararı niteliğindedir¹¹³.

Hukuk muhakemesinde ise, Londra Yüksek Mahkemesi asli işi ceza muhakemesi olup sınırlı durumlarda hukuk dâvâlarında bakan Sulh Mahkemeleri ile yalnızca hukuk dâvâlarına bakmak üzere dört yüz civarında yargı çevresinde kurulmuş bulunan Bölge Mahkemesi (*County Courts*) kararlarına karşı kanunda yazılı hallerde gidilebilecek istinaf merciidir. Gerek Londra Yüksek Mahkemesi ve gerekse Bölge Mahkemeleri'nin kararları Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümü'nde temyiz edilebilir. Bazı ender hallerde Londra Yüksek Mahkemesi kararlarının Lordlar Kamarası'nda temyiz edilebilmesi imkânı getirilmiştir¹¹⁴. Sulh Mahkemeleri kararları da kanunda tesbit olunmuş durumlarda Yüksek Mahkeme'de ve son olarak da Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarası'da kontrol edilir¹¹⁵.

İKİNCİ BÖLÜM

I. İSLÂM HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ KONTROL TARİHÇESİ

A. İlk Zamanlar

İslâm hukukunda kişiler arasındaki hukukî ihtilafları halletmek ve buna dair hükümleri yerine getirmek görevi devlet başkanına (halîfe, sultan, emîr vs) verilmiştir¹¹⁶. İslâmiyetin başlangıcında bizzat hâkimlik yaparak karar vermiş

113 Yalçınkaya, 98-99.

114 Yalçınkaya, 243-245.

115 Yalçınkaya, 102.

116 Nitekim Hz. Peygamber'in bir hadisiyle, yerine getirilmesi vâkilere verilen dört görevden biri de insanlar arasındaki ihtilaflarda hüküm vermek ve bu hükümleri icrâ etmektir. (Diğerleri cihad, yani millî savunma, cum'a namazını kıldırmak, yani ibadetlerin rahatça yerine getirilmesi ortamını hazırlamak ve fev', yani şer'î vergileri toplamaktır.) Vâli

olan Hz. Peygamber, adli işlerin çoğalmasıyla bu yetkisini başkalarına devretmiştir. Hz. Ebû Bekr, Ömer, Osman, Ali, Abdurrahman bin Avf, Abdullah bin Mes'ud, Mu'az bin Cebel, Huzeyfe bin Yemân, Ukbe bin Âmir, Amr bin Âs, Zeyd bin Sâbit, Ebu'd-Derdâ, Ebû Müse'l-Eş'arî, Selmân-ı Fârisî, Ammar bin Yâser ve Ubeyy bin Ka'b gibi Eshâb'ın ileri gelen hukukçuları, Hz. Peygamber zamanında fetva ve hüküm vermeye de ehil idiler. Hz. Peygamber'in huzurunda ise Hz. Ebû Bekr'den başkası fetva ve hüküm vermezdi. Hz. Peygamber bunların hükümlerini reddetmezdi, çünkü bunların hepsi bizzat kendi öğrettiklerine dayanmaktaydı. Bununla beraber bunların hükümlerini gerektiğinde kontrol hakkını elinde tutardı¹¹⁷. Bazen bizzat verdiği hükümlere itirazları yine bizzat değerlendirecek yeniden muhakeme yaptığı kaynaklarda zikredilmektedir. Burada örneklerden anladığımıza göre yeni bir delil ortaya çıkması veya ilk delillerin muteber olmadığını anlaşılması hallerinde muhakemenin îadesi gibi bir durum söz konusu olmaktadır¹¹⁸. Öte yandan çoğu zaman başka hâkimlerin verdiği hükümler Hz. Peygamber'e getirilmiş, O da bunları inceleyerek neticede ya tasdik etmiş veya yeniden muhakeme yapmıştır¹¹⁹. Şu kadar ki icthad ile

sözü tek başına kullanılınca sultan veya onun vekili anlaşılır. Yakub bin Seyyid Ali: *Me'lâihü'l-Cinân Şerhu Şir'ati'l-İslâm*, İst. 1288, 492, 521; İbnü'l-Hümâm, IV/129; *Tarablusi*, II. Bu hadis, az-çok farklı ibarelerle İbni Ebî Şeybe'nin *Musamef*inde geçmektedir. Ebû Muhammed Cemâlüddin Abdullah bin Yûsuf ez-Zeyla'i: *Nasbu'r-Raye fi Tahrici Ehâdisi'l-Hidâye*, 2 b, *Mektebetü'l-İslâmiyye* 1393/1973, III/326.

117 M. Abdülkâyy Kettâni: *et-Terâtibü's-Siyasiyye*, Trc: Ahmed Özel, İst. 1991, I/138-139, II/16-21, 26; Fahreddin Atar: *İslâm Adliye Teşkilatı*, 3 b, Ank. 1991, 154.

118 Medine'de Tu'me adında bir kimse, komşusu Katâde'nin zırhını çalmış ve bir yahudiye emanet bırakmıştı. Hz. Zırlı daha önce bir un torbasının içinde olduğu için çalınırken etrafa un saçılmıştı. Katâde Tu'me'yi itham etti, Tu'me ise inkâr ve hatta konudan bilgisi olmadığına dair yemin etti. Zırhın sahibi, zırhın bulunduğu yerden itibaren etrafa yayılan un döküntülerini takip ederek zırhın emanet bırakıldığı yahudinin evine kadar geldi, yahudi herşeyi anlattı. Tu'me'nin yakınları bunun üzerine suçu yahudiye attular. Hz. Peygamber huzurunda görülen dâvâda yahudi aleyhine şahidlik ettiler ve böylece yahudi mahkûm oldu. Sonradan Nisâ Süfresi'nin 105. ve devamındaki âyetlerinin inmesi üzerine şahidlerin yalancılığı anlayan Hz. Peygamber, yeniden muhakeme yapmış, bu kez sâmk beraat ederken, gerçek hırsız mahkûm olmuştur. Şeyhzâde Muhammed bin Muslihüddin Mustafa Kocevi Muhÿüddin el-Hanefî: *Hâşiyeti Şeyhzâde alâ Tefsiri'l-Kadı Beydâvi*, İst. 1306, II/166.

119 Hâkimlikle görevlendirilen Amr bin Âs, iki kişinin dâvasını çözmüş, mahkûm olan taraf Hz. Peygamber'e gelerek itirazda bulunmuş, Hz. Peygamber de hâkimin icthadına göre hükmettiği gerekçesiyle kararı bozmaya yanaşmamıştır. Hâfiz Nureddin Ali bin Ebû Bekr el-Heysemî: *Mecma'ul-Zevâid ve Menba'ul-Fevâid*, 2 b, Beyrut 1967, IV/807. Şemsülcimme Ebû Bekr Muhammed bin Ahmed es-Serahsî: *Kitâbü'l-Mebâüt*, C:XVI, Kâhire 1324, s:76. Diğer taraftan Yemen'e hâkim olarak gönderilen Ali bin Ebû Tâlib,

ictihadın bozulmaması, kökü ta Hz. Peygamber devrine kadar uzanan bir prensiptir. İctihad ile ictihad bozulmaz ama hukuka aykırı bir ictihad da korunamaz. Bu sebeple devlet başkanları gerekirse çözülmüş bir dâvâya tekrar bakmayı ve varsa hukuka aykırılığın ortadan kaldırılarak yeni bir hüküm tesis etmeyi Hz. Peygamber'in uygulaması ışığında meşru görmüştür.

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, Hz. Peygamber bazen ictihadda bulunarak karar verirdi. Bu ictihadları vahyin kontrolünde olduğu için yanılması söz konusu olmazdı. Öte yandan peygamberlerin verdikleri fetva, emir ve kararların hepsi hüküm niteliğindedir. Hz. Peygamberin kimi zaman verdiği hükümlerden başka bir hükme rücu ettiği olmuştur¹²⁰.

Hülefâ-yı Râşidîn, yani Dört Halife devrinde de buna benzer şekilde hareket edilmiştir. Billhasa Halife Hz. Ömer zamanında hâkimlerin hükümlerinin kontrolü hususunda enteresan uygulamalar olmuştur¹²¹. Halife Hz. Ömer her hac mevsiminde Mekke'de bir divan kurarak, ülkenin çeşitli yerlerindeki hâ-

bir taksirli adam öldürme dâvâsını neticelendirmiş, taraflar dâvâyı Peygamber'e götürmüşler, O da hükmü doğru bularak tasdik etmiştir. (Bu hadise *ziybe meselesi* olarak bilinir.) Muhammed bin Halef bin Hayyan el-Vekî: *Ahbârü'l-Kudât*, Beyrut t.y., 1/96.

¹²⁰ Abdülcelil İsa: *Peygamberimizin İctihatları*, Trc: M. Hilmi Merttürkmen/Abdülvehhab Öztürk, Ank. 1976, 154-155. Hz. Peygamber, Bedir harbinden sonra, henüz Müslüman olmayan zenci Ebu'l-Âs bin Rebi' tarafından Medine'ye gönderilen kızı Zeyneb'i şehrin çıkışında sopayla vurarak devesinden düşüren ve böylece çocuğunu kaybetmesine ve arkasından da hastalanarak vefatına sebep olan Mekkelî müşriklerden Hubar bin Esved ile Nâfi' bin Abdikays'ın Mekke'nin fethinden sonra yakalanması durumunda yakılarak cezalandırılmasına hükmetmiş, bir müddet sonra da ateş ile azâbın ancak Allah'a mahsus olduğunu düşünerek bu hükmünden vazgeçmiştir. Buhârî, Cihâd 107, 149; Dârimi: *Siyer*: 24 (2464). Bu hadisede, ictihadla verilen hükümlerden rücu'un, vazgeçmenin cevazına işaret vardır. İbni Hacer Askalânî: *Fethü'l-Bârî*, 2.b, Beyrut 1402, VI/113. Yine İbni Muğire'den dul kalıp Üsâme bin Zeyd ile evlenmek isteyen Fâtma binti Kays hakkında Hz. Peygamber bunun Ümmü Şerik'in evinde iddet beklemesine hükmetmişti. Daha sonra Ümmü Şerik'in çok gelen-gideni olduğunu göz önüne alarak hükmünü bu kadının amcazadesi Abdullah İbni Ümmi Mektûm'un evinde iddet beklemesi yönünde değiştirmiştir. Müslim, *Fiten* 119.

¹²¹ Yabancı bir kadınla aynı örtü (yorgan) altında yakalanan bir adama Kûfe kadısı Abdullah bin Mes'ud hadd suçu oluşmadığı için ta'zir olarak kırk değnek vurulmasına hükmetmiş; bu adamın yakınları Abdullah bin Mes'ud'un Kureyşli birini rezil ettiğini öne sürerek söz konusu hükmü Halife Hz. Ömer nezdinde temyiz etmişlerdi. Halife hadiseyi inceleyerek talebi reddetmiş, üstelik İbni Mes'ud'a "Bu hükmü sen mi verdin?" diye sorup müsbet cevap aldığı anda "Ne güzel hüküm!" diye hoşnudluğunu bildirince sanığın yakınları "Biz İbni Mes'ud'a karşı O'ndan yardım istemeye geldik; O kalkmış İbni Mes'ud'a soruyor" diye serzenişte bulunmuşlardı. Vekî', II/188.

kimlerin kararlarını burada incelemiştir¹²². Yine Halife Hz. Ömer, hâkimlerin verdikleri ölüm cezalarının kendi tasdiki olmaksızın yerine getirilmesini yasaklamıştır¹²³. Halife Hz. Osman da selefının yolunu takip etmiştir¹²⁴. Bu devirde mahkeme kararlarının kontrolü bakımından önem taşıyan bir vesika vardır ki bu, Halife Hz. Ömer'in, Kûfe vâli ve kadısı Ebû Mûse'l-Eş'arî'ye gönderdiği bir mektup/ta'limattır¹²⁵. Bu mektupta bir dâvânın sonuçlandırılmasından sonra bu hükmün hatalı olduğu anlaşılırsa ve doğru bir hal tarzı bulunursa hükmü verenî doğruya dönmekten hiç bir şeyin alıkoymaması gerektiği, çünkü doğruya dönmenin hatada ısrar etmekten elbette daha iyi olduğu bildirilmektedir¹²⁶. Bazı modern müellifler, bu ifadeyi günümüz hukukundaki karar tashihi müessesesinin de temeli olarak görmüşlerdir¹²⁷. Her ne kadar genel de olsa bu ifadeden şer'î hukukta hatalı mahkeme hükümlerinin her zaman düzeltilmesi imkânının bulunduğu neticesi çıkmaktadır¹²⁸. Hz. Ömer, yine Basra vâlisi Ebû Mûse'l-Eş'arî'ye yazdığı bir mektupla, hakkında bazı şikâyetler işittiği Basra kadısı Ebû

122 Kettâni, II/26; Muhammad Hamidullah: "Administration of Justice in Early Islam", Islamic Culture. Vol: XI, No:2; April 1937, 167; Ahmed Said el-Mu'minî: Kadâtü'l Mezâlim. Amman 1411/1991, 69.

123 Tarablusi, 11.

124 Atar, 155; Mu'minî, 70.

125 Ali bin Ömer ed-Dârekutnî: Süneni Dârekutnî, Kâhîre 1386/1966, IV/206-207; Serahsî, XVI/60-62; Kâsânî, VII/9. Vesikamın Türkçesi için bkz. İbni Haldun: Mukaddime, Trc: Zakir Kadiri Ugan, İst. 1989, I/561-563; İsmail Semî: Usul-i Muhakemenin Tarihçesi, İst. 1324, 23-28; Osman Nuri: Mecelle-i Umur-ı Belediye, İst.1337, I/258-260; Ali Himmî Berkî: İslâmî Kazâ, Ank. 1962, 24-25; Bilge, Karar Düzeltilme, 207-209; Muhammed Hamidullah: "Halife Hz. Ömer Devrinde Adli Teşkilat", Trc: Fahrettin Atar, İlim ve Sanat, Ocak- Şubat 1989, S:23, s: 47. Tâbî'inden olan Şüreyh, Hz. Ömer tarafından Kûfe'ye kadı tayin edilmiş, altmış yıl bu görevde kalmış, arada bir sene kadar da Basra'da kadılık yapmıştı.

126 Bu maddenin açıklanması ve kanun yollarına delâleti için bkz. Serahsî, XVI/62; Kâsânî, VII/9; Abdullah bin Ahmed İbni Kudâme el-Makdisî: el-Muğnî alâ Muhtasar-ı İhrakî, Beyrut Âlemü'l-Kütüb, IX/56; Şemsüddin Ebû Abdullah Muhammed bin Ebû Bekr İbni Kayyım el-Cevziyye: İ'lâmü'l-Muvakkî'in, Kâhîre 1388/1978, I/110.

127 Bilge, Karar Düzeltilme, 65; Kamali, 53..

128 Hâşim Cemil Abdullah: "İslâm Hukukunda Yargı Kararlarının Temyizi", Trc: H. Yunus Apaydın, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y:1990, S:3, s:394-395; S:4, s:391.

Meryem İyas bin Subeyh el-Hanefî'nin hükümlerini kontrol etmek hususunda kendisini görevlendirmiş. Ebû Mûsâ bu kararları inceleyerek hukuka aykırı bir husus bulunmadığını Halife'ye bildirmiştir¹²⁹.

Halife Hz. Ali ise bir hâkimin hükmünde yanılması ve bu hatanın ortaya çıkması durumunda verdiği hükmün bozulacağını bildirmiştir¹³⁰. Yine bu devirde Şam'da hâkimlik yapmak üzere görevlendirilen Eshâb'dan Ebu'd-Derdâ'nın, dâvâlarına bakıp hükme bağladığı kimseler yanından ayrılırken arkalarından "*Geri dönün, dâvânızı bana bir daha anlatın!*" dediği rivayet edilir. Adaletli davranma hususundaki hassasiyeti sebebiyle söylediği anlaşılan bu sözü, bir dâvâya tekrar bakmak caiz olmasaydı söylemezdi¹³¹. Diğer taraftan Hz. Ömer'in verdiği hükümler halife olduktan sonra Hz. Ali'nin; Hz. Ali'nin verdiği hükümler de halifelige geçtikten sonra Hz. Mu'aviye'nin önüne götürüldüğünde, tıpkı Hz. Peygamber devrinde olduğu gibi, hükümlerin geçerli bir sebep olmaksızın bozulamayacağı gerekçesiyle geri çevrilmiştir¹³². Hz. Osman da daha önce Hz. Ömer'in bakıp sonuçlandırdığı bir dâvâya bakmaktan kaçınmıştır. İbnü'r-Rüşd bu olayı zikrettikten sonra devlet başkanının kendinden önceki âdil devlet başkanlarından birinin hüküm verdiği bir dâvâya yeniden bakamayacağını bildiriyor¹³³. Bu da kesin hüküm (*kaziyye-i muhkeme*) kavramının ilk zamanlardan

129 Vekî', I/270.

130 Hâşim, 3/395. Nitekim bir miras dâvâsında Kadı Şüreyh'in verdiği hüküm önüne getirilen (ref' edilen) Halife Hz. Ali, bir âyete aykırı olduğu ichtidatına vararak bu hükmü bozmuştur. Şüreyh, geride aynı zamanda amcazadeleri olan kocası ve anne bir erkek kardeşini bırakarak vefât eden bir kadının mirasının yarısını kocasına ve diğer yarısını da anne bir erkek kardeşine hükmetmiş, buna delil olarak da "Neseb yoluyla akrabalar birbirine mirasçı olmaya daha lâyıktır" mealindeki âyeti (Enfal: 75) göstermişti. Hz. Ali ise bu âyetin o şekilde anlaşılamayacağı, aksi takdirde adaletsizlik doğacağı gerekçesiyle bu hükmü bozmuş, mirasın yarısını kocaya, altıda birini anne bir erkek kardeşe hükmederek geri kalanını da aralarında paylaşmıştı. Nitekim eshab-ı feraiz olarak koca 1/2 ve anne bir erkek kardeş 1/6 hisse sahibidir, kalan ise asabeye dağıtılır ki kadının asabesi aynı zamanda amcazadeleri olan kocası ve anne bir erkek kardeşidir. Vekî', II/196.

131 Ebû Abdullah Muhammed bin Abdülbâkî bin Yusuf ez-Zerkânî: Şerhu Muvatta'l-İmamî Mâlik, Kâhire 1382/1962, IV/489.

132 Beyhakî: Adâbi'l-Kadı 25.

133 Bu dâvâ Hz. Ali ile Hz. Talha'nın ortaklaşa sahip buldukları bir arâzimin ortasındaki sulama seddinin kaldırılmasına dairdi. Hz. Ali kalmasını, Talha ise kaldırılmasını istiyordu. Halife Hz. Osman keşif sırasında bu dâvânın daha önce Hz. Ömer'in tarafından görülüp Talha lehinde hüküm çıktığını öğrenince çekildi. Talha da arâzideki

berri mevcut olduğunu göstermektedir. Bununla beraber hukuka aykırı verilmiş malikeme hükümlerinin incelenmesi ve gerekirse bozularak yeniden muhakeme yapılması imkânı da her zaman söz konusu olmuştur.

B. Mezâlim Usulü

Dört Halife gibi, bunları takip eden Emevî ve Abbasî halifeleri devrinde de hâkimlerin hükümlerinin denetimi söz konusudur. Artık bu devirde divan-ı mezâlim adında yeni bir kurum göze çarpmaktadır. Divan-ı mezâlim, hükümdarların adli yetkilerini bizzat kullandıkları fevkalâde bir adli merci mahiyetindedir. Ancak sadece kazâi değil, siyasî ve malî yetkileri de vardır. Daha ziyâde idarenin kazâi kontrolünü sağlamaya yönelik bir kurum olan divan-ı mezâlimin menşei Hz. Peygamber devrine dek uzanır¹³⁴. Dört halifenin de divan-ı mezâlim fonksiyonunu bizzat yerine getirdikleri bilinmektedir¹³⁵. Hz. Ali devrinde, düzenli olmamakla beraber zaman zaman divan-ı mezâlim teşkil edilmiştir. Öyle ki, halkın idareden şikâyetlerine bakmak için bir kurul oluşturan, bir başka deyişle mezâlim fonksiyonunu bir kurul marifetiyle yerine getiren ilk hükümdar Halife Hz. Ali'dir¹³⁶. Mezâlim dâvâlarına bakmak için ilk kez bir gün tayin e-

hissesini Hz. Ali'ye bağışladı. Kettâni, II/278-279 (el-Müdevvene, I/305 ve İbnü'r-Rüşd'ün el-Beyân ve't-Tahsil, IX/167-168'den naklen)

- 134 Ebu'l-Hasen Ali bin Muhammed bin Habib el-Basrî el-Bağdadî el-Mâverdi eş-Şâfiî: el-Ahkâmü's-Sultaniyye, Kâhire 1298, 73; Ebû Ya'lâ Muhammed bin Hüseyin el-Ferrâ el-Hambeli: el-Ahkâmü's-Sultaniyye, Kâhire 1386/1966, 74; Kettâni, II/26.
- 135 Faruk Nebhan: İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, Trc: Servet Armağan, İst. 1980, 595.
- 136 Corci Zeydan: Medeniyet-i İslâmiye Tarihi, Trc: Zeki Megamiz, İst. 1971, I/343; Nebhan, 595; Mu'mini, 71-72. Rivâyete göre, divan-ı mezâlimin bilinen ilk örneği İrândadır. İran hükümdarları muayyen günlerde halkı toplar ve şikâyetlerini dinlerlerdi. Yine bu günlerde dâvâli sıfatıyla *mohed-i mohedan* denilen başhâkim huzurunda beklerlerdi. Nizamülmülk: Siyasetnâme, Trc: M. Şerif Çavdaroğlu, İst. 1954, 54-55. Bu âdet Selçuklularda da vardı. Aydın Taneri: Türk Devlet Geleneği, 2.b, İst. 1993, 344. Divan-ı mezâlim'in hiç değilse şekli olarak İran'dan Arablara geçtiği iddia edilmektedir. W. Barthold/İ'vad Köprülü: İslâm Medeniyeti Tarihi, 2.b, Ank. 1963, 114 vd.; Mumcu, Divan-ı Hümayun, 12. Halbuki İran'ın fethinden çok evvel daha Hz. Peygamber zamanında, bir başka deyişle daha İran müesseselerinin İslâm hukukuna tesirinden söz edilemeyeceği devirde mezâlim tatbikatına rastlanması bu iddiayı zayıflatmaktadır. Kaldı ki bu, hemen her ülkede rastlanabilecek türden bir usuldür. Meselâ İmam-ı Çazâli, vaktiyle Çin hükümdarlarından birinin sağırlığı sebebiyle zulme uğrayan ve şikâyeti bulunan teb'asının feryadlarını duyamadığına üzüldüğünü, bunun üzerine bunların kırmızı elbiseler giymesini ilan ettiğini, böylece dışarı çıktığında onları rabağça tanıyıp, böylece şikâyetleriyle ilgilenebildiğini nakletmektedir. Hüccetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed el-Gazâli: Kimyâ-yı Saâdet, Trc: A. Faruk Meyan, İst. 1411/1990, 374-375.

den de Emevî halifesi Abdülmelik olmuştur¹³⁷. Bununla beraber Emevîler zamanında halifeler mezâlim prosedüründen geçmeksizin kendisine arz olunan mahkeme hükümlerini bizzat incelemiş ve gerektiğinde bozarak hükmü veren mahkemeye göndermişler; kimi zaman da meseleyi beldenin vâlisine havâle etmişlerdir¹³⁸. Abbasîler ve daha sonraki İslâm devletlerinde mahkeme kararları aleyhine doğrudan hükümdara itirazda bulunma imkânı devam etmişse de hükümdarın artık bu hükümleri bizzat incelediklerine rastlanmaz olmuş, bu işi genellikle bir hukukçular heyeti veya bir divan gerçekleştirmiştir.

Daha sonra Abbasî halifesi Harunü'r-Reşid zamanında, bütün kadınların üstünde, bunların tayini ve kontrolü ile ilgili olarak kadıyü'l-kudâtlik denilen makam oluşturulup bu makama devrin önde gelen hukukçusu ve İmam-ı A'zâm Ebû Hanife'nin öğrencilerinin en değerlisi sayılan İmam Ebû Yûsuf getirilmiş

137 Mâverdi, 74; Ferrâ, 75; Kettâni, II/28; Zeydan, I/343; Rifâi, 125; Mu'mini, 74-75; Celaleddin Devânî'den naklen Ahmed Cevdet Paşa: Tezâkir, II: Cavid Baysun, 2 b. Ank. 1986, IV/86.

138 Emevî ailesinden İlişam bin Abdülmelik'in halifelîği zamanında, Hz. Ali soyundan Fâtma binti Hasen, kardeşlerinin bilgisi olmaksızın, Medine'de Eyyüb bin Seleme el-Mahzumî ile evlenmiş, nikâhı da kadının oğlu Hasen bin Muaviye kıymıştı. Sonradan kadının kardeşlerinden Abdullah Medine vâlisi Hâlid bin Abdülmelik'e giderek nikâhı feshettirmek istedi, O da ikisini Medine kadısı Ubeydullah b. Safvan el-Cümahî'ye havâle etti. Eyyüb, halifenin dayısı olduğunu ihtar ederek kadını tehdide kalkışınca kadı O'nu vâliye gönderdi, O da Eyyüb'e yetmiş sopa attı; daha sonra da kadı nikâhı feshetti. Bunun üzerine Eyyüb oğlu İsmail'i halifeye göndererek yardımcı olmasını istedi. Halife, Eyyüb'ün kendisini tahkir ma'nâsına gelen tavrına çok hiddetlenmişti; "Eğer hatırı olmasaydı akrabahâgını nazara almayıp O'na vâlinin vurduğundan da çok sopa vururdum!" diyerek İsmail'in eline iki mektup verdi. Bunlardan birisi Eyyüb'e yazılmıştı ve ağır sitemleri hâviydi. İkinci mektup ise vâliye hitaben yazılmıştı ve Medine eşrafından on kişi huzurunda bu mektubun okunmasını ve bunları Fâtma'ya giderek eğer hâlâ Eyyüb'ü istiyorsa halifenin nikâha icazet verdiğini bildirmelerini, istemiyorsa aralarını ayırmalarını emrediyordu. Kendisine mektup okunan ve tercih yapması istenen Fâtma, "Bütün insanlar bir tarafa, Eyyüb bir tarafa!" diyerek nikâhın devamı yönünde tercihini kullanınca nikâh geçerli bir şekilde devam etmeye başladı. Dul bir kadın olan Fâtma kendisine denk (külv) bir kimseyle evlenmiş, kaldı ki nikâhında veli olarak oğlu da hazır bulunmuştu. Hz. Peygamber'in hanımlarından Ümmü Seleme ile evliliği aynen bu şekilde cereyan ettiği için kadının nikâhta oğlu veli kabul etmeyen ve kardeşlerin rızasını arayan hükmü sünnete muhalif görülmüştür. Veki', I/172-174.

ve böylece adli işler bir bakıma siyasi otoriteden ayrılmıştır¹³⁹. Öte yandan mezâlîm yargılaması âdi yargılamadan ayrılarak bağımsızlaşmıştır¹⁴⁰.

Abbasi halifesi Mehdi devrinden itibaren zaman zaman halife dışındaki görevlilere divan-ı mezâlîm başkanlığının devredildiği görülmektedir. Ayrıca divan-ı mezâlîme başkanlık ettiği zamanlarda bile halifenin yargılama işini divanda yer alan kadıya bıraktığı olmuştur. Yine bu devirde divan-ı mezâlîme yalnız bu işle görevli bir hâkim tayin edilmiştir¹⁴¹. Halifeler divan-ı mezâlîm başkanlığını giderek tamamen vezîrlere, sonra da kadıyü'l-kudâtlara bırakmışlardır¹⁴². Kadıyü'l-kudâtlık denen bu yüksek görev, hemen bütün müslüman devletlerde bazen başka isimlerle (Endülüs'te kadıyü'l-cema'a, Osmanlılarda kazas-ker gibi), fakat aynı fonksiyonu yerine getirmek üzere yer almıştır¹⁴³. Kimi zaman taşralarda vâililer veya kadılar de mezâlîm muhakemesi yapmak üzere hükümdar tarafından yetkilendirilmişlerdir¹⁴⁴.

Hükümdarın kendisine yargı yetkisini devretmesi üzerine kadıyü'l-kudât da bunu kadılar tayin ederek kullanırdı ki bu, adı geçen görevin idari yönüdür ve bu yönden günümüzdeki adalet bakanına benzerdi¹⁴⁵. Kadıyü'l-kudâtlığın yargı ile doğrudan bağlantılı olan yönü ise gerek kadıların en üst âmiri, gerekse divan-ı mezâlîm başkanı bulunmak hasebiyle kadıların hükümlerini kontrol eden bir kanun yolu mercii olmasıdır. Bu yönüyle de günümüzdeki temyiz mahkemesi başkanına benzetilir¹⁴⁶.

¹³⁹ Berki, İslâm'da Kazâ, 64; Rifâi, 48, 64; Kamali, 55.

¹⁴⁰ Mu'mini, 84, 89.

¹⁴¹ Mu'mini, 85-87.

¹⁴² Zeydan, I/345; Halil Cın/ Ahmed Akgündüz: Türk Hukuk Tarihi, 3.b, İst. 1995, I/264 Rifâi, 149.

¹⁴³ Berki, İslâm'da Kazâ, 63.

¹⁴⁴ Rifâi, 145; Mu'mini, 173-174; Vecdi Akyüz: İslâm Hukukunda Yüksek Yargı Denetimi Divan-ı Mezâlîm, İst. 1995, 84, 87.

¹⁴⁵ Rifâi, 64.

¹⁴⁶ Atar, 109, 117. Kadıyü'l-kudâtlığın bir temyiz mahkemesi mevkiinde olduğunu açıklıkla söyleyemeyeceği görüşünü taşıyanlar da vardır. Ghulam Murtaza Azad Judicial System of İslâm, İslâmabad 1987, 99. Şu kadar ki, bir hukuk sistemine ni müesseseleri başka bir hukuk sisteminin terminolojisiyle değerlendirmek her zaman

Dört Halife devrinden sonra kurumlaşan divan-ı mezâlim, sadece idarî dâvâlara bakmamıştır. Pekçok hukuk dâvâsı da ilk ve daha çok son derecede burada görülmüştür¹⁴⁷. Hâkimler de devlet memuru sayıldığından, bunların yanlış karar vermeleri durumunda halk diğer memurlarda olduğu gibi divan-ı mezâlime şikâyetinde bulunmuştur. Zaten İslâm hukuk pratiğinde hâkimden şikâyet ile mahkeme hükümlerinin kontrolü arasında bir fark gözetilmemiş ve bunlar ortak merci ve usullere tâbi olmuştur, hatta hükmün kontrolündense hâkimin kontrolünün tercih edildiği anlaşılmaktadır. Bunun bir sebebi de İslâm hukukunda bugünkü tarzıyla istinafa yer verilmemesi, buna karşılık hukuka aykırı hükümlerin ya baştan itibaren bâtil sayılması veya itiraz üzerine iptal edilmesidir, hal böyle olunca hükme itiraz bu hükmü veren hâkimden şikâyet mahiyetine girmektedir. Halbuki teorik olarak hükme itiraz ile hâkimden şikâyet farklı mütâlaa edilmiştir, nitekim hükme itirazı olan bunu bir başka hâkime götürebilir, hâkimden şikâyet ise divan-ı mezâlime yapılırdı. Divan-ı mezâlimin kurumlaşmasını, giderek hükme itiraz yerine hâkimden şikâyetin tercihinde önemli bir etken olduğu anlaşılmaktadır. Hukuka aykırı hükümler zaten baştan itibaren geçersiz olduğuna göre tarafların yapacağı bu hükmü veren hâkimi şikâyet etmek ve böylece verdiği hukuka aykırı hükmün yerine getirilmesini engellemektir.

Divan-ı mezâlimi bir istinaf mahkemesi niteliğinde görenler vardır¹⁴⁸, kimilerine göre ise temyiz mahkemesine benzer¹⁴⁹. Oysa daha sonra açıklanacağı üzere, İslâm hukukunda temyiz ve istinaf uygulamasının günümüzdekinden farklı oluşu, bu konuda kesin bir kanaate varmayı engellemektedir. Buna karşılık, bizâtili hükmün değil hâkimin kontrol edildiğini ileri sürerek divan-ı mezâlimin temyiz ve istinaf kurumlarına bir örnek oluşturmayacağı kanaati de

mümkün olamamaktadır. Kadiyül-kudât, kadıların verdikleri hükümleri kontrol ettiği için temyiz mahkemesi başkanı gibi kabul edilmiştir. Sistem farklılığı sebebiyle, tamamen aynı fonksiyonu icra etmesi zaten mümkün olmadığı gibi, iki makamın birbirine denk gelmesi de gerekmemektedir. Kadiyül-kudâtın, hemen hemen günümüzdeki temyiz mahkemesinin işini gördüğü, hatta adliye başkanı ve idarî ve askerî mahkeme başkanlarının konumunda olduğu genellikle kabul edilen bir husustur.

147 Divan-ı mezâlim'e ilk derece mahkemesi sıfatıyla bir dâvâ götürüldüğünde hemen divanda yer alan kadiya havâle olunmaktaydı. Daha çok gasp ve vakıf ihtilafları divan-ı mezâlim önünde birinci derecede görülüp neticelendirilmiştir. Rifâi, 158-162; Akyüz, 127 vd.

148 Zeydan, I/342; Kamali, 62.

149 Joseph Schacht: An Introduction to İslâmic Law, Oxford 1966, 189; Osman Kesioğlu: Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, 3.b, Ank. 1981, 273.

vardır¹⁵⁰. Bu görüş oldukça açıklayıcıdır, ancak divan-ı mezâlimin öyle veya böyle bir mahkeme olduğu, nitekim sadece hâkimin kontrol edilmediği, dâvâya da bakılıp sonuçlandırıldığı unutulmamalıdır. Bazıları uzlaştırıcı bir düşünceyle İslâm hukukunda hâkimler arasında hiyerarşi olmadığı için kanun yollarının, özellikle istinafin bulunmadığını, bu sebeple hükümden memnun olmayan tarafların dâima divan-ı mezâlimin aracılığına müracaat edebildiklerini bildirmektedir¹⁵¹. Bu doğrudur, gerçekten bugünkü anlamıyla istinafa İslâm hukukunda rastlanmamaktadır, ancak divan-ı mezâlim buna gerek görebilir, bu takdirde hüküm hukuka açıkça aykırı olmadıkça yeniden muhakeme yapılamaz, çünkü ictehad ile ictehad bozulmaz, bunu başka bir hâkim de, hükümdar da bozamaz. Divan-ı mezâlimi daha çok önemli ceza dâvâlarına bakan laik bir mahkeme şeklinde değerlendiren bazı yazarlar, belirli bir devirden sonra ceza dâvâlarına bakma hakkının kadılardan alınarak divan-ı mezâlime verildiğini iddia etmektedir¹⁵². Ne var ki, divan-ı mezâlimin fevkalâde zaman ve şartlarda toplanması, ayrıca kadıların, divanın bir mensubu olarak yer alması, bu fikrin şüpheyle karşılanmasına sebep olmaktadır. Bununla beraber başka bazı yazarlar, kadı'nın divana katılmasının, bu divanın şer'î mahkeme sayılması neticesini doğurmayacağını bildirmektedir¹⁵³. Halbuki ceza dâvâlarının olağan ve daimî mahkemeler dışında bir mercide görülmesini gerektirecek özellikleri olduğu da söylenemez. Çünkü kadılar dinî mahiyette bir hukuku uygulayan görevliler olmakla beraber hem şer'î, hem de örfî hukuka ilişkin dâvâlara bakmaya yetkiliydi, hatta kadıların mezâlim muhakemesi yaptığını gösteren örneklere de rastlanmaktadır¹⁵⁴. Enteresandır ki Tanzimat'tan sonra Ahmed Cevdet Paşa, şer'î mahkemelerin yanında önemli ceza ve bir kısım hukuk dâvâlarını görecek nizamiye mahkemelerinin kurulmasının meşruluğunu onbeşinci asırda Şiraz'da yaşamış Şâfi'î hukukçularının büyüklerinden Celâleddin Devânî'den özet olarak tercüme ettiği *Divan-ı Def'i Mezâlim* adlı esere dayandırmaktadır. Şu kadar ki, divan-ı mezâlim,

¹⁵⁰ Mustafa Şentop: Şer'iyye Mahkemelerinde Temyiz ve İstinaf, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İst. 1995, 23.

¹⁵¹ Coulson, N. J.: A History of Islâmic Law, Edinburgh 1978, 163.

¹⁵² Uriel Heyd: "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat", Trc: Selahaddin Eroğlu, AÜİFD, C.XXVI, 1983, s: 633.

¹⁵³ H. A. R. Gibb & Harold Bowen: Islâmic Society and the West, Volume I, Part II, Oxford 1969, 129, 7. dipnot.

¹⁵⁴ Shapiro, Appeal, 366; Shapiro, Courts, A Comparative and Political Analysis, University of Chicago Press, 1986, 207.

pekçok yönden diğer mahkemelerden farklıydı, onlardan daha güçlü ve geniş yetkileri bulunmaktaydı¹⁵⁵. Gerçekten de divan-ı mezâlim bir kanun yolu mahkemesinden çok idare mahkemesi görüntüsü vermektedir¹⁵⁶, halkın birer devlet memuru olan hâkimlerden şikâyetlerini de bu çerçevede incelemekte, neticede verdiği karar da hâkimin hükmüne etki etmektedir. Sonuç itibarıyla denilebilir ki, divan-ı mezâlim kendine has bir müesseseydi; öncelikle hukuka aykırı karar veren memurların ve dolayısıyla hâkimlerin hatta devlet başkanının denetlenip yargılandığı bir idare mahkemesi görünümündeydi; temyiz mahkemesi fonksiyonu da bunun hemen arkasından ve buna bağlı olarak gelmekteydi.

Bundan sonra hemen bütün müslüman devletlerde divan-ı mezâlim âdeti sürmüştür. Öyle ki kamu hukukuna ilişkin genel eserlerde üzerlerinde önemle durulduğu gibi, hükümdarlara nasihatler ihtiva eden siyasetnâmelerde de divan-ı mezâlimin devletin vazgeçilmez unsuru olduğu ve adaletin ancak bu yolla sağlanabileceği anlatılmıştır¹⁵⁷.

Endülüs'te *sahibü'r-redd* denilen ve doğrudan saraya bağlı bulunan mercî, kadıların kararlarına yapılan itirazları inceleyip sonuçlandırır¹⁵⁸. Burada daha çok dâvâcinin haklı olduğu intiba'ı uyandıran, ancak kadı önünde şer'î delillerle isbatlanamadığı için reddedilen dâvâlara bakıldığı ifade edilmiştir¹⁵⁹. Mısır'da Tolunoğulları ve Fâtımîler, divan-ı mezâlim kurmuş; bunun başında da daha çok vezîrlere bulunmuştur¹⁶⁰. Yine Mısır'da hüküm süren İhşidilerde, kadıların kararlarını âdil bulmayanlar, hükümdarın başında bulunduğu divan-ı mezâlimde dâvâlarının görülmesini isteyebilirlerdi¹⁶¹. Karahanlılarda da çok mü-

155 Mâverdi, 76-80; Ferrâ, 79; Ömer Nasuhi Bilmen: Hukuk-ı İslâmiye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kâmusu, İst. 1985, III/328-329; Nebhan, 601-603; Akyüz, 183 vd. Divan-ı mezâlimdeki muhakeme usulleri için bkz. Mâverdi, 80 vd; Ferrâ, 80 vd; Nebhan, 603 vd; Mu'minî, 199 vd; Akyüz, 149 vd.

156 Rifâi, 11.

157 Nizamülmülk, 54 vd.; Ebû Necîb Sühreverdî: Nehtî's-Sülûk (Yönetenlerin Yönetimi), Trc: Nahîfî Mehmed Efendi, ty, yy, 171 vd.

158 Akyüz, 134.

159 Shapiro, Appeal, 367-368; Shapiro, Courts, 208.

160 Zeydan, I/345; Rifâi, 130-131, 135; Mu'minî, 86; Emin Hacı: "Fatımî Mısır'ında Adalet Kurumları", İslâm Hukuku, Edt: Aziz el-Azme, Trc: Fethî Gedikli, İst. 1992, 259-261.

161 Mu'minî, 86; Rifâi, 135; Doğuştan Günümüze İslâm Tarihi, Edt: H.Dursun Yıldız, İst. 1992, VI/217.

tekâmîl olmamakla beraber mezâlim usulüne rastlanırdı, burada belirli bir günde hükümdar halkın şikâyetlerini dinler ve hallederdi. Sonraları çoğunlukla büyük bir kadıya bu görev verilmiştir¹⁶². Gaznelilerde de kadıyü'l-kudât bulunur, divan-ı mezâlîme ise bizzat hükümdar katılırdı¹⁶³. Atabeylerde, ilk zamanlarda Şam hükümdarı Nureddin Zengî, *Dâriü'l-Adl* (Adalet Evi) adında bir saray yaptırmış, burada belirli günlerde bir heyet toplayarak halkın hâkimlerden şikâyetlerini dinleyip çözümlenmiştir. Aynı geleneği sonraları Mısır'da hâkim olan Eyyübî ve Memlûk sultanları da sürdürmüş ve halkın dâvâlarını kadınlara götürmeden divan-ı mezâlîm önüne getirmemeleri istenmiştir¹⁶⁴. Büyük Selçuklularda da divan-ı mezâlîm bulunmakta ve buna sultan veya *emir-i dâd* (dâdbey) denilen özel memur başkanlık etmekteydi¹⁶⁵. Ayrıca Selçuklularda kadınların bilmeyecek ya da kasden veya câhilliği dolayısıyla hatalı, hukuka aykırı hüküm vermesi durumunda, kadınlardan bu hükmün incelenip bozulabilmesi ve hatta gerekirse o kadının azledilebilmesi için sultana müracaat etmeleri istenmiştir¹⁶⁶. Anadolu Selçuklularında kadıyü'l-kudât, hem merkez mahkemesinin başında bulunur, hem de kadınların hükümlerini kontrol ederdi. Mezâlîm uygulaması bunlarda da sürmüştür, sultan şer'î dâvâları kadıya havâle eder, örfî dâvâları bizzat sonuçlandırır¹⁶⁷. Hindistan'daki Delhi Türk Sultanlığında *bâr-ı âm* veya *meclis-i âm* adıyla divan-ı mezâlîm kurulduğu görülmektedir. Burada sultan başhâkim olarak hakkında itiraz bulunan hükümleri yeniden incelerdi¹⁶⁸. Harezşahlarda mezâlîm mahkemesine rastlanmaktadır. Devletin adli teşkilâtının başında ise

162 Reşat Genç: Karahanlı Devleti Teşkilatı, İst. 1981, 275; İslam Tarihi, VI/171.

163 İslam Tarihi, VI/295.

164 Sühreverdi, 172; Zeydan, I/346; Berki, İslâm'da Kaza, 75; Rifâî, 131-132; Mu'minî, 88, 93; İslam Tarihi, VII/27. Memlûklerde divan-ı mezâlîm usulüne dair bkz. P. M. Holt: "Memlûk Sultanlığında Devlet Yapısı", Trc: Samira Kortantamer, Belleten, C:LI, Nisan 1988, S.202, s.232-236, 244-246.

165 Mustafa Akdağ: Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi, İst. 1974, I/259,264; Melumet Altay Köymen: Tuğrul Bey ve Zamani, İst. 1976, 134; M. Altay Köymen: Büyük Selçuklu İmparatorluğu Tarihi, Ank. 1992, III/187.

166 Nizamülmülk, 54; İslam Tarihi, VII/204; Köymen, III/ 227.

167 Taneri, 344; İslam Tarihi, VIII/375.

168 M. Aziz Ahmed: Siyasi Tarihi ve Kurumlarıyla Delhi Türk İmparatorluğu, II: Tansu Say, ty, yy, 310.

akda'l-kucâât bulunurdu¹⁶⁹. Akkoyunlular Devletinde yaşamış bulunan Celâleddin Devânî'nin Divan-ı Def-i Mezâlîm adında bir risâlesi, bu konuda yazılmış ilginç bir belge niteliğindedir. Müellif, divan-ı mezâlîmin tarihçe ve özelliklerinden bahsetmektedir. Osmanlılarda da divan-ı mezâlîm fonksiyonunu Divan-ı Hümâyûn görmüştür¹⁷⁰.

II. İSLÂM HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ KONTROL ÇEŞİTLERİ

A. Mahiyet Bakımından İslâm Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü

İstinaf ve temyizın varlığı üzerinde ihtilaf olmasına karşılık, İslâm hukukunda muhakemenin iâdesi, "*iâde-i nazar*" adıyla yer almakta, hatta mahkeme kararlarının kontrolü denilince istinaf ve temyizden çok muhakemenin iâdesi anlaşılmaktadır¹⁷¹. Muhakemenin iâdesi hemen her hukuk sisteminde tartışmanın kabul edilmiş bir usuldür. Buna göre, bir dâvâ hukuka uygun olarak görülüp sonuçlandırıldıktan sonra yeni delillerin ortaya çıkması veya hükme esas teşkil eden delillerin yanlışlığı veya sahteliğinin anlaşılması üzerine zamanaşımı süresi içinde hükmü veren hâkimden veya bir başkasından muhakemenin iâdesi istenebilir. Hatta taraflardan birinin dâvâ sırasında ileri sürmediği bir del'î varsa talep üzerine muhakeme yenilenebilir. Bu bakımdan bazı eserlerde *iâdetü'n-nazar* da denilen bu yol, daha çok gıyâbında hüküm verilen kimsenin yararlanabileceği bir yol olarak bildirilmiştir¹⁷². Hatta hükmü veren hâkim bile sonradan muhakemenin tekrarlanmasına karar verebilir¹⁷³. Bunun da mesnedi Kur'an'da geçmektedir. Vasiyete şahidliği düzenleyen âyette¹⁷⁴ vasiyet dâvâsında yemin eden şahidlerin şahidliğe elverişli olmadıkları daha sonra anlaşılırsa, başka iki şahid tutulabilmesi esası getirilmiştir, bir başka deyişle *hükümden sonra def*

169 İbrahim Kafesoğlu: *Harezşahlar Devleti Tarihi*, Ank. 1956, 205-214; İslam Tarihi, IX/59.

170 Barthold/Köprülü, 127; Mumcu, Divan-ı Hümâyûn, 14.

171 Ebyâni, 107-108; Kamalı, 58.

172 Ebyâni, 107; Abdülhakîm, 118; Bilmen, VIII/238-239; Hâşim, 4/409; Kamalı, 77-78.

173 İbni Âbidîn, IV/339.

174 Mâide: 107.

mesmudur ki bu, muhakemenin îâdesinden başka bir şey değildir¹⁷⁵. Muhakeme usulüne aykırılık, hâkimin usul, fûru' veya hasmı bulunan kimseler gibi dâvâlarına bakmaya yetkili bulunmadığı kimselerin dâvâlarına bakmış olması, yeni delillerin ortaya çıkması ve şâhidler hakkında şüphenin doğması, hep muhakemenin îâdesi sebepleridir. Bunun dışında muhakemenin îâdesine rastlanmamaktadır. Nitekim Halife Ömer bin Abdülaziz'den daha önce hükme bağladığı bir dâvâyâ yeniden bakması istenince, ancak yeni bir delil getirmeleri durumunda bunun mümkün olabileceğini söylemiştir¹⁷⁶.

İslâm hukukunda istinaf ve temyiz yollarının bugünkü anlamı ve haliyle yer aldığı söylenemez. Ancak İslâm hukukunda, hukuka aykırı ve hatalı mahkeme hükümlerinin bozularak tashih edilebilmeleri imkânının bulunmadığı zannedilmemelidir, böyle bir imkân her zaman vardır¹⁷⁷. Nitekim klasik kaynakların kazâ ile ilgili kısımlarında, hukuka aykırı hükmün bozulması (*nakz*) başlığı altında bu konuya dair bilgiler yer almaktadır. İslâm hukukurda istinafın varlığını kabul etmeyen bazı yazarlar, buna karşılık temyiz kurumunun bulunduğu söyleyler¹⁷⁸. Ancak ne İslâm hukuk teorisinde ve ne de pratiğinde bu yol için bir merci ve usul belirlenmiştir¹⁷⁹. Genellikle devlet başkanı (halife, sultan) hâ-

¹⁷⁵ Elmahlı M. Hamdi Yazır: Hak Dini Kur'an Dili, İst. 1992, III/358.

¹⁷⁶ Atar, 218. "Amâsiyye beğine hüküm ki: Bundan akdem emr ile teftiş olunub habs ile Südde-i seâdete gönderdiğün Mehmed'den bazı kimesneler dahi Südde-i seâdetimde dâvâ-yı hakk itmeğin mahallinde şer'le görilmek için kayd u bend ile Dulkadirli çavuşlarından Kubâd Çavuş'a teslim olunub sana irsâl olındı. Vardukda alub kabz idüb dahi yarar âdemle kayd u bend ile mahalline gönderüb husemâsiyle beraber idüb şer'le ahvâlin telfîş idüb şer'le sâbit olan hakkın ahvîrüb dahi mezkûru girü kayd u bend ile yarar âdemler ile Südde-i seâdetüme gönderesin. Amma ğaybet itdürmekden ziyâde hazer idesin." 23 Şevvâl 967 (17. VII.1560). BOA MD 3/1345.

¹⁷⁷ Sabri Şakir Ansay: Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 2.b, Ank. 1958, 306. Nitekim Hz. Peygamber bir hadisinde: "*Kim bizim işimizde (dinimizde) bulunmayan bir şey ihdas ederse, ortaya çıkarırsa, bu reddolunur!*" demektedir. Buhârî: Sulh 5; Müslim: Akdiye 17; İbni Mâce: Mukaddime 2; Ahmed bin Hanbel: VI/270. Bir kısım müellif, aslında bid'atler (dini hususlar bakımından Hz. Peygamber ve Eshab'ı zamanında bulunmayıp sonradan ortaya çıkan âdetler) için söylenmiş olan bu hadisin, kitap, sünnet, icma' ve kıyas-ı celiye, yani hukuka aykırı mahkeme kararlarının bozulmasına da delil teşkil ettiğini bildirmektedir. Mustafa el-Hin/Mustafa el-Buğâ/Alî eş-Şerbecî: el-Fıkhu'l-Menhecî, Dımaşk 1409/1989, VIII/176.

¹⁷⁸ Berkî, İslâm'da Kaza, 60; Mumcu, Divan-ı Hümayun, 91, 96; Atar, 215; Aydın, Titrk Hukuk Tarihi, 90.

¹⁷⁹ Ansay, 306; Keskiöğlü, 257.

kimlerin kazâî kararlarını kontrole yetkili görülmüştür. Çünkü hâkimler devlet başkanının vekilleri olup onun adına yargı yetkisini kullanmaktadır (Mecelle m.1800). Devlet başkanı kendisine müracaat edilmesi durumunda hükmü bizzat tedkik ve tasdik eder veya bozar, bozduktan sonra düzeltilmek üzere hükmü veren veya bir başka mahkemeye dâvâyı gönderebilirdi. Halife, bu müracaatı, gerekli görürse bir hâkim veya meclise de havâle edebilirdi. Pratikte, ilk devirler için, bu hâkim kadıyü'l-kudât, meclis ise divan-ı mezâlim olmuştur. Bunlar da isterse hükmün hukuka uygunluğunu tedkik ve sonuçta tasdik eder veya bozarak düzeltilmesi için ilgili veya bir başka mahkemeye gönderir, isterse bizzat tarafları çağırarak yeniden muhakeme yapardı. Her iki halde de verilen hüküm kesindir. Görülüyor ki devlet başkanının hükmü kontrol yetkisi kimi zaman yalnızca hükmün hukuka uygunluğunun kontrolüdür ki bu temyize benzer, kimi zaman da maddî meseleye doğrudan müdahale ile yeniden muhakeme yapılmasına inhisar eder ki bu da istinafı andırır. Fakat her halde istinaf, temyizden sonradır. Bu sebeple şer'î hukuktaki adlî hükümlerin kontrolünü genişletilmiş temyize benzetenler olmuştur¹⁸⁰.

B. Şer'î Hukukta İstinaf ve Temyize Rastlanmamasının Sebepleri

Bugünkü haliyle temyiz ve bilhassa istinafa şer'î hukukta rastlanmamasının çeşitli sebepleri vardır:

1. Özellikle bu iki kanun yolu, Batı Avrupa'da daha ziyade feodalite aleyhine merkezî otoritenin (kralların veya imparatorların otoritesinin) hâkim kılınması amacıyla yönelik olarak doğmuş ve gelişmiştir. Oysa İslâm hukukunun geçerli olduğu ülkelerde feodaliteye rastlanmamakta, merkezî bir idare hüküm sürerdi¹⁸¹. Dolayısıyla adlî hükümlerin istinaf yoluyla kontrolüne bu bakımdan ihtiyaç duyulmamıştır. Ancak bu merkeziyetçi anlayış, uzun zaman devam edememiş, İslâm devleti yarı müstakil ülkelere ayrılmış, bunlar da yargı otoritesini merkezden müstakil olarak kullandığı gibi merkezî idare tarafından hiçbir kanun yolu kontrolüne de tâbi tutulamamışlar, giderek tam müstakil devletler haline gelmişlerdir. Daha sonra bunlar kendi içlerinde Abbâsî örneğine göre ve kendine has bir kanun yolu mekanizması oluşturmuşlardır.
2. İslâm hukukunun ilk zamanlardaki yapısı zaten istinaf yoluyla kontrole elverişli değildi. Çünkü kadılar aynı zamanda bizzat hukuk yapıcısı niteliğinde kabul edilen müctehidlerdi. Müctehid olmadıkları de-

¹⁸⁰ Şentop, 37.

¹⁸¹ Shapiro, Appeal, 351.

virlerde dahi kadılar önlerine gelen dâvâya İslâm hukukundaki birden çok hal tarzlarından, yani mezhep görüşlerinden birini uyguladıklarından bu hükmün düzeltilmesi diye birşey söz konusu olamazdı. Kaldı ki bu şartlarda temyiz müessesesinin ülkedeki hukuk birliğini sağlayıcı fonksiyonundan bahsedilmesi de imkânsız ve hatta gereksizdi. Bununla beraber Shapiro, hukuk sistemi İslâm hukukuna çok benzeyen, buradaki gibi ayrıntılı ve kıyasa dayalı normlardan oluşan bir hukuk sisteminin geçerli bulunduğu Çin İmparatorluğu'nda, İslâm ülkesindekinin aksine, geniş ve dikkatle işleyen bir kanun yolu sözkonusu olduğundan İslâm hukukunun bu yapısının, kanun yollarının bulunmamasına tek ve yeterli bir sebep oluşturmadığı kanaatinde dir¹⁸².

3. İslâm hukuku prensipleri oldukça basit ve bunun uygulandığı zamanlar halkın hayatı da son derece sâde olduğu için kanun yolu kontrolünün, özellikle istinafin gelişmesine elverişli şartların doğmadığı da söylenebilir.
4. Öte yandan kadılar, verdikleri hükümleri, yerine getirilmeden önce inceleyebilir, gerekirse düzeltebilirdi. O zaman bu hükmün düzeltilmesi için bir başka hâkime gitmeye gerek kalmazdı. Bu durum, genellikle muhakemenin iâdesi şeklinde gerçekleşmiştir¹⁸³.
5. Denilebilir ki, İslâm hukuku tatbikatında kanun yollarının fazla gelişmemesinin temelinde hâkimlerin durumu yatmaktadır. İleride de geleceği üzere, hâkimler -hiç değilse ilk zamanlar için- toplum içinde ilim, ahlâk ve diğer pekçok bakımlardan yüksek niteliklerle tanınmış kimselerden seçilmektedir. Bu hâkimler aynı zamanda bir din bilgini oldukları için hükümlerinde hata yapmaları pek muhtemel görülmediği gibi, ayrıca dindarlıkları ile de temâyüz etmiş kimselerdi ve -bilhassa sosyal kontrolün oldukça sağlam olduğu devirlerde- hukuka aykırı biçimde (rüşvet, taraf tutma gibi) karar vermeleri ihtimali oldukça azdı.
6. Öte yandan mahkemelerin aleniliği, mahkemelerde şühûdül-hal denilen kimselerin hazır bulunarak muhakeme safahatını izlemeleri hâkimlerin adaletsiz karar verme ihtimalini oldukça azaltmaktaydı.

¹⁸² Shapiro, Appeal, 362, Shapiro, Courts, 203.

¹⁸³ Kamali, 58, 82. Günümüzde hâkim verdiği hükümden hatalı bile olsa rücu edemez, tazvih vesilesiyle de hükmü değiştiremez. Ali Himmet Berki: Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ank. 1948, 101.

Şühûdü'l-halin varlığı, bilhassa istinafa ihtiyaç bırakmamıştır. (Bilindiği üzere, istinafta maddî mesele tekrar ele alınıp deliller yeni baştan değerlendirilir.) Dâvâyla uzaktan- yakından ilgisi bulunan birkaç kişi, muhakemenin safahatını -jüri gibi- resmî görevle ve ancak hiçbir müdahalede bulunmaksızın baştan sonra takib eder, ancak kendilerine sorulduğunda görüş beyan eder, dâvâ sonuçlandıktan sonra da verilen hükmün altını imzalar. Bu, dâvânın safahatıyla verilen hükmün birbirine mutabik olduğunun tesbiti anlamına geliyordu.

7. Bir de fetva müessesesinin rolü zikredilmelidir. Taraflar mahkemeye başvurmadan önce resmî veya sivil herhangi bir müftüden aralarındaki ihtilafa dair bir fetva alabilirlerdi. Bu, çoğu kez ihtilafı mahkemeye gitmeden halleder, ihtilaf mahkeme önüne getirilirse hâkim tarafından gözönüne alınır. Hâkim de içinden çıkamadığı meseleleri çözerken, hukuku daha iyi bilen kimselere, müftülere fikir danışabilirdi. Bu görüş ve fetvalar, hâkim bakımından bağlayıcı olmamakla beraber, gerekçesiz olarak bunlara aykırı karar vermesi durumunda hâkime böyle davranmasının sebebi sorulur ve tabiatıyla bu hâkim için müsbet bir puan oluşturmazdı¹⁸⁴. Hatta hâkimler, bilhassa ilk devirlerde, bir takım çetrefil ihtilafalarda, bizzat yüksek mahkeme makamında bulunan halife veya kadyü'l-kudâtın fikir sorabilmekteydi¹⁸⁵. Fetva müessesesi de, temyiz ihtiyacını büyük ölçüde ortadan kaldıran fonksiyon icra etmiştir. Çünkü temyizde hukukî mesele kontrol edilmektedir; fetva ise zaten dâvâda tatbik edilecek hukuk

184 Ancak kazâ ile ifta arasında fark vardır. Sözelgeşi bir kimse hanıma “sen boş oldun” demiş olsa sonradan da “ben bununla geçmişte yalan olan bir hadiseyi kastedtim” dese müftü bâtinî olarak değerlendireceği bu sözle boşanmanın gerçekleşmediğine fetva verir, ancak kadı zâhiren hüküm vermek zorunda olduğu için, boşanmaya hükmederek ikisinin arasını ayırır. Dolayısıyla burada müftünün vereceği fetva doğrudan olayla ilgili değil, dâvâ hükmünün hangi istikamette verilmesi gerektiği şeklinde olmalıdır. Bu inceliğe dikkat edilmelidir. İbni Âbidin, IV/318. Osmanlı Devleti'nin son yıllarında Ermeni tehciri mes'ullerine verilen idam ve kürek cezalarını iltiva eden mahkûmiyet kararını zamanın padişahı Sultan Vahideddin, kısas-ı şer'î dışında idam cezalarına karşı olduğu gerekçesiyle, şeyhülislâm tarafından verilecek bir fetvaya raptedilmedikçe imzalamayacağını bildirmişti. Şeyhülislâm ise bu işin iftâ değil kazâ olacağını, kendisinin ise buna yetkili olmadığını ileri sürünce padişahla aralarında uzun fikrî müzâkereler cereyan etti. Sonunda şeyhülislâm konuyla ilgili verdiği fetvânın altına isimleri bahis konusu mahkûmlara verilen cezaların işbu fetvaya muvafık oldu kaydını düşmek zorunda kaldı. Ali Fuad Türkgele: Görüp İştiktiklerim, 3.b, Ank. 1984, 203-206.

185 Mısır kadısı İyaz bin Ubeydullah, kendinden önceki kadı'nın evvela komşuya hak tanıdığı bir şufa dâvâsında Halife Ömer bin Abdülaziz'den görüş sormuş. O da bunu sadece ortaklığa has kılması hususunda görüş bildirmiştir. İslam Tarihi. II/567

normunun doğru tesbitini sağlar. Böylece hukukî meselenin takdirinde hatâ sözkonusu olmaz.

8. Son olarak içinden çıkamadığı veya adaleti tam manasıyla tecelli ettiremeyeceğinden korktuğu ihtilafları olduğu gibi üst mahkemeye (sözgelimi divan-ı mezâlim, Osmanlılarda Divan-ı Hümayun) havâle imkân vardı.
9. Bazı müellifler, İslâm hukukunda kanun yollarının, özellikle istinafin gelişmemesinin önemli bir sebebini müesseselerle ilgili görmektedir. Bunlara göre İslâm devletinde dinî ve seküler mahkeme ayrımı ilk zamanlardan beri bulunagelmıştır; İslâm hukukunun bizzat kendisinde bu ayrıma elverişlilik vardır; İslâm hukukunun düzenlemediği sahalarla ilgili olarak devletin norm koymaya yetkili olması, genellikle bu normları uygulamak, bundan da önce idarenin işlerliğini sağlayacak bir takım tedbirleri almak üzere özel ve seküler mahiyette mahkemeler kurmasına da imkân vermiştir¹⁸⁶. Bunlardan biri ve en ö-

186 Oysa divan-ı mezâlimin seküler mahiyette bir mahkeme olarak değerlendirilmesi doğrusu hayli söz götürür. Bir mahkemenin bu mahiyette kabul edilmesi için onun meşruluk ve etkinlik dayanağı olan devletin yapısının da böyle olması gerekir. Dinî kurallara göre kurulup yönetilen bir devletin mahkemesi seküler olarak nitelendirilebilir mi? Günümüzde bilhassa yabancı bazı yazarlar, tarihte İslâm hukukunun uygulandığı devletleri, laik nitelikte görmek eğilimindedir. Halbuki laiklik için genellikle kabul edilen, devletin meşruluk temeli ile geçerli hukuk sisteminin ilahî değil beşerî iradenin ürünü olması, ayrıca devlet tebaası arasında din ayrımının gözetilmemesi şartlarına bu devletlerde (bu arada Osmanlı Devleti'nde de) rastlanmamaktadır. (İlber Ortaylı: İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, 2.b. İst. 1987, 135-138) Yönetenlerin bizzat hukukun kaynağı olmayıp, bir başka deyişle Allah adına prensip koyamaması, insanların günahlarını affetme ve onları dinden çıkarma yetkilerinin bulunmaması ve dinî âyinlerin mutlak düzenleyicisi olmaması bakımından, (Papalık, eski Tibet ve günümüzdeki İran gibi örneklerin aksine) bu devletlerde teokratik bir yapının bulunmadığı söylenebilirse de (Aydn, Türk Hukuk Tarihi, 132-133) laik olarak vasıflandırılmaz. Burada doğrudan şerî değil de örfî hukuka ilişkin uyumsuzluklara bakan mahkeme kastediliyorsa, bu da gerekçe olamaz, çünkü genellikle örfî hukuk şerî hukuktan ayrı görülmemektedir, kaldı ki bilhassa ilk zamanlar böyle bir ayırım söz konusu olmadığı gibi divan-ı mezâlim her iki tür dâvalara da bakabilmektedir. Zaten İslâm hukukunda her çeşit adli merciin tesis ve teşkili hükümdara verilmiş bir yetkidir. Bu iki mahkeme için ilk zamanlar bakımından âdi muhakeme-mezâlim muhakemesi ayrımı yapılmaktaysa da bu daha çok ikincisinin olağanüstü niteliğinden kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan burada kastedilen, dünyevî otoritenin bizzat yaptığı yargılamaya ise bu da kabul edilemez, çünkü bu devletlerde dünyevî ve uhrevî otorite bir yerde birleşmiştir, bütün hâkimler bu otoritenin yargı yetkisini onun adına kullanmakta olup kural itibarıyla aralarında bir fark yoktur. Adî muhakeme ile mezâlim muhakemesi usullerinin farklı olması da bu sonucu doğurmamaktadır. Osmanlılarda da aynı husus vâridir. Devletin bütün müesseseleri, bu

nemlisi olan divan-ı mezâlim, daha çok halkın memurlardan şikâyetlerini inceleyip karara bağlamıştır. Bu arada birer devlet memuru olan kadılar hakkında da bahis konusu olan şikâyetlere burada bakılmış, gerektiğinde verdiği hükümler de bozulmuş ve hatta bu dâvâlar yeniden görülmüştür¹⁸⁷. Bu sebeple İslâm hukukunda ayrıca istinaf yoluyla mahkeme hükümlerinin kontrolüne ihtiyaç duyulmamıştır. Mezâlim mahkemesinin kontrol hakkını hâiz bulunması sebebiyle, mahkemelerin bizzat kendi aralarında derecelenmeleri ve kendi cinslerinden bir adli merci tarafından kontrol edilmelerine gerek görülmemiştir. Kaldı ki kadıları tayin etme yetkisini taşıyan halife, bunların kontrolünü de elinde tutmaya itina göstermiştir. Bununla beraber İslâm hukukunda istinaf müessesesine rastlanmamasının sebeplerini araştıran bazı müellifler, ilk zamanlar buldukları yerlerde adli yetkilerin yanısıra idarî yetkileri de hâiz olan kadıların giderek kendilerini tayin eden makamdaki bağımsız bir duruma geldiklerini ifade etmektedir. Bu düşünceye göre zaten ulemâ sınıfı toplumdaki hayli nüfuz sahibiydi ve devletin bunlara hükmetmesi zordu. Ayrıca merkezî hükümetin zayıflaması ve taşra idaresinin de bozulması sebebiyle kadıların siyasi otorite tarafından denetlenmesi sözde kalmıştır¹⁸⁸.

10. İslâm hukukunda kanun yollarının, bilhassa istinafin gelişmemesinin bir diğer önemli sebebi de şer'i mahkemeler arasında hiyerarşinin bulunmaması olarak gösterilmiştir. Gerçekten kadılar nerede olurlarsa olsunlar birbirleriyle eşit statüdeydiler. Halbuki Roma Katolik kilisesine bağlı ruhânî mahkemeler, benzer mahiyetteki şer'i mahkemelerin tersine, kendi aralarında koyu bir hiyerarşiye sahiptiler. Ancak burada papa ile halife arasındaki farka da dikkat çekmek gerekir. Halife hukukun temel konularında kural koymaya ve mevcut kuralları değiştirmeye yetkili değildi. Öte yandan şer'i mahkemelere, kadıları tayin eden siyasi otoritenin (halife, vezir, vâli vs.) tâbi bulunduğu hiyerarşik görünüm yansıdığı için adli bir hiyerarşiye gidilememiştir¹⁸⁹. Oysa bugünkü anlamda ve genişlikte olmasa bile kadılar a-

arada bütün mahkemeleri, hatta Tanzimat'tan sonra şer'iyye mahkemelerinin yanısıra kurulan nizami mahkemeler de şer'i olarak nitelendirilmiş olup, bilhassa yargı mercileri açısından bir dâliyenin varlığı o zamanki müelliflerce kabul bile edilmemiştir. (O. Nuri, I/278.)

187 Shapiro, Appeal, 366, 371; Shapiro, Courts, 207, 211-212.

188 Shapiro, Appeal, 370, Shapiro, Courts, 211.

189 Shapiro, Appeal, 368-369; Shapiro, Courts, 209.

rasında kendine has bir derecelendirmenin bulunduğu sezilmektedir. Öyle ki halife kadıyü'l-kudâti genel yetki (velâyet-i âmme) sahibi olarak tayin etmekte, bu da halifenin yargı yetkisini onun adına bizzat kullanabildiği gibi, bunu kolayca akla gelebilecek zorunluluklar karşısında başka kimselere de (kadı, nâib) devredebilmektedir. İlk zamanlar vâliler de adlı yetkileri hâiz olup kadı tayin edebilirlerdi. Sonradan bu yetkilerinin daraldığı ve ortadan kalktığı görülmektedir. Kadılar da -eğer bu yetki kendilerine tanınmışsa- yargı çevresinin genişliği veya işlerin çokluğu gibi sebeplerle kendilerine nâib adı verilen kimseleri, kendi adlı yetkileri ortadan kalkmaksızın yargı işiyle görevlendirebilirlerdi. Vekâlet akdine benzetilen bu sistemde her birisi kendi mâdûnunu (astını) kontrole ve kararlarını inceleyip gerekli görürse bozmaya yetkiliydi. Mahkemelere kendilerini tayin eden siyasi otoritenin tâbi bulunduğu hiyerarşik yapının aksettiği iddiası doğru kabul edilebilir, ancak bu otoritenin siyasi olmaktan çok, kaynağı siyasi gibi görünmekle birlikte sonraki safhalarının artık adlı mahiyette olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim halife veya vâlinin tayinleri belki siyasi mahiyettedir, ama kadıyü'l-kudâtin kadıları ve kadıların de nâibleri görevlendirmesi artık adlı mahiyettedir. Kaldı ki kuvvetler ayrılığının şimdiki tarzda görülmediği İslâm hukukunda, halife ve vâli de hâkim sıfatını hâiz, dolayısıyla aynı zamanda adlı birer otoriteydiler.

11. İslâm hukukunun dört ana kaynağından kitap, sünnet, icma' ve kıyasa aykırı hükümler aslından bâtildir, yani hukuken baştan beri yok hükmündedir. Dolayısıyla bu iddiayla hükme itirazı olan bir kimse, her hangi bir süreyle bağlı olmaksızın, durumu yetkili mercie götürürdü. Bu merci (söz gelişi bir başka kadı, yahud divan-ı mezâlim) söz konusu hükmü bozar, yani hükmün bâtil olduğuna karar verirdi, bu ise bir tesbitten ibaretti. Daha sonra bu dâvâya yeniden bakılırdı. Bu hüküm de hukuka aykırıysa yine aslından bâtildi, aynı muamelelere tâbi olurdu. Böylece hukuka aykırı bir hüküm asla kesinleşmezdi. Aynı usul Roma hukukunda da vardı. Böyle olunca hükmün hukuka aykırılığın tesbiti bir temyiz muamelesi, bu dâvânın yeniden yetkili merci tarafından görülmesi bir istinaf muamelesi olurdu.

C. Şer'î Hukukta İstinafa İlgili Görüşler

1. Şer'î Hukukun İstinafa Elverişli Olmadığı Görüşü

Buraya kadar olan bilgilerden de anlaşıldığı üzere hukuka uygun görül-müş bir dâvânın yeniden görülmesi ve hukuka uygun verilmiş bir hükmün bozulması İslâm hukukunda prensip itibarıyla mümkün değildir, çünkü "ictehad ile

ictihad nakz olunmaz" (Mecelle m.16). İslâm hukukunun kaynaklarından, hüküm çıkarabilme (istinbat) ehliyetini ifade eden ictihad, nassları (kitap ve sünnet) yorumlayıp şâri'in, yani kanun koyucunun maksad ve muradını anlayabilmek, İslâm hukukunun diğer delillerini de kullanarak hükümler koyabilmek demektir. Bir başka deyişle ictihad ehliyetini haiz hukukçu (müctehid), kitap, sünnet ve icma`da hüküm varsa uygular, açık değilse yorumlar, hüküm yoksa bunlara aykırı olmamak üzere yeni hüküm koyar (kıyas). Bu ehliyeti taşıyan kimsenin (müctehid) kendi ictihadına göre hüküm ve amel etmesi mecburî olup, (bir ihtiyaç veya hükümdarın emri olmadıkça) bir başkasının ictihadına uyamaz, uyarı ictihadını değiştirdiği, rücu ettiği kabul olunur. Hâkim, müftü ve halifenin prensip itibariyle ictihad ehli kimselerden tayin olunması gerekir, bunların bulunmaması durumunda mukallidlerden de tayine cevaz verilmiştir. Mukallid (taklid eden), ictihad ehliyetini hâiz olmadığı için, bir müctehidin hukukî görüşleriyle hüküm ve amel eder. İşte bir mahkeme hükmünün ictihad yoluyla verilmiş olması demek, hem bizzat nassları yorumlayarak ve kıyasa dayanarak verilmesini, hem de o hâkimin kitap, sünnet, icma` ve kıyas yoluyla ortaya konmuş hukukî hükümleri somut olaya uygulayarak önüne gelen meseleyi çözmesini ifade eder. Hal böyle olunca ictihad ile ictihadın bozulamayacağı prensibi, hâkimlerin ictihadla verdikleri hükümlerin, bir başka ictihadla ortadan kaldırılamayacağını gösterir, çünkü hiçbir ictihadın diğerine üstünlüğü (rüşhâniyeti) yoktur. Ancak hükümlerin hukuka aykırı olmaları (yani nasslara, hukukun genel prensiplerine veya hâkimin taklid ettiği mezhebin hükümlerine uygun olmamaları) durumunda ictihad ile verilmiş olmaları, bunların iptaline engel olmaz, çünkü mevrid-i nassda ictihada mesağ olmadığı için (Mecelle m. 14) bunlar zaten baştan beri bâtil hükümlerdir, yeniden muhakemede bulunarak yeni bir hüküm vermek yukarıda zikredilen prensibi ihlâl demek değildir¹⁹⁰.

190 Hz. Peygamber, huzuruna getirilen bir dâvâda hükmetmiş, dâvâyı kaybeden taraf, hasmı huzurdan ayrıldıktan sonra kendisinin haklı olduğuna dair yemin edince Hz. Peygamber kazanan tarafı çağırarak bunu kendisine bildirmiş, o kimse de "İsterseniz yeniden muhakeme yapınız" deyince Hz. Peygamber dâvâyı yeniden bakmış ve bu sefer de aynı kişi lehine hükmetmişti. Bunun üzerine Nitekim Hz. Peygamber, bir hadisinde, "*Ben ancak bir insanım. Bana ihtilaflılar gelir. Bunlardan biri, diğerine göre daha iknâ edici olur. Ben de ona göre hükmederim. Ben verdiğim bir hükümle bir kimseye hakikatte kardeşine ait bir şeyi verecek olsam, bu onun için ancak ateşten bir parçadır!*" demiştir. Buhârî: Şahâdat 27, Ahkâm 20, 29, 31, Hiyele 9, Mezâlim 16; Müslim: Akdiye 5; Mâlik: Akdiye 1; Tirmizî: Ahkâm 11; Ebû Dâvud: Akdiye 7; Nesâî: Kudât 13. Bu hadis, gerçek duruma aykırı verilmiş bir hükmün, hukukî dayanağı bulunsa bile baştan itibaren geçersiz olduğunu göstermektedir. Ayrıca bu hadis, muhakemenin iadesine de delil oluşturmakta, öte yandan hâkimlerin zâhire göre hüküm vermekle mükellef olduklarına işaret etmektedir. Bu hadisin konumuza delil teşkil ettiği ortadadır. Serahsi, XVI/86. Yine yukarıda geçtiği üzere "*Kim bizim işimizde (dinimizde) olmayan bir şey ortaya*

Ote yandan hukuka uygun olarak hükme bağlanan dâvâların yeniden görülmesi, hukukî istikrarı bozacağı gerekçesiyle de reddedilmiş, bir başka deyişle icthad ile icthadın nakzolunmayacağı prensibi bu sebeple kabul edilmiştir. Nitekim böyle bir durumda dâvâlar sonsuz bir şekilde mahkeme önüne götürülecek, hukukî ihtilafların sona erdirilmesi, dolayısıyla sosyal huzur ve sükûnun sağlanması söz konusu bile olamayacaktır¹⁹¹. Bu sebeple İslâm hukukunda bugünkü anlamda istinaf yolunun bulunmadığı, hâkim kanaattir. Bununla beraber hayli eski hukuk metinlerinde istinaf kelimesine rastlanır. İslâm hukukunun fîru'una dair ilk zamanlarda yazılmış eserlerin en eskilerinden olan kitabında İmam Şâfi'î, istinaftan bahsetmekte, burada hükme bağlanmış bir dâvânın yeniden ele alınması olarak geçmektedir¹⁹². Hanefî hukukçusu Serahsî ise bunu bir dâvâ görülüp hükme bağlandıktan sonra benzer bir problemi yeni bir kurala göre çözmek anlamında kullanmaktadır¹⁹³. Mâlikî hukukçusu Kurtubî de mezhebini önde gelen temsilcilerinden Eşheb'in bu konudaki görüşünü naklederken, hâkimin icthadıyla hüküm verdikten sonra bir başkasını daha doğru görürse hükmü istinaf edeceğinden söz etmektedir ki bu, iki düşüncenin arasında ve daha ziyade Serahsî'nin ifadesine yakındır¹⁹⁴. Ancak İslâm hukukunda istinafin, herhangi bir sebepten dolayı geçersiz olmuş bir ibadetin, bir tasarrufun yeniden şartlarına uyarak yapılması mânâsına geldiği gözden irak tutulmamalıdır.

Buradan hareketle İslâm muhakeme usulü hukukunda istinaf genellikle, hükmü hukuka aykırı verilmiş ve daha sonra yetkili bir merci tarafından bozulmuş olan bir dâvânın yeniden görülerek hükme bağlanması olarak anlaşılmıştır. Nitekim istinaf, büyük Hanefî hukukçusu Haskefî'nin Dürrü'l-Muhtar adlı eseri ve buna İbni Âbidîn ve Tahtâvî'nin hâşiyelerinde bu bakımdan ele alınmıştır.

çıkarsa, bu reddolunur!" hadisi de hukuka aykırı mahkeme kararlarının geçersiz olduğuna delil kabul edilmiştir.

191 Ebû Abdullah Muhammed bin Ahmed el-Ensârî el-Kurtubî: el-Câmi'u'l-Ahkâmü'l-Kur'an, Kâhire 1387//1967, XI/312.

192 Muhammed bin İdris eş-Şâfi'î: el-Ümm, yy. 1388/1968, VI/207. İstinaf sözüne buradaki mânâsıyla İslâm hukukunun diğer dallarında da rastlanmaktadır. Meselâ Reddül-Muhtar metninde haddin istinafindan bahsedilmektedir ki burada haddin tekeretürü durumunda cezanın yeniden tatbiki mânâsında kullanılmıştır. İbni Âbidîn, III/171. Ayrıca bu hususa dair bir fetvada şöyle denilmektedir: "Zeyd abdest alırken hilâl-i vudu'da hades vâki' olsa vudu'u itmam kifâyet eder mi yohsa istinaf lâzım mıdır? el-cevab: İstinaf lâzımdır." Şeyhülislâm Çatalcah Ali Efendi: Fetâvâ-yı Ali Efendi, Ders. 1322, 1/3.

193 Serahsî, XVI/85.

194 Kurtubî, XI/312.

Haskefi, kadı'nın bir dâvâda hüküm verdikten sonra hükümdar dâvânın âlimler huzurunda istinafını emretse, emre uyarak muhakemeyi tekrar etmesinin gerekmediğini söylemektedir. İbni Âbidîn, kadı mahkemeyi bitirip doğru olarak hükümü verdikten sonra hükümdar muhakemeyi yeniden icra etmesi istikametinde emir verse, buna uyması gerekmez, ancak isterse hakkında âdil hüküm vermediği veya hukuka aykırı davrandığı hususundaki töhmeti gidermek için bunu yapabileceğini kaydetmektedir. Hatta bunun için kadı'nın muhakeme bittikten sonra hükmün gerekçelerini etraflıca mahkûm olan tarafa anlatması ve istenirse kendisine mahkeme kararının bir nüshasını verilmesi gerektiğini bildirmektedir. Bu da hem mahkeme üzerindeki töhmeti giderici, hem de tarafları hükme itirazdan vazgeçirici bir fonksiyon icrâ eder¹⁹⁵. Tahtâvî hâşiyesinin osmanlıca tercümesinde de “*bir kadı bir maddede her-vıfak-ı şer'-i şerîf hakla hüküm etdikden sonra padişah ulemâdan bazı zevât mahzarında istima ve ikâme-i beyyine olunmasıyla emr eylese, kadıya istinafi lâzım olmaz. Amma hükmün hilâf-ı şer' olduğu fehm olunursa istifa-ı dâvâ meşru olur*” diyor¹⁹⁶.

Mesele, ondokuzuncu yüzyılın ortalarında hazırlanmış olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de de bu şekilde düzenlenmiştir. Dâvânın ba'delhüküm rü'yeti hakkındadır) başlığı altında konuyla ilgili dört madde sevk edilmiştir. Bunlardan ilk üçü şöyledir:

m. 1837-Usul-i meşruasına muvâfık, yani hükmün seöeb ve şartları mevcut olarak hüküm ve i'lâm olunan dâvânın tekrar rü'yet ve istimaî câiz olmaz. **m.1838-**Bir dâvâ hakkında lâhik olan hükmün usul-i meşruasına muvâfık olmadığını mahkûmunaleyh iddia ve adem-i muvafakat cihetini dahi beyân edib de istinaf-ı dâvâ talebinde bulunduğu halde vuku bulan hüküm ledettahkik usul-i meşruasına muvâfıkta tasdik olunur, değilse istinaf kılınır. **m.1839-**Bir dâvâ hakkında lâhik olan hükme mahkûmunaleyh kanaat etmeyib de ol hükmü hâvi olan i'lâmın temyizi talebinde bulunduğu halde ledettahkik usul-i meşruasına muvâfıkta tasdik kılınır, değilse nakzolunur.

Görülüyor ki, hukuka aykırılığı iddia edilmeksizin bir hükmün yalnızca değiştirilmek maksadıyla yeniden mahkeme önüne getirilmesinde bir yarar yoktur. Bu takdirde hükmün üçüncü, dördüncü kez görülmesi de mümkün olmalıdır ki bunun sonu yoktur. Yargıdan beklenen ihtilafın çözülmesi gayesine

195 İbni Âbidîn, IV/326.

196 Ahmed Tahtâvî: Hâşiyetü Tahtâvî ale'd-Dürri'l-Muhtar, Terceme-i Tahtâvî adıyla tercüme Seyyid Abdülhamid Ayntabî, İst. 1287, VI/132.

de aykırıdır¹⁹⁷. Eğer bir hüküm başka bir hâkimin önüne götürüldüğünde bu hüküm İslâm hukukuna aykırı değilse ikinci hâkimin bunu tasdik edip yerine getirilmesini (tenfiz) sağlamaktan başka yapabileceği şey yoktur. O dâvâya bakmaya çil olmayan hâkimin verdiği veya hatalı ve hukuka aykırı hükümlerin düzeltilmesi ise zaten mümkündür, çünkü böyle bir hüküm çoğunlukla baştan itibaren bâtil olduğundan ictehad ile ictehadın bozulması dahi söz konusu değildir¹⁹⁸. Hüküm doğru ve hukuka uygun olsa bile, hâkimin uyması gereken âdab ve şartlara uymaması, rüşvet alması, taraf tutması gibi durumlarda da hüküm iptal edildiğinden yeniden muhakeme yaparak karar vermek, istinaf sayılsa bile, yine bu prensip ihlâl edilmiş olmayacaktır. Burada mesele hukuka uygun olarak görülüp hükme bağlandığı halde bir dâvâyı tekrar hâkim önüne götürmektedir. Bu, caiz değildir.

Kaldı ki yine bu görüşün savunucularına göre, hukuken muteber olarak verilmiş bir hüküm bir başka hâkime arz edilse, hâkim bu hükmü müftü sıfatıyla

197 Kâsânî, VII/14; Ali Haydar Efendi: Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, İst. 1330, IV/793-794; İsmail Hakki, İlm-i Hilâf, Derseâdet 1330, 262; Hın/Buğâ/Şerbeci, VIII/177. Öte yandan geçen asırda Mısır'da câri olan adliye teşkilatı ve usulünde de istinafın bu ma'nâda düzenlendiği görülmektedir. Ebyânî, 107; Abdülhakîm, 118. *"Budun ve Peçuy kadılarına hükm ki:eğer mumâileyhün voyvodalarından ve eğer züemâ vü erbâb-ı timarlan reâyâdan her kim gelüb dâvâ-yı hakk ıder ise bir def'a şer'le faslolmayub onbeş yıl geçmeyen kadıyyelerin husemâ muvâcehesinde bi-hasebi 'ş-şer' teftiş idüb göresiz...."* 4 Rebiülevvel 972 (29.IX.1565). BOA MD 6/219. Bu hükümde geçen "bir def'a şer'le faslolmayub" ifadesi Osmanlı adliyesindeki *sakk* (yani adli yazışma) usulünün bir neticesi olarak hemen hemen klişeleşmiş biçimde buna benzer bütün hükümlerde yer almakta, Osmanlı hukukunun istinafa bakış açısını göstermektedir. Örnek olarak: BOA MD 3/608, 701, 717, 850, 870, 891, 928, 931, 1027, 1080, 1095, 1154, 1178, 1188, 1196, 1213, 1217, 1230, 1250, 1318, 1346, 1424, 1427, 1495, 1593, 1594, 1625; 6/76, 106, 161, 182, 219, 230, 241, 289, 290, 310, 329, 353, 372, 403, 460, 604, 635, 637, 641, 642, 836, 1040, 1060, 1062, 1231, 1348, 1440; 44/164, 368. Bir devirden sonra Divan-ı Hümâyun'dan verilen adli hükümlerin mühimme defterleri yerine kaydedildiği ahkâm defterlerinde de tabiatıyla aynı ifade geçmektedir. *"Edime mollasma hükm:.....câuib-i şer'den hüccet-i şer'iyye virilüb ol hüccet-i şer'iyye bir def'a dahi inza olunub bu makûle fasl-ı husûmet ve ibrâ-yı zimmet birle hüccet-i şer'iyye virilen dâvânı tekrar istima 'ı mennü' iken..."* BOA İAD 2/198, evâhîr-i L (Şevvâl) 1158 (16-24.XI.1745). Ayrıca: İAD 1/635, 938, 1122, 1132; 2/62, 111, 198, 975, 1002, 1124; 3/110, 119, 354, 357, 433, 546. Görülüyor ki Osmanlı hukukunda bir defa hukuka uygun bir şekilde görülüp sonuçlandırılmış bir dâvâya tekrar bakılması caiz değildir. İstinafın İslâm hukukundaki yeri de budur. Öte yandan aynı kaynaklarda bu prensibin istisnası demek olan sonuçlandırılmış dâvalara belli durumlarda padişahın iradesiyle yeniden bakılması hususunun da yer aldığı pekçok hüküm vardır.

198 İsmail Hakki, 262.

bozacak (fetva) ve hâkim sıfatıyla da yeni bir hüküm verecektir (kazâ); bu ise fetva ile kazânın bir araya gelmesi demek olacağından bazı hukukçulara göre İslâm hukukunun genel prensiplerine aykırıdır¹⁹⁹.

Peki, bir dâvânın daha önce hukuka uygun olarak görülüp çözümlendiği nasıl bilinecek denirse: Burada yalnızca hâkimin beyanına itibar edilmez, çünkü tek kişinin şâhidliği muteber değildir. Ancak usulüne uygun şâhid beyanlarına itibar edilebileceği gibi kayıt ve sicillerden de yararlanmak mümkündür. Nitekim İslâm hukukunun neredeyse ilk devirlerinden beri mahkeme kararlarının yazıya geçirildiği görülmektedir. Hz. Ali ve Basra kadısı Ebû Müse`l-Eş`arî'nin kimi dâvâ hükümlerini tescil ettiği bilinmektedir. Hicretin 40. yılında Halife Muâviye tarafından Mısır'a kadı tayin edilen Süleym bin İtr, bir miras dâvâsında hükmettikten sonra vârislerin bu hükmü görmezlikten gelerek meseleyi tekrar mahkeme önüne getirdiklerini farkedince hükmü iki şâhid tutarak tescil etmek gereğini görmüş ve ikinci talebi reddetmişti. Yine meşhur hukukçu İbni Şübrime de Kûfe'de kadılık yaptığı sırada (Hicretin 120. yılında) halk arasındaki dâvâların arttığını görmüş ve hükümleri tescil etmeye başlamış, daha sonra bu husus bütün İslâm ülkelerinde yaygınlaşmıştı. Bu sahada fıkıh ilminin bir alt disiplini olarak *ilm-i sakk* veya *ilm-i mahâdir* ve *sicillât* denilen bir metod da doğmuş, mahkeme kararları kâtiplerce kayda geçirilegelmiştir. Mahkeme kâtiplerine yardımcı olmak üzere bu klişe ifadelerin bulunduğu *sükûk* kitapları yayımlanmıştır²⁰⁰. Osmanlılarda da kadılar görev yaptıkları mahkemelerde birer sicil

¹⁹⁹ O. Nuri, I/279; Berki, İslâm'da Kaza, 61. Ancak çoğu hukukçulara göre kazâ ile fetvanın bir makamda/kişide birleşmesinde mahzur yoktur. Bilmen, VIII/266-267. Ancak bunun için her iki sahada da ehliyetli ve liyâkatli bulunmak gerekir. Bilmen, I/253. Nitekim sözgelişi Abbasilerde İmam Ebû Yûsuf, Osmanlılarda Hızır Bey, Molla Fenâri hem kadı ve hem de müftüyü diler. Bilmen, I/253-254, VIII/266-267; Uzunçarşılı, İlmîye Teşkilatı, 174, 176. Ancak muhtemelen burada kastedilen aynı olayda hem müftü hem de kadı fonksiyonu icra etmektedir. İslâm hukukunda kazâ ve fetva kurumları arasında fark vardır. Meselâ, ileride geleceği üzere, Kâbız dâvâsında Kâbız'ın haksızlığı müftü sıfatıyla Şeyhülislâm Kemalpaşazâde tarafından ispat edilmiş, bu fetvaya göre muhakeme yapan İstanbul kadısı ise ceza hükmünü vermiştir.

²⁰⁰ Berki, İslâm'da Kaza, 59-60; Atar, 142-143. "İstanbul kadısına hükmü ki.....otuz dokuz tarihinde İstanbul kadısı mevlânâ Şehzâde Mehmed zîdet fezâiluhu huzurunda terâfı-ı şer'.....olundukda.....virilen i'lâm-ı şer'i mücebince amel olınmak bâbında emr-i âli sâdir ...olub.....Divan-ı Hümâyununda mahfûz olan kuyûd-ı ahkâma müracaat olındukda tarih-i mezburda vech-i meşruh üzere emr-i şerifüm virildüğü mastûru u mukayyed bulunmağın mukaddema sâdir olan emr-i şerifüm vech-i meşruh üzere hilâf-ı şer'-i şerif menzil-i mezbûr fûruht ve ikâmetine mûmânaat olınmamak emrüm olmuştur." Fî evâhir-i L (Şevvâl) 1157 (27.XI-5.XII.1744) BOA İAD I/1141. Bu sükûk kitaplarının Osmanlılar zamanında yazılıp basılmış en meşhurları Çavuşzade Aziz Efendi'nin

defteri tutarlar, gördükleri bütün dâvâlara ilişkin hükümleri buraya kaydederler, görev süreleri bitince de halefleri olan kadılara bu defteri teslim ederlerdi. Kaldı ki mahkemeler verdikleri hükümlerin birer suretini de talep ederlerse belli bir ücret karşılığında ilgililere verirlerdi. Yani icabında mahkemeden bir dâvâya dair hüküm çıkartmış olan bir kimse aynı dâvânın bir daha görülmesini önlemek için elindeki bu eski hükmü de ibraz edebilirdi²⁰¹.

Öte yandan kadılar devlet başkanının (halife, sultan) vekilleri (nâibleri) konumunda olup, yargı fonksiyonunu bunun adına yerine getirirler. Bu sebeple aralarında hiyerarşi sözkonusu değildir²⁰². Hiyerarşi bulunmadığı için istinaf da mümkün değildir²⁰³. Zaten hukuka aykırı bir hükmü bozma yetkisini haiz bulunan temyiz mahkemesi ise aslında bir derece mahkemesi değil bir kanun mahkemesidir²⁰⁴.

2. Şer'î Hukukun İstinaf Elverişli Olduğu Görüşü

Hâkim görüş böyle olmakla beraber, şer'î hukukun, bugünkü anlamda istinafa elverişli bulunduğu kanaatini taşıyanlar da vardır. Bu hukukun birinci aslı

Dürrü's-Sükûk'u ile Şânîzade'nin Envarü's-Sükûk ve Ziyaeddin Efendi'nin Sakk-ı Cedid'idir. İlki 1288, son ikisi de bir arada 1243 tarihinde İstanbul'da basılmıştır.

²⁰¹ İbni Âbidîn, IV/321 vd; A. Haydar, Dürer, IV/717-718; Uzunçarşılı, İlmîye Teşkilatı, 116; Bayındır, 4-2; Akgündüz, Şer'îye Sicilleri, 17. "*Hâkim, mahkemeye sicillât defteri vaz' idüb vireceği i' lâmât ve senedât hîle ve fesâddan sâlim olabilecek muntazam bir surette ol deftere kayd ve tahrir ve ânn hüfzına dikkat ve i'tina ider.*" Mecelle m. 1814. Bu konuda 15 Zilhicce 1290/1874 tarihinde *Sicillât-ı Şer'îyye ve Zabıt-ı Deâvi Cerideleri Hakkında Ta'limât* yayımlanmıştır. Düstur: I/4/85-87. 4 Cemâzilevvel 1296/1879 tarihinde de *Bilâ Beyyine Mazmûmıyla Amel ve Hükm Câiz Olabilecek Sürette Senedât-ı Şer'îyye'nin Tanzimine Dair Ta'limât* neşredilerek şer'îyye mahkemelerinin i'lâm ve hüccetleri, mahkemelerde kesin delil olabilecek şekilde nasıl düzenleyeceği hükmü bağlanmıştır. Düstur: I/4/79-84.

²⁰² Bilge, Karar Düzeltilme, 53. Nitekim Osmanlı Devleti'nde görülen rütbelere yalnızca maaş, tayin ve protokol bakımındandır. Akdağ, I/402. Bir hâkim diğerinin âmiri değildir. Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu: Türk Hukuk Tarihi, Ank. 1976, 230. Kazasker bundan müstesna gibi görünmektedir. Gerçekten kadıların tayin ve her türlü özlük işlerini kazaskerler yapmaktadır. Ancak kadılar, isimleri padişaha arz edilip onaylanırsa tayin edilmekte, dolayısıyla kadılar doğrudan padişahın nâibleri olmaktadır. Bunları denetleme işinin de pratikte padişah tarafından vekil sıfatıyla kazaskerlere verilmiş olduğu anlaşılmaktadır.

²⁰³ Coulson, 163.

²⁰⁴ Berki, İslâmîda Kaza, 60.

kaynağı olan Kur'an'da bu görüşe delil kabul edilen enteresan bir olay zikredilmektedir²⁰⁵. Buna göre Hz. Süleyman, babası Hz. Davud'un bir dâvâda verdiği hükmü istinaf etmiştir. Bir gece bir koyun sürüsü bir bağa (veya bir ekin tarlasına) girerek zarar vermişler, zarara uğrayan kimse Hz. Dâvud'a gelerek koyunların sahibinden dâvâcı olmuş, O da koyunların zarara uğrayan kimseye tazminat olarak verilmesine hükmetmiştir. Taraflar dâvâyı daha sonra Hz. Davud'un oğlu Hz. Süleyman'a götürmüşler, O da koyunların zarara uğrayan tarafa teslim edilmesine, bağlar (veya ekinler) yeniden yetişene kadar dâvâcının bunların semelerinden faydalanmasına, bağlar (veya ekinler) yetişince koyunların tekrar sahibine iâde edilmesine hükmetmiş, Hz. Dâvud da bu hükmü kabul etmiştir. Kur'an'ın, bilhassa hukukî yönden yapılan tefsirlerinde (ahkâm tefsirlerinde) bu konuyu aydınlatmaya yönelik etraflı bilgi ve görüşler serdedilmektedir. Daha çok sünnî hukukçuların dışındakilerce savunulan bir görüşe göre burada iki hüküm de ictehad sonucunda verilmiş değildir, çünkü peygamberler vahye muhatap ve hukukun temel kaynakları olan nasslara doğrudan ulaşabilecek halde oldukları için ictehad etmeleri caiz değildir. Bu görüş hukukçulara ictehad yetkisinin verilip de peygamberlere verilmemesinin ma'kul olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Öte yandan bu görüş kabul edilecek olursa, yani eğer iki peygamber de nass ile hüküm vermiş iseler hangisinin esas alınacağı problemi doğmaktadır. Hz. Davud'un henüz hükme varmamış olup, önce kendi görüşünü bildirdiği, sonra ise Hz. Süleyman'ın görüşüne göre hüküm verdiği şeklinde bir düşünce varsa da, âyetin zâhirinden her ikisinin de hüküm verdiği anlaşılmaktadır. Yine bir başka görüş, Hz. Davud'un görüşünün kazâî bir karar (hüküm) değil de fetva olduğu yönündedir. Halbuki İslâm hukukunda peygamberlerin fetvası hüküm sayılmaktadır. Yine Hz. Davud'un hükmünün Hz. Süleyman'ınkiyle neshedildiği gibi izahlar getirenler de vardır. Ancak bu tarihte Hz. Süleyman'ın henüz peygamber olup olmadığı bilinmediği için nesh kesin değildir. Bu konudaki bir görüş de Hz. Davud'un hükmünün ictehad ile, Hz. Süleyman'ın hükmünün ise vahy sonucu verildiği, böylece ikincisinin birinciyi neshettiği yönündedir. Yine kimilerine göre, burada Hz. Davud henüz hükmünü kesinleştirmeden (ibram) Hz. Süleyman'ın görüşünü duymuş ve onu hükme esas almıştır. Diğer yandan Hz. Süleyman'ın kendiliğinden bu hükme karşı çıkmadığı, görüşünü açıklaması için babasının talepte bulunduğu, hatta yemin verdirdiği de kaydedilmektedir. Bu konuda Sünnî müellifler arasındaki hâkim görüş ise, iki peygamberin de ictehadlarıyla hüküm verdikleri, Hz. Süleyman'ın hükmünün daha isabetli bulunduğu ve Hz. Davud'un bu hükme döndüğü (rücu) ve onu imza ve infaz ettiği

205 Enbiya: 78-79.

yönündedir²⁰⁶. Bu âyetten hem icthad ile icthadın nakzedilmeyeceği hükmü çıkarılmakta, hem de dâvâlara yeniden bakılarak hatalı hükümlerin bozulabileceği sonucuna varılmaktadır²⁰⁷. Çünkü burada birbirine eşit iki icthad ve buna dayalı iki hüküm bulunmakta, bunlardan ikincisi herhangi bir sebeple daha isabetli görülerek ilkinin yerine geçmiş ve yerine getirilmiştir. Bu ise gerçekten istinafa çok benzemektedir. Kaldı ki âyet metninde Hz. Süleyman'ın hükmünde isabet ettiği bildirilmekle beraber, her ikisinin de ilim ve hüküm bakımından övüldükleri görülmektedir. Hz. Davud'un icthadı yanlış olsaydı övülmezdi²⁰⁸.

Buna benzer bir olay da sünnet kaynaklarında yer almaktadır. Hz. Muhammed'in bildirdiğine göre, Hz. Davud'un görüp sonuçlandığı bir dâvâya Hz. Süleyman yeniden bakarak farklı bir hükme varmıştır. İki kadın yanlarında birbirine çok benzeyen birer oğlan çocuğu ile yolda giderlerken bir kurt çocuklardan birini götürmüş, kadınlar geride kalan çocuğun kime ait olduğu hususunda ihtilafa düşüncü Hz. Davud'a vaziyeti intikal ettirmişler, Hz. Davud çocuğun büyük kadına ait olduğuna karar vermiş, taraflar daha sonra dâvâyı Hz. Süleyman'a götürmüşler, O da eline bir bıçak alıp çocuğu eşit iki parçaya ayırarak kadınlar arasında paylaştırmaya hükmedince büyük kadının sessizliğine mukabil küçük kadın "Aman öyle yapma, çocuk büyüğün olsun!" diye telâş eseri göstermiş, Hz. Süleyman bu şefkatli hareketin ancak gerçek anneye ait olabileceğini düşünerek çocuğu küçük kadına hükmetmişti²⁰⁹. Yukarıdaki olayla ilgili olarak bildirilen görüşler aynen burada da ileri sürülmüştür. Hz. Davud'un delil olarak taraflardan yaşça büyük olanın sözüne ve yeminine veya dâvâ konusunun bu tarafın elinde olması karinesine dayanarak hüküm verdiği iddia edilmişse de hadîs metninde buna dair bir açıklık bulunmamaktadır. Burada Hz. Süleyman "lâüf bir hile" ile yeni bir delil elde etmiş ve hükmünü babasının dayandığı delillerden

206 Ebû Bekr Ahmed bin Ali er-Râzi el-Cessas: Ahkâmü'l-Kur'an, Nşr: Dârülmushaf, Kâhire ty, V/55; Kurtubî, XI/309-312; Şeyhzâde, III/359.

207 İbni Kayyim, I/326-327; Hâşim, 3/392. Hatta Kurtubî, "eğer bu âyet olmasaydı kadınlar helâk olurdu" diyor. Kurtubî, XI/309.

208 İbni Feymiyye: "Ref'u'l-Melâm", İslâm Hukukunda Mezhebler, Trc: H. Karaman, İst. 1971, 56.

209 Buharî, Enbiyâ 40, Ferâiz 30; Müslim: Akdiye 20; Nesâî: Adâbü'l-Kudât 16. Bu sonuncu kaynaktaki hadîs, bizzat "hâkimin başkasının hükmünü bozması" başlığı altında verilmiştir ki bu hadîsin konuya delâleti bakımından önemlidir. Yine aynı kaynaktaki bu hadîs bir de "hâkimin ilmiyle hükmetmesi" başlığı altında tekrar edilmiştir. Adâbü'l-Kudât I. Bu hadîs, Tirmizî ve Ahmed bin Hanbel'in Müsned'inde de yer almaktadır. Aynı hadîs, az- çok farklı ifadelerle, bugün elde bulunan Tevrat'ta da vardır. I. Kıralar 3/16-28.

daha güçlü görünen bu karîneye dayanarak vermişti²¹⁰. Bu olay öncesinden de bariz bir şekilde istinaf prensibini içermektedir.

Yine hadis kaynaklarında yer alan ve Hz. Peygamber'den nakledilen bir olay, istinafa delil oluşturacak mahiyettedir. Burada Hz. Peygamber, bir seriyyeye²¹¹ gönderdiği Sahabîlere, Kureyş kabilesine mensup ve vaktiyle Hz. Peygamber'in kızı Zeyneb'in ve çocuğunun ölümüne sebep olan iki kişinin yakalandığında ateşte yakılarak cezalandırılmalarını emretmiş, bir süre sonra (seriyye vedalaşmak üzere huzurlarına geldiğinde) ateşle azâbın ancak Allah'a mahsus olduğunu nazara alarak bu hükmünden döndüğünü bildirmiştir. İbni Hacer, burada ictihadla verilen hükümden dönmenin cevâzına işâret vardır, diyor²¹². Yine İbni Muğîre'den dul kalıp Üsâme bin Zeyd ile evlenmek isteyen Fâtıma binti Kays hakkında Hz. Peygamber bunun Ümmü Şerîk'in evinde iddet beklemesine hükmetmişti. Daha sonra Ümmü Şerîk'in çok gelen-gideni olduğunu göz önüne alarak hükmünü bu kadının amcası oğlu olup, iki gözü de görmeyen Abdullah İbni Ümmi Mektûm'un evinde iddet beklemesi yönünde değiştirmiştir²¹³. Anlaşıldığına göre, Hz. Peygamber her iki hadisede de ilk hükmünü ictihadıyla vermiş, sonra da daha isabetli bulunduğu bir başka ictihada dönmüştür. Daha önce de geçtiği üzere İslâm hukukunda peygamberlerin ictihad etmeleri hukukçuların büyük çoğunluğuna göre caizdir; ancak burada yanlısalar bile vahyin kontrolünde oldukları için hata üzerinde devamlı kalmazlar. İşte bu olayın istinafın meşruiyetine delil teşkil etmemesi için bir sebep yoktur, nitekim ilk hadisi şerheden İbni Hacer açıkça bunu ifade etmiştir.

Halife Hz. Ömer'in Kûfe kadısı Ebû Mûse'l-Eş'arî'ye gönderdiği mektup/talimatın daha evvel zikrolunan maddesinin de istinafa delil teşkil ettiği söylenebilir. Hatta istinafa karşı çıkan İslâm hukukçuları bile, bu mektupta hâkimlerin bir hükmü verdikten sonra bunun adalete uymadığını anlamaları hâlinde bu hükümden dönmelerine izin veren maddesini delil göstererek hâkimlerin verdikleri hükümden dönmelerinin mümkün olduğunu söylemişlerdir²¹⁴. Gerçi

210 Kurtubî, XI/313; İbni Hacer Askalânî, VI/362.

211 Hz. Peygamber'in bizzat katıldığı savaşlara *gazve*, bizzat katılmayıp kumandan olarak başkasını görevlendirerek düşman üzerine gönderdiği orduya *seriyye* adı verilir. Kettâni, II/145.

212 Buhârî, Cihâd 107, 149, Enbiyâ 40, Ferâiz 30; Müslim: Akdiye 20; Nesâî: Âdâbü'l-kudât 1, 16; Tirmizî: Kadâ 14, 15; Ahmed, II/340; İbni Hacer Askalânî, VI/113.

213 Müslim: Fiten 119.

214 Kurtubî, XI/312.

burada aynı hâkimin verdiği hükümden dönmesinden bahsolunduğu için öncelikle muhakemenin iâdesine delil teşkil etmektedir. Bununla beraber istinafta da dâvâcının hükümde bir adaletsizlik, bir hukuka aykırılık bulunduğu iddiası ve adaletin tecelli ettirilmesi arzusu söz konusudur. Öyleyse bu mektup/talimat maddesinin bunu da kapsamı için bir engel yoktur. Halbuki önceleri bütün unsurlarıyla yeniden yargılama yapılan klasik anlamda istinafin kabul edildiği Avrupa'da, ancak onsekizinci yüzyıldan sonra yargılamanın olduğu gibi tekrarlanmayıp sadece gerekli yerler için yargılamaya başvurulana dar mânâda istinaf anlayışına geçilmiştir²¹⁵.

Daha önce de zikredildiği üzere, İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'nin kadıların verdikleri kararları öğrencileriyle beraber inceleyip ve bunlarda hukuka aykırılık gördüğü zaman ilan ettiği, bu meyanda zamanın önde gelen hukukçularından İbni Ebi Leylâ'nın baktığı bir ceza dâvâsında hükmü inceleyerek beş (veya yedi yerde) hataya düşüldüğünü bildirmesi meşhurdur²¹⁶. Hatta bu sebeple kendisine zamanın halifesi tarafından kadıyü'l-kudâthk (başhâkimlik) teklif edilmişse de adalet konusundaki derin hassasiyeti sebebiyle bunu kabul etmediği söylenir. İşte İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'nin bu hareketi ilmî bir faaliyet sayılsa bile mahkeme kararlarının incelenebileceği ve varsa bunlardaki hukuka aykırılıkların tesbit edilebileceğini göstermektedir. Bu da istinaf olmasa bile temyiz meşruiyetine delildir. Eğer böyle bir inceleme hukuken caiz olmasaydı, bu büyük hukukçunun bu şekilde davranmazdı. Yine buna benzer bir olay da onbirinci yüzyılda yaşamış olan büyük İslâm hukukçusu İmam Gazâlî'yle ilgilidir²¹⁷.

215 Yenisey, İstinaf, 5-6, 58-59.

216 İbnü'l-Hümâm, IV/208, İbni Âbidîn, III/177.

217 Hz. Peygamber, Eshâb'dan Temîm-i Dârî'ye henüz fethedilmemiş bulunan, ancak ileride fethedileceğini bildirdiği Şam'da arâzi iktâ etmiş ve buna dair ellerine bir de belge vermişti. Şam'ın fethinden sonra Temîm elindeki belgeyi ibrâz ederek kendisine iktâ olunan bu arâziyi aldı ve soyundan gelenler asırlarca buraya tasarruf ettiler. Filistin'de bulunan bu arâziyi zamanın vâlisi bunların elinden almak istedi, bunlar da Kudüs kadısı Ebû Hâtim el-Herevî huzurunda vâli aleyhine dâvâ açıp bu belgeyi delil olarak ibrâz ettiler. Kadı, bu belgenin bağlayıcı bulunmadığı, çünkü Hz. Peygamber'in henüz mülkü olmayan bir yeri iktâ etmiş olduğu yolunda hüküm verdi. Vâli fakihlerden fetva istedi, bu sırada Kudüs civarında bulunan İmam Gazâlî ise Hz. Peygamber'in "Bütün yeryüzü bana mülk olarak verilmiştir" sözüne dayanarak bu hükmün yanlış olduğu yönünde görüş bildirdi ve kadıyı tekfir etti. Bunun üzerine arâzi Temîm'in vârislerinin elinde kaldı. (Hadîse, Haçlıların bölgeyi işgalinden az önce geçmiştir) Kettâni, I/231. (İlgili hadis için bkz. Müslim: Fiten 19; Ebû Dâvud: Fiten 1)

Şeyhülislâm Ebussuud Efendi'nin *Ma'rîzât* adlı eserinde yer alan bir fetva konumuz açısından oldukça önemlidir:

"*Mes'ele: Bir def'a şer'i-i şerifle faslohub âher kadı tenfiz ve imza eylediği husus yine aslından dinlenmek şer'i olur mu? el-cevâb: Emr-i sultanî olmayacak olmaz, memur olıcak dahi sâbıkan şer'le faslohundığı sâbit olıcak tağyir olunmaz.*"²¹⁸.

Ebussuud Efendi'nin bu fetvasına kaynak olarak, bir nüshasında Hanefî hukukçusu Hakîm eş-Şehîd'in *Kâfi* adlı kitabından "*kazânın şer'i bir hak olduğu ve siyâneti lâzım geldiği*", bir başka nüshada ise Molla Hüsrev'in *Dürrer* adlı eserinden "*ictihad ile ictihad nakz olunmaz*" ibâresinin alındığı görülmektedir. Fetvadan anlaşıldığına göre bir hâkimin görüp sonuçlandıracağı bir dâvâ ancak sultanın emriyle (veya izniyle) yeniden görülebilir. Sultanın emri (izni) ise ya genel veya özeldir. Yani sultan, muayyen bir dâvânın yeniden görülüp sonuçlandırılmasını emredebileceği gibi, genel olarak dâvâların bir kez daha görülmesini de emredebilmektedir. Birinci halde önce sultana müracaat edilecek, dâvâ onun emriyle bir başka hâkime gönderilebilecektir. Osmanlı Devleti'nde şer'î mahkemelerde cârî esas buydu. İkinci halde ise doğrudan bir başka mahkemeye gidilir, bu mahkeme sultanın genel emriyle bu dâvâya yeniden bakmaya izinlidir. Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan sonra kurulan nizamiye mahkemelerinde ise bu esas geçerliydi. Sultan emrinin muhatabı aynı mahkeme olabileceği gibi bir başka mahkeme de olabilir. Fetva metninde geçen emir verilse bile, hukuka uygun olarak dinlenen dâvâ hükümleri değiştirilemeyecektir. Gerçi müracaat için bir gerekçe gösterilmesi gerekmeyen istinafta bile istinaf eden taraf, hükmü hukuka aykırı bulduğu için bu yola gitmektedir, dâvâyı kaybedeceğini ve sonuçta para cezası ödeyeceğini bilen bir kimsenin istinafa gidebileceği düşünülemez. Kaldı ki ilk hükmün hukuka uygun verildiği ortaya çıkarsa ikinci mahkemenin bunu tasdik ve tenfiz etmekten başka imkân yoktur.

Haskefi'nin *Dürrü'l-Muhtar* adlı eserinde ve geçen asırda yaşamış büyük Hanefî hukukçusu İbni Âbidîn tarafından buna yapılan hâşiyede, şayet hâkimin hükmünde töhmet varsa, bunu bertaraf etmek için muhakemenin yeniden icrâ olunabileceği bildirilmekte, hatta burada bizzat istinaf kelimesi kullanılmaktadır. Yine aynı yerde, sultanın kadıya bir dâvâyı âlimler huzurunda tekrar görmesini emretmesi durumunda bile kadının buna mecbur olmadığı esası zikredilmiştir²¹⁹. Mecelle şârihi Mes'ud Efendi de, Mecelle'nin ilgili maddelerini

218 Paul Horster: *Zur Anwendung des Islâmischen Rechts im 16. Jahrhundert*, Stuttgart 1935, 52; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri*, IV/55.

219 İbni Âbidîn, IV/326. Buna kaynak olarak Bezzâziye verilmiştir. Eshâb'dan Ubâde bin Sâmî, Halîfe Hz. Ömer zamanında Filistin'de kadı idi. Şâm vâlisi Hz. Muâviye, bir

şerh ederken, bir kere usulüne uygun olarak çözülmüş dâvânın yeni bir delil veya del' olmaksızın tekrar görülemeyeceği prensibini kaydettikten sonra, yine yukarıdaki ifadeye dayanarak, sultanın kadıya bir dâvâyı âlimlerin huzurunda tekrar görmesini emretmesi durumunda bile kadı'nın buna mecbur olmadığını bildirmekte, bundan da istinafin câiz olduğu sonucuna varılabileceğini söylemektedir, nitekim bu ifadeden kadı'nın böyle bir mecburiyeti olmadığı ancak isterse yeniden muhakeme yapabileceği mânâsı çıkmaktadır²²⁰.

Mısır'daki Ezher üniversitesinin son devir hocalarından Ahmed Abdülmün'im el-Behîy, *zihve meselesi* olarak bilinen hâdisenin, istinafin cevazına Hz. Peygamber'in sünnetinden açık bir delil olduğunu söylemekte ve bizzat istinaf kelimesini kullanmaktadır²²¹. Burada, Yemen'e hâkim olarak gönderilen Hz. Ali bin Ebû Tâlib, bir taksirli adam öldürme dâvâsını neticelendirmiş, taraflar dâvâyı Peygamber'e götürmüşler, O da hükmü doğru bularak tasdik etmişti²²². Gerçekten de bu hadisede hiçbir gerekçe olmaksızın sırf itiraz mak-

dâvâda verdiği hükmü değiştirmesi hususunda ısrarla talepte bulununca görevinden istifa ederek Medine'ye dönmüş, Halife istifasını kabul etmeyerek Hz. Muâviye'ye Ubâde'nin işine karışmaması hususunda emir vermiştir. Bu, İslâm hukuk tarihinde hâkim bağımsızlığı prensibinin uygulanışına da tipik bir örnek oluşturur. Ebû Ömer Yusuf bin Abdullah bin Muhammed bin Abdilber: *el-İstî'âb fi Ma'rifetil-Eshâb*, Thk: Ali Muhammed el-Buhârî, Kâhire 1380/1960, II/808. Bu hadisenin Ebu'd-Derdâ ile Muâviye arasında geçtiğine dair rivayetler de vardır. İşin esasında, siyasi bir baskı değil, altın veya gümüşten mâmul eşyanın ağırlığından daha fazla bir fiyata satılıp satılmayacağına dair itihad ayrılığı yatmaktadır. Mâlik: Büyü' 32; Nesâî: Büyü' 47.

220 Mes'ud Efendi: *Mir'at-ı Mecelle*, İst. 1299/1297, 849-850. Müellif burada Tenkihül-Hâmidî, Fetâvâ-yı Bezzâziyye ve Reddül-Muhtar adlı eserleri kaynak göstermektedir.

221 Ahmed Abdülmün'im el-Behîy: *Tarihül-Kadâ' fi'l-İslâm*, Kâhire 1965, 71-73.

222 Yemenli muhtelif kabilelere mensup kimseler arslan avlamak amacıyla çukur kazıp başında beklerken içlerinden biri çukura düşmüş, buna takılarak başka biri, derken tam dört kişi çukura düşmüş ve arslan da bunları parçalamıştı. Bunun üzerine sonraki maktullerin kabileleri çukura ilk düşenin kabilesinden üç kişinin diyetini istemişler, çukura ilk düşenin kabilesi ise sadece buna takılan bir kişinin diyetini ödemeğe hazır olduklarını söyleyince büyük bir husumet meydana gelmişti. Bunun üzerine Yemen hâkimi bulunan Hz. Ali rıza göstermeleri durumunda onların aralarında hükmedebileceğini, hoşnud olmazlarsa hükmü Hz. Peygamber'e götürebileceklerini söylemiş, onlar da razı olmuşlar; Hz. Ali ilk düşene -ona takılarak üç kişi daha helak olduğu için- 1/4, ikinci düşene -ona takılarak iki kişi daha helak olduğu için- 1/3, üçüncü düşene -ona takılarak bir kişi daha helak olduğu için- 1/2, son düşene ise -onun yüzünden kimse helak olmadığı için- tam diyet verileceğine hükmetmişti. Bu hükme bazıları razı olmuş, bazıları olmayarak meseleyi Hz. Peygamber'e götürmüşlerdi. O da

dıyla hükme bağlanmış bir dâvâ üst bir yargı merciinde tekrar görülmüştür. Bu bakımdan istinafi andırdığı inkâr edilemez. Nitekim Hz. Ali tarafların hükümden hoşnud olmazlarsa dâvâyı bir de Hz. Peygamber'e götürebileceklerini, çünkü O'nun kendisinden daha iyi hükmedeceğini söylemiştir. Bu da O'nun istinafi caiz gördüğüne delâlet eder. Ancak burada Hz. Peygamber'in sıradan bir başka hâkim değil, hâkimleri tayin ve onların hükümlerini kontrol etmeye, gerekirse neticelendirdikleri dâvâlara yeniden bakmaya yetkili bir devlet başkanı olduğu gözönünde tutulmalıdır. Zaten Hz. Ali hükmü bir başka hâkime değil, başhâkim olan Hz. Peygamber'e götürebileceklerini söylemiştir.

Son devir İslâm hukuku yazarlarından Zuhaylî'ye göre hükmü kesinleştikten sonra bir dâvânın yeniden bir başka hâkim önüne götürülmesi caiz olmakla beraber, mahkemelerin birkaç dereceli olması durumunda, taraflar hükümün birden fazla derecede inceleneceğini ve dolayısıyla hemen kesinleşmeyeceğini dâvânın başından beri bileceklerinden, hükümlerin birbiriyle kesişmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak hüküm temyiz derecesinde incelenip kesinleştikten sonra "*ictihad ile ictihad nakzohunmaz*" prensibi gereği artık bir daha herhangi bir mahkeme önüne götürülemeyecektir²²³.

Diğer yandan Mecelle'nin 1801. maddesinde ifadesini bulan bir esas vardır ki o da hâkimin zaman, mekân, konu ve tatbik edilecek hukuk yönünden sınırlandırılabilmesidir. Dolayısıyla devlet başkanı bazı hâkimleri sözgelişi önceden görülüp hükme bağlanmış dâvâlara bir kez daha bakmakla görevlendirebilirdi. Bu prensibin ışığında son devir müelliflerinden Abdülkerim Zeydan'a göre, hükmü hukuka aykırı olmadığı halde kamu düzeninin gerektirdiği hallerde bir dâvânın birinci derecede görüldükten sonra, veliyyülmr, yani devlet başkanı tarafından bu iş ile memur, bir başka deyişle birinci derecede görülüp sonuçlandırılan dâvâlara bakmakla kayıtlanmış ikinci derece hâkimi önüne her ne sebeple olursa olsun götürülebilecek, bunun da hükmü üçüncü derecede temyiz incelemesine tâbi olabilecektir²²⁴. Gerçi İslâm hukukuna dair klasik eserlerde de bu ifadelere dayanak olabilecek bilgiler yok değildir. Şöyle ki, bir hâkimin verdiği karar ikinci bir hâkime götürülse, bu ikinci hâkim, hükmün hukuka aykırı olduğu kanaatine varırsa bunu bozabilir, dâvâya yeniden bakarak hükmeder; aksi takdirde, yani ilk hüküm hukuka uygunsa, ikinci hâkimin bu hükmü bozup başka türlü karar vermesi mümkün değildir, verirse üçüncü bir hâkim tarafından

meseleyi incelemiş ve hükmü hukuka uygun bularak tasdik etmiştir. Arslan avlamak için kazılan çukura zübye denildiği için bu mesele böyle tanır. Vekî', 1/96.

223 Vehbe Zuhaylî: İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, Trc: Hey'et, İst. 1994, VIII/473-474.

224 Abdülkerim Zeydan: Nizamü'l-Kadâ, Bağdad 1404/1984, 279-281.

bunun verdiği hüküm de bozularak ilk hüküm yerine getirilir²²⁵. Burada dâvâya bakıp neticelendiren hâkim hükmü tenfiz edmeden ölür veya azledilirse hükmü tenfiz için ikinci bir hâkime başvurulmaktadır. Bu ikinci hâkim hükmü derhal yerine getirmek zorunda değildir, isterse hükmü inceler, hukuka aykırı bulursa veya bu hükümden şüphe eder yetersiz bulursa tenfizden kaçarak delilleri yeniden isteyip dâvâya tekrar bakması mümkündür. Burada ikinci hâkim istinaf, üçüncü hâkim temyiz derecesi olarak düşünülemez, çünkü burada ikinci hâkim de, üçüncü hâkim de ilki gibi sıradan bir mevkidedir, halbuki istinaf mahkemesi bir üst derece mahkeme olduğu gibi, temyiz mahkemesi bir derece mahkemesi değil bir kanun mahkemesidir. Kaldı ki ikinci hâkim, burada bir başka hâkimin verdiği hükmü ancak hukuka aykırı olması durumunda bozabilmektedir, yoksa hiç bir gerekçe olmadan yeniden muhakeme yaparak bu hükmün hilâfına hüküm verme hakkı bulunmamaktadır, aksine böyle bir hükmü tasdik edip (imza) yürürlüğe koyma (tenfiz) yükümlülüğü vardır²²⁶. Bunu, yani bir hâkimin hükmünün imza ve infaz için ikinci ve üçüncü hâkime götürülmesini toplu hâkim usulü gibi ele alıp değerlendiren müellifler de olmuştur²²⁷. Ancak bu istisnaî bir durumdur, ilk hâkimin ölmesi veya azledilmesi ya da bu hâkimin bâgiler tarafından tayin edilmiş olması gibi durumlarda söz konusudur.

Günümüzde yaşanan ve meselelere modern yaklaşımlarıyla tanınan Suriyeli hukukçu Zerkâ da, İslâm hukukunda prensip itibarıyla mahkemelerin tek dereceli olduğunu, ancak zamanın bozulması (fesâdü'z-zaman) sebebiyle mahkemelerin derecelendirilebileceğini, bunun artık zamanımızın maslahatı gereği, yani kamunun menfaatine olduğunu bildirmektedir²²⁸.

225 Mavsîlî, II/87-88; Ebû Bekr bin Ali el-Abbâdî el-Haddâd: el-Cevheretü'n-Neyyire, (Seyyid Abdülğani el-Meydânî'nin el-Lübâb Şerhu Muhtasarı Kudurî ile birlikte), İst. 1316, II/315; Ebu'l-Hasen Ali bin Ebi Bekr Burhanüddin Merğînanî: el-Hidâye Şerhu Bidâyetü'l-Mübtedî, Kâhire 1384/1965, III/107; Molla Hüsrev Muhammed bin Ferâmuz bin Ali: Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Ğureri'l-Ahkâm, (Trc: Ahmed bin Ali Ankaravî), Bulak 1258, II/870; İbni Âbidîn, IV/340, 342-344. Buna benzer bilgiler başka kaynaklarda, sözgelîşi Hassaf ve Karâfî gibi usul hukukçularının eserlerinde de yer almaktadır, Zeydan görüşünü delillendirme sadedinde bunları da zikretmiştir. Zeydan, 280.

226 Konu, icthad sahasına girmekte ve kadı de müctehid olup buna göre karar vermişse mesele yoktur, ancak hüküm asla kitap, sünnet ve icma'ya aykırı olamaz, olursa bozulur. Haddâd, II/315; Meydânî, II/315.

227 Kâsânî, VII/14.

228 Mustafa Ahmed ez-Zerkâ: el-Fıkhu'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedid el-Medhal, Dımaşk 1956, II/925.

Yine son devir müelliflerinden Kardâvî ise, İslâm hukukunun, kazâ mercilerini ve buralarda geçerli olacak usulleri belirlemek üzere devlet başkanına yetki tanıdığına işaret ederek kanun yollarına ilişkin her türlü düzenlemenin devlet başkanı tarafından yapılabileceğini söylemektedir²²⁹.

3. Şer'î Hukukta İstinafa İlgili Görüşlerin Değerlendirilmesi

Netice itibarıyla, İslâm hukukunda istinafin devlet başkanının emriyle mümkün olduğunu söylemek daha isabetli görünmektedir. Nitekim yukarıda geçtiği üzere, Hz. Süleyman'ın babasının baktığı bir dâvâya tekrar bakıp yeni bir hüküm vermesi, hâkim mevkiinde bulunan Hz. Davud'un izniyle olmuştur. Zaten bir mahkemede görülüp sonuçlandırılan bir dâvâyı başka bir mahkemeye götürmek şer'î hukukun genel prensipleri çerçevesinde imkânsızdır. Öyle ki -bilhassa Osmanlı Devleti'nde- hâkimler genellikle belirli bir yargı çevresinde görevli ve yetkili olup (Mecelle m.1801) bu halde başka bir yargı çevresine ait dâvâyı -hüküm hukuka aykırı bile olsa- bakamazlardı. Ebussuud Efendi'nin yukarıda zikrolunan fetvasındaki "Emr-i sultanî olmayacak olmaz" sözü biraz da buna işaret etmektedir. Kaldı ki hukuka uygun olarak verilmiş bir hüküm kaziyeye-i muhkeme teşkil eder, ayrıca hukukî ihtilafları o hâdisce bakımından ortadan kaldırır. Usulüne uygun olarak görülmüş ve neticelendirilmiş bir dâvânın yeniden görülmesi için devlet başkanının emir ve izin vermesi mutlak ve keyfî değildir. Devlet başkanı ancak bir maslahat görürse dâvânın yeniden bakılmasını isteyebilir. Çünkü devlet başkanı her çeşit tasarrufunda öncelikle hukukun hükümlerine uymak zorundadır. Hukukun boşluk bıraktığı, söz söylemediği yerlerde de keyfî davranamaz, maslahat prensibini, bir başka deyişle kamu menfaatini gözetmesi gerekir. Nitekim Mecelle'nin 58. maddesi "Raiyye, yani teb'a üzerine tasarruf maslahata menuttur" diyor²³⁰.

İslâm hukuku ictihadlardan teşekkül eder ve bu sebeple bir mesele hakkında pekçok çözüm yolu bulunabilir. Bunun pratikte doğurması muhtemel sıkıntıları bertaraf etmek ve bir beldede hukuk birliğini sağlamak için devlet başkanına büyük bir rol düşmektedir. Bir başka ifadeyle o beldede hâkim hukuk, İslâm hukukunun bu devlet başkanının benimsediği yorumu, yani icihad veya mezhebidir. Nitekim Selçuklu ve Osmanlı Devletlerinde hükümdarlar Hanefî mezhebinde bulunduğu için ülkelerinde de bu mezhep yürürlükte olmuş, hukukî ihtilaflar bu yönde çözülmüştür. İşte hukuk hayatında her türlü düzenleme devlet

229 Yusuf el-Kardâvî: *Hasâisü'l-Âmme*, Beyrut 1985, 223.

230 Nitekim kadıyü'l-kudât İmam Ebû Yûsuf'un gördüğü bir dâvânın hükmü, halkın galeyana sebep olunca zamanın halifesi Harunü'r-Reşid kamu düzenini korumak maksadıyla bu dâvânın yeniden görülmesini istemiştir. Mâverdi, 219; Keskiöglü, 265.

başkanının inisiyatifine bırakılmıştır. Bunları hukukun genel prensiplerine ve maslahata (kamu menfaatine) göre yapar. Dolayısıyla bir hâkimin kitap, sünnet ve icma'ya, yani hukuka aykırı olarak verdiği hüküm zaten yok hükmündedir, baştan itibaren geçersizdir, bunun aleyhine herhangi bir hâkime gidilip bu hâkim tarafından bozulduktan sonra yeniden muhakeme yapılarak yeni bir hüküm verilebileceği gibi, ilgililer bu hükmü divan-ı mezâlîme, yani hükümdara da arzedebilirler. Böyle bir hükmün uygulanma imkânı yoktur ve her zaman bozulabilir²³¹. Ancak kitap, sünnet ve icma'ya aykırı değil de ictihada (kıyasa) göre verilmiş bir hüküm ise artık kazıyye-i muhkeme teşkil eder. Taraflar buna kanaat etmemişlerse söz devlet başkanınıdır. Bahsi geçen hükmün bozulup yeniden muhakeme yapılmasını kabul etmezse bu ictihadı benimsediğini gösterir ve herkes buna uymak zorundadır. Aksi takdirde bu ictihadı benimsemediği anlaşılır ve dâvâ yeniden görülmek üzere devlet başkanının göstereceği veya tarafların belirleyeceği bir başka mahkemeye götürülür, ya da devlet başkanı kendi divanında bakacağı bu dâvâda bizzat karar verir. Bu karar, hukuka aykırı olmadıkça kesindir, hükümdarın kendisi dışında hiçbir mercie itiraz edilemez.

Görülüyor ki şer'î hukukta hukuka aykırı hükümlerin bozulması veya yeni bir delil ortaya çıktığı zaman muhakemenin iâdesine izin verilmiştir. Ancak son devir müelliflerinin tesbitlerine rağmen modern mânâda istinaf İslâm hukukunda kabul edilmemiştir, çünkü ictihad ile ictihad nakzolunmaz. Bu sebeple hukuka uygun olarak görülüp neticelendirilmiş bir dâvânın hükmü kazıyye-i muhkeme teşkil ettiğinden bu dâvâya tekrar bakılamaz. Hükümde hukuka aykırılık varsa zaten baştan itibaren bâtıldır, bu tesbiti herhangi bir mahkeme yapabilir. Bunun için tarih boyu divan-ı mezâlîme başvurulduğu görülmektedir. Devlet başkanı, maslahat (kamu menfaati) sebebiyle dâvâların yeniden görülmesine izin verebilir. Bu takdirde de ilk hüküm hukuka uygun ise ikinci hâkim müctehid veya başka bir mezhepte ise nasları yorum şekli ve dolayısıyla vereceği hüküm değişik olsa bile, ikinci hâkimin yapabileceği pek birşey yoktur. Ancak eğer devlet başkanı ilk hâkime dâvâyı yeniden görmesini emretmişse, hâkimin bu emre uymaya mecbur olmadığı da yukarıda geçmişti.

²³¹ Daha önce geçtiği üzere Roma hukukunda da durum böyleydi. Hâkimin bir hukuk hükmünü yok sayarak vermiş olduğu karar baştan itibaren, kendiliğinden-ıpsa iure geçersizdir. Bu hükmün geçersizliği süreye bağlı olmaksızın her zaman bir dâvâ veya def'i vâsıtasıyla tamamen beyan edici nitelikte bir karara konu olabilirdi. German hukukunun etkisiyle bu durum zamanla değişmiştir. Buna göre bütün nihai kararlar şekli anlamında muflaka kesin hüküm teşkil etmeye başlamış, bunlar aleyhine ancak zamanı içinde temyize gidilebilme esası getirilmiştir. Öztekin, 64.

D. Nâiblik ve Nâiblerin Verdikleri Hükümler

İslâm hukukunda mahkeme kararlarının kontrolü bahsinde nâiblik müessesesinden de söz etmek yerinde olur. Devlet reisi tarafından hâkim olarak tayin edilen kimseler dâvâlara bakmak ve muhakemeyi yürütmek üzere başkalarını yetkilendirebilirlerdi (Mecelle m.1805). Bunlara nâib denir ve özel hükümlere tâbi olarak görev yaparlardı. Bazen hâkim, tayin edildiği görevce bir mazeret sebebiyle gitmeyip yerine nâib gönderebildiği gibi, kimi zaman ise yargı çevresinin çok geniş olması dolayısıyla (İstanbul gibi) genellikle nâhiye statüsündeki yerlere de nâib gönderirdi²³². Hâkimler, nâib tayini bakımından: 1. nâib tayin ve azledebilmek üzere devlet başkanı tarafından yetki verilen, 2. nâib tayinine yetki verilen ancak azletmeye yetkisi bulunmayan, 3. nâib tayin edemeyen hâkimler olmak üzere üç gruba ayrılırlardı²³³. İslâm hukukunda devlet başkanının kadı tayini (taklid-i kazâ) vekâlet akdi çerçevesindedir, kadınların nâib tayini de böyledir²³⁴.

Nâib tayin edebilme yetkisi kendisine tanınmamış bulunan hâkimler nâib tayin ederse, bunun o hâkim huzurunda verdiği hükümler geçerliydi. Bazen nâib, hâkimin bulunmadığı yerde karar verirse, bu karar hâkimin icazetiyle geçerli olurdu²³⁵. Hâkim olma şartlarını taşıyorsa, nâib olarak görevlendirilmediği

232 Aydoğın Demir: "Osmanlı Devleti'nde Nâiplik", Tarih ve Toplum, Aralık 1994, S: 132, s: 44. Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında kadınların gözlerinin kesmediği memuriyetlere gitmeyip yerlerine nâib gönderdikleri ve bu nâiblerin de bazen bu işe elîl olmadıkları görülmektedir. Hükümet zaman zaman bu hususta ikazlarda bulunmuştur. Örnek olarak: Kadınların bizzat mahall-i memuriyetlerine gidip ifâ-yı vazife eylemeleri ve özürleri halinde ahkâm-ı şer'iyyeye vâkıf nâib ta'yin etmeleri muktaziyken bir vakitten beri kadınlar memur oldukları mahalle gitmeyip bir takım câhil ve ilm-i sakkden gâfil kimseleri ziyade paraya tamâen nâib ta'yin eyledikleri ve bu işe nizam ve intizâm-ı memleketi muhil ve gayricâiz bulunduğu cihetle bâdemâ kadınların bimefs memuriyetlerine gitmeleri ve özürleri olduğu takdirde ahkâm-ı şer'iyyeye vâkıf müderrislerden ve sâbık kadılarından nâib ta'yin eylemeleri hakkında kendilerine tenbihat icrâsına dair Rumeli kazaskerine hitâben yazılmış bir hüküm için bkz. BOA Cevdet-Adliye no: 251, tarih: Za (Zilka'de) 1173 (Haziran 1760). Kadınların vazife başına gitmeyip nâib yollamaları ahâlinin zararını mu'cib olduğundan yalnız ma'zur olanların dindar nâib göndererek başkalarının böyle yapmaması hakkında Şeyhülislâm Ömer Hulûsî Efendi'nin takriri üzerine Rumeli Kazaskeri Mehmed Emin Efendi'ye hüküm. BOA Cevdet-Adliye, no: 6366, tarih: S (Safer) 1217 (1802).

233 İbni Âbidîn, IV/337; Abdülaziz Bayındır: İslâm Muhakeme Hukuku, İ-t. 1986, 90.

234 M. Hüsrev, II/878; İbnü'l-Hümâm, V/486.

235 M. Hüsrev, II/879; İbni Âbidîn, IV/338.

halde bir dâvâyı görüp hükme bağlayan kimsenin bu hüknü de hâkimin icaze-
tiyle geçerli hale gelirdi²³⁶. Nâib sözü yalnızca hâkimlerin vekilleri için kulla-
nılmazdı. Kadıyü'l-kudât da halifenin nâibi idi²³⁷. Bir başka deyişle yargı oto-
ritesinin sahibi bulunan halife, bu yetkisini kadıyü'l-kudâta devreder, böylece
kendisine nâib tayin etme hakkı da "delâleten" verilmiş olur, kadıyü'l-kudât da
hâkimleri (kadıları) tayin ederdi²³⁸. Halife, kadıyü'l-kudâtu sonradan azletse ve-
ya kadıyü'l-kudât ölse, hâkimler azlolanmış sayılmayacağı gibi, hâkimlerin azli
veya ölümüyle de bunların nâiblerinin görevi sona ermezdi²³⁹, ancak hâkimin
azliyle nâiblerin görevinin sona ereceğini kabul edenler de vardır²⁴⁰. Öte yan-
dan kadıların tayin ettiği nâibler artık devlet başkanının nâibleri sayılır, kadı'nın
azliyle bunlar azlolanmış sayılmayacağı gibi, eğer kendisine bu hak verilme-
mişse bunları kadı da azledemezdi²⁴¹.

İslâm hukukunun ilk devirlerinde halifenin tayin ettiği vâliler de aynı şe-
kilde yargı otoritesini haiz olup, bunu kadılara devretmeye yetkiliydi. Bu kadıla-
ra da nâib denilmekteydi. Bunun sonucunda bu hâkimlerin kararlarını vâli göz-
den geçirebilirdi. Zaten kimi vâliler de divan-ı mezâlimin küçük bir örneğini
bölgelerinde oluştururlardı. Abbasîler zamanında, görünüşte kadıyü'l-kudât tara-
fından kontrol edilmekle beraber, kadılar iyice vâlilerin kontrolüne girmişler-
dir²⁴². Bir başka deyişle kadıyü'l-kudâtın kontrolü merkezdeki kadılara inhisar
etmiştir. Burada şunu da belirtmek gerekir ki artık bu vâliler yarı müstakil devlet
başkanı (sultan) konumuna gelmişler, giderek bağımsızlıklarını sağlamışlar
da kendi içlerinde Abbasî modeline uygun bir kanun yolu mekanizması oluştur-
muşlardır.

236 A. Haydar, Dürer, IV/705.

237 Ahmed Akgündüz: Şer'iyye Sicilleri, İst. 1988, I/72.

238 A. Haydar, Dürer, IV/704-705.

239 İbni Âbidin, IV/337; Bayındır, 91.

240 Zeynelâbidin bin İbrahim İbni Nuceym: el-Eşbah ve'n-Nezâir, Kâhire 1387/1968, 233-
234.

241 M. Hüsrev, II/879.

242 Shapiro, Appeal. 364-365; Shapiro, Courts, 205.

Nâiblerin verdiği hükümler kendisini tayin eden merciin kontrolüne tâbiydi;²⁴³ Dolayısıyla da halife kadıyü'l-kudâtın, bu da hâkimlerin, onlar da nâiblerin hükümlerini kontrol etmeye yetkiliydi²⁴⁴. Bu da şer'î hukukta yargı kararlarının kontrol usulü ve teşkilâtı hakkında ipucu mahiyetinde bir esas teşkil etmektedir.

IV. İSLÂM HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ KONTROL USULÜ

A. Mahkeme Kararlarının Bozulma (Nakz) Sebepleri

1. Hükümün Hukukî Norma Aykırı Olması

Burada iki ihtimal üzerinde durulabilir: Bunlardan birincisi hükmün müctehid bir hâkim tarafından verilmesi durumudur. Buradaki müctehidlik, mutlak, mezhepte veya meselede müctehidliğin üçüne de şâmilidir. Gerek itiraz yoluyla olsun, gerekse (hâkimin öldüğü veya azledildiği durumlarda) tenfîz ettirmek için olsun, müctehid bir hâkimin verdiği hüküm ikinci bir hâkimin önüne götürülse, imza ve infaz edilmesi hususunda üç durum sözkonusudur:

İlk olarak, bu hüküm hakkında ihtilaf bulunmayan bir hususta, fakat nasrlara, yani Selef'in tevilinde ihtilaf etmediği kitap, meşhur sünnet ve icma'ya muhalif ise aslâ imza ve infaz olunamaz. Çünkü "*mevrid-i nassda icthada mesağ yokdur*" (Mecelle m.14). Böyle bir hükmü hâkimin kendisi de bozabilir. Bu hususta bütün hukukçular müttefiktir. Nitekim sözgelışı evlenilmesi yasak olan kimseler Kur'an'da sayılmıştır, buna göre hâkim bir kimsenin annesi ile evlenmesini geçerli kabul etmişse hükmü bozulur. Bir şâhid ve bir yeminle hüküm vermek; vasiyeti borcun ödenmesinden önce yerine getirmek de böyledir. âyet hükmüne aykırıdır. Aynı şekilde üç talâkla boşanılan kadının bir başka erkekle evlenip zifafa girmeden (hulle) tekrar eski zevciyle evlenemeyeceği hususu meşhur sünnetle sâbittir. Buna rağmen hâkim, ikinci zevciyle zifafa girmeden boşanan bir kadının tekrar eski zevciyle evlenmesi hususunda karar verse, bu sahih değildir. Yine mut'a nikâhının caiz olmadığı icma' ile sabittir, bu sebeple bunun geçerliliğine dair bir hüküm yerine getirilemez. Ümmü veledlerin, yani efendisinden çocuk doğuran câriyelerin satılmayacağı hakkında hukukçular arasında icma' hâsıl olduğundan, hâkim bunların satışına hükmetse -bir görüşe göre- geçerli değildir. Burada Selef'den kasıt Eshab ve Tâbiîn'dir, dolayısıyla İmam Mâlik, İmam Şâfi'î gibi. Tâbiîn'den olmayan müctehidler bunun dışında

243 İbni Âbidîn, IV/338; Bayındır, 90.

244 M. A. Ubicini: Türkiye 1850, Trc: C. Karaağaçlı, ty, yy, I/130.

kaır. Ancak kabul edilen görüşe göre Tâbi'n devrinden sonra gelen müctehidlerin ihtilafları da muteberdir. Ümmü veledlerin satışının caiz olup olmadığı hususunda Selef ihtilaf etmiş, sonra bunun caiz olmadığı hakkında icma' hâsıl olmuştu. Selef'in ihtilaf ettiği bir meselede sonradan yapılan icma' İmam A'zam Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre önceki ihtilafı ortadan kaldırmaz, İmam Muhammed'e göre kaldırır. Hukukçular İmam Muhammed'in görüşüne meyletmektedir. Dolayısıyla buna göre Selef'in ihtilaf ettiği bir meselede sonradan meydana gelen bir icma'ya aykırı bir ictihada göre verilmiş hüküm imza ve infaz edilemez.²⁴⁵

İkinci olarak, Selef, yani Eshâb, Tâbi'n ve mutlak müctehid hukukçular devrinde değişik ictehadları ihtivâ eden bir meselede bunlardan birine uygun olarak²⁴⁶ verilen hüküm ikinci bir hâkimin önüne götürüldüğünde, hükmü veren hâkim bu konudaki ihtilaflara vâkıf ise, ikinci hâkimin ictehadı farklı olsa bile, mutlaka imza ve tenfiz edilir. Çünkü ictehad ile ictehad bozulmaz (Mecelle m.16). Kaldı ki hakkında çeşitli ictehadlarda bulunmuş bir meselede, hâkimin hükmü artık ihtilafı ortadan kaldırmış olur, hüküm üzerinde ittifak edilmiş bir hüküm gibi olur. Bu husus müctehid bir hâkim içindir.²⁴⁷ Bununla beraber

245 M. Hüseyin, II/869; İbnü'l-Hümâm, V/487 vd.; Ekmelüddin Muhammed bin Mahmud el-Bâberî: Şerhu'l-İnâye ale'l-Hidâye, Kâhire 1390/1970, (Fethu'l-Kadir hâmişinde), V/398; İbrahim Halebî: Mülteka'l-Ebhur, Kitâb-ı Mevkûfat adıyla trc: Mevkûfatı Mehmed Efendi, Der. 1318, II/64; Tahtâvî, VI/147-148; İbni Âbidîn, IV/343; Tarablusî, 29; Ebûl Hasan Ali bin Muhammed bin Habib el-Mâverdi el-Basrî eş-Şâfiî: Edebül-Kâdi, Bağdad 1391/1971, I/685; Karâfi, 19; Burhanüddin İbrahim bin Ali bin Ebû Kâsim bin Muhammed el-Mâlikî el-Medenî İbni Ferhun: Tabsıratü'l-Hükkâm, (Abdullah eş-Şeyh Muhammed Ahmed Uleyş'in Fethu'l-Aliyî'l-Mâlik kitabı kenarında) Kâhire 1378/1958, I/71; İbni Kudâme, IX/56; Kamalî, 72; A. Haydar, Dürer, IV/796-797.

246 Çünkü bir mesele hakkında Selefden birbirinden farklı iki veya daha fazla görüş gelmişse, bunlara aykırı olan yeni bir görüş ileri sürmek icma'ya aykırı olur. Sözelîşi kardeşlerle beraber bulunan dedenin mirası hakkında Selefden müctehid hukukçular iki görüş bildirmişlerdir. Bunlardan birincisi mirasın tamamının dedeye ait olduğu ve ikincisi de mirasın dedeye kardeşler arasında taksim edileceği yönündedir. Burada en azından dedenin her halükârda vâris olduğu hususunda icma' oluşmuştur. Şimdi dedenin vâris olmayacağı yönünde üçüncü bir görüş ileri sürülemez. Molla Hüseyin: Mir'atü'l-Usûl, Derseâdet 1321, 230-231.

247 İlk zamanlar kazâ ve fetva ile görevlendirilenlerin hemen hepsinin müctehid olduğu bilinmektedir. Hz. Ömer, halife olduktan sonra ictehadı farklı olduğu halde Halife Hz. Ebû Bekr'in verdiği hükümleri bozmamıştır. İbni Nuceym, 104. Yine birgün Kadı Ebu'd-Derdâ'nın verdiği bir hükümden mahkûm olan tarafın şikâyeti üzerine, Halife Hz. Ömer "Ben onun yerinde olsaydım senin lehine hükmederdim" demiş, "Buna engel

mukallid hâkimin durumu da bundan farklı değildir. Taklid ettiği müctehidin görüşüne uygun şekilde hükmetmişse, bu hükmün arzedildiği ikinci hâkim başka bir müctehidi taklid ediyor olsa bile bunu bozamaz. Nitekim sözgelishi, kazf suçundan mahkûm olan bir kimse tövbe ettikten sonra, kendisinin şahidliğine cevaz veren Şâfiî mezhebindeki bir hâkim tarafından şahid olarak dinlense, verilen hükmü bu kimsenin şahidliğine cevaz vermeyen Hanefî mezhebindeki bir hâkim bozamaz. Yine sözgelishi, bir kadının dâvâsında zevci ile bir yabancı, şahid olarak dinlense, Şâfiî mezhebine uygun olarak verilmiş bu hüküm, buna cevaz vermeyen Hanefî mezhebindeki bir hâkime götürülse imza ve infazdan başka yapılacak birşey yoktur²⁴⁸. Burada ihtilaf *nefs-i mesele ve sebeb-i kazâ*dadır, yani meselenin kendisinde ve hükmün sebebindedir.

Üçüncü olarak, hukukçuların ihtilaf ettikleri bir meseledir ve bu ihtilaf hüküm verildikten sonra da devam etmektedir. Artık hâkimin bağımsız bir icthadı mahiyetinde olan bu hükmün yerine getirilmesi, ikinci bir hâkimin imza ve tenfizine bağlıdır. Bu durumda bakılır: Eğer delile dayalı ve hâkim de o meselede hukukçu ve müctehidlerin ihtilaflarını biliyorsa bir görüşe göre mutlaka imza ve infaz olunur, diğer görüşe göre ise ikinci hâkim kendi icthadına aykırı görürse bu hükmü bozabilir, bu takdirde hükmün yerine getirilmesi, üçüncü bir hâkimin de imza ve infazına muhtaçtır, bu da istinafi hatırlatmaktadır. Fakat bu hüküm delile dayanmıyor ve bu hâkim de hukukçu ve müctehidlerin ihtilaflarını-

nedir?" diye sorulunca "Burada nass bahis konusu değil, bir görüşün ise diğerine üstünlüğü yoktur!" cevabını vererek hükmü bozmaya yanaşmamıştır. A. Haydar, Dürer, I/69-70. Giderek müctehid hukukçuların sayısı azalmış, hatta yok gibi olmuş, hâkimler müctehid olmayan, yani mukallid hukukçulardan tayin edilmeye başlanmıştır. Müctehidler kendi icthadlarına göre hüküm vermeye mecbur olduğu gibi, bunlar da taklid ettikleri mezhebin kâidelerine göre hüküm vermekle mükellef idiler. Zaruret ve ihtiyaç halleri ile yukarıda geçtiği üzere sultanın emri müstesnadır. Hâkimin müctehid olup olmamasının, hüküm kontrolü bakımından sonuç itibarıyla pek farkı yoktur.

- 248 M. Hüsrev: II/869; İbni Âbidin, IV/339; A. Haydar, Dürer, IV/798-799; Coşkun Üçok: "İslâm Hukukunun Temel Kurallarından İctihat ile İctihat Nakzedilmez". İnan Ökten'e Armağan, AÜHF, 1970, 42; Nebhan: 586; Bilmen: VIII/239; Kamali, 69. Nitekim meselâ, vakıf, İmam-ı A'zâm Ebû Hanîfe'ye göre lâzım (bağlayıcı) bir tasarruf değildir, vakfeden her zaman geri dönebilir. İmam Ebû Yûsuf'a göre irade beyanında bulunulduğu andan, İnan Muhammed'e göre ise malın mütevellîye tesliminden itibaren vakıf bağlayıcıdır. Hâkim, önüne gelen bir vakıf dâvâsında İnan Ebû Yûsuf'un görüşüyle hüküm verecek olursa, (yalnızca) bu vakıf dâvâsi bakımından ihtilaf ortadan kalkar, artık bu beyandan dönülemediği gibi, başka bir hâkim de diğer icthadlara aykırı olduğundan bahisle bu hükmü bozup bunlara göre yeniden karar veremez. (sultanın emri müstesnadır, çünkü sultan belli bir icthadla hükmedilmesini emrederse, hâkim bununla hükmetmeye mecburdur). İbni Âbidin, III/372. Bu husus, birbirinden farklı ve alternatifli hükümler içeren İslâm hukukunun uygulandığı bir ülkede hukuk ve yargı birliğinin sağlanması bakımından önemlidir.

dan habersiz ise ikinci hâkim bu hükmü bozar, artık üçüncü bir hâkime götürülse bile imza ve tenfiz olunamaz. Buradaki ihtilaf *nefs-i hükm*dedir, yani hükmün kendisindedir. Meselâ, hâkim çocuğu veya hanımı lehine hüküm verse; hâkim kazfdan (zina iftirasından) dolayı kendisine had vurulup sonradan tevbe eden bir kimseyse; hâkim âmâysa; (cinayet dâvâları bakımından) kadınsa; âmânın, kazfdan dolayı had vurulmuş kimsenin, bir kadın lehinde kocanın, had ve kısas dâvâlarında kadınların şâhidliğiyle hüküm verilmişse hükmün kendisinde ihtilaf var demektir. İctihad edilen husus hükmün kendisi değil, hâkimin hüküm verip veremeyeceği hususudur. Bu hüküm ikinci bir hâkime arzolanup imza ve infaz edilmedikçe geçersizdir. İkinci hâkim aynı görüşe sahipse hükmü imza ve infaz eder, değilse etmez. İkinci hâkimin imza ve infaz veya bozma hükümleri üçüncü bir hâkime iletirse, bu üçüncü hâkim farklı bir görüşe sahip olsa bile ikinci hâkimin hükmünü bunu iptal edemez. Halbuki yukarıda da geçtiği üzere, ihtilaf meselenin kendisinde olduğu durumlarda ikinci hâkimin imza ve infazına ihtiyaç olmaksızın geçerlidir²⁴⁹.

Hâkim yukarıdaki son iki durumda, yani icthada dayanarak karar verdiği zaman bu meselede hukukçuların ihtilaflarını bilmeli ve verdiği hüküm delile dayanmalıdır. Aksi takdirde hükmü geçerli değildir. Nitekim bu hususta bir icma' varsa öncelikle buna uyması zorunludur. İcma' bulunmayıp, o mesele hakkında Selef arasında ihtilaf söz konusu ise (muhtelefün fiha), hâkim bunlardan birine uygun hükmedebilir, bu hüküm kimse tarafından bozulamaz. Ancak ihtilaflı bazı meselelerde, hukukçuların hükme esas alınmasını açıkça men ettiği bir takım görüşler bundan müstesnadır. Hâkimin verdiği kararların geçerli olmadığı kırk kadar yer kaynaklarda sayılmaktadır, yani bu gibi meselelerde hâkimin istediği bir görüşü benimsemesi mümkün değildir, yukarıda da örneklerle geçtiği üzere terkedilmiş görüşlere dayalı hüküm veremez²⁵⁰. Bunlardan başka bizzat kendi icthadıyla da hüküm verebilir, bu takdirde de o konudaki ihtilafları bilmesi ve hükmün delile dayalı olması aranır. Böyle ise bozulamaz, bozulsa bile üçüncü bir hâkim bunu imza ve infaz eder. Böyle değilse bozulur, üçüncü bir hâkim bile bunu imza ve infaz edemez.

Görülüyor ki, icthada dayalı bir meselede müctehid hâkimin önceki hukukçuların görüşleri dışında bir görüşle verdiği bir hükmün, ikinci hâkim tarafından imza ve infaz edilip edilemeyeceği meselesinde ihtilaf bulunmaktadır. Hanefî mezhebinin temel kaynaklarından biri olan *Muhtasar-ı Kudûrî* isimli eserde geçtiğine göre, bir hâkimin hükmü, ikinci bir hâkimin önüne gelse, kitap,

249 İbni Âbidîn, IV/339, 344-345; A. Haydar, Dürer, IV/798-800.

250 Bkz. İbni Nüceym, 105-106; İbni Âbidîn, III/465-467.

meşhur sünnet ve icma'ya muhalif olmadıkça imza ve infaz edilir. Bunun sonucu şudur ki, Sclef'in ihtilaf ettiği bir meselede sonradan icma' meydana gelmişse, hâkimin bu ihtilaflardan icma'a aykırı olan birine dayalı hükmü geçerli olmaz. İmam Muhammed'in *Câmi'us-Sağîr* adlı eserinde bildirilen diğer görüşe göre, hukukçuların ihtilaf ettikleri bir meselede verilen bir hüküm, ikinci hâkim önüne götürüldüğünde, bu hâkim birinciden farklı bir görüşe sahip olsa da bu hükmü imza ve infaz eder. Yani hakkında değişik ictihadlar bulunan bir meselede verilen bir hüküm bir başka hâkime götürüldüğünde, başka bakımlardan da sahih ise tatbik olunur. Her ne kadar muteber kaynaklar Kudûrî'nin ifadesini esas almışlarsa da, Câmi'us-Sağîr'in ifadesi Kudûrî'dekinden delil bakımından daha kuvvetli bulunmuş ve Ebu'l-Leyis, İbnü'l-Hümâm gibi hukukçular tarafından tercih edilmiştir. İcma'ya muhalif hükmün geçerliliği hususundaki ihtilaflar, icma'nın mahiyeti hakkındaki ihtilaflardan kaynaklanır. Yukarıda da belirtildiği üzere, sonradan yapılan bir icma', İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe ile İmam Ebû Yûsuf'a göre önceki ihtilafı ortadan kaldırmazken İmam Muhammed'e göre kaldırır. Dolayısıyla sözcelişi ümmü veledlerin satılabileceğine dair verilen karar İmam-ı A'zam ve İmam Ebû Yûsuf'a göre icma'ya muhalif olmayıp bozulamaz. İmam Muhammed'e göre ise bu hüküm geçerli değildir. Çünkü bu hususta Eshâb'ın hemen hepsi satılamayacağı görüşünderken Hz. Ali satılabileceğini kabul etmiş, sonradan bu görüş terkölunarak ümmü veledlerin satılamayacağına dair icma' meydana gelmiştir. Yine sözcelişi bir dirhem in iki dirhem karşılığında peşin satışının geçerliliğine dair hüküm de böyledir. Burada böyle bir satışın geçerli olduğu hususunda sadece İbni Abbas'dan görüş nakledilmektedir ki bu görüş hukukçular tarafından terkölunduğu ve böyle bir satışın geçerli olmadığı yönünde icma'ya varıldığı için İmam Muhammed'e göre hâkim bu görüşe uygun karar veremez.²⁵¹

Müctehid bir hâkimin, bir meselede önceden zihninde tesbit ettiği ictihada muhalif bir hüküm vermesi, hükmü verirken de bu hususta hukukçuların ihtilafı olduğunu bilmemesi halinde bu hüküm muteber değildir. Ama bu ihtilafı bilmeden o konuda bir ictihada varsa, sonra bu konudaki ihtilafları öğrense ve eski ictheadına muhalif karar verse, bu ictheadından rücu ettiği, döndüğü anlaşılır ve hükmü geçerli sayılır. Sözcelişi, hâkim ölen bir kimsenin borçlarının ödenmesi için, vasıfsız köle zannıyla müdebber (efendisinin ölümüyle âzâdlanacak) kölelerinin satışına hükmetse, ama müdebber kölelerin satılıp satılamayacakları hususundaki ihtilaflardan haberdar bulunmasa, sonra da bu kölelerin müdebber köle olduklarını öğrense, her ne kadar satışta cevaz veren bir icthead da olmasına rağmen hüküm anında bunu bilmediği için hükmü bozulur.

251 Merğînanî, III/107; İbnü'l-Hümâm, V/487-488; Bâbertî, V/487-488; İbni Âbidin, IV/339,342-343; A. Haydar, Dürer, IV/796-797.

Yine kazf suçundan mahkûm olmuş kimselerin şâhidliğiyle onların bu durumunu bilmeksizin hüküm verse, bu husustaki ihtilaflardan haberi bulunmasa, tövbe ettikten sonra bunların şâhidliğine cevaz veren icthad varsa da bunu bilmediği için hükmü geçerli değildir. Halbuki bilip de kendi icthadına muhalif hüküm verseydi bundan rücu edip yeni bir icthadı benimsediği anlaşılır, böyle bir hüküm ikinci bir hâkime iletildiğinde imza ve infaz edilmesi gerekirdi. Mukallid hâkimlerin bu gibi meselelerde ihtilafın olup olmadığını bilmesi aranmaz, bunlar müctehidlerden birini taklid ettikleri takdirde verdikleri hükümlerin bozulmayacağı hakkında icma' vardır²⁵².

Hanefilerde, kendi bilgisiyyle hüküm verip sonradan bunun yanlış olduğunu anlaması veya verdiği hükümde hatalı olduğunu ortaya çıkması ya da kendi mezhebine (icthadına) aykırı davranması gibi durumlarda hâkim hükmünden dönülebilir, hatta dönmesi vâcibdir, çünkü bu durumlarda birinci icthadıyla verdiği hüküm bâtildir, dolayısıyla icthad ile icthadın bozulamayacağı prensibi de ihlâl edilmiş olmaz²⁵³. Çünkü "*hatası zâhir olan zanna itibar yoktur*" (Mecelle m.72). Buna karşılık, hüküm veren hâkim, sonradan aynı mesele önüne getirilse ve bu kez başka bir hüküm icthad etse bile bu, hukuka uygun olarak verilmiş ve itiraza konu olmamış bulunan eski hükme etki etmez, çünkü icthad ile icthad bozulmaz (Mecelle m.16)²⁵⁴.

Müctehid hâkimin hükmettiği bir mesele, benzer bir şekilde tekrür ederse müctehidin tekrar icthadda bulunup hükme varmasının gerekli olup olmadığı (tecdid-i icthad, tekrar-ı nazar) hususunda ihtilaf vardır: İbni Hâcib ve İbni Sa'âfî gibi hukukçular buna gerek görmezler. Öte yandan Kadı Ebû Bekr ve İbni

252 İbni Âbidîn, IV/339.

253 İbni Nüceym, 235; İbni Âbidîn, IV/356-357, 359; İsmail Hakki, 262; Zeydan, 275. Günümüz hukukunda hâkim, hatalı olduğunu anlasa bile, tazvih vesilesiyle de olsa hükmü değiştiremez, ancak ara kararlar hüküm mahiyetinde olmadığı için bundan müstesnadır. Berki, Tefsir, 101.

254 Mahmud Esad: Telhis-i Usul-i Fıkh, İzmir 1309, 506; İsmail Hakki, 262; Berki, Tefsir, 203; Üçok, İctihat, 42. Halife Hz. Ömer'in önüne bir miras meselesi gelmişti. Bir kadın ölmüş ve geride kocası, annesi, ana bir iki erkek kardeşi ve ana-baba bir kardeşleri kalmıştı. Hz. Ömer ana-baba bir kardeşlerin miras alamayacaklarına hükmetmiş, bunun üzerine bunlardan birisi "*Diyeelim ki babamız denize atılmış bir taş (hacer) idi (yani babayı dikkate almıyorsun), peki ya annemiz de bir değil mi?*" diye itiraz ettiği için bu dâvâ mesele-i haceriyye diye aulagelmiştir. Hz. Ömer, bir sene kadar sonra bunun aynı olan bir başka meselede farklı hüküm vermiştir. Bunu garipseynlere ise "*O zaman öyle icthad etmiştik, şimdi ise böyle icthad ediyoruz.*" demiştir. Mâverdi, 68; Ferrâ, 63.

Ukayl gibi hukukçular ise bunun şart olduğunu kabul etmişlerdir. Çünkü icthad değişebilir ve müctehid icthadından rücu edebilir. Nitekim İmam Şâfiî, Mısır'a geldikten sonra pekçok icthadından rücu ederek bu yeni ülkenin şartlarına göre yeni icthadları benimsemiştir. Ancak Âmidî ve Nevevî'ye göre, hâkim ancak bir meseledeki icthadını hatırlamıyorsa sonradan benzer bir meselede yeniden icthadda bulunması gerekir²⁵⁵.

Hükümün kontrolünde ikinci ihtimal, hâkimin müctehid olmaması durumudur. Bu takdirde hâkimin kendisini tayin eden makam tarafından emrolunduğu görüşlere göre, böyle bir şey bahse konu değilse mensubu olduğu mezhebin kurallarına göre verdiği hüküm muteberdir. Bu hükmü sonradan kendisi bile bozamaz²⁵⁶. Müctehid olmayan hâkimin hukuka uygun olarak vermiş olduğu bir karar da, genellikle mezhebinin hükümlerini yorumlamak ve somut olaya uygulamaktan ibaret olduğu ve bu da icthad amelîyesine benzediği için, en azından icthad ile icthad nakzolunmaz prensibinden -kural olarak- yararlanmaması için bir sebep yoktur. Yani böyle bir hüküm de istinaf yasağının kapsamına girer²⁵⁷. Ancak klasik kaynaklara göre, üç sebebin varlığı durumunda, yani hâkim kendi bilgisine göre hüküm vermişse veya hatalı ya da kendi mezhebine aykırı olarak hüküm verdiğini anlarsa -zaten aslı itibarıyla bâtil olan- bu hükümden dönebilir, böyle bir hükmü başka hâkim de bozabilir²⁵⁸. Hâkim, icthad yeri olan bir hususta, eğer kendi mezhebine aykırı hüküm vermişse, ister müctehid isterse mukallid olsun, bunun geçerliliği üzerinde hukukçular farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'ye göre bir hâkim, başka bir mezhebin kendi mezhebine muhalif bir kurallıyla karar verse, gerek hataca

255 İsmail Hakkı, 265-266.

256 Hey'et: el-Fetâvâ'l Hindîyye, Bulak 1310, III/332; Tarablusî, 29; Tahtavî, VI/161. Nitekim kazf suçundan ceza görmüş kimsenin şahidliği Hanefî mezhebinde geçersiz, ancak Şâfiî mezhebinde geçerlidir. Böyle bir kimsenin şahidliğini kabul eden Şâfiî hâkimin hükmü Hanefî bir hâkime götürülse bozulamaz. A.Haydar, Dürer, IV/799. Bu hususta bir fetva şöyledir: "Zeyd, Amr ile bir hususa müteallıka dâvasında kadıya murâfaa oldukda hak Zeyd'in yedinde idüğü vech-i şer'i üzere sâbit olmağla kadı husus-ı mezburu Zeyd'e hüküm itdükden sonra kadı hükümden rücu' itdüm dise böyle dimekle hüküm-i mezbur müntekız olur mu? El-cevab: Olmaz." Fetâvâ-yı Ali Efendi, I/370.

257 Bu hususta bkz. İbrahim Kâfi Dönmez: "İslâm Hukukukunda Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu İle Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese", MÜİFD, S:4, 1986, s:23-51.

258 İbni Nüceym, 235; İbni Âbidîn, IV/359; Zeydan, 275.

(unutarak) ve gerekse kasden olsun, bu hüküm muteberdir, İmam Ebû Yûsuf ile İmam Muhammed'e göre kasden böyle verilmişse sahih değildir²⁵⁹.

Hanefî mezhebindeki bir hâkim bir meselede farklı ictihâdlar söz konusuysa ve eğer kudreti de varsa bunlardan delili kuvvetli olanıyla hükmedecektir. Bu kudreti haiz değilse, öncelikle İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'nin görüşüne bakılır. İmam-ı A'zam'dan gelen bir görüş yoksa İmam Ebû Yûsuf, sonra İmam Muhammed, sonra İmam Züfer, sonra Hasen bin Ziyad'ın görüşlerine bakılır. Ancak muhakeme usulü hususunda Ebû Yûsuf'un görüşünün esas alınması tercih edilir, çünkü O kadiyü'l-kudâtlık yapmıştır. İhtilafın sebebi zamana, bir başka deyişle örfce dair ise İmameyn'in, yani İmam Ebû Yûsuf ile Muhammed'in görüşüne itibar edilir. Nitekim bu mezhepteki bir hâkimin İmam Ebû Yûsuf ile İmam Muhammed'in görüşleriyle hüküm vermesi mezhebine muhalif sayılmaz, çünkü bunların görüşleri de esasen hocaları İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'den rivayet edilen görüşlerdir. Sonraki Hanefî hukukçuları, eğer bu görüşlerden herhangi birini tercih etmiş veya veliyyü'l-emr, yani devlet başkanı bu görüşlerden birisini uygulanmak üzere seçmişse, artık bu görüş esas alınır. Bu görüşler metn, şerh ve fetva olarak üç sınıfa ayrılan kitaplarda yer alır. Metnler şerhlere, şerhler de fetva kitaplarına tercih edilir. Kitaplarda aynı değerde farklı görüşlerden delili zikredilen esas alınır. Bunlardan biri kıyasa ve diğeri istihsana göre verilmişse istihsana göre verilen esas alınır. Vakıf meselelerinde hâkim vakfın menfaatine olan görüşü esas alır. Rivayet ve tercihlerde ihtilaf olduğunda İmam Muhammed'in bizzat kaleme aldığı ve Zâhirü'r-Rivaye denilen metinlere, bunlarda hüküm yoksa İmam Muhammed'e ait olan ancak bizzat O'nun tarafından kaleme alınmış bulunmayan Nevâdir metinlerine, bunlarda da hüküm yoksa mezhepte daha sonraki müctehidlerin verdiği hükümlerin yer aldığı Vâkıat metinlerine başvurulur. Zâhirü'r-Rivaye metinlerindeki hükümlerin hemen hepsi Hanefî mezhebinde en müteber dört kitap (mütûn-u mu'tebere-i erbaa) olarak tanınan Kenz, Vikâye, İhtiyar ve Mecma'da yer alır. Daha sonraları kaleme alınan Molla Hüsrev'in Dürer ve Halebî'nin Mültekâ adlı eserleri bunlardaki görüşleri biraraya getiren ve İslâm ülkelerinde, bu arada Osmanlı Devleti'nde çok tutulan, medreselerde ders kitabı olarak okutulduğu gibi mahkemelerde de yarı resmî ve belirli bir zamandan itibaren resmî kanun metni olarak uygulanan kitaplardır. Kadıların bu sıralamaya veya adı geçen eserlere aykırı karar vermeleri, hukuka da aykırılık teşkil eder ve hükmü sakatlar²⁶⁰.

²⁵⁹ Merğînanî, III/107; İbnü'l-Hümâm, V/491; Bâbertî, V/491; Halebî, II/65; Hindiyce, III/313; İbni Âbidîn, IV/348; A. Haydar, Dürer, IV/699; Schacht, Introduction, 196.

²⁶⁰ M. Hüsrev, II/871; İbni Âbidîn, IV/348-349; A. Haydar, Dürer, IV/294 vd, IV/695 vd.

Mâlikî mezhebinde, hâkimin hükmü uyuşmazlığı ortadan kaldırmakla beraber, sonradan hükmünün hatalı olduğunu anlaması hâlinde hâkimin bu hükmünden dönmesi mümkündür. Hâkim, sonradan bir başka hükmü daha isabetli bulsa, hükmünden dönmesi konusu ihtilafıdır. Bu mezhepteki bir görüşe göre, hâkim nikâh, talâk ve itk, yani köle azâdıyla ilgili hükümlerde dönemez, bunun dışındaki hükümlerden dönebilir. Nitekim yukarıda geçtiği üzere, Hz. Peygamber'in de icthad yoluyla vermiş olduğu hükümlerden sonra rücu ettiği olmuştur. Mâlikî mezhebindeki diğer görüşe göre, hâkim hükmettikten sonra başka bir icthadı benimseyecek olursa bu hükmünü bozup, delilini bildirmek kaydıyla bu yeni icthadına göre hükmedebilir. Hâkim, hataen veya unutarak yahud da bilmeyerek kendi icthadına (veya mezhebine) aykırı hükmetmiş olduğunu sonradan anlarsa, bu hükmü ancak kendisi bozabilir, başka bir hâkim bozamaz. Öte yandan kitap, sünnet, icma' ve kıyas-ı celiye aykırı hükümleri yetkili her makam bozabilir. Hâkim eğer âlim ve âdil bir kimseye artık bunun hükmünün doğru olup olmadığı aranmaz, ancak aksi durumda, yani hâkim zâlim bir kimseye sonra gelen hâkim bunun hükümlerini bozarak yeniden hükmeder, ancak câhil hâkim eğer bilenlerle müşâverede bulunarak hükmetmiş ise hükümleri incelenip yanlışlığı anlaşılmadıkça bozulmaz²⁶¹.

Şâfiî mezhebinde, hâkimin hükmü kitap, sünnet, icma' ve şart-ı vâkıf ile kıyas-ı celiye veya kendi mezhebine aykırı ise sahih değildir, kendisi veya bir başka hâkim tarafından bozulur; böyle olmayan bir hükmü kendisi bile bozamaz. Hatta hâkimin kendi mezhebinin tercihe şâyân görüşleriyle hükmetmesi şarttır, ancak tercih ehli bir hâkimse, mezhebinde tercih edilmemiş görüşlerle de -ciddî bir delile dayanmak kaydıyla- hükmedebilir²⁶². Şâfiî mezhebindeki bir görüş, bir hâkimin kendi mezhebinin dışında bir başka mezhep görüşüyle hüküm vermesini geçerli saymazken, Şâfiî mezhebindeki diğer bir görüşte, sözgelişi Şâfiî mezhebindeki bir hâkim, Hanefî mezhebine göre hükmedebileceği gibi, bir kimse mezhebinin dışında bir başka mezhebe göre hükmetmemek şartıyla kadı

261 Kurtubî, XI/312; İbni Ferhun, I/71; Ebû Abdullah Muhammed bin Muhammed bin Abdurrahman el-Mağribî el-Hattâb: Mevâhibü'l-Celil Şerhu Muhtasar-ı Halîl, Beyrut 1416/1995, VIII/137-138, 141-142; Ebû Abdullah Muhammed Yusuf el-Mevvâk: et-Tâc ve'l-İkîl li-Muhtasar-ı Halîl, Beyrut 1416/1995, VIII/137, 141, 143; Bilmen, VIII/239.

262 Şihâbüddin Ahmed İbni Hacer el-Heytemî: Tuhfetü'l-Muhtâc bi-Şerhü'l-Minhâc, Kâhire 1315, X/144-145; Abdülhamid eş-Şirvânî: Hâşiyetü Şirvânî alâ Tuhfetü'l-Muhtâc, Kâhire 1315, X/144-145; Hin/Buğâ/Şerbecî, VIII/175-176. Şâfiîlerin diğer mezheplerden farklı olarak aradığı bir hükmün kıyas-ı celiye de aykırı olmaması şartı, bu mezhepte istihsanın kabul edilmemesi sebebiyledir. Hatırlanmalıdır ki, istihsanın bir türü kıyas-ı hafî olup kıyas-ı celiye uymayan bir hükmün benimsenmesi demektir.

olarak görevlendirildiğinde, Şâfiî'deki bir görüşe göre tayin muteberdir, ancak şart muteber değildir; Hanbelîlerde de böyledir²⁶³.

Hanbelî mezhebine göre de kitap, sünnet ve icma'ya aykırı hükümler geçerli değildir. Eğer mahkeme hükmü bu üç kaynaktan birine aykırı ise, hukukullahı, yani kamu haklarına ilişkin hükümlerde re'sen, hukuk-u âdemîye, yani şahsî haklara ilişkin hükümlerde ise talep üzerine hüküm bozulur. Hâkim, hükmetmeden önce o husustaki ictihadını değiştirdiği takdirde hükmünü de delilini belirtmek kaydıyla bu yeni ictihadına göre verir²⁶⁴.

İkinci bir hâkimin ilk hâkimin verdiği hükmü imza ve infazı, ilk hükmün sahih bir dâvâ sonucu verilmesine bağlıdır, yoksa bu bir fetva mahiyetinde olup ikinci hâkimi bağlamayacağından kendisi bizzat yeniden hükmeder. Bu sebeple, meselâ, gâibe dair hüküm, taraflar teşkil edilmediği için sahih bir dâvâ sonucu verilmiş sayılmadığından, ikinci hâkim bu hükmü bozarak tarafların teşkiliyle yeniden hüküm verir. Nitekim bir dâvâda gâib aleyhine verilmiş hüküm, diğer üç mezhepte caiz olduğu halde, Hanefî mezhebine göre taraflar teşkil edilmiş sayılmadığından geçerli bir dâvâ sonunda verilmiş kabul edilmez. Yalnız bu husus hakkında dâvâ açılması şart koşulanlar içindir, yoksa vakıf gibi tescil niteliğinde hükümlerde imza ve infaz eder²⁶⁵.

Hâkimin hükmü kitap, sünnet ve icma'ya, ya da mezhebine uygun olsa dahi kendisi hâkimliğe elverişli değilse, sözgelişi şahâdlikte aranan şartları taşıyorsa verdiği hüküm bozulur²⁶⁶. Böyle bir hükmü başka bir hâkim de bozabilir. Nitekim aşağıda gelecektir.

Hâkim yalnız mezhebinin hükümlerini tatbik ederken değil, muhakeme usulü bakımından da hatalı davranmışsa bu hüküm bozulur²⁶⁷. Ayrıca Hanefiler-

263 Mâverdi, 64-65; Ferrâ, 63-64.

264 İbni Kudâme, IX/52, 58.

265 İbni Âbidîn, IV/340.

266 M. Hüseyin, II/870; İbni Âbidîn, IV/338.

267 Arkadaşlarıyla yola çıkan bir kimse arkadaşları döndüğü halde dönmeyince yakınları, adamın arkadaşları tarafından öldürülmüş olduğu iddiasıyla Kadı Şüreyh'in önüne gelmişler, O da bunların beyyine gösteremedikleri iddiasına karşı, sanıklara masum olduklarına dair yemin etmeleri teklifinde bulunmuş, bunlar da bu yemini edince dâvâcılar aleyhine hükmetmişti. Dâvâcılar daha sonra dâvâyı Halife Hz. Ali öntüne getirmişler, O ise sanıkları ayrı ayrı dinleyip ifadelerindeki tutarsızlıklarını görünce

de gâib aleyhine verilen hüküm İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'ye göre sahih ve İmam Muhammed'e göre de nâfiz olmamakla beraber İmam Ebû Yûsuf'a göre kural olarak geçerlidir, bu mezhepte tercih edilen görüş de budur. Mâlikîlerin ekserisi ile Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde de gıyapta hükmetmeye cevaz verilmiştir, ancak Şâfiîler ve Hanbelîler hukukullahı, yani kamu haklarına dair ihtilafları bundan müstesna tutarlar. Gâib aleyhine verilen hükümlerin muteber olduğu hallerde gâib sonradan ortaya çıkıp bu hükme geçerli bir def ile itiraz etse, bu hüküm bozulmuş olur²⁶⁸.

2. İhtisas Yokluğu *

Hâkim, devlet başkanı tarafından belirli bir mezhebin görüşüyle hükmetmek üzere kayıtlanmışsa buna göre karar vermeye mecburdur. Kendisi başka mezhepte bile olsa böyledir. Aksi halde verdiği hüküm bozulur. Hükümdarın kadı tayini, vekâlet akdi çerçevesinde cereyan eder. Nitekim vekil, müvekkil tarafından zaman, mekân ve bazı işler için tayin edilebilmektedir. Kazâ, da zaman, mekân, bazı hususlar ve kişilerin istisnası ve hükmeye belirli bir görüşün esas alınması ile kayıtlanabilir (Mecelle m.1801). Bu takdirde hâkim kayıtlandığı zaman ve mekân dışında hükmedemeyeceği gibi, ancak görevlendirildiği dâvâ ve kişiler üzerinde hükmedebilir; aksi takdirde verdiği hüküm bozulur²⁶⁹. Yine meselâ bir sene süreyle görevlendirilen bir hâkimin bu sürenin başlamasından önce veya bitiminden sonra verdiği hükümler geçerli olmadığı gibi, bir kazâda hükmetmek üzere görevlendirilen bir hâkim o kazâ sınırları dışında bir yerde hükmetse bu hüküm de bozulur; aynı şekilde muayyen bazı hususların dâvâ edilmesi hâlinde, kamu çıkarı için bu dâvâlara bakmaktan yasaklanmışsa yine bu dâvâlara dair vereceği hükümler bozulur²⁷⁰. Sözgelisi Mecelle'nin 1660. mad-

hükümü bozarak bunlar aleyhinde hükmetmiş, bunun üzerine sanıklar suçlarını itiraf etmişlerdi. Beyhakî, Adâbü'l-Kadı 9.

268 Merğînânî, III/107; Hindîyye, III/433; Hattâb, VIII/151 vd; Mevâk, VIII/151 vd; İbni Hacer el-Heytemî, X/188; İbni Kudâme, IX/110-111; Bilmen, VIII/231-234. Geniş bilgi için bkz. Ahmed Akgündüz: "İslâm ve Osmanlı Hukukunda Gıyapta Yargılama Müessesesi", Belleten C.L, S:196, Nisan 1986, s:169-199.

* Esasen bu sebep bir önceki sebebe, yani hukuka aykırılığa da dâhil edilebilir. Ancak burada hukuka aykırılıktan kasıt hâkimin tayin edilirken koşulan şart ve kayıtlara aykırı davranması durumudur, yoksa bütün bozma sebeplerinin aslında birer hukuka aykırılık teşkil ettiği açıktır.

269 Hindîyye, III/315; İbni Âbidin, IV/356; Ebyânî, 107; Bilmen, VIII/222; Zeydan, 45vd.

270 Ali Haydar Efendi meşhur Mecelle şerhinde Osmanlı hâkimlerinin bakmaya yasaklı oldukları dâvâları saymaktadır. A. Haydar, Dürer, IV/689-691, 692 vd.

desine göre on veya daha onbeş yıl içinde açılmamış bir dâvânın bu müddet geçtikten sonra açılması durumunda bu dâvâ dinlenmez. Öte yandan muayyen bir icthad ile hükmetmekle takyid olunmuş hâkim kendi icthadı bile olsa buna muhalif başka bir icthadla hükmederse bu hüküm bozulur. Sözgelisi Hanefî mezhebine göre hüküm vermekle görevlendirilmiş olan bir hâkim kendi mezhebi olsa bile meselâ Şâfi'î mezhebine göre hüküm verirse bozulabilir²⁷¹. Yine hâkimler bir heyet halinde hükmetmekle görevlendirilseler, dâvâyı yalnız birisi dinleyip hüküm verse bu da bozulur²⁷². Hanefî mezhebinde esas olan hâkimlerin tayin edildikleri yargı çevresinde ve tarafları çevre halkı olan dâvâlarda hüküm vermeleridir. Ancak bilhassa menkul dâvâlarında dâvâcılarının mutlaka o belde halkından olmaları aranmaz. Sahih görüşe göre, dâvâ konusunun da bu beldede bulunuyor olması aranmaz.

3. Hüküm Sebeplerinde Sakatlık

Hâkim hukuka uygun bir hüküm vermiş, ancak bu hükme esas teşkil eden unsurlarda sakatlık varsa yine o hüküm bozulur. Sözgelisi, şâhidlerin ehil olmadıkları veya hükme esas delillerin sahteliği anlaşılrsa, ya da hükme esas olacak yeni deliller ortaya çıksa yahud şâhidler şâhidliklerinden vazgeçseler veya hâkim -bir görüşe göre- kendi bilgisiyile hüküm verse bu hükümler bozulur.

Mahkeme hükmü muhakeme esnasındaki ikrara dayanarak verilmişse, sonradan bu ikrardan rücu Hanefîlere göre ancak had cezalarında olduğu gibi hukukullahı, yani kamu haklarına dair hükümlerde geçerlidir, hukuk-u ibâd denilen şahsi haklara dair olanlarda değildir. Mahkeme huzurunda olmayan ikrardan rücu her zaman sahihtir. Dolayısıyla daha sonra kendisinden hukuken muteber bir şekilde rücu edilmiş bir ikrara dayalı hüküm bozulur. İmam Mâlik ve bunun talebesi İbnü'l-Kâsım'ın görüşü bu yönde de diğer talebeleri İbni Abdilhakem, Şehnün ve İbnü'l-Mâcişûn buna muhaliftir, İmam Ahmed bin Hanbel de bu son üçü gibi düşünmektedir²⁷³.

Şâhidlik, İslâm hukukunda en önemli hüküm sebeplerindendir. Şâhidler hüküm verilmeden önce, hâkim huzurunda şâhidliklerinden döndüklerini beyan etseler, zaten bunların hükme esas olması mümkün değildir. Şâhidlerin hükümden sonra ve hâkim huzurunda şâhidliklerinden döndüklerini açıklamaları durumunda hükmün bozulup bozulmayacağı hususunda hukukçular arasında ihtilaf

271 A. Haydar, Dürer, IV/694 vd.

272 Bilmen, VIII/223.

273 Mevâk, VIII/138; Hâşim, 4/400; Bilmen, VIII/58, 60.

vardır. Hanefî mezhebinde hüküm bozulmaz, fakat cezaî bir hükümse yerine getirilmez, getirilmişse cana dair hükümlerde şahidler diyet öder, zinâ dâvâsında hadd-i kazf tabrik edilir, malî hükümlerde ise şahidler tazminle mükellef olurlar²⁷⁴. Eğer şahidlerin şahidlik ehliyeti taşımadıkları, sözceliği köle veya kazf (zinâ iftirâsı) suçundan mahkûm kimseler olduğu anlaşılrsa, bu takdirde hüküm bozulur ve lehine şahidlik yapılan taraf tazminle yükümlüdür²⁷⁵, hata eğer hâkime aitse, cezaî hükümlerde tazmin hazineden yapılır, çünkü hâkim kamu hizmetini görürken bu hatayı işlemiştir²⁷⁶. Şâfiî mezhebinde de böyledir²⁷⁷. Hanbelîlerde de hüküm bozulmaz, ancak hüküm yerine getirilmişse, şahidler diyet ve tazminle yükümlü olurlar, lehine şahidlik yapılan taraf şahidliğin doğru olmadığını ikrar ederse diyet, iâde ve tazmin yükümlülüğü altına girer. Her iki halde de kasıt varsa diyet yerine kısasa hükmedilir²⁷⁸. Mâlikî mezhebindeki hâkim görüş, diğer üçünden farklı olarak şahidlerin şahidliklerinden dönmeleri hâlinde buna dayalı hükmün de bozulacağı yönündedir. Eğer hüküm yerine getirilmişse diyet, iâde ve tazmin borcu lehine şahidlik yapılan tarafa âittir. Ancak kasdın varlığı halinde diyet yerine kısasa hükmedilir. Mâlikî mezhebindeki bir görüşe göre ise bu hüküm bozulmaz, ancak yerine getirilmişse diyet, iâde ve tazmin borcu söz konusudur²⁷⁹.

Yalancı şahidliği (*şahâdetü'z-zûr*) durumunda şu esaslar geçerlidir: Hâkim hükmünün, o dâvânın temelini teşkil eden hukukî muamelede kurucu bir unsur rolü oynadığı hallerde, şahidler usulüne uygun olarak tezkîye edilmiş ve

274 Haddâd, II/305; Meydânî, II/305; Ebyânî, 81, 106; İbrahim Necîb Muhammed İvâd: el-Kadâ fi'l-İslâm, Kâhire 1395/1975, 249; Bilmen, VIII/161; Hâşim, 4/397; Kamali, 77-78. Nitekim bu hususta bir fetva şöyledir: "Zeyd-Amr'dan bir husus dâvâ ve Amr inkâr idüb Zeyd'in müddeasına Bekr ve Bişr şahâdet itdiklerinde kadî şahâdetlerini kabul idüb mucibiyle hükm itdikden sonra Amr Zeyd'den sin (gizli) ba'delhüküm Bekr ve Bişr yalan şahidleri olub husus-ı mezbur yalan yere şahâdet itdiklerini ikrar itmişdik deyu dâvâ ve Zeyd'in ikrar-ı meşruhuna ikâmet-i beyyine eylese hükm-i mezbur müntekiz olur mu? El-cevab: Olur." Fetâvâ-yı Ali Efendi, I/370-371.

275 Kâsânî, VII/16; İbni Nüceym, 243; İbni Âbidîn, IV/412-413.

276 Kâsânî, VII/16. Bu husus, hizmet kusuru anlayışının İslâm hukukunda çok önceden beri mevcut olduğunu göstermektedir.

277 İbni Hacer el-Heytemî, X/278 vd; Bilmen, VIII/164-165; Hîm/Buğâ/Şerbecî, VIII/197-199.

278 İbni Kudâme, IX/247; Bilmen, VIII/165-166.

279 Hattâb, VIII/240-244; Mevâk, VIII/240-244; Bilmen, VIII/163.

hâkim de bunların yalancı şâhidi olduklarını bilmiyor ise, bu hüküm İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'ye göre hem zâhiren hem de bâtinen geçerlidir, İmam Ebû Yûsuf, İmam Muhammed, İmam Züfer ve diğer üç Sünnî mezhebe ve de Zâhîrîlere göre zâhiren, yani hükmî olarak muteber ise de, bâtinen, yani gerçekte muteber değildir. Sözgelışı bir kimse bir kızın kendi nikâhlı hanımı olduğuna dair iki şâhid dinletse, bu şâhidler de kanunen aranan şartları taşıyorlarsa ve yalancı şâhidi olduklarını hâkim bilmiyorsa, bu dâvâ sonunda verilen hükümle ikisi arasında meşru şekilde bir nikâh meydana gelmiş sayılır. Burada nikâh İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'ye göre hem hükmî hem de hakikî olarak sonuç doğurur, ancak diğer hukukçulara göre hükmen sonuç doğurursa da gerçekte hüküm ifade etmez, bir başka deyişle bu kız o kimsenin hükmen hanımı sayılırsa da gerçekte onunla beraber olması câiz değildir. (Kadın buna zorlanırsa zina söz konusu olmaz.) Yine bunun gibi bir kadın yalancı şâhidleri marifetiyle kocasının kendisini boşadığını iddiâ ve bu yönde bir hüküm elde etse, bu talâk hükmü İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'ye göre geçerli olduğundan bu kadının artık kocasıyla beraber olması mümkün değildir ve kadın iddeti bittikten sonra başkasıyla evlenebilir. Hibe, bey' (satım), kirâ gibi akitlerde de durum böyledir, yani sözgelışı bir kimse yalancı şâhidleri dinleterek bir kimsenin bir malı kendisine hibe ettiğine dair bir hüküm elde etse, şâhidler usulüne uygun ve hâkim de bunların yalancı olduklarını bilmiyorsa bu hüküm muteberdir, ancak ikinci görüşe göre mal asıl sahibinin mülkiyetinde kalmakta devam eder²⁸⁰. Bu, daha ziyade İslâm hukukundaki kazâ ile diyânet ayrımı, bir başka deyişle kuralların kazâî ve dinî yönü bakımından önem taşımaktadır. Yalan yere yapılan yemine ise hüküm asla geçerli olmaz. Sözgelışı bir kadın nikâhının sona erdiğini bilerek açtığı bir dâvâda, koca talâkı inkâr ile yalan yere yemin etse ve bu yönde hüküm verilse, bu ikisinin beraber olması caiz olmadığı gibi kadın mehr ve nafaka alacaklarını alır ve artık vâris de sayılmaz²⁸¹.

Hâkimin kendi bilgisiyle hüküm vermesi halinde de hükmün bozulup bozulmayacağı ihtilafıdır. Hanefîlerde bu, görev esnasında edindiği bir bilgiye önceleri caiz görülmüşken, sonradan bunun aksine fetva verilmiştir. Ancak Sâhibeyn'e, yani İmam Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre, kazf, kısas ve hukuk-ı âdemî denilen şahsî haklara dair kararlarda, bir de şâhidlerin şâhidliğe elverişli olup olmadıklarının tesbitinde (cerh ve ta'dil) bu mümkündür²⁸². Mâli-

280 Mavsilî, II/88; Halebî, II/64-65; İbni Kudâme, IX/59; Bilmen, VIII/244-245; Hin/İbuğâ/Şerbecî, VIII/177178.

281 Bilmen, VIII/246.

282 Mavsilî, II/88; Hindiyîye, III/339; İbni Nüceym, 232; İbni Âbidin, IV/313, 359.

kî mezhebine ve Hanbelilerin zâhir görüşüne nazaran, hâkimin bilgisiyle hükmetmesi halinde bu hüküm bozulur, ancak Mâlikî ve Hanbelî mezhebine göre hâkim şahidlerin bu işe elverişli olup olmadıklarının tesbitinde (cerh ve ta'dil) ve ikrarda kendi bilgisiyle hükmedebilir. Şâfiî mezhebinde de hâkimin kendi bilgisiyle hükmedemeyeceği yolunda bir görüş var ise de bu mezhebin zâhir görüşü bunun caiz olacağı yönündedir, Hanbelî mezhebindeki bir görüş de bunda ortaktır²⁸³.

4. Hâkimin Töhmetye Altında Davranması

Hâkim, hâkimlik vasıflarını taşııyorsa yahud töhmet altında karar vermiş, sözgelişi taraf tutmuş, kendisinin veya lehine şahidlik yapamayacağı akrabasının lehine ya da hasmının aleyhine hükmetmiş olsa verdiği hüküm bozulur.

Hâkim olmak için, bir başka deyişle hüküm verebilmek için gereken şartlar bütün hukukçuların ittifakıyla âkil ve bâliğ olmak, hukukçuların çoğunluğunun görüşüne göre ise duyu organları sağlam, erkek, hür, âdil ve âlim olmaktır. Bu nitelikleri taşımayan kimselerin verdikleri kararlar geçersizdir. İlmen yetersiz (câhil) bir kimsenin hâkimliği Hanefî mezhebinde ve bir görüşe göre Mâlikî mezhebinde muteberdir, çünkü böyle bir kimse ilim sahiplerine danışarak doğru karar verebilir, danışmamışsa verdiği hüküm bozulacaktır, bununla beraber Mâlikî'de ilmî bakımdan yetersiz hâkimin verdiği hükümlerin mutlaka bozulacağı fikrini savunan hukukçular da vardır. Hanefîlerin çoğu hâkimin her yönüyle âdil olmasını aramaz, bununla beraber Tahâvî ve Hassâf buna muhaliftir. Mâlikîlerde ise ilmen yeterli bile olsa âdil bulunmayan (fâsık) bir hâkimin hükmünde bu adaletsizlik açık şekilde göze çarpıyorsa bu hüküm bozulur diyen hukukçular olduğu gibi, böyle bir hâkim hüküm verirken âlimlerle istişarede bulunmuşsa hükmünün bozulamayacağını savunan, diğer yandan böyle bir hâkimin hükmünün her halde bozulacağını kabul eden hukukçular da vardır. Şâfiîlere göre ise, hükümet hâkimlik niteliklerini taşımayan bir kimseyi bu makama getirse, bunun tâbi olduğu müctehidin mezhebine uygun olarak verdiği hükümler geçerlidir. Hanbelîlerde de hâkimlerde âdil olma şartı arandığından eğer bir hükümde açık adaletsizlik varsa bozulur, öte yandan hâkimlik için aranan şartları taşımayan bir kimsenin verdiği adli kararlar zaten prensip itibarıyla geçersizdir, ancak hukuka uygun olanları bozmakta fayda olmadığı için geçerli kabul edilir. Hanefîlere göre, kazf suçundan cezalandırılmış bir kimse, sonradan tövbe etmiş olsa bile, hâkimlik yapamaz. Ayrıca, Hanefî mezhebinde kadımlar, şahidlikleri kabul edilen hususlarda, yani ceza dâvâları dışında hâkimlik

283 Hattâb, VIII/138, 145; Mevâk, VIII/138, 145; İbni Ferhun, II/23-28; Mâverdi, II/368 vd; İbni Hacer el-Heytemî, X/148-149; İbni Kudâme, IX/53-54; Zeydan, 211-214.

yapabileceklerinden, bunların hükümleri bozulmaz²⁸⁴. Öte yandan, rüşvet veya iltimasla bu mevkie gelen hâkimin verdiği bütün hükümleri geçersiz sayan görüşler varsa da, esas olan hâkim rüşvetle bu makama gelmiş olsa bile verdiği hükümler prensip itibarıyla geçerlidir, ancak bizzat rüşvet alarak verdiği hükümler geçersizdir, kendisinden sonra gelen hâkim veya bir başka hâkim bunları bozar²⁸⁵.

Bâğilerin, yani kendilerince bir te`vile istinaden haksız olarak meşru idareye ayaklanıp belirli bir mntıkada hâkimiyet kuran kimselerin tayin ettikleri kadıların verdikleri hükümler, meşru hükümetin kadılarına arzolunsa, bir görüş bunların hukuka uygun ise bozulmamasıdır. İkinci görüşe göre, kadıyı tayin eden idare gayrimeşru olduğu için verdiği hüküm de böyledir, bozulur. Üçüncü görüş ise meşru idarenin kadısı bu hükmü kendi hükmüne uygun ise imza ve infaz, değilse nakz etmesi, bozması yolundadır. İlk görüş, hukukçular tarafından kuvvetli ve muteber görülmüştür. Ancak bir İslâm ülkesi düşmanların eline geçerse, bu yeni idare veya orada yaşayan müslümanlar bir kadı tayin etseler, bu belde sonradan tekrar müslüman idaresine geçse bu kadıyı azletmek mümkün ise de hukuka uygun olarak verdiği hükümler geçerli sayılır ve bunların bozulması caiz değildir²⁸⁶. Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde, bâğilerin tayin ettikleri hâkimlerin, İslâm hukukuna uygun olarak verdiği kararlar bozulmaz²⁸⁷. Mâlikîlerde ise,

284 İbni Âbidîn, IV/310; Tarablusî, 30; İbni Ferhun, I/73; Hattâb, VIII/137-138; Mevâk, VIII/137; İbni Hacer el-Heytemî, X/113; İbni Kudâme, IX/40; Bilmen, VIII/213-217; Zeydan, 25 vd; Hâşim, 3/398,4/393-395.

285 Tahîvî, VI/123. Enteresıdır ki, Ebussuud Efendi bir fetvasında bu hususu şöyle hükme bağlıyor: "Zeyd-i kâdinin rüşvet ekl eylediği şer'le sâbit ve zâhir olsa, şer'an hükmü nâfiz olur mu? İlcevap: Olmaz, rüşvetle hüküm şer'a muvâfık olsa dahi nâfiz olmaz." M. Ertuğrul Düzdağ, Şeyhülislâm Ebussuud Efendi'nin Fetvaları, 2.b, İst. 1983, 134. "Anadolu kazaskerine hükm ki: Mısır'da bazı kadılar arkalı olup beş on yıldan beri ma'zul olmayub her birin mensub vâfir Mısır metâi gönderüb rüşvetle kadılık itmelerine götürüb İstambula mülâzemetle gelmeyüb ekseri üçer teccid-i müddet itdürüb Üstün tarafından annı gibilerin kadılıklarını bir müstehaka virile. Maiyyetleri rüşvetlerin alub mukarrir itdirirler imiş, bu makûle rüşvet ile kadı olanların kazâsı şer'an câiz olmayub hukukleri bâtil olduğu muhakkak olmağın annı gibi Arabistan kadılarının Âsitâne'ye gelmeyenleri ve müddetleri tamam olmuşken teccid-i müddet ile kadılık alub ma'zul idüb yirlerin hizmet-i mülâzemetde olan kudâta müstchik oldukları üzre tevcih eylemek bâbında....." 21 Şevvâl 1003 (30.VI.1595). BOA MD 73/1248.

286 İbni Âbidîn, IV/321.

287 İbni Hacer el-Heytemî, IX/68; İbni Kudâme, VIII/119-120.

bâğilerin tayin ettikleri hâkimlerin verdikleri hükümlerin tenfiz edileceği ve bozulacağı yönünde iki ayrı görüş vardır²⁸⁸.

Hanefî mezhebine göre, hâkim, kendileri için şahidlik yapması yasak olan eş, usul ve fîru gibi kimseler lehine hüküm de veremez, vermişse bozulur²⁸⁹. Mâlikî ve Şâfî mezhebinin her ikisinde de bunu mutlak olarak caiz gören ve görmeyen ikişer görüşün yanısıra birincisinde eş, küçük çocuk ve malına veli olduğu kimseler hakkında caiz olmadığı, ikincisinde ise hâkim hükmü ikrara dayanarak vermişse caiz olduğu yönünde görüşler vardır. Hanbelilere göre ise, bir kimse hukuk-u âdemî denilen şahsî haklara dair dâvâlarda, usul ve fîru dışındaki akrabasının lehinde de, aleyhinde de şahidlik yapabileceğinden hüküm vermesinde bir sakınca yoktur²⁹⁰.

Hâkim, kendisiyle arasında husûmet (düşmanlık) bulunan kimseler aleyhine hüküm vermişse bu hüküm de bozulur. Bunda Hanefî ve Mâlikîlerin görüşü aynıdır. Hatta Mâlikî mezhebine göre hâkim, kendi aşiretinden, yani akrabasından birisi ile hasmı arasında, hasmının rızâsı olmaksızın hüküm veremez. Bir belde halkı ile hâkim veya onun lehlerinde hüküm veremeyeceği yakınları arasında bir dâvâ olduğu zaman, o beldede başka hâkim varsa ona gidilir. Başka bir hâkim yoksa ve eğer taraflar râzıysa hâkim bu dâvâyâ bakar, değilse veliyyül-emrden, yani hâkim tayinine yetkili olan makamdan bir geçici hâkim görevlendirmesini isterler. Hâkimin âdil bir kimse olması durumunda -şâhidler de âdilse- hasmının aleyhine de olsa hüküm verebileceğini savunan hukukçular vardır²⁹¹.

Hâkim kendi lehine hüküm vermişse veya hüküm verildikten sonra, dâvâlı hükme etkili yeni bir def'ide bulunmuşsa bu hükümler de bozulur²⁹².

288 Mevâk, VIII/370.

289 Mavsîlî, II/88; Bilmen, VIII/224-225; Hâşim, 3/395,409; Kamali, 75.

290 Hattâb, VIII/135; Mevâk, VIII/135; Mâverdi, II/413-414; İbni Kudâme, IX/107,191; Hâşim, 4/396.

291 İbni Âbidîn, IV/312-314; Hattâb, VIII/135, 138; Mevâk, VIII/138; İbni Ferhun, I/85; İbni Kudâme, IX/185; Bilmen, VIII/225. "Atala ve Mağnisa kadılarına hükmü ki: ...mevlânâ-yı mezbûr Südde-i seâdete gelüb Kula kadısı olan Abdülkerim için benümle husûmeti ve hasımlarıma muaveneti vardır, teftişden ihrâc olmmasını talep iderüm dimeğîn kadı-yı mezbûrım ahvâline Atala kadısı ile seni müfettiş ta'yin idüb..."¹⁷ Zilhicce 972 (16. VII.1565) BOA MD 6/1417.

292 Hattâb, VIII/135; Bilmen, VIII/224; Hâşim, 4/409.

Hâkim, hukuka aykırı kararında hatalı olduğu gibi kasıtlı da olabilir. Bu halde aykırılık ister bizzat hâkimin kendi ikrarıyla, isterse başka yollardan ortaya çıksın o hüküm derhal bozulur. Hükümün yanlışlığı bir delil veya lehine hüküm verilen kimsenin ikrarıyla anlaşıldığında hak sahiplerine hakları iade edilir; meselâ mahkûma verilen ölüm cezası infaz edilmişse yalancı şahidler cezalandırılır. Hükümün yanlışlığı hâkimin ikrarıyla anlaşılmışsa hak sahiplerine hazineden ödeme yapılır, hâkimin kasden yanlış hüküm verdiği (rüşvet aldığı, taraf tuttuğu vs.) anlaşılır ve hâkim de bunu itiraf ederse hak sahiplerinin hakları hâkime ödetilir. Ayrıca kasden yanlış hüküm veren hâkim görevinden azledilerek ta'ziren cezalandırılır. Hâkimin muhakeme edeblerine uymaması durumunda da başka bir hâkim veya makama şikâyetle bulunulabilir ve bu husus eğer hükme etki etmişse hüküm bozularak gerekirse hâkim yine ta'ziren cezalandırılır²⁹³. Mâlikîlere göre de hâkimin zulmü ikrarı veya başka beyinelerle anlaşıldığı takdirde cezalandırılır, bir daha asla bu göreve getirilmemek üzere azledilir, teşhir olunur, tövbe edip iyi hali görülmedikçe şahidlik yapamaz²⁹⁴.

B. Hükümün Kontrolü İçin Başvurabilecek Kimseler

1. Taraflar

Hukuka aykırı bir hüküm bozulması için doğal olarak dâvânın tarafları başvurabilir. Dâvânın taraflarının başvuramadığı durumlarda hükümden zarar gören kimseler, sözcüleşti adam öldürme suçunda maktulün yakınları da başvuru hakkını hâizdir²⁹⁵.

293 Tahtavî, VI/163-164; İbni Âbidîn, IV/355-356; Abdülhakîm, 118-119; Bilmen, VIII/247-248; İvad, 250-251; Kamalî, 76.

294 Hattâb, VIII/139.

295 Tarablusî, 34; İbni Ferhun, I/80-81; Hâşim, 3/395. Hz. Peygamber'in vefatından sonra irtidat edenleri yola getirmek için Halife Hz. Ebû Bekr tarafından görevlendirilen Hâlid bin Velid, vaktiyle Hz. Peygamber'in âmîli (zekât memuru) olan ve daha sonra mürtedlerin arasında müslümanlara karşı çarpışan Mâlik bin Nüveyre'yi irtidat ve pekçok müslümanı katlettiğini anlayınca öldürmüştü. Mâlik'in kardeşi Halifeye gelerek, kardeşinin irtidat etmediği, dolayısıyla bu cezanın haksız olduğu hususunda itirazda bulundu, öte yandan Eshâb'dan Hz. Ömer ve Ebû Katâde de buna iştirak etti. Halife, Hâlid'i çağırıp durumu sordu. Hâlid: "Hz. Peygamber'in (*Hâlid Allahın kalmıdır!*) dediğini duymadınız mı? Allahın kılıncı ancak kâfir ve münâfıkların boynunu vurur." diye kendini savununca Halife, Hâlid'in sözünü kabul ve itirazı reddederek Hâlid'i beraat ettirdi. İbni Abdilberr, II/429.

2. Hükümü Veren Hâkim

Hâkimin bir hâdisede hüküm verdikten sonra "*hükümünden döndüm*" veya "*başka bir hükme döndüm*" yahud "*hükümünü iptal ettim*" demesi ve hükümü iptal etmek istemesi tek başına geçerli değildir, bu sözlere itibar olunmaz. Ancak "Ben henüz hüküm vermemiştim" dese, şahidler "Vermiştim" dese bile söz hâkimindir. Klasik İslâm hukuku kaynaklarında hâkimin kendi hükmünü ancak üç halde değiştirebileceği bildirilmektedir. Bunlar: 1.Hâkimin kendi bilgisiyle hüküm verip sonra bunun yanlış olduğunun ortaya çıkması, 2.Hâkimin hislerine kapılarak hak ve adalete aykırı hüküm vermesi. 3.Hâkimin gerek müctehid, gerekse mukallid olsun, kendi mezhebine (hukuka) aykırı olarak hüküm vermesi halleridir²⁹⁶. Görülüyor ki, hukuka aykırı kararın bozulması için tarafların talebi şart olmayıp, hükümü veren hâkim de bunu bizzat inceleyip bozabilir²⁹⁷. Hatta dâvâya bakan hâkim hükümü bizzat kendisi bir üst makama veya başka bir mercie intikal ettirebilir, bir başka deyişle kanun yoluna müracaat edebilir²⁹⁸. Bu,

²⁹⁶ Ebyâni, 106.

²⁹⁷ Zeydan, 276. Daha önce de geçtiği üzere Hz. Peygamber, komşusunun zırları çalan ve suçu bir yahudinin üzerine atan Tu'ne hadisesinde önce bir yahudi aleyhine hükmetmiş, sonra şahidlerin yalanı olduğu ortaya çıkınca ilk verdiği hükmü bozmuştur. Şeyhâde, II/166. Yine Hz. Peygamber, Bedir harbinden sonra, henüz Müslüman olmayan zevci Ebu'l-Âs bin Rebi' tarafından Medine'ye gönderilen kızı Zeynelbî şehrin çıkışında sopayla vurarak devesinden düşüren ve böylece çocuğunu kaybetmesine ve arkasından da hastalanarak vefatına sebep olan Mekkelî müşriklerden Hubar bin Esved ile Nâfi' bin Abdikays'ın Mekke'nin fethinden sonra yakalanması durumunda yakılarak cezalandırılmasına hükmetmiş, bir müddet sonra da ateş ile azâbın ancak Allah'a mahsus olduğunu düşünerek bu hükmünden vazgeçmiştir. Buhâri, Cihâd 107, 149; Dârimi Siyer: 24 (2464). Hatta İbni Hacer, bu hadîsede, icthadla verilen hükümlerden rücutun, vazgeçmenin cevazına işaret olduğunu açıkça bildirmektedir. İbni Hacer Askalâni, Fethü'l-Bâri, 2.b, Beyrut 1402, VI/113. Yine İbni Muğîre'den dul kalıp Üsâme bin Zeyd ile evlenmek isteyen Fâtuma binti Kays hakkında Hz. Peygamber bunun Ümmü Şerik'in evinde iddet beklemesine hükmetmişti. Daha sonra Ümmü Şerik'in çok gelen-gideni olduğunu göz önüne alarak hükmünü bu kadının amcazadesi Abdullah İbni Umri Mektûm'un evinde iddet beklemesi yönünde değiştirmiştir. Müslim, Fiten 119.

²⁹⁸ İki kardeş arasında müşterek mülk olan bir arazi üzerindeki evin hangisine ait olduğunun tesbiti hususunda Hz. Peygamber, Eshâb'ın ileri gelenlerinden Huzeyfe bin Yemân'ı hâkim olarak görevlendirmiş, Huzeyfe arazinin bulunduğu yere gidip gerekli keşiflerde bulunduktan sonra bakıp çözdüğü dâvânın hükmünü Medine'ye dönüşünde bizzat Hz. Peygamber'e arz etmiş, O da hükmü inceleyip tasvip etmiştir. İbni Mâce: Ahkâm 18; Beyhakî: Sulh 6. Basra kadısı Hişâm bin Hübeyle, içinden çıkamadığı müşkil meselelerde kendisinden yaşça tecrübeli ve ilmen üstün gördüğü Kûfe kadısı Şüreyh'e yazarak danışmayı âdet edinmişti. Burada artık Şüreyh'in görüşü hüküm değil, fetva mahiyetindedir. Nitekim Sâlim bin Sevban'ın Basra'ya götürdüğü katırlardan

daha ziyade çetrefil veya kamu düzenini yakından ilgilendiren dâvâlarda söz konusu olabilir. Öte yandan kısas gibi telâfisi imkânsız durumlarda hüküm devlet başkanına sunulup onaylanmadıkça yerine getirilemez. Bu bir bakımdan re'sen ve resmen temyiz demektir.

3. Hükümü Veren Hâkimin Halefi

Cevr ve cehlî, yani adaletsizlik ve ilmî yetersizliği ile tanınan hâkimin verdiği hükümlerin, tarafların talebi olmaksızın, kendiliğinden araştırılarak bozulması hususunda hukukçular arasında ihtilaf bulunmaktadır. Hanefî mezhebinde, bir hâkim âdil değilse veya âdil olmakla beraber câhil ise, verdiği hükümlerin kendiliğinden araştırılarak hatalı ve hukuka aykırı olanların bozulması mümkündür, aksi takdirde hükümleri araştırılmaz. Mâlikî hukukçularının bir kısmı, câhil de olsa, âlimlerle istişare ederek hüküm veren âdil bir hâkimin hükümlerinin kendiliğinden araştırılmayacağını savunurken, diğer bir kısmı böyle bir hâkimin bütün hükümlerinin bozulacağı görüşündedirler. Buna karşılık âdil olmayan bir hâkimin hükümlerini kendiliğinden araştırmanın caiz olduğu ve olmadıysa hususunda Mâlikî hukukçular arasında iki görüş bulunmaktadır. Şâfiî mezhebindeki hukukçuların bir kısmı hükmün bozulması için, bundan zarar gören kimselerin talepte bulunmasını ararken, diğer bir kısmı bir hâkimin talep olmasa da selefinin verdiği hükümleri araştırabileceğini söylemektedirler²⁹⁹. Hanbelîlere göre, hukukullahâ (kamu haklarına) dair dâvâlarda tarafların talebi aranmamakla beraber, hukuk-u âdemî denilen şahıs haklarına dair dâvâlarda tarafların talebi olmadıkça bir mahkeme hükmünün incelenmesi ve gereğinde bozulması mümkün değildir³⁰⁰.

Hanefî kaynaklarının kaydettiğine göre, azledilen bir hâkimin yerine tayin olunan yeni bir hâkim, göreve başlar başlamaz iki yardımcısını (kadî emîni) sicilleri ve hâşimîleri kontrole memur eder, bilhassa da mahbusların durumlara

birine bir başkası tanıyarak sahip çıkmış, Basra kadısı Hişam bin Hübeyre de katırı bu adama hükmetmiş, sonra da kadî durumu Şüreyh'e yazarak görüşünü sormuş, önceki mahkemece lehine hüküm verilen taraf daha sonra Şüreyh'in huzuruna çıkarak dâvâ konusu malî, mahkûm olan tarafa önceden satmış olduğunu itiraf edince bu sefer bunun aleyhine, mahkûm olan Sâlim bin Sevban lehine karar verilmiştir. Vekî, I/300. Osmanlı kadıları da müftü ve diğer hukukçulardan fetva sorarlar, çoğu zaman çetrefil dâvâlarda verdikleri hükümleri incelenmek ve hatta içinden çıkamadıkları veya tarafları şerhî bazı dâvâların da yalnızca tahkikatı yapıp hüküm verilme üzere bizzat Divan-ı Hümayun'a arzederlerdi.

299 Hâşim, 3/396-397.

300 İbni Kudâme, IX/58; Hâşim, 3/398.

rını tahkik ederek hukuka aykırı olarak hapsedilmişlerse keyfiyeti ilân eder, gerekirse kefâlet alarak bunları salıverir³⁰¹. Bunu daha çok bir teftiş mahiyetinde görenler varsa da³⁰², ortada teftiş edilecek bir hâkim bulunmadığından, bir başka deyişle hâkim zaten makamından ayrılmış olduğundan, burada taraflara verilen zararların giderilip telâfi edilme maksadının güdüldüğü, dolayısıyla hüküm kontrolü niteliğinin daha ağır bastığı anlaşılmaktadır³⁰³.

Vefat etmiş veya azledilmiş bir hâkimin bir meselede hüküm verdiği veya elinde bulunan emanetlere, bazı kişileri hapsedmesine dair ikrarları, yeni hâkim bakımından tek başına bir hüccet teşkil etmez. Çünkü hâkim azledilince halktan bir kimse durumuna düşer, dolayısıyla ikrarının tek kişinin şahidliğinden başka hukukî bir değeri yoktur. Bu sebeple eğer başka bir (bir görüşte iki, çünkü ikrarı kendi işiyle ilgilidir) şahidin ifadesiyle mutabık olursa kabul edilebilir. Dolayısıyla yeni hâkim hapishanelerde bulunan kişilerin durumunu inceleyip gerekirse serbest bırakır veya muhakeme eder, mahkeme nezdinde yed-i emin olarak bulundurulmuş yetimlere veya vakıflara ait emanetlerin durumunu araştırır, kendisinden önceki hâkim tarafından bakılıp neticelendirilmiş olsa bile sicile işlenmemiş veya çözüldüğü iki şahidle isbatlanmamış ihtilaflara yeniden bakar³⁰⁴.

301 Haddâd, II/310; Meydânî, II/310; Hindiyîye, III/346; İbni Âbidîn, IV/321-322; İbni Kudâme, IX/49. İslâm hukukunda azl, hâkimin herhangi bir sebepten dolayı görevden alınması anlamına gelmektedir. Ancak Osmanlı uygulamasında azl denildi mi hâkimler için tayin edilmiş müddetin bitmesi anlaşılır ki bu tarihten itibaren azledilen hâkim merkeze gelerek yeni bir memuriyetin boşalmasını ve buraya tayinini bekler. Uzunçarşılı, İlimiye Teşkilatı, 94.

302 İlber Ortaylı: "Osmanlı Kadısının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine", AİD, C: 9, S: 1, 1976, s: 107.

303 Schacht, Introduction, 189. "Köyceğiz kadısına hüküm ki: Sâbıkan Köyceğiz kadısı olan mevlânâ Üveys kazâ-yı mezbûrede Nasuh fakih için şerîr ve ehl-i tezzur kimesne olup şirret ü şekâveti müsecceldür diyü arzitmegle dinilen gibiyse sûret-i sicillim ihrâc idüb küreğe gönderesün diye fernân olmmağım sicillere müracaat olunub mezkûrun hakkımda sicil bulunmayub ve hem mezkûrdan şekvâ ider kimesne olmaduğım bildürmişsin. Buyurdum ki: Hüküm-i şerîfüm varıcağ göresin mezkûrun fil-vâki' şirret ü şekâveti müseccel olmayub hilâf-ı vâki' isnâd olmağla arz olunmuş ise mâdâm ki kendü hâlinde olup şer'a mugâyir vaz'ı ve reâyâ vü berâyâya teaddisi olmaya, hilâf-ı şer' kimesneyi dahlitdürmeysesin. Anıma ki şirret ü şekâveti zâhir ola tutub habsidüb arzeyeylesin." 24 Şa'ban 972 (28.III.1565). BOA MD 6/933.

304 Halebi, II/58-59; İbni Âbidîn, IV/321-322; Bilmen, VIII/226.

Hâkimin azli üzerine yerine tayin edilen hâkimin, selefının hükümlerini denetlemesi dışında, hâkim kendiliğinden bir başka hâkimin veya kendisinden önceki hâkimin hükümlerini sebepsiz yere bozamaz³⁰⁵.

4. Üçüncü Şahıslar

Bir hükümdeki hukuka aykırılık kamu düzeni (maslahat) ile ilgiliyse o toplum fertlerinin ayrı ayrı bu hükmün bozulması için itirazda bulunma hakları vardır³⁰⁶.

5. Devlet Başkanı

Eğer hüküm kontrolü bir hâkime veya özel bir mercie (mahkemeye) verilmişse, devlet başkanının da mahkeme kararlarının bozulması hususunda başvuru hakkının bulunduğuna şüphe yoktur³⁰⁷.

³⁰⁵ Hâşim, 4/395-399.

³⁰⁶ Eshâb'dan Hâlid bin Velid, Cüzeyme kabilesinden bir grup esiri bir yanlış anlaşılma sonucunda öldürtmüş, maiyetinde bulunanlardan bir kısmı döndükten sonra bu konuda Hz. Peygamber'e müracaat etmişler, o da hükmü tasvib etmeyerek maktullere tazminat ödetmiş, ancak kasıtlı davranmadığı için Hz. Hâlid'e kısas uygulanmamıştır. Buhârî: Meğâzi 58; Nesâî: Adâbü'l-Kudât 17; Askalânî, VIII/46-47; İbni Abdilberr, II/429. Burada hadis metninde, hâdisenin Hz. Peygamber'in önüne getirilmesi için, İslâm hukukunda ekseriyetle kanun yoluna müracaatı ifâde eden *ref'* sözü kullanılmıştır. Yine Halife Hz. Ömer zamanında zinâ suçundan mahkûm edilen bir kadının akıl hastası olduğu gerekçesiyle, dâvâyla ilgisi bulunmayan Hz. Ali bin Ebû Tâlib itiraz ederek hükmü bozmuştur. Beyhâkî: Sirka 11.

³⁰⁷ Abbasîler devrinde, kadiyü'l-kudât İmam Ebû Yûsuf bir zimmîyi öldüren müslümanı kısas cezasına çarptırılmış, bu hüküm, halk arasında büyük menfî reaksiyona sebep olmuş, hatta bir şair "*Ey kâfirden ötürü müslümanı öldüren! Cevr ediyorsun. Cevreden ile adil bir olmaz. Ey Bağdat ve etrafı halkının âlimleri ve şairleri! Diniize yas tutun! Cevre de sabredin! Çünkü sabredenlere ecir var. Kâfire kasasen müslümanı öldürmekle Ebû Yûsuf ise dine cevri etmiştir*" mealinde bir şiiri İmam Ebû Yûsuf'a göndermiştir. Bunun üzerine, halkı teskin ve kamu düzenini koruma endişesiyle Halife Hârûnür-Reşid, dâvâya tekrar bakması için İmam Ebû Yûsuf'a müracaat etmiş, bunun üzerine dâvâyı yeniden gören İmam Ebû Yûsuf, bu kez maktulün yakınlarından, ölenin zimmî olduğunu isbatlamalarını istemiş, onlar da buna muvaffak olamayınca önceki hükmü bozarak diyete hükmetmiştir. Mâverdi, 219; Keskioglu, 265. Görülüyor ki devlet başkanı bir davanın yeniden görülmesini ancak bir maslahata mebnî istevebilmektedir. Dolayısıyla burada İmam Ebû Yûsuf'un halifenin arzusuna göre hukum verdiği, bir başka deyişle hâkimlerin bağımsızlığı prensibine aykırı davranışta bulunulmemelidir. Kadiyü'l-kudât dâvâya tekrar bakmış ve olayın hukuki yönüne ilişkin olarak karar verdiğini bir

C. Hükümün Kontrolü İçin Başvuru Mercii

1. Hükümü Veren Mahkeme

Hukuka aykırı bir hükmün bozulması için hükümü veren hâkime müracaat edilebilir. Hükümü veren hâkim hukuka aykırı olarak verdiği hükümü bozup, yerine başka bir hüküm verir. Bu hüküm hukuka aykırı değilse, ictehad ile verilmişse, bu takdirde kendisi ictehadını değiştirmiş olsa bile bu hükümü bozamaz.

2. Eşit Derecede Başka Bir Mahkeme

Hukuka aykırı bir hükmün bozularak yeniden muhakeme yapılması için aynı derecede bir başka hâkime de gidilebilir. Ancak bazı hukukçular bir hâkimin bir başka hâkimin hükmünü bozmasının mümkün görmemişlerdir; halbuki bozulması mümkün olmayan hükümler mücerred ictehad ile verilmiş hükümlerdir, nitekim ictehad ile ictehad bozulmaz. Yoksa hukuka (kitap, sünnet ve icma'a) aykırı veya sözgelişi hâkimin açık hatası veya ilmî yetersizliği ya da töhmet altında davranması bahis konusuysa, (aslından geçersiz sayılan) bu hüküm bir başka hâkim tarafından bozulabilecek, -ki bu esasen bir tesbit hükmüdür-, ayrıca mekân ile kayıtlanmamışsa dâvâya yeniden bakıp hükmedebilecektir. Eğer Osmanlılarda olduğu gibi hâkimler belli bir yerde hükmetmek üzere görevlendirilmişse, başka bir yer mahkemesince verilmiş hükümü ihtisas yokluğu sebebiyle bozamazlar.

Bu durum çoğu kez bir hükmün henüz yerine getirilmeden hükümü veren hâkimin ölmesi veya azledilmesi ya da ilk hâkimin bâgiler tarafından tayin edilmiş olması dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Böyle bir hâkimin vermiş olduğu hüküm, yerine getirilmek üzere bir başka hâkime veya hükümü verenin halefine arzolunsa bu ikinci hâkim hükümü tedkik eder. Hukuka uygun bulursa, kendisi farklı görüşte olsa bile, imza ve infaz eder. Birinci hâkimin verdiği hükmün, sahib bir dâvâya müstenid olup olmadığı, şartlarını ihtiva edip etmediği, usulüne uygun yapıp yapılmadığı hususunda şüpheye düşer veya ihtiyaç duyarsa tarafları yeniden mahkemeye çağırıp delilleri bir daha değerlendirmek suretiyle dâvâyı tekrarlayabilir, gerekirse farklı bir hüküm verebilir³⁰⁸.

daha gözden geçirerek kararını değiştirmiştir. İmam Ebû Yûsuf, adalete uymakta çok hassas davranırdı. Bizzat kendisi, hiçbir dâvâda taraf tutmadığını, bir defasında Halife Harun'ür-Reşid ile bir hristiyan arasındaki dâvâda, kalben halifeye meylettğini, ancak sonuçta hristiyanı haklı görüp hükmü onun lehine verdiğini bildirmektedir. İbni Âbidin, IV/325-326.

308 İbni Âbidin, IV/321, 339-340. Bir kimse, dârü'l-harbden satın aldığı bir köleye daha önceki sahibi kıymetini ödemek şartıyla sahib çıkınca mahkemeye başvurmuş ve Kâfî

3. Devlet Başkanı

Hukuka aykırı verilmiş bir hükmü, hükmü veren hâkimin veya buna denk bir başkasının düzeltmeye yanaşmaması (ihkâk-ı hakdan imtinaları) veya bu dâvâya bakamaması durumunda bir üst mercie müracaat etmek gerekir ki bu da devlet başkanı veya bu maksat için tahsis edilmiş bir mahkeme, sözeleşmesi belirli dönemler için divan-ı mezâlîm ya da onun yerine geçen müesseselerdir³⁰⁹. Bazı hukukçular hâkimlerin mahkeme kararlarını bozmalarının halka olduğu kadar kendilerine de zarar vereceğini söylemektedirler. Bunlar, mahkeme kararlarını bozan hâkimlerin halkın düşmanlığına maruz kalacaklarını, öyle ki azil veya ölümlerinden sonra, hükümlerin bozulmasından zarara uğrayanların, bunlardan veya yakınlarından intikam almaya kalkabileceklerini, bu sebeple hükümlerin bozulmasını bu gibi korkulardan âzâde olan devlet başkanına bırakmalarını tavsiye etmektedirler³¹⁰. Devlet başkanının bu gibi işlere bakmak üzere teşkil edeceği divanda uygulanacak muhakeme usulü ve bu mahkemelerin kuruluş şekli normal mahkemelerden bazı farklılıklar taşır³¹¹.

Bazı hukukçular demektedirler ki, hâkimin hükmünden şikâyet söz konusu olur ve bu da emîre, yani hâkimi kontrole yetkili mercie götürülürse (ref'), eğer hâkim emîn, âdil ve basiretli olarak tanınan bir kimseyse bu talebe itibar edilmez. Aksine hâkim töhmet altında, adaletsiz ve ilmen kifâetsiz birisi olarak tanınıyorsa azlolunarak yerine başkası tayin edilir. Emîr, eğer bu dâvâya bakacak ilmi ehliyeti taşımıyorsa, ehil olan hukukçulara bu gibi taleplerin incelenmesini emreder, bunlar hükümleri inceler ve gereğini emîre arzederler, o da hükmü bozabilir ve bu hukukçuları o dâvâya yeniden bakmakla görevlendirebilir. Hü-

kadı Muhammed b. Yezid b. Huleyde eş-Şeybani'den lehine bir hüküm çıkartmıştı. Diğer taraf bu hükmü daha sonra Kûfe kadılığına tayin olunan Şüreyh'e götürmüştü, O da dâvâyı yeniden dinleyip, bir kimsenin düşman tarafından zabtedilerek dârü'l-harbe götürülen malını daha sonra bir müslüman eline geçirse ilk sahibinin kıymetini ödemek suretiyle bu malı alabilmesinin Hz. Peygamber'in sünneti gereği olduğunu söyleyerek aksi yönde yeni bir hüküm vermiştir. Vekî', II/395.

³⁰⁹ Tarablusî, 30, 33; İbni Ferhun, I/79; Abdülhakîm, 118; Hâşim, 4/385; Mu'minî, 59. Daha önce de geçtiği üzere, bir mahkeme hükmünün başka bir hâkime, daha ziyade üst bir mercie incelenmek üzere götürülmesine de ref' denilmektedir. Tarablusî, 30, 33, 36; Karâlî, 2.

³¹⁰ Tarablusî, 30; İbni Ferhun, I/74.

³¹¹ Şekli farklar için bkz. Mâverdi, 76-80; Ferrâ, 79; Nebhan, 601-603; Bilmî, III/328-329; Mu'minî, 171 vd; Akyüz, 183-188. Usul farklılıkları için bkz. Mâverdi, 80 vd; Ferrâ, 80 vd; Nebhan, 603 vd; Mu'minî, 199 vd; Akyüz, 149 vd.

küm hukuka aykırı değilse bu hukukçular hey'etinin ve emîrin bozması geçerli değildir. Bu hey'et kararlarında ittifak olabileceği gibi ihtilaf da çıkabilir. Bu takdirde emîr, bunlardan çoğunluğun görüşünü değil, uygun gördüğünü seçerek hükmü bu yönde düzelttirir ve tatbik ettirir. Hükmü veren hâkim, emîrin veya kadiyü'l-kudâtın bulunduğu beldede değilse, emîr veya kadiyü'l-kudât, bu belde de emîn, dürüst ve bilgili olarak tanınan kimselerden muhakeme sırasında hâkimle birlikte hâzir bulunmalarını isteyebilir. Toplu hâkim sistemine benzeyen bu durumda ilk kararın aynısı verilemez, çünkü bu karar hukuka aykırı görülmüş ve şikâyet konusu olmuştur. Yeni muhakeme neticesinde verilen karar da emîre arz olunur, hatta hâkim ile diğerleri arasında hüküm konusunda ihtilaf doğmuşsa bu da emîrin görüşlerden birisini seçmesiyle giderilir³¹². Klasik eserlerdeki bu usulün, İslâm tarihindeki divan-ı mezâlim ve Osmanlılardaki Divan-ı Hümâyun'un mahkeme kararlarını kontrol yolundaki yetkilerine dayanak oluşturduğu söylenebilir. Hatta şer'iyye mahkemesi kararlarının Tanzimat'tan sonra ki kontrol usulü de aynen böyle cereyan etmektedir.

Sonuç itibariyle mahkeme kararına karşı itirazı olan kimse bunu devlet başkanına götürebilir, çünkü devlet başkanı başhâkimdir, bütün hâkimler onun vekilidir, müvekkil nasıl vekilin tasarruflarını kontrol edebiliyor ve hatta o işi bizzat kendisi yapıyorsa, devlet başkanı da bu yetkisini mutlak olarak devretmiş olmadığından, bizzat o dâvâya bakıp itirazı çözebilir, veya bu dâvâya tekrar bakılması için hükmü veren yahud daha başka bir mahkemeye emir de verebilir, bu mahkemeler devlet başkanının emrini dinlemezse bizzat bakmaktan başka yol yoktur, buna mezâlim sistemi denir. Öte yandan hükme itirazı olan kimse bunu o hükmü veren mahkemeye veya başka bir mahkemeye götürebilir. Bizzat hükmü veren mahkeme de daha sonra bu hükmün hukuka aykırı veya hatalı olduğu kanaatine varırsa bunu bozarak yeni bir hüküm verebilir. Hükme itirazı olan devlet başkanı ise, ister bu dâvâya bizzat bakar, isterse hükmü veren veya bir başka mahkemeye gönderir, ancak yukarıda da geçtiği üzere bu mahkemelere hukuka uygun verilmiş bir hükmü değiştirmeleri istikametinde emir veridiremez.

D. Hükme İtirazın Etkisi

İslâm hukukunda mahkeme kararlarını yerine getirmek (infaz) prensip itibariyle o kararı veren hâkimin yetkisi ve görevi içindedir. Medenî hükümlerde dâvâyı kaybeden taraf hükmün gereğini yerine getirmese bizzat hâkim hükmü icrâ ettirir. Bazen hüküm, hâkimin ölümü veya azledilmesi veya bu hâkimin bâgiler tarafından tayin edilmiş olması gibi sebeplerle yerine getirilmek üzere

³¹² Tarablusî, 34; İbni Ferhun, I/79-80.

(tenfiz) ikinci bir hâkime götürülmektedir. Bu hâkim, karar hukuka uygun ise imza ve tenfiz etmektedir, buna *ittisal* denir. Bu ikinci hâkim, hükmü hukuka aykırı bulur veya şüpheye düşerse dâvâya yeniden bakabilir. Ancak haksız olarak, imza ve tenfizden kaçınırsa elbette üçüncü bir hâkime götürme imkânı vardır. Hele bazı hükümler vardır ki (köle, kadın gibi hâkimliğe elverişli olmayan kimselerin verdiği hükümler gibi) bunların mutlaka ikinci bir hâkim tarafından tasdik edilerek yürürlüğe konulması lâzımdır³¹³. İtirazların bu hükümlerin yerine getirilmesini erteleyip ertelemeyeceği hususunda kaynaklarda bir açıklık yoktur. Medenî hükümlerde zaten bir problem bulunmamaktadır, çünkü eğer itiraz haklı görülürse hüküm yerine getirilmiş olsa bile eski hale dönülebilir. Cezaî hükümlerde ise telâfisi zor meseleler doğacağı açıktır. Bunun için halifeler bilhassa ölüm cezalarının kendilerince tedkik ve tasdik olunmadıkça yerine getirilmemesini emretmişlerdir³¹⁴. Eğer bozulan cezaî hüküm yerine getirilmişse, bu hükmü etkili olan kadı ve şahid gibi kimseler cezalandırılır ve tazminle yükümlü olurlar. Şâhidlerin yalancılığı hükümden önce anlaşılmissa ta'zir edilirler. Eğer bir zinâ dâvâsı söz konusuysa şâhidlere kazf haddi uygulanır, can ve mala dair hükümlerde tazminle yükümlü olurlar³¹⁵. Eğer resmen bir üst derece mahkemesi kurulmuşsa, bu takdirde zaten hüküm burada görüşülmeden kesinleşmeyeceği için icrâsı da mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

Adli kararlardaki hukuka aykırılıkların giderilmesi için getirilen hukukî imkânlarla, bir başka deyişle mahkeme kararlarının kontrol edilmesini sağlayan usullere kanun yolları denilmektedir. Bunlar genellikle istinaf, temyiz, itiraz, muhakemenin iâdesi ve -Türk hukukuna has olmak üzere- karar tashihidir. Bu yollardan muhakemenin iâdesi, hemen her hukuk sisteminde tartışmasız yer almaktadır. Diğer yolların tipik ve bilhassa konu açısından en önemli olanları ise istinaf ve temyizdir. İstinaf ve temyiz, özellikle karardaki maddî meselenin incelenip incelenemeyeceği noktasında birbirinden ayrılırlar. Hemen her modern

313 İbni Âbidîn, IV/310. İslâm hukuk tarihinde cezaların yerine getirilmesi için genellikle *şurta* denen özel görevliler (bir çeşit emniyet kuvveti, polis) tayin edilirdi. Atar, 219.

314 Tarablusî, 11; Atar, 155.

315 Tahtâvî, VI/163-164; İbni Âbidîn, IV/355-356; Bilmen, VIII/247-248. Yalancı şâhidi oldukları Rumeli kazaskeri huzurunda sâbit olan Safranbolulu Mehmed ve Üsküdarlı Mehmed'in Limni kal'asına kalebend edilmeleri hakkında belge. BOA Cevdet-Adliye, no: 206; tarih: Ş (Şaban) 1177 (1764). İki şâhid-i zürum (yalancı şâhidinin) Midilli'ye sürgün edilmesine dair belge. BOA Cevdet-Adliye, no: 1245, tarih: 10 B (Receb) 1186 (7.X.1772).

hukuk sisteminde temyiz yolunun bulunmasına karşılık, istinafa hepsinde yer verilmemiştir. Eski devirlerde hâkimlerin kararları kesin olup, bunları ancak hükümdar bozabilirdi. Daha sonra Avrupa'da feodalitenin güçlenmesiyle derebeylik mahkemeleri yargı otoritesi kazanmıştı. İşte istinaf, derebeyleriyle hükümdarın mücadelesinden, bir başka deyişle merkezî otoritenin taşra otoriteleri üzerinde hükümler kurma emelinden doğdu. Temyiz de merkezî otoritenin güçlenmesi ve ülkede hukuk birliğinin sağlanması gayesine hizmet eden bir yol olarak gelişti. Almanya'da ve Osmanlı adliye sistemine oldukça benzeyen Fransa'da merkezî otorite, yani hükümdar, bu yolla taşra adli otoritelerini kontrol edebilmiş ve sonuçta bu mücadeleden gâlip çıkmıştır. Oysa feodaliteyle geç tanışan İngiltere'de mahkemeler, genellikle baştan beri kralın yargı otoritesine bağlı ve bütün mahkemeler merkezdeki krallık divanının kontrolü altında bulunduğundan, burada kanun yollarının, bilhassa istinafin gelişmesi oldukça yavaş ve basit olmuştur.

İslâm hukukunda bugünkü şekliyle istinaf bulunmuyordu. Çünkü öncelikle İslâm hukuku coğrafyasında Avrupa hukukunda istinafa doğuran âmillerin başında gelen feodalite yoktu. Ayrıca Batı hukukundan hayli farklı bir yapıya sahip olan İslâm hukukunda hâkimler benzer hadiselerde çeşitli hukuk ekollerine ait hükümleri uygulayabilirlerdi. İctihad ile icihadın bozulamayacağı prensibi gereği, bir mahkeme hükmünün diğerine üstünlüğü yoktu. Ayrıca İslâm hukukunda da, monarşilerde rastlandığı üzere, hâkimler hükümdarın yargı otoritesini onun adına kullanan vekillerdi ve aralarında hiyerarşik söz konusu değildi, bir başka deyişle bütün mahkemeler eşit statüdeydi. Diğer yandan ister istemez hâkimlerin kendilerini tayin eden siyasî otoritenin hiyerarşik yapısının etkisi altında kalması da bu hukuk sisteminde kanun yolu mekanizmasının siyasî otoritenin yapısına paralel doğmasına ve gelişmesine sebep olmuştur. Nitekim İslâm hukuku ve bunun klasik devir Osmanlı uygulamasında hâkimler belli yargı çevrelerinde hükmetmekle görevlendirilmiş bağımsız birer hukuk otoritesi olduğu ve devlet başkanı bile bunlara belli istikamette karar vermeleri hususunda baskı yapmadığı için hâkimlerden şikâyet ile hükme itiraz bir arada değerlendirilmiş, bir mahkeme hükmünün hukuka aykırılığı kanaati doğmuşsa hükmü veren hâkim divan-ı mezâlîme şikâyet olunmuş, bunun neticesinde hüküm de kontrol edilmiştir. Dolayısıyla hukuka aykırı hükümlerin eski Roma'daki gibi, zaten baştan beri bâtil olduğu böyle bir sistemde, mahkeme kararlarının kontrol edilip düzeltilmesinden çok, hâkimlerin kontrol edilip gerektiğinde görevden alınmaları ve hatta cezalandırılmaları tercih edilmiştir. Her ne kadar teorik bakımdan bağlayıcı olmasa da fetva kurumu, ayrıca mahkemelerin aleniyeti ve şühûdü'l-hâl denilen kimselerin muhakeme esnasında mahkemede hazır bulunarak hükmü imzalamaları, hâkimleri hukuka uygun davranmaya sevkeden başlıca âmiller olmuştur. Öyle ki fetva müessesesi temyiz ve şühûdü'l-hâlînin varlığı da istinafa ihtiyaç bırakmamıştır. Toplum hayatının ve hukukî ihtilafların basitliği, ayrıca hâkimlerin toplumda belli bir saygınlığı olan ve sağlam bir hukuk bilgisiyle mü-

cehhez kimselerden seçilmesi, muhakemenin ve mahkeme kararlarının da fazla çetrefil olmaması sonucunu doğurmuştur. Hükümlerdeki hukuka aykırılık, hukuk normunun yanlış uygulanmasından değil, hâkimlerin zaman zaman hukuka aykırı davranmalarından (rüşvet alma, taraf tutma, dâvâyâ bakmama gibi) doğmuştur. Bütün bunlar, kanun yollarının bilhassa istinaf kurumunun bugünkü anlamıyla gelişmesine elvermemiştir. Bununla beraber modern müellifler, İslâm hukukunun günümüzdeki haliyle istinafa elverişli olduğu görüşünü ileri sürmüşlerdir. Bununla beraber istinaf ancak hükümdarın izniyle ve temyiz incelemesinden sonra söz konusu olabilmiştir.

İslâm hukuku ve bunun klasik dönem Osmanlı uygulamasında, hukuka aykırı mahkeme kararlarının kontrolü için kendisine has bir takım yollar kabul edilmiştir. Öncelikle hatalı verilmiş bir mahkeme hükmünü, o hükmü veren hâkim bizzat veya talep üzerine düzeltebilirdi. Hâkimin buna yanaşmaması veya bunun mümkün olmaması durumunda, o hüküm bir başka hâkime götürülerek hukuka aykırı olduğu ortaya çıkarsa yeniden o dâvâyâ bakılabilirdi. Nihayet devlet başkanı (halife, hükümdar) ve vâlilerin divan-ı mezâlîm adıyla kurdukları yargı mercileri de halkın bu yoldaki şikâyetlerini inceleyip karara bağlardı. Görülüyor ki hükümdar, diğer klasik hukuk sistemlerinin hepsinde olduğu gibi hâkimleri ve kararlarını kontrol ve gerektiğinde bozma yetkisini elinde tutmuştur. Ayrıca İslâm hukukunda devlet başkanı (hükümdar), sahip olduğu yargı otoritesini kullanmak üzere genellikle kadîyü'l-kudât (Osmanlılarda kazasker) veya nâdiren vâliyi vekil eder, bunlar da kadıları tayin ederdi. Ayrıca kadılar da dâvâların çokluğu, yargı çevresinin uzaklığı gibi durumlarda nâib görevlendirebilirdi. Bu kişiler sırayla birbirlerinin nâibi, yani vekiliydiler ve her birisi nâibini ve dolayısıyla kararlarını kontrol ve gerektiğinde bozma hakkına sahipti. İşte bu, İslâm hukukunda ve bunun klasik dönem Osmanlı uygulamasında kanun yollarının esaslarından birini oluşturur. Bununla birlikte bu durum, hâkimlerin bağımsızlığı prensibine gölge düşürmemiştir. Mülki âmirler hiçbir zaman hâkimlerin âmiri konumunda değildi. Çünkü hâkimler doğrudan kendisini tayin eden ve devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonunu elinde tutan makama, yani devlet başkanına (hükümdara) bağlıydı. Kaldı ki devlet başkanı bile gerekçe göstermeksizin hâkimlere verdikleri hükümleri değiştirmeleri veya kendi arzularını yönünde hüküm vermeleri hususunda emretme hakkını hâiz bulunmuyordu.

Mahkeme kararındaki hukuka aykırılıklar, hukuk normunun yanlış tatbiki, hâkimin hükmederken ihtisası dışına çıkması, hüküm sebeplerindeki hatalar ve hâkimin töhmet altında davranması şeklinde tezâhür ederdi. Kendisine başvuru makam, hükmün hukuka aykırı olduğu kanaatine varırsa, bunun -eski Roma'daki gibi- baştan itibaren bâtil olduğunu tesbit ederek yeniden dâvâyâ bakıp sonuçlandırır veya duruma göre hükmü veren veya bir başka mahkemeye havâle ederdi. Buna istinaf denirdi, bir başka deyişle istinaf temyizden sonraydı. Usulüne uygun olarak görülüp çözülmüş bir dâvânın tekrar görülmesi ancak devlet

başkanının maslahatı gözeterek vereceği izinle olurdu, bunun neticesinde verilen hüküm hukuka uygun ise tasdik edilirdi. Hükme itiraz prensip itibariyle infazı durdurmamaktaydı. Ancak ağır ceza dâvâlarında resen ve resmen temyize benzer bir durum sözkonusu olduğundan infaz tehir edilirdi. İtiraz yerinde görüldüğü takdirde gerekirse devlet hazinesinden tazminde bulunulur, bilahare ilgililere rücu edilirdi.