

# İSLÂM HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ KONTROLÜ

Doç. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ\*

## BİRİNCİ BÖLÜM

### I. KONUNUN TAKDİMİ

Hukukî ihtilafların adlî yoldan çözülmesi, her zaman ihtilafı sona erdirmiş sayılmaz. Çünkü yargı mercinin 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 adlî kararların kontrolü çok değişik şekilde cereyan etmiştir. Modern anlamda kanun yollarının hukukumuza 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-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 tarihî 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 dünyasındandır. Yahudi asıllı Amerikalı şarkiyatçı Martin Shapiro'nun 1980'de yayın-

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

lanan “*Islam and Appeal*” adlı makalesi bilindiği kadarıyla bu konuda kaleme alınmış 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 Haşim Cemil Abdullah’ın “*İslâm Hukukunda Yargı Kararlarının Temyizi*” adıyla Türkçeye de tercüme edilerek 1989’da yayınlanan makalesi, ayrıca Muhammad 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 verildiğini 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 devirlerde konuyla ilgili eserlere başvurulmuştur. Osmanlı mevzuatı için kanunnamele ve Tanzimat sonrası için Takvim-i Vekâyi’ ve Düstur esas alınmıştır. Burada bulunamayan bazı mevzuat Başbakanlık Osmanlı Arşivi’nden veya Serkez 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 yanlışlığın düzeltilerek hukuka aykırılığın giderilmesi için bir takım başvuru imkânları getirilmiştir. Bu imkânlar için kanun yolları, taarruz yolları, hukukî çareler gibi ta-

birler kullanılmaktadır. Öte yandan taarruz yollarının, hukukî çare ve kanun yollarını içine alan geniş kapsamlı bir tabir olduğu da ileri sürülmüştür<sup>1</sup>. 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 kategoriye ayrılmaktadır<sup>2</sup>. Bununla birlikte bu ayrımların pratik bir faydası bulunmamaktadır<sup>3</sup>. Kontrol tabirini kullanan müellifler olmakla birlikte bunu anlamının daha dar olduğu, sözgelisi ceza usulü hukukunda istinafta kontrol yapılmadığı, muhakemenin tekrarlandığı ifade edilmiştir<sup>4</sup>.

İslâm hukukunda mahkeme kararlarına karşı bir başka mercie yapılan itirazlara genellikle *ref'* veya *mürâfaa* denilmektedir<sup>5</sup>. 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 ayrımında 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", İÜHFİM, 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-Mavsilî el-Hanefî: el-İhtiyar li-Ta'lîli'l-Muhtar, (Ta'lik: eş-Şeyh Mahmud Ebû Dakiyka), 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'inü'l-Hükkâm, Kâhire 1393/1973, 30, 33, 36; Şihâbüddin Ebu'l-Abbâs Ahmed bin İdris el-Karâfî el-Mâlikî: el-İhkâm fi Temyiz, Kâhire 1357/1938, 2.

*Cinâi Muhakeme Prosedürü ve Mürâfaa Kanunu*'dur<sup>6</sup>. 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 verildiği de görülmektedir. Yine son devir İslâm hukuku müellifleri temyiz mahkemesi için *Mahkeme-i Nakz ve İbram* (bozma ve kesinleştirme mahkemesi) tabirini kullanmaktadır<sup>7</sup>. Bazı eserlerde de bu meyanda *muaraza* yani hükme itiraz ifadesinin kullanıldığı görülmektedir<sup>8</sup>. 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*, *istinâf*, *iâde-i nazar* ve hükmün tefsirini 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 kullanılmaktadır<sup>9</sup>. 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 merciinde 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 bu kararları tedkik edip gerektiğinde bozar ve yeniden yargılamaya yaparak karar verirdi.

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 gelmektedir<sup>10</sup>. Klasik kaynaklarda

---

6 Kamali, 58.

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

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

9 Muhammed Zeyd el-Ebyânî Bey: *Muhtasar Kitâbu Mebâhisi'l-Mürâfa'âti's-Şer'iyye*, Kâhire 1332/1914, 107; Subhî Mahmasânî: *el-Evda'u't-Teşri'iyye fi'd-Düveli'l-Arabiyye*, 2.b, Beyrut 1962, 225.

10 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 getirilmiştir. Bir dâvâ görülüp çözüldüğünde kadı "hükmettim!, bize göre sabit oldu!"

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 -turûk-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 itibarıyla bir derece kabul edilir. Ancak bunu kanun yolu özelliği saymayanlar vardır, çünkü karar tashihi bir derece değildir<sup>11</sup>. Kanun yoluna başvuru prensip itibarıyla hükmün kesinleşmesine ve dolayısıyla yerine getirilmesine engel olur<sup>12</sup>. Kanun yoluna başvurabilmek için bir nihâî karar olmalıdır<sup>13</sup>. 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 bulunmaktadır<sup>14</sup>. 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 kaziyye-i muhkeme (kesin hüküm)

gibi örfen bu işe delalet eden bir söz kullanır ve bu artık bir hüküm olur. Hükümden bahsedebilmek için hukukî bir niza olmalı ve sahih bir dâvâ açılmış bulunmalıdır. Daha sonra hüküm yazılı hale getirilerek ilâma bağlanır ve tenfize geçilir. Muhakeme esnasında hâkimin sözgelisi sanığın hapsine veya borçlunun borcunu ödemesine dair emirlerinin hüküm sayılıp sayılmayacağı ihtilafıdır. Klasik kaynaklarda *kitabu kâdi ile'l-kâdi* diye geçen istinabe, yani bir hâkimin bir konuyla ilgili başka bir hâkime mektubu, sözgelisi bir dâvâyla ilgili o beldede 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 dâvâ ise de kanun yolu dâvâsı değildir. Kunter, 925.

14 Kunter, 940-941.

niteliğini kazanmanın tehiridir<sup>15</sup>. Burada kanun yolu olarak dar anlamda kanun yollarının kastedildiği anlaşılmaktadır. Çünkü her kanun yolunda üst merciye başvurulmadığı gibi kaziye-i muhkemeler için de muhakemenin iâdesi 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), iâde-i muhakeme (muhakemenin yenilenmesi) gibi yollardır. Bunlardan hangilerinin kanun yolu sayılıp sayılmayacağı da esasen ihtilaflıdır. Gerek ara kararlara gerekse gıyâbî hükümlere karşı itiraz medenî usul hukukunda kanun yolu sayılmazken, ceza usul hukukunda dar anlamda kanun yolu olarak kabul edilmektedir<sup>16</sup>. 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 iâdesini fevkalâde (olağanüstü) kanun yolu olarak görenler olduğu gibi<sup>17</sup>, temyiz ve karar tashihi fevkalâde sayanlar vardır<sup>18</sup>. Temyiz ve karar tashihi fevkalâde kanun yolu sayarken sonradan temyizi âdi kanun yolu sınıfına sokanlar da vardır<sup>19</sup>. Kimi müelliflere göre ise temyiz âdî, karar tashihi ise fevkalâde kanun yoludur<sup>20</sup>. Muhakemenin iâdesini teknik anlamda kanun yolu saymayan ve kanun yolu benzeri (şibih kanun yolu) olarak nitelendiren müellifler de var-

---

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: Mufasssal 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.

dır<sup>21</sup>. Ceza usul hukukunda itiraz, istinaf ve temyiz âdi, diğerleri fevkalâde kanun yolu kabul edilmektedir<sup>22</sup>.

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 reddidir<sup>23</sup>. Alelâde kanun yolları istinaf ve itiraz olarak ikiye ayrılmış, itiraz ise "itiraz ale'l-hükm" (gıyâbî hükümlere itiraz) ve "itirazü'l- 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 zikredilmemektedir<sup>24</sup>. Yazılı emir ise "ne'fan 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 nihâi 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 gıyâbî 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 münhasırdır<sup>25</sup>.

Maddî mesele (vâkıa), mahkemenin önüne gelen hadisenin gerçekte var olup olmadığını delillerle inceleyip bir sonuca varılmasını ifade eder. Hadise iyice belli olduktan sonra bunun kanunun hangi normunun kapsamına girdiği belirlenir ki bu da hukukî meseledir<sup>26</sup>. 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 dokunabilecektir<sup>27</sup>.

Görülüyor ki bu görev taksimi çerçevesinde istinaf ve temyiz yolu aynı sistemin birbirini bütünleyen parçalarıdır. Temyiz mahkemesinin kuruluş amacı bir bakımdan da ülkedeki hukuk birliğini temin olduğu için, burada yalnız kanunun hadiseye doğru tatbik edilip edilmediği incelenir<sup>28</sup>.

---

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.

28 Öztekin, 63.



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 gelmiştir<sup>29</sup>. Avusturya'da da temyiz mahkemesi maddî meseleyi inceleyebilmektedir<sup>30</sup>. 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 itmiştir<sup>31</sup>. Kaldı ki mürâfaa usulünün kabulüyle bu sonucun kendiliğinden doğduğunu düşünenler de vardır<sup>32</sup>. 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 gelmiştir<sup>33</sup>.

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 hâkimleri itinâli davranmaya sevkedeceğini ileri sürmektedirler<sup>34</sup>. Ayrıca bu düşüncede olanlara göre, tarihin eski devirlerinden beri gelişmiş hukuk sistemlerinde istinaf varolagelmiştir, bugün de hemen her ülkede, ezcümle Fransa, Belçika, bazı İsviçre kantonları, ABD, Avusturya, Almanya ve özel bir şekilde İn-

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.

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

giltere'de yer almaktadır<sup>35</sup>. Gerçekten, dâvâ birden çok hâkimin önünde daha sağlıklı görülür. Halk, merkezdeki temyiz mahkemesi yerine kendisine en yakın istinaf mahkemesine başvurarak külfetten kurtulur. Buna, istinafın mahallî yargı mercilerinin gücünü azaltmak gibi siyasî bir maksatla konulduğu, hemen her ülkede bulunmasının bir üstünlük olmayıp tersine kaldırılması yönünde güçlü eğilimler doğduğu, mahallî etki altında kalmamanın zaten her hâkimde aranan bir nitelik olduğu, istinaf mahkemelerinin sayıca azlığı sebebiyle dâvâya ilk mahkemeden daha çok zaman ayıramayacağı, ilk mahkeme hâkimlerini de bilgili duruma getirmekle yalnızca üst mahkeme hâkimlerinin bu niteliği taşır olmaktan çıkacağı, istinafın dâvâları uzatacağı ve Yargıtay'ın iş yükünü de arttıracacağı gerekçeleriyle karşı çıkanlar olmuştur<sup>36</sup>. Bütün bunların yanında istinaf yolunun kabul edilmesinin gerekli, ancak bunun için henüz erken olduğu düşüncesini savunanlar da vardır<sup>37</sup>. Hemen her görüş kendince tutarlı gerekçelere dayanmakta ve fakat bunla başka gerekçelerle çürütülmekte olduğu için istinaf hakkında sağlıklı ve kesin bir sonuca varmanın zorluğu açıktır.

Önceleri Türkiye'de de nizâmî mahkemelerde istinaf yolunun bulunduğu bilinmektedir. 1924 tarihli *Mehâkim-i Şer'iyyenin İlgâsı ve Mehâkim Teşkilâtına Aid 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 azlığı<sup>38</sup> ve istinafın işleri uzattığı<sup>39</sup> gibi gerekçeler bu mahkemelerin sonunu

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

36 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 Erem: "İstinaf Mahkemeleri", AÜHFD, 1950, S:9, s:15; Gözübüyük, 438; Necip Bilge: "Üst Mahkemeler", Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, 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.

37 Kuru, 52-62.

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 mahkemelerinininkini 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.

getirmiştir. İstinafin kaldırılmasının şeriatçılık düşüncesinden mülhem olduğu, çünkü şer'î hukukta istinafin bulunmadığını da ileri sürenler vardır<sup>40</sup>. Ayrıca bir müellife göre Türk hukukunda maddî meselenin incelenmesine ihtiyaç duyulmamış ve halen de duyulmuyor olması da istinafin kabul edilmemesinde önemli bir sebeptir<sup>41</sup>. Bu zaman istinafin kaldırılmasına karşı çıkanlar, hiç değilse temyiz mahkemesine maddî meseleyi inceleyebilme imkânının verilmesini istemişlerdir<sup>42</sup>.

1929 yılında 1879 tarihli Alman ceza usul kanunu iktibas edilirken istinaf kurumu hâriç 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 kanunlaşmamıştır<sup>43</sup>. 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. Hatta Hammurabi Kanunlarında bir hâkimin verdiği hükmü sonradan değiştirebilmesi yasaklanmış, aksi takdirde hâkimlik mesleğinden atılacağı gibi, ağır tazminat ödemekle yükümlü tutulacağı esası getirilmiştir<sup>44</sup>.

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 fonksi-

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.

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

yonunu 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 *Manu* mecellesine göre kesin hüküm (kaziyye-i muhkeme) niteliğindeki hüküm ancak geçerli kanunî sebeplerin varlığı halinde düzeltilebilirdi<sup>45</sup>. Hükümdar başkanlığındaki Adalet Divanı'na, mahkemelerin verdiği hükümlere karşı istinafen müracaat imkânı vardı<sup>46</sup>.

Eski Mısır'da ise oldukça ileri bir hüküm kontrolü sistemi bulunduğu görülmektedir. Eski İmparatorluk Devrinde *Tati* denilen hükümet başkanının mahkeme kararlarını kral adına temyizen 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 vâlileri hâkim olarak tayin edilmiş, bunların kararları da üst denetime tâbi tutulunca firavunların yargı yetkileri fiilen *Tati*'lere geçmiştir<sup>47</sup>. 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 başvurulabilir, ancak bu hallerde müracaatı adı geçen yüksek mahkemeye havâle edilirdi<sup>48</sup>.

## 2. Eski Yunan

Atina sitesinde Solon tarafından kurulan Halk Mahkemesi (*Heliee*) bir yüksek kanun yolu merciiydi. Halk Mahkemesi her yargı çevresi (*Tribu*) halkından altıyüzer kişi olmak üzere birer yıl müddetle ve kur'a ile seçilmiş altıbin üyeden oluşurdu. Bunlar beşyüzer kişi halinde on kazâ mahkemesinde görev ya-

---

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

46 Özer, 1402.

47 Özer, 1401.

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

par, bin kişi de yedek üye sıfatını taşırdı. Hepsi birden çok önemli dâvâlarda bir araya gelerek muhakeme yaparlardı<sup>49</sup>.

Halk Mahkemeleri, dâvâlara ilk derece olarak bakabildikleri gibi diğer mahkemelerde hükme bağlanıp da kendilerine yeniden görülmek üzere getirilen dâvâları istinafen görüp sonuçlandırır. Bunların verdiği kararlar kesindi. Halk Mahkemeleri yargı fonksiyonunun doğrudan halka verildiği ilk ve tipik örneklerden biridir<sup>50</sup>.

Bundan başka yargı mercileri gıyapta karar vermişler ve bu da sözgeşi dâvâlıya tebliğat yapılmaması gibi bir muhakeme usulü hatasından doğmuşsa, ilgili kimse iki ay zarfında itiraz hakkına sahipti. Öte yandan dâvâda hile, yanlış veya yalan şahidlik söz konusu ise muhakemenin iâdesi mümkündü<sup>51</sup>. Halk Mahkemesi gittikçe istinaf mahkemesi fonksiyonunu kaybetti; ancak şahidlerin yalancı şahidliğinden mahkûm olmaları halinde muhakemenin iâdesi prensibi sürdü. Daha sonra Atina'da teşkil edilen seyyar bölge hâkimlerinin kararlarına karşı istinaf yolu kabul edilmiştir<sup>52</sup>.

### 3. Eski Roma

Roma'da özel muhakeme sisteminde kanun yollarından bahsedilemezdi, çünkü hâkim, dâvânın taraflarınca seçilmekteydi. Ancak bazı istisnaî 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 kalkmıştı<sup>53</sup>.

Yargının doğrudan devletin kontrolüne geçtiği sistem dışı muhakemenin ilk devirlerinde, principatus devrinde, bu hususta imparatora müracaat hakkı

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.

53 Arsal, 278, 281; Erem, 9.

vardı<sup>54</sup>. 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 *appelatio* diye bilinir. *Appelatio*, daha çok temyizi andıran *provocatio*'dan farklıdır<sup>55</sup>. 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 verilir. Bu hüküm kesindi. İtiraz eden taraf, mahkeme masraflarının dört katını ödemeye mahkûm olur, ayrıca kötü niyetliyse kendisine para cezası da ödetilirdi<sup>56</sup>. İmparatorluk devrinin ileri safhalarında birkaç dereceli istinaf doğdu. Meselâ 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 görülecek yeni karar tekrar istinaf edilmek üzere imparatora götürülebilirdi<sup>57</sup>.

Önceleri uzun zaman hâkimlere hakâret olarak görülen istinaf yolu, Diocletianus zamanında artık gelişmiş bir konuma geldi. Hemen her hükme karşı istinafa müracaat edebilme imkânı varken, adam öldürme, zinâ, zehirlenme 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 mahkûmiyeti getirildi<sup>58</sup>. İmparatorun hâkim yetkisiyle hareket ettiği durumlarda İmparator Divanı üyeleri ona görüşleriyle yardım ederdi<sup>59</sup>.

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

---

54 Arsal, 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 Arsal, 385.

58 Şensoy, 1063.

59 Arsal, 440.

Eski Roma'da hâkimin bir hukuk normunu görmezlikten gelerek verdiği nihâî kararlar hukuken kendiliğinden-*ipso 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 şekli anlamda kesin hüküm teşkil ettiğini kabul eden Germen hukukunun etkisiyle bu tür kararlar da temyize benzeyen bir kanun yolu denetimine sokuldu. Hükümde 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 aranırdı. Bu, Avrupa'da temyiz yolunun tekâmül safhalarında, bilhassa ülkede hukuk birliğini kurma amacı dışında mahkeme kararlarının adalete uygunluğunun sağlanması maksadı yönünde önemli bir gelişme kabul edilmiştir<sup>60</sup>.

## B. Modern Hukuk Sistemlerinde (Tarihçe)

### 1. Fransa

Fransa'da ilk devirlerde Frank krallarının kurdukları divanlar, hâkimlerin kararlarının istinafen görüldüğü mercilerdi. Bu divanlar sonradan aynı zamanda bir imtiyazlılar mahkemesi durumuna gelmiştir<sup>61</sup>. Feodalitenin yayılmasından sonra yargı fonksiyonu, kral, feodalite, şehir ve kilise mahkemeleri arasında paylaşılmış haldeydi. Derebeyinin başkanlığındaki feodal mahkemeler hür vatandaşların 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 getirmiştir<sup>62</sup>. Feodal mahkemeler de aşağı, orta ve yüksek olmak üzere üç derece olup aşağı ve orta derecede verilen kararlara karşı yüksek dereceli feodal mahkemeye itiraz edilebilirdi<sup>63</sup>. 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

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

61 Özer, 1402.

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

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

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 kestiren 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 yayınlarak istinaf şartlarını tesbit etmek gereğini duymuştur<sup>64</sup>. Senyörlerin muhalefeti, istinaf usulünün iyice yerleşmesi ve Krallık Divanı'nın halkın gözünde 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 merkezî idareye yardımı artmış ve bağlılığı kuvvetlenmiştir<sup>65</sup>.

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 mahallî 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 edilirdi<sup>66</sup>. Önceleri yılda birkaç kez toplanan Krallık Divanı 1344 yılında Paris Parlamentosu'na dönüşmüş ve sürekli toplanmaya başlamıştır<sup>67</sup>. Burada Kral Saint Louis, muhalefetlerinden çekindiği baronları sürekli bir işle meşgul ederek kendi tahtını güvence altına alma amacını gütmüştür. Krallık Divanı'nda prensler ve baronların yanısıra "Uzun Elbiseliler" denen hukukçular da üye olarak yer alırdı.

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.

66 Özer, 1403; Rousselet, 34.

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



Gitgide yargı yetkisi bunlara intikal etmiştir. Bu parlamento, bekleneni vermiş, krala bağlı olmayan senyörler de bağlılık bildirerek parlamentoya girmişlerdir<sup>68</sup>. Parlametonun başında da aynı dönemdeki Osmanlı Divanı Hümayunu'ndaki 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 oluştururdu<sup>69</sup>.

1551 yılında *présidaux* adıyla yeni bir yüksek mahkeme teşkil edilerek *bailliage* ve *sénéchaussée* adlı mahkemelerin 250 livr<sup>70</sup> değer ve 10 livr gelir üzerindeki hükümlerini istinafen görmeye görevlendirilmiştir. Şu kadar ki, bunların kararları kesindi. 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 merciler durumuna gelmiştir. Böylece mahkeme örgütü feodal mahkeme+*bailliage* ve *sénéchaussée*+*présidaux* olmak üzere üç dereceli bir nitelik kazanmıştır. Bunların üzerinde parlamento vardı. 1788 emirnamesi ile *bailliage* ve *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 bakacaktı<sup>71</sup>.

Merkezî otorite feodalite aleyhine güçlendikçe XIV. yüzyıldan itibaren (1302 fermanyıla) 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 şûrâ ve devlet şûrâsı idi ve yargıdan çok siyasî ve idarî görevleri vardı) değiştirebilirdi<sup>72</sup>. 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 mahke-

68 M. Esad, Usul, 21-22.

69 Rousselet, 36-38.

70 O yıllarda franka livr deniyordu.

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

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

melerinin kararlarını temyiz yoluyla inceliyorlardı<sup>73</sup>. Nitekim giderek XIX. yüzyılın başına gelindiğinde de her ikisinin de ortadan kalktığı görülmektedir. *Conseil des Parties*'nin kuruluş amacı politikti, mahallî parlamentoların krallık emirâmelerine aykırı davranmalarına engel olmak ve böylece merkezî otoriteyi güçlendirmek için kurulmuştu. Parlamentoların kral emirâmelerine 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 çarpmaktadır<sup>74</sup>. 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 emirâmeleriyle Roma hukukuna hatta âile hukuku ve kamu düzeni sahasında yerleşik icthadlara aykırılık da temyiz sebebi sayılmaya başlanmıştır<sup>75</sup>.

1670 tarihli emirnâme ile istinaf usulü düzenlenmiş ve tahkik sistemi getirilmiştir<sup>76</sup>. İhtilalden hemen sonra 1790 yılında 1670 emirnâmesi kaldırılarak geleneğe dayanan İngiliz adli sistemine benzer bir usul konulmaya çalışılmıştır. Cinâyet mahkemelerinde jüri usulü kabul edilerek istinaf kaldırılmış ve bunlara ancak temyiz imkânı verilmişken cünha ve kabahatlerde istinaf yer almıştı<sup>77</sup>. Feodal ve ruhânî 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 edildi<sup>78</sup>. Eski devri hatırlatacak her şeyden ürküntü duyulması, parlamentoların yerine istinaf mahkemelerinin kurulmasını engellemişti. Aslında 1790 tarihli kanun istinaf usulünü öngörmekteydi. Bunun için ayrıca istinaf mahkemeleri kurmak yerine ilçe mahkemeleri birbirlerinin kararlarını istinafen görmekle görevlendirildiler. Burada istinafen gidilecek mahkeme tarafların üye-

---

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

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

75 Sivrihisarlı, 8.

76 Yenisey, İstinaf, 23.

77 Erem, 11.

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

rinde anlaştıkları ilçe mahkemesiydi. Aksi takdirde ilk hükmü veren ilçe mahkemesine en yakın yedi ilçe mahkemesinden birine gidilecekti. Bunlardan üçünü istinaf dâvâcısı, üçünü de dâvâlı 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 dönmüştür<sup>79</sup>. 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 metnine açık aykırılık esas alındı. Kısa bir müddet sonra kanunlara ve akitlere aykırılık temyiz sebebi olarak belirlendi. Burada gaye krallık devrinde olduğu gibi, ihtilâl hükümetlerinin çıkardığı kanunlara mahallî mahkemelerin aykırı davranması imkânını ortadan kaldırmaktı<sup>80</sup>. Bu mahkeme üyeleri dört yıl süre için genel seçimle tesbit olunacaktı<sup>81</sup>. Bu mahkeme yasama mercii 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 getirilmiştir<sup>82</sup>. Ayrıca bu devirde eyâlet meclisleri idare mahkemesi olarak kabul edilmiş, *Conseil d'Etat* (Devlet Şûrâsı) da bunların istinaf mercii olmuştur<sup>83</sup>.

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

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

80 Özoğuz, 120; Sivrihisarlı, 9-11.

81 Rousselet, 63.

82 Öztekin, 65.

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

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 şehirlerde kurulan istinaf mahkemelerinde yeniden görülebilecekti. Bunların sayısı ilk önce 29 iken kimi zaman fetih ve ilhaklarla artmış, kimi zaman da toprak kayıplarıyla azalmıştır. İstinaf mahkemeleri üyelerine monarşi devrindeki geleneğe uyarak *conseiller* (müsteşar) denilmiştir. Bunların sayısı 40 ile 60 arasında değişmekteydi. Müsteşar olabilmek için en az 27 ve başkan olabilmek 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 yapardı<sup>84</sup>. 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 birbiriyle kaynaştırılarak yeni bir adlî örgüt kurulmuştur<sup>85</sup>. 1806 yılında hukuk usulü kanunu ve 1808 yılında 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'hası olan Alman ceza usul kanununa bilhassa kanun yollarının düzenlenmesi bakımından önemli bir etkisi olduğu kabul edilir<sup>86</sup>. 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 edilirdi<sup>87</sup>. Fransa'da eskiden beri ticarî ihtilaflara 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 görülebilirdi<sup>88</sup>.

Bu adlî teşkilât ve muhakeme usulü düzenlemelerinde, Napoléon'un Mısır'ın işgâli sırasında, bunların buradaki örnekleri üzerinde yapmış olduğu ince-

---

84 Sabit, 68-69,82-86.

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

86 Rousselet, 79-80; Yüce,16

87 Sabit, 107-108.

88 Sabit, 92-96.

lemelerden 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 Hasmîyye*" adlı yüksek mahkeme mahiyetindeki hukukçular hey'etine gelir ve burada kontrol edilirdi. İşte bu usulü Napoléon'un aynen Fransa'ya uyguladığı kaydedilmiştir. Bu meyanda 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-u Siyâsiyye-i Osmaniyye*" derslerinde verdiği bu bilgiyi öğrencileri de çeşitli eserlerinde tekrar etmiştir<sup>89</sup>. Hatta Sa'id Bey daha da ileri giderek şu tekliflerde bu-

89 M. Esad, Usul, 37; A. Âdil, Mahkeme-i Temyiz, 51-52; Osman Nuri Ergin: Türkiye Maarif Tarihi, İst. 1977, I/264-265. Yargıtay başkanlarından olup bu kurumla ilgili etraflı bir eser kaleme almış bulunan Recai Seçkin, bu iddiayı kabul ederek temyiz mahkemesinin İslâm hukukundaki temeli olarak göstermiştir (Recai Seçkin: Yargıtay, Ank. 1967, 51-52). Buna karşılık Ahmet Mumcu, başka hiçbir yerde desteği bulunmadığı için bu iddiayı şüpheyile karşılamış, üstelik bir hukuk müderrisinin İslâm'da temyiz kavramının varlığını kabul ettirmek yolunda ileri giden bir çabası olarak yorumlamıştır. (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 beldeki 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 ifâsında bulunamayacağı endişesiyle kabul etmediği kaynaklarda bildirilmektedir. Ebû Bekr Ahmed bin Ali el-Hatîbü'l-Bağdâdî: Tarihü'l-Bağdâd, Matbaatu's-Saade Kâhire 1349/1931, XIII/351; M. Ebû Zehra: Ebû Hanîfe, Trc: Osman Keskioglu, İst. 1981, 54, 56. Nitekim meşhur İslâm hukuku kitabı Mabsut'ta geçtiğine göre, bunamış bir kadın bir erkeğe "ey iki zinâ edenin oğlu" diye kazfetmiş, bu dâvâya zamanın kadısı İbni Ebi 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 Fethi'l-Kadîr, Matba'atü Mustafa Muhammed Kâhire 1390/1970, IV/208; Muhammed Emin İbni Âbidîn: Reddül-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar Şerhu Tenviri'l-Ebsar, Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve kardeşleri, Matba'atü'l-Meymeniyeye Kâhire ty, III/177. (İbnü'l-Hümâm beş meselede, İbni Âbidîn yeri meselede hata ettiğini bildirmektedir.) Bu usulün ne vesilesiyle Mısır'a girdiği doğrusu merak konusudur, çünkü Osmanlı fethine kadar Mısır'da Haneî mezhebi değil, Şâfiî mezhebi hâkimdi. Bu tarihten itibaren ülkede ağırlıklı olarak Haneî 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

lunmaktadır: "*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 Hasmîyye" veyahud Napolyon'un ta'biri vechiyle "Mahkeme-i Nakziyye" denilmek lazım gelir. Buna "Mahkeme-i Temyiz" ta'biri ağıyarını gayrımâni' bir ta'bir-i bâtildir.*" Abdurrahman Âdil de bu mahkemeye Mısır'da "*Mahkeme-i Nakz ve'l-Ibram*" denildiğini bildiriyor<sup>90</sup>.

Fransa'da istinaf ve temyizın daha çok feodal mahkemelerin yetkilerini sınırlandırmak ve merkezî otoriteyi güçlendirmek gibi siyasî bir amaçla kabul edildiği kanaati hâkimdir<sup>91</sup>. Zaten Paris Parlamentosu'nda bu siyasî nitelik zaman zaman ön plana çıkmaktaydı<sup>92</sup>. Bununla birlikte istinaf kurumunun Fransa'da kabulünde Roma hukuku ve kanonik hukukun da etkin olduğu ileri sürülmüştür<sup>93</sup>. Fransa'da bugün istinafin gerekip gerekmediği değil ancak bu sahada yeni ihtiyaçlara göre nasıl değişiklikler yapılabileceği üzerinde konuşulmaktadır<sup>94</sup>.

## 2. Almanya

Almanya'da ilk zamanlar hâkimlerin kararları *urteilsschelten* denilen bir kanun yoluna tâbiydi. Ancak burada hâkim ile hükme itiraz eden taraf düello etmekteydi. Yargı yetkisi halk meclislerinden kralın hâkimlerine (*sendgrafengericht*) geçtikten sonra Franklar zamanında bir mahkeme hükmüne karşı taraflar ve hatta her vatandaşın krallık mahkemesine (*königsgericht*) müracaat imkânı vardı. Roma hukukundaki istinafa benzer müessesese, XV. asırda İtalya'nın etkisiyle Almanya'ya geçmiş, 1495 tarihli ilk yüksek mahkeme kanunu

---

kadı veya nâibine giderek hüküm çıkarttırabilirdi. 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. Mahmasânî, 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.

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

93 Şensoy, 1064.

94 Gözübüyük, 432.

(*die erste kommergerichtordnung*) ile istinaf kabul edilerek *Reichskammergericht*'e müracaat edebilme imkânı getirilmiştir. Buna derebeyleri -görünüşte- Roma hukukunda bulunmadığı gerekçesiyle karşı çıkmışlardır. Öte yandan yüksek mahkemede zaten pek âdil kararlar verilmemekteydi<sup>95</sup>.

Eski Alman ceza ve ceza usul kanunu olan *Carolina*'nın ilk projesinde istinaf yer almaktaydı, projenin 219. maddesine göre *Reichskammergericht* ise *Landesgericht* denilen eyâlet mahkemeleri kararlarının istinaf merciiydi. Ancak *Carolina*'nın 1532 tarihinde kanunlaşmış yürürlüğe giren ikinci projesinde derebeylerinin muhalefeti sebebiyle istinafa yer verilmemişti<sup>96</sup>. Ancak kanunun çok yerinde Roma hukukuna atf yapıldığı ve hâkimlerin çoğu hukuku yeterince bilemediği için dosyaları üniversitelere gönderir, burada yapılan inceleme sonrası gelen görüşe göre karar verirdi. Kanunun 219. maddesinde yer alan bu imkân, istinafin yokluğundan doğan mahzurları giderme yolunda bir denge unsuru teşkil etmiştir<sup>97</sup>.

1555 tarihli bir kanunla bedenî 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 alınana kadar müracaat edebilme imkânı söz konusuydu. Bu yol, kararın kesinleşmesini de önlerdi<sup>98</sup>.

Almanya'da önceleri mahkeme kararlarının hukuka aykırı olması halinde üçüncü derece kontrolü ile iptali imkânı vardı. Yakın zamanlarda Fransa'nın Almanya'daki siyasî nüfuzuna paralel olarak Fransız hukuku da Alman hukukunu etkilemiştir. Öyle ki temyiz mahkemesi ve adli birliğe hizmet eden bir temyiz düşüncesi Almanya'ya Fransız ihtilâlden sonra girmiştir. XIX. yüzyılın ilk yarısında kabul edilen *revision*, Fransa'daki *cassation* usulünden farklıydı. Kamu düzeninden çok, taraf çıkarını ön planda tutan bu usul, yargı kararlarındaki maddî meselenin de incelenemediği bir üçüncü derece kontrolü mahiyetindeydi. Gerçekten Fransa'daki örneği, devletin adli makamları kontrol eden bir organı

95 Yenisey, İstinaf, 24-25.

96 Yenisey, İstinaf, 25.

97 Yüce, 15-16.

98 Yenisey, İstinaf, 26.

görünümündeydi. Yine Fransa'dakinden farklı olarak burada yazılı değil sözlü usul geçerliydi. Nitekim Fransız temyiz mercii de giderek siyasî mahiyetinden sıyrılarak hukuk birliğine hizmet eden bir merci olma fonksiyonu kazanmıştır<sup>99</sup>.

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 doğruyağı prensipleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle istinafa yer vermemişlerdi<sup>100</sup>.

Alman ceza usul kanununun Ocak 1873 tarihinde hazırlanan ilk projesinde temyiz yolu bulunmakta, ancak istinaf yer almamaktaydı. Temmuz 1873 tarihli 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 verilmemiştir. 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 sınırlandırılmıştır<sup>101</sup>.

### 3. İngiltere

İngiltere'de hukuk ve özellikle adliye örgütü Kıt'a Avrupa'sından bir nebze olsun etkilenmemiş, gelişmesini yavaş ve geleneksel bir tarzda sürdürmüştür<sup>102</sup>. Tarih boyunca kanun yollarının, bilhassa istinaf müessesesinin gelişmesi de son derece yavaş olmuştur. Çünkü ülkedeki mahkemelerin büyük çoğunluğu,

---

<sup>99</sup> Sivrihisarlı, 12-13.

<sup>100</sup> Yenisey, İstinaf, 28.

<sup>101</sup> Yenisey, İstinaf, 29-33.

<sup>102</sup> Gözübüyük, 437; Seignobos, 186.



Ortaçağdan sonra ise tamamı zaten kral mahkemesi olup, merkezileştirilmişti. Bu yönden İngiltere ile Osmanlı Devleti arasında büyük benzerlik vardır<sup>103</sup>.

İlk zamanlarda sözgelışı sanık muhakeme edilip beraat etmiş olsa bile, mağdurun bir yakını bununla düello ederdi. Bu usul sonraları fiilen uygulanmasa bile ancak 1819 yılında kaldırılmıştır<sup>104</sup>. 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 mahkeme hüviyetini taşımakta ve eyâletlerdeki krallık hâkimlerinin kararlarına karşı bir kontrol görevi yapmaktaydı<sup>105</sup>.

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 kaldırılmıştır<sup>106</sup>. 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 bırakıldı<sup>107</sup>.

1873 tarihli Mahkemeler Teşkilat Kanunu (*The Judicial Act*) çıkarılınca ya 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*), Mali 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*),

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

104 Morgan, 132.

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

106 Morgan, 132.

107 Morgan, 133.

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 ayrılmıştır<sup>108</sup>.

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 ayrılmaktadır<sup>109</sup>. 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 geniştir<sup>110</sup>.

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*) âdî 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 gidilebilir<sup>111</sup>. 1876 tarihli *Appellate Jurisdiction Act* ile Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) eskiden beri süregelen istisnaî 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 hal-

---

<sup>108</sup> Namık Kemal Yalçınkaya, İngiliz Hukuku, Ank. 1981, 107-108.

<sup>109</sup> Yalçınkaya, 241-243.

<sup>110</sup> Yalçınkaya, 138.

<sup>111</sup> Yalçınkaya, 245-247.

ler çerçevesinde önüne getirilen dâvâ hükmünü bir kez daha incelemek üzere ait olduğu mahkemeye göndermekle sınırlandırılmıştır. Öyle ki Lordlar Kamarası üyelerinden 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 davranmamaktadır<sup>112</sup>. Daha çok temyizi hatırlatan bu uygulama Osmanlı Divan-ı Hümâyun'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 niteliğindedir<sup>113</sup>.

Hukuk muhakemesinde ise, Londra Yüksek Mahkemesi aslî işi ceza muhakemesi olup sınırlı durumlarda hukuk dâvâlarında bakan Sulh Mahkemeleri ile yalnızca hukuk dâvâlarına bakmak üzere dörtyüz 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 Bölümünde temyiz edilebilir. Bazı ender hallerde Londra Yüksek Mahkemesi kararlarının Lordlar Kamarası'nda temyiz edilebilmesi imkânı getirilmiştir<sup>114</sup>. Sulh Mahkemeleri kararları da kanunda tesbit olunmuş durumlarda Yüksek Mahkeme'de ve son olarak da Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarası'nda kontrol edilir<sup>115</sup>.

112 Yalçınkaya, 97.

113 Yalçınkaya, 98-99.

114 Yalçınkaya, 243-245.

115 Yalçınkaya, 102.

## 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 (halife, sultan, emîr vs) verilmiştir<sup>116</sup>. İslâmiyetin başlangıcında bizzat hâkimlik yaparak karar vermiş olan Hz. Peygamber, adlî 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 Mûse'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 tutardı<sup>117</sup>. Bazen bizzat verdiği hükümlere itirazları yine bizzat değerlendirek yeniden muhakeme yaptığı kaynaklarda zikredilmektedir. Burada örneklerden anladığımızı göre yeni bir delil ortaya çıkması veya ilk delillerin mu-teber olmadığına anlaşılması hallerinde muhakemenin iâdesi gibi bir durum söz konusu olmaktadır<sup>118</sup>. Öte yandan çoğu zaman başka hâkimlerin verdiği hü-

<sup>116</sup> Nitekim Hz. Peygamber'in bir hadîsiyle, yerine getirilmesi vâzilere 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 fey', yani şer'î vergileri toplamaktır.) Vâli sözü tek başına kullanılınca sultan veya onun vekili anlaşılır. Yakub bin Seyyid Ali: Mefâtihü'l-Cinân Şerhu Şir'ati'l-İslâm, İst. 1288, 492, 521; İbnü'l-Hümâm, IV/129; Tarablusî, 11. Bu hadîs, az-çok farklı ibarelerle İbni Ebî Şeybe'nin *Musannef*'inde geçmektedir. Ebû Muhammed Cemâlüddin Abdullah bin Yûsuf ez-Zeyla'î: Nasbu'r-Râye fî Tahrîci Ehâdisi'l-Hidâye, 2.b, Mektebetü'l-İslâmiyye 1393/1973, III/326.

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

<sup>118</sup> Medine'de Tu'me adında bir kimse, komşusu Katâde'nin zırhını çalmış ve bir yahudiye emânet bırakmıştı. Hz. Zırh 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

kümler Hz. Peygamber'e getirilmiş, O da bunları inceleyerek neticede ya tasdik etmiş veya yeniden muhakeme yapmıştır<sup>119</sup>. Şu kadar ki ictihad ile 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 olmuştur<sup>120</sup>.

yayılan un döküntülerini takib ederek zırhın emanet bırakıldığı yahudinin evine kadar geldi, yahudi herşeyi anlattı. Tu'me'nin yakınları bunun üzerine suçu yahudiye attılar. Hz. Peygamber huzurunda görülen dâvâda yahudi aleyhine şahidlik ettiler ve böylece yahudi mahkûm oldu. Sonradan Nisâ Süresi'nin 105. ve devamındaki âyetlerinin inmesi üzerine şahidlerin yalancılığını anlayan Hz. Peygamber, yeniden muhakeme yapmış, bu kez sanık beraat ederken, gerçek hırsız mahkûm olmuştur. Şeyhzâde Muhammed bin Muslihüddin Mustafa Kocevi Muhyüddin el-Hanefi: Hâşiyeti Şeyhzâde alâ Tefsiri'l Kadı Beydâvi, İst. 1306, II/166.

- 119 Hâkimlikle görevlendirilen Amr bin As, iki kişinin dâvâsını çözmüş, mahkûm olan taraf Hz. Peygamber'e gelerek itirazda bulunmuş, Hz. Peygamber de hâkimin ictihadına 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; Şemsüleimme Ebû Bekr Muhammed bin Ahmed es-Serahsî: Kitabü'l-Mebsût, C:XVI, Kâhire 1324, s:76. Diğer taraftan Yemen'e hâkim olarak gönderilen Ali bin Ebû Tâlib, bir taksirli adam öldürme dâvâsını neticelendirmiş, taraflar dâvâyı Peygamber'e götürmüşler, O da hükmü doğru bularak tasdik etmiştir. (Bu hadise *zübye meselesi* olarak bilinir.) Muhammed bin Halef bin Hayyan el-Veki': Ahbâru'l-Kudât, Beyrut t.y., I/96.
- 120 Abdülcelil İsa: Peygamberimizin İctihatları, Trc: M. Hilmi Merttürkmen/Abdülvehhab Öztürk, Ank. 1976, 154-155. Hz. Peygamber, Bedir harbinden sonra, henüz Müslüman olmayan zevci 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 Mekkeli müşriklerden Hubar bin Esved ile Nâfi' bin Abdıkays'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; Dârimî: 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 Muğîre'den dul kalıp Üsâme bin Zeyd ile evlenmek isteyen Fâtma binti Kays hakkında Hz. Peygamber bunun Ümmü Şerik'in evinde iddet beklemesine hükmetmişti.

Hülefâ-yı Râşidîn, yani Dört Halife devrinde de buna benzer şekilde hareket edilmiştir. Bilhassa Halife Hz. Ömer zamanında hâkimlerin hükümlerinin kontrolü hususunda enteresan uygulamalar olmuştur<sup>121</sup>. Halife Hz. Ömer her hac mevsiminde Mekke'de bir divan kurarak, ülkenin çeşitli yerlerindeki hâkimlerin kararlarını burada incelemiştir<sup>122</sup>. Yine Halife Hz. Ömer, hâkimlerin verdikleri ölüm cezalarının kendi tasdiki olmaksızın yerine getirilmesini yasaklamıştır<sup>123</sup>. Halife Hz. Osman da selefinin yolunu takip etmiştir<sup>124</sup>. Bu devirde mahkeme kararlarının kontrolü bakımından önem taşıyan bir vesika vardır ki bu, Halife Hz. Ömer'in, Kûfe vâli ve kadısı Ebû Müse'l-Eş'arî'ye gönderdiği bir mektup/ta'limattır<sup>125</sup>. Bu mektupta bir dâvânın sonuçlandırılmasından sonra bu hükmün hatalı olduğu anlaşılırsa ve doğru bir hal tarzı bulunursa hükmü vereni doğruya dönmekten hiç bir şeyin alıkoymaması gerektiği, çünkü doğruya dön-

---

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 aldığıında "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 soru soruyor" diye serzenişte bulunmuşlardı. Veki', II/188.
- 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'mini: Kadâü'l Mezâlim, Amman 1411/1991, 69.
- 123 Tarablusî, 11.
- 124 Atar, 155; Mu'minî, 70.
- 125 Ali bin Ömer ed-Dârekutnî: Süneni Dârekutnî, Kâhire 1386/1966, IV/206-207; Serahsî, XVI/60-62; Kâsânî, VII/9. Vesikanın Türkçesi için bkz. İbni Haldun: Mukaddime, Trc: Zakir Kadiri Ugan, İst. 1989, I/561-563; İsmail Semi': Usul-i Muhakemenin Tarihçesi, İst. 1324, 23-28; Osman Nuri: Mecelle-i Umur-ı Belediye, İst.1337, I/258-260; Ali Himmet Berki: İslâm'da Kazâ, Ank. 1962, 24-25; Bilge, Karar Düzeltme, 207-209; Muhammed Hamidullah: "Halife Hz. Ömer Devrinde Adli Teşkilat", Trc: Fahrettin Atar, İlim ve Sanat, Ocak-Şubat 1989, S:23, s: 47. Tâbi'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.

menin hatada ısrar etmekten elbette daha iyi olduğu bildirilmektedir<sup>126</sup>. Bazı modern müellifler, bu ifadeyi günümüz hukukundaki karar tashihi müessesesinin de temeli olarak görmüşlerdir<sup>127</sup>. Her ne kadar genel de olsa bu ifadeden şer'î hukukta hatalı mahkeme hükümlerinin her zaman düzeltilmesi imkânının bulunduğu neticesi çıkmaktadır<sup>128</sup>. Hz. Ömer, yine Basra vâlisi Ebû Mûse'l-Eş'arî'ye yazdığı bir mektupla, hakkında bazı şikâyetler işittiği Basra kadısı Ebû Meryem İyas bin Subeyh el-Hanefî'nin hükümlerini kontrol etmek hususunda kendisini görevlendirmiş, Ebû Mûsâ bu kararları inceleyerek hukuka aykırı bir husus bulunmadığını Halîfe'ye bildirmiştir<sup>129</sup>.

Halîfe Hz. Ali ise bir hâkimin hükmünde yanılması ve bu hatanın ortaya çıkması durumunda verdiği hükmün bozulacağını bildirmiştir<sup>130</sup>. 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 sö-

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 Hırakî, Beyrut Âlemü'l-Kütüb, IX/56; Şemsüddin Ebû Abdullah Muhammed bin Ebû Bekr İbni Kayyim el-Cevziyye: İ'lâmü'l-Muvakki'în, Kâhire 1388/1978, I/110.

127 Bilge, Karar Düzeltme, 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.

129 Veki', I/270.

130 Hâşim, 3/395. Nitekim bir miras dâvâsında Kadı Şüreyh'in verdiği hüküm önüne getirilen (ref' edilen) Halîfe Hz. Ali, bir âyete aykırı olduğu ictihadına vararak bu hükmü bozmuştur. Şüreyh, geride aynı zamanda amcazadeleri olan kocası ve anne bir erkek kardeşini bırakarak vefat 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 kardeş hükmüyle 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. Veki', II/196.

zû, bir dâvâya tekrar bakmak caiz olmasaydı söylemezdi<sup>131</sup>. Diğer taraftan Hz. Ömer'in verdiği hükümler halife olduktan sonra Hz. Ali'nin; Hz. Ali'nin verdiği hükümler de halifelîğe geçtikten sonra Hz. Mu'aviye'nin önüne götürüldüğünde, tıpkı Hz. Peygamber devrinde olduğu gibi, hükümlerin geçerli bir sebep olmaksızın bozulamayacağı gerekçesiyle geri çevrilmiştir<sup>132</sup>. 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 bildiriyor<sup>133</sup>. Bu da kesin hüküm (*kaziyye-i muhkeme*) kavramının ilk zamanlardan beri mevcut olduğunu göstermektedir. Bununla beraber hukuka aykırı verilmiş mahkeme 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 adlî yetkilerini bizzat kullandıkları fevkalâde bir adlî merci mahiyetindedir. Ancak sadece kazâî değil, siyasî ve malî yetkileri de vardır. Daha ziyâde idarenin kazâî kontrolünü sağlamaya yönelik bir kurum olan divan-ı mezâlimin menşei Hz. Peygamber devrine dek uzanır<sup>134</sup>. Dört halifenin de divan-ı mezâlim fonksiyonunu bizzat yerine getirdikleri bilinmektedir<sup>135</sup>. Hz. Ali devrinde, düzensiz olmamakla beraber zaman zaman divan-ı mezâlim teşkil edilmiştir. Öyle ki, halkın idareden şikâyetlerine bakmak için bir kurul oluşturan, bir başka de-

---

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

132 Beyhakî: Adâbî'l-Kadı 25.

133 Bu dâvâ Hz. Ali ile Hz. Talha'nın ortaklaşa sahip buldukları bir arâzinin 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 hissesini Hz. Ali'ye bağışladı. Kettânî, 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-Mâverdî eş-Şâfiî: el-Ahkâmü's-Sultaniyye, Kâhire 1298, 73; Ebû Ya'lâ Muhammed bin Hüseyin el-Ferrâ el-Hanbelî: el-Ahkâmü's-Sultaniyye, Kâhire 1386/1966, 74; Kettânî, II/26.

135 Faruk Nebhan: İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, Trc: Servet Armağan, İst. 1980, 595.



yişle mezâlim fonksiyonunu bir kurul marifetiyle yerine getiren ilk hükümdar Halife Hz. Ali'dir<sup>136</sup>. Mezâlim dâvâlarına bakmak için ilk kez bir gün tayin eden de Emevî halifesi Abdülmelik olmuştur<sup>137</sup>. Bununla beraber Emevîler zamanında halifeler mezâlim prosedüründen geçmeksizin kendisine arzolunan mahkeme hükümlerini bizzat incelemiş ve gerektiğinde bozarak hükmü veren mahkemeye göndermişler; kimi zaman da meseleyi beldenin vâlisine havâle etmişlerdir<sup>138</sup>. Abbasîler ve daha sonraki İslâm devletlerinde mahkeme kararları

- 136 Corci Zeydan: Medeniyet-i İslâmiye Tarihi, Trc: Zeki Megamiz, İst. 1971, I/343; Nebhan, 595; Mu'minî, 71-72. Rivâyete göre, divan-ı mezâlimin bilinen ilk örneği İrandadır. İran hükümdarları muayyen günlerde halkı toplar ve şikâyetlerini dinlerlerdi. Yine bu günlerde dâvâli sıfatıyla *mobed-i mobedan* denilen başhâkim huzurunda beklerlerdi. Nizamülmülk: Siyasetnâme, Trc: M. Şerif Çavdaroglu, İst. 1954, 54-55. Bu âdet Selçuklularda da vardı. Aydın Taneri: Türk Devlet Geleneği, 2.b, İst. 1993, 344. Divan-ı mezâlim'in hiç değışle şekli olarak İran'dan Arablara geçtiği iddia edilmektedir. W. Barthold/Fuad 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 Gazâlî, vaktiyle Çin hükümdarlarından birinin sağırılığı sebebiyle zulme uğrayan ve şikâyeti bulunan teb'asının feryadlarını duymadığına üzüldüğünü, bunun üzerine bunların kırmızı elbiseler giymesini ilan ettiğini, böylece dışarı çıktığında onları rahatça tanıyıp, böylece şikâyetleriyle ilgilenebildiğini nakletmektedir. Hücetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed el-Gazâlî: Kimyâ-yı Saâdet, Trc: A. Faruk Meyan, İst. 1411/1990, 374-375.
- 137 Mâverdi, 74; Ferrâ, 75; Kettâni, II/28; Zeydan, I/343; Rifâi, 125; Mu'minî, 74-75; Celaleddin Devânî'den naklen Ahmed Cevdet Paşa: Tezâkir, H: Cavid Baysun, 2.b, Ank. 1986, IV/86.
- 138 Emevî ailesinden Hişâm bin Abdülmelik'in halifeliği zamanında, Hz. Ali soyundan Fâtıma 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 akrabalığını nazara almayıp O'na vâlinin vurdüğundan 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 bunların Fâtıma'ya giderek eğer hâlâ Eyyüb'ü istiyorsa halifenin nikâha icazet verdiğini bildirmelerini, istemiyorsa aralarını ayırmalarını emrediyordu. Kendisine mektup okunan ve tercih yapması istenen Fâtıma, "Bütün insanlar bir tarafa, Eyyüb bir tarafa!" diyerek nikâhin

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 kadıların üstünde, bunların tayini ve kontrolü ile ilgili olarak kadıyü'l-kudâtlık denilen makam oluşturulup bu makama devrin önde gelen hukukçusu ve İmam-ı A'zâm Ebû Hanîfe'nin öğrencilerinin en değerlisi sayılan İmam Ebû Yûsuf getirilmiş ve böylece adli işler bir bakıma siyasî otoriteden ayrılmıştır<sup>139</sup>. Öte yandan mezâlîm yargılaması âdi yargılamadan ayrılarak bağımsızlaşmıştır<sup>140</sup>.

Abbasî halifesi Mehdî 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 edilmiştir<sup>141</sup>. Halifeler divan-ı mezâlîm başkanlığını giderek tamamen vezîrlere, sonra da kadıyü'l-kudâtlara bırakmışlardır<sup>142</sup>. 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 almıştır<sup>143</sup>. Kimi zaman taşralarda vâliler veya kadılar de mezâlîm muhakemesi yapmak üzere hükümdar tarafından yetkilendirilmişlerdir<sup>144</sup>.

---

devamı yönünde tercihini kullanınca nikâh geçerli bir şekilde devam etmeye başladı. Dul bir kadın olan Fâtıma kendisine denk (küfv) 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 kadı'nın nikâhta oğlu veli kabul etmeyen ve kardeşlerin rızasını arayan hükmü sünnete muhalif görülmüştür. Veki', I/172-174.

<sup>139</sup> Berki, İslâmda Kazâ, 64; Rifâi, 48, 64; Kamali, 55.

<sup>140</sup> Mu'minî, 84, 89.

<sup>141</sup> Mu'minî, 85-87.

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

<sup>143</sup> Berki, İslâmda Kazâ, 63.

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

Hükümdarın kendisine yargı yetkisini devretmesi üzerine kadıyü'l-kudât da bunu kadılar tayin ederek kullanırdı ki bu, adı geçen görevin idarî yönüdür ve bu yönden günümüzdeki adalet bakanına benzerdi<sup>145</sup>. Kadıyü'l-kudâtlığın yargı ile doğrudan bağlantılı olan yönü ise gerek kadıların en üst âmiri, gerekse divan-ı mezâlim başkanı bulunmak hasebiyle kadıların hükümlerini kontrol eden bir kanun yolu mercii olmasıdır. Bu yönüyle de günümüzdeki temyiz mahkemesi başkanına benzetilir<sup>146</sup>.

Dört Halife devrinden sonra kurumlaşan divan-ı mezâlim, sadece idarî dâvâlara bakmamıştır. Pekçok hukuk dâvâsı da ilk ve daha çok son derecede burada görülmüştür<sup>147</sup>. Hâkimler de devlet memuru sayıldığından, bunların yanlış karar vermeleri durumunda halk diğer memurlarda olduğu gibi divan-ı mezâlîme şikâyetle 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 itiraz olan bunu bir başka hâkime götürebilir, hâkimden şikâyet ise divan-ı mezâlîme yapılırdı. Divan-ı mezâlîmin kurumlaşmasının, giderek hükme itiraz yerine hâkimden şikâyetin tercihinde önemli bir etken olduğu anlaşılmaktadır. Hukuka aykırı hükümler zaten baştan itibaren geçersiz ol-

145 Rifâî, 64.

146 Atar, 109, 117. Kadıyü'l-kudâtlığın bir temyiz mahkemesi mevkiinde olduğunun açıklıkla söylenemeyeceği görüşünü taşıyanlar da vardır. Ghulam Murtaza Azad: *Judicial System of İslâm*, İslâmabad 1987, 99. Şu kadar ki, bir hukuk sistemine ait müesseseleri başka bir hukuk sisteminin terminolojisiyle değerlendirmek her zaman mümkün olamamaktadır. Kadıyü'l-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. Kadıyü'l-kudâtın, hemen hemen günümüzdeki temyiz mahkemesinin işini gördüğü, hatta adliye bakanı ve idarî ve askerî mahkeme başkanlarının konumunda olduğu genellikle kabul edilen bir husustur.

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

duğuna 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 vardır<sup>148</sup>, kimilerine göre ise temyiz mahkemesine benzer<sup>149</sup>. Oysa daha sonra açıklanacağı üzere, İslâm hukukunda temyiz ve istinaf uygulamasının günümüzdekinden farklı oluşu, bu konuda kesin bir kanaate varmayı engellemektedir. Buna karşılık, bizâtihi hükmün değil hâkimin kontrol edildiğini ileri sürerek divan-ı mezâlimin temyiz ve istinaf kurumlarına bir örnek oluşturmayacağı kanaati de vardır<sup>150</sup>. Bu görüş oldukça açıklayıcıdır, ancak divan-ı mezâlimin öyle veya böyle bir mahkeme olduğu, nitekim sadece hâkimin kontrol edilmediği, dâvaya 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 bildirmektedir<sup>151</sup>. 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 icthad ile icthad 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 kadılarından alınarak divan-ı mezâlîme verildiğini iddia etmektedir<sup>152</sup>. 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 bildirmektedir<sup>153</sup>. Halbuki ceza dâvâlarının olağan ve daimî mahkemeler

---

148 Zeydan, I/342; Kamali, 62.

149 Joseph Schacht: An Introduction to Islâmic Law, Oxford 1966, 189; Osman Keskiöğlü: Fıkıh Tarihi ve İslâm Hukuku, 3.b, Ank. 1984, 273.

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.

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 mezâlîm muhakemesi yaptığını gösteren örneklerle de rastlanmaktadır<sup>154</sup>. 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 Mezâlîm* adlı esere dayandırmaktadır. Şu kadar ki, divan-ı mezâlîm, pekçok yönden diğer mahkemelerden farklıydı, onlardan daha güçlü ve geniş yetkileri bulunmaktaydı<sup>155</sup>. Gerçekten de divan-ı mezâlîm bir kanun yolu mahkemesinden çok idare mahkemesi görüntüsü vermektedir<sup>156</sup>, 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 mezâlîm 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 mezâlîm âdeti sürmüştür. Öyle ki kamu hukukuna ilişkin genel eserlerde üzerlerinde önemle durulduğu gibi, hükümdarlara nasihatler ihtiva eden siyasetnâmelerde de divan-ı mezâlîmin devletin vazgeçilmez unsuru olduğu ve adaletin ancak bu yolla sağlanabileceği anlatılmıştır<sup>157</sup>.

Endülüs'te *sahibü'r-redd* denilen ve doğrudan saraya bağlı bulunan merci, kadıların kararlarına yapılan itirazları inceleyip sonuçlandırır<sup>158</sup>. Burada daha çok dâvâcının haklı olduğu intiba'ı uyandıran, ancak kadı önünde şer'î de-

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

155 Mâverdî, 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 mezâlîmdeki muhakeme usulleri için bkz. Mâverdî, 80 vd; Ferrâ, 80 vd; Nebhan, 603 vd; Mu'minî, 199 vd; Akyüz, 149 vd.

156 Rifâî, 11.

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

158 Akyüz, 134.

lillerle isbatlanamadığı için reddedilen dâvâlara bakıldığı ifade edilmiştir<sup>159</sup>. Mısır'da Tolunoğulları ve Fâtımîler, divan-ı mezâlim kurmuş, bunun başında da daha çok vezîrler bulunmuştur<sup>160</sup>. Yine Mısır'da hüküm süren İhşidîlerde, kadıların kararlarını âdil bulmayanlar, hükümdarın başında bulunduğu divan-ı mezâlimde dâvâlarının görülmesini isteyebilirlerdi<sup>161</sup>. Karahanlılarda da çok mütekâmil olmamakla beraber mezâlim usulüne rastlanırdı, burada belirli bir günde hükümdar halkın şikâyetlerini dinler ve hallederdi. Sonraları çoğunlukla büyük bir kadıya bu görev verilmiştir<sup>162</sup>. Gaznelilerde de kadıyü'l-kudât bulunur, divan-ı mezâlime ise bizzat hükümdar katılırdı<sup>163</sup>. Atabeylerde, ilk zamanlarda Şam hükümdarı Nureddin Zengî, *Dârü'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 kadılara götürmeden divan-ı mezâlim önüne getirmemeleri istenmiştir<sup>164</sup>. Büyük Selçuklularda da divan-ı mezâlim bulunmakta ve buna sultan veya *emir-i dâd* (dâdbey) denilen özel memur başkanlık etmekteydi<sup>165</sup>. Ayrıca Selçuklularda kadıların bil-meyerek ya da kasden veya câhilliği dolayısıyla hatalı, hukuka aykırı hüküm vermeleri durumunda, kadılardan bu hükmün incelenip bozulabilmesi ve hatta gerekirse o kadı'nın azledilebilmesi için sultana müracaat etmeleri istenmiştir<sup>166</sup>. Anadolu Selçuklularında kadıyü'l-kudât, hem merkez mahkemesinin ba-

---

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

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

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

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

163 İslam Tarihi, VI/295.

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

165 Mustafa Akdağ: Türkiye'nin İktisadi ve İçtimai Tarihi, İst. 1974, I/259,264; Mehmet 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.

şında bulunur, hem de kadıların hükümlerini kontrol ederdi. Mezâlim uygulaması bunlarda da sürmüştür, sultan şer'î dâvâları kadıya havâle eder, örfî dâvâları bizzat sonuçlandırır<sup>167</sup>. Hindistan'daki Delhi Türk Sultanlığında *bâr-ı âm* veya *meclis-i âm* adıyla divan-ı mezâlim kurulduğu görülmektedir. Burada sultan başhâkim olarak hakkında itiraz bulunan hükümleri yeniden incelerdi<sup>168</sup>. Harezşahlarda mezâlim mahkemesine rastlanmaktadır. Devletin adlî teşkilâtının başında ise *akda'l-kudât* bulunurdu<sup>169</sup>. Akkoyunlular Devletinde yaşamış bulunan Celâleddin Devânî'nin Divan-ı Def-i Mezâlim adında bir risâlesi, bu konuda yazılmış ilginç bir belge niteliğindedir. Müellif, divan-ı mezâlimin tarihçe ve özelliklerinden bahsetmektedir. Osmanlılarda da divan-ı mezâlim fonksiyonunu Divan-ı Hümâyün görmüştür<sup>170</sup>.

## II. İSLÂM HUKUKUNDA MAHKEME KARARLARININ KONTROL ÇEŞİTLERİ

### A. Mahiyet Bakımından İslâm Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü

İstinaf ve temyizden 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 anlaşılmaktadır<sup>171</sup>. Muhakemenin iâdesi hemen her hukuk sisteminde tartışmasız 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 def'i varsa talep üzerine muhakeme yenilenebilir. Bu bakımdan bazı eserlerde *iâdetü'n-nazar* da denilen bu yol, daha çok gıyâbında hüküm verilen kimsenin yararlanabileceği

<sup>167</sup> Taneri, 344; İslam Tarihi, VIII/375.

<sup>168</sup> M. Aziz Ahmed: Siyasi Tarihi ve Kurumlarıyla Delhi Türk İmparatorluğu, H: Tansu Say, ty, yy, 310.

<sup>169</sup> İbrahim Kafesoğlu: Harezşahlı Devleti Tarihi, Ank. 1956, 205-214; İslam Tarihi, IX/59.

<sup>170</sup> Barthold/Köprülü, 127; Mumcu, Divan-ı Hümâyün, 14.

<sup>171</sup> Ebyânî, 107-108; Kamali, 58.

bir yol olarak bildirilmiştir<sup>172</sup>. Hatta hükmü veren hâkim bile sonradan muhakemenin tekrarlanmasına karar verebilir<sup>173</sup>. Bunun da mesnedi Kur'an'da geçmektedir. Vasiyete şahidliği düzenleyen âyette<sup>174</sup> vasiyet dâvâsında yemin eden şahidlerin şahidliğe elverişli olmadıkları daha sonra anlaşılırsa, başka iki şahid tutulabilmesi esası getirilmiştir, bir başka deyişle *hükümden sonra def mesmudur* ki bu, muhakemenin iâdesinden başka bir şey değildir<sup>175</sup>. Muhakeme usulüne aykırılık, hâkimin usul, fûru' veya hasmı bulunan kimseler gibi dâvâlarına bakmaya yetkili bulunmadığı kimselerin dâvâlarına bakmış olması, yeni delillerin ortaya çıkması ve şahidler hakkında şüphenin doğması, hep muhakemenin iâdesi sebepleridir. Bunun dışında muhakemenin iâdesine 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 söylemiştir<sup>176</sup>.

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 vardır<sup>177</sup>. Nitekim klasik kaynakla-

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

173 İbni Âbidîn, IV/339.

174 Mâide: 107.

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

176 Atar, 218. "Amâsiyye beğine hükmü 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 görülmek 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 husemâsıyla beraber idüb şer'le ahvâlin teftiş idüb şer'le sâbit olan hakkın alvirüb dahi mezkûru girü kayd u bend ile yarar âdemler ile Südde-i seâdetüme gönderesin. Amma gaybet 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 (dinî hususlar bakımından Hz. Peygamber ve Eshab'ı zamanında bulunmayıp sonradan ortaya çıkan âdetler) için söylenmiş olan bu hadisin, kitap, sünnet, icma' ve kıyas-ı celîye, yani hukuka aykırı mahkeme kararlarının bozulmasına da delil teşkil ettiğini bildirmektedir. Mustafa el-Hin/Mustafa el-Buğâ/Alî eş-Şerbecî: el-Fıkhul-Menhecî, Dimaşk 1409/1989, VIII/176.



rın kazâ ile ilgili kısımlarında, hukuka aykırı hükmün bozulması (*nakz*) başlığı altında bu konuya dair bilgiler yer almaktadır. İslâm hukukurda istinafin varlığını kabul etmeyen bazı yazarlar, buna karşılık temyiz kurumunun bulunduğunu söylerler<sup>178</sup>. Ancak ne İslâm hukuk teorisinde ve ne de pratiğinde bu yol için bir merci ve usul belirlenmiştir<sup>179</sup>. Genellikle devlet başkanı (halife, sultan) hâkimlerin 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 kadiyü'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 kesin-dir. 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 istinafi andırır. Fakat her halde istinaf, temyizden sonradır. Bu sebeple şer'î hukuktaki adlî hükümlerin kontrolünü genişletilmiş temyize benzetilenler olmuştur<sup>180</sup>.

### 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 sürerdi<sup>181</sup>. Dolayısıyla adlî hükümlerin istinaf yoluyla kontrolüne bu bakımdan ihtiyaç duyulmamıştır. Ancak bu merkezîyetçi anlayış, uzun zaman devam edememiş,

<sup>178</sup> Berki, İslâm'da Kaza, 60; Mumcu, Divan-ı Hümayun, 91, 96; Atar, 215; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 90.

<sup>179</sup> Ansay, 306; Keskiöglü, 257.

<sup>180</sup> Şentop, 37.

<sup>181</sup> Shapiro, Appeal, 351.

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 devirlerde 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 ülkesindeki aksine, geniş ve dikkatle işleyen bir kanun yolu sözkonusu olduğundan İslâm hukukunun bu yapısının, kanun yollarının bulunmamasına tek ve yeterli bir sebep oluşturmadığı kanaatinde dir<sup>182</sup>.
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 gerçekleşmiştir<sup>183</sup>.
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

---

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

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

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 şühüdül-hal denilen kimselerin hazır bulunarak muhakeme safahatını izlemeleri hâkimlerin adaletsiz karar verme ihtimalini oldukça azaltmaktaydı. Şühüdül-halin varlığı, bilhassa istinafa ihtiyaç bırakmamıştır. (Bilinmediği 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 imzalardı. Bu, dâvânın safahatıyla verilen hükmün birbirine mutabık 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 alınırdı. 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 oluşturmazdı<sup>184</sup>. Hatta hâkimler, bilhassa ilk

184 Ancak kazâ ile ifta arasında fark vardır. Sözelgesi bir kimse hanımına “sen boş oldun” demiş olsa sonradan da “ben bununla geçmişte yalan olan bir hadiseyi kasdettim” dese müftü bâtinî olarak değerlendireceği bu sözle boşanmanın gerçekleşmediğine fetva verir, ancak kadî 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 Âbidîn, IV/318. Osmanlı Devleti’nin son yıllarında Ermeni tehciri mes’ullerine verilen idam ve kürek cezalarını ihtiva 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 fikhî müzâkereler cereyan etti. Sonunda şeyhülislâm konuyla ilgili verdiği fetvânın altına isimleri bahis konusu mahkûmlara verilen cezaların işbu fetvâya muvafık oldu kaydını düşmek zorunda kaldı. Ali Fuad Türkgeldi: Görüp İşittiklerim, 3. b, Ank. 1984, 203-206.

devirlerde, bir takım çetrefil ihtilaflarda, bizzat yüksek mahkeme makamında bulunan halife veya kadıyü'l-kudâttan fikir sorabilmekteydi<sup>185</sup>. Fetva müessesesi de, temyiz ihtiyacını büyük ölçüde ortadan kaldıracı fonksiyon icra etmiştir. Çünkü temyizde hukukî mesele kontrol edilmektedir; fetva ise zaten dâvâda tatbik edilecek hukuk 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 (sözgelişi divan-ı mezâlim, Osmanlılarda Divan-ı Hümâyun) havâle imkânı vardı.
9. Bazı müellifler, İslâm hukukunda kanun yollarının, özellikle istinafin gelişmemesinin önemli bir sebebinin müesseselerle ilgili görmektir. 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 vermiştir<sup>186</sup>. Bunlardan biri ve en

---

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 kalması hususunda görüş bildirmiştir. İslam Tarihi, II/567.

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 teb'ası 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 afvetme 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 (Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 132-133) laik olarak vasıflandırılmaz. Burada doğrudan şer'î değil de örfî hukuka ilişkin uyumsuzlıklara bakan mahkeme kastediliyorsa, bu da gerekçe olamaz, çünkü genellikle örfî hukuk şer'î hukuktan ayrı görülmemektedir, kaldı ki bilhassa ilk zamanlar böyle bir ayırım söz konusu olmadığı gibi divan-ı mezâlim her iki tür dâvâlara da bakabilmektedir. Zaten İslâm hukukunda her çeşit adli merciin tesis

önemlisi 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 görülmüştür<sup>187</sup>. 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 makamdan bağımsız bir duruma geldiklerini ifade etmektedir. Bu düşünceye göre zaten ulemâ sınıfı toplumda hayli nüfuz sahibiydi ve devletin bunlara hükmetmesi zordu. Ayrıca merkezî hükümetin zayıflaması ve taşra idaresinin de bozulması sebebiyle kadıların siyasî otorite tarafından denetlenmesi sözde kalmıştır<sup>188</sup>.

10. İslâm hukukunda kanun yollarının, bilhassa istinafın gelişmemesinin bir diğer önemli sebebi de şer'î mahkemeler arasında hiyerarşinin bulunmaması olarak gösterilmiştir. Gerçekten kadılar nerede olurlarsa olsunlar birbirleriyle eşit statüydiler. Halbuki Roma Katolik kilisesine bağlı ruhânî mahkemeler, benzer mahiyetteki şer'î mahkemelerin tersine, kendi aralarında koyu bir hiyerarşiye sahiptiler. Ancak burada papa ile halife arasındaki farka da dikkat çekmek gerekir. Halife

ve teşkili hükümdara verilmiş bir yetkidir. Bu iki muhakeme için ilk zamanlar bakımından âdî muhakeme-mezâlim muhakemesi ayrımı yapılmaktaysa da bu daha çok ikincisinin olağanüstü niteliğinden kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan burada kastedilen, dünyevî otoritenin bizzat yaptığı yargılama 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 arada bütün mahkemeleri, hatta Tanzimat'tan sonra şer'îye mahkemelerin yanısıra kurulan nizamî mahkemeler de şer'î olarak nitelendirilmiş olup, bilhassa yargı mercileri açısından bir düâlitenin 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.

hukukun temel konularında kural koymaya ve mevcut kuralları değiştirmeye yetkili değildi. Öte yandan şer'î mahkemelere, kadıları tayin eden siyasî otoritenin (halife, vezîr, vâli vs.) tâbi bulunduğu hiyerarşik görünüm yansıdığı için adlî bir hiyerarşiye gidilememiştir<sup>189</sup>. Oysa bugünkü anlamda ve genişlikte olmasa bile kadılar arasında kendine has bir derecelendirmenin bulunduğu sezilmektedir. Öyle ki halife kadıyü'l-kudâtu 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 adlî 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 adlî 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 siyasî otoritenin tâbi bulunduğu hiyerarşik yapının aksettiği iddiası doğru kabul edilebilir, ancak bu otoritenin siyasî olmaktan çok, kaynağı siyasî gibi görünmekle birlikte sonraki safhalarının artık adlî mahiyette olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim halife veya vâlinin tayinleri belki siyasî mahiyettedir, ama kadıyü'l-kudâtu kadıları ve kadıların de nâibleri görevlendirmesi artık adlî mahiyettedir. Kaldı ki kuvvetler ayrılığının şimdiki tarzda görülmediği İslâm hukukunda, halife ve vâli de hâkim sıfatını hâiz, dolayısıyla aynı zamanda adlî birer otoriteydiler.

11. İslâm hukukunun dört ana kaynağından kitap, sünnet, icma' ve kıyasa aykırı hükümler aslından bâtıldır, 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 bâtıldı, 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.

---

<sup>189</sup> Shapiro, Appeal, 368-369; Shapiro, Courts, 209.

### C. Şer'î Hukukta İstinafla İlgili Görüşler

#### 1. Şer'î Hukukun İstinafa Elverişi Olmadığı Görüşü

Buraya kadar olan bilgilerden de anlaşıldığı üzere hukuka uygun görül-  
müş bir dâvânın yeniden görülmesi ve hukuka uygun verilmiş bir hükmün bo-  
zulması İslâm hukukunda prensip itibariyle mümkün değildir, çünkü "ictihad ile  
ictihad nakz olunmaz" (Mecelle m.16). İslâm hukukunun kaynaklarından, hüküm  
çıkartılma (istinbat) ehliyetini ifade eden ictihad, nassları (kitap ve sünnet) yo-  
rumlayıp şâri'in, yani kanun koyucunun maksad ve muradını anlayabilmek, İs-  
lâm 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 ay-  
kırı olmamak üzere yeni hüküm koyar (kıyas). Bu ehliyeti taşıyan kimsenin  
(müctehid) kendi ictihadına göre hüküm ve amel etmesi mecburî olup, (bir ihti-  
yaç veya hükümdarın emri olmadıkça) bir başkasının ictihadına uyamaz, uyarı  
ictihadını değiştirdiği, rücu ettiği kabul olunur. Hâkim, müftü ve halifenin pren-  
sip itibariyle ictihad ehli kimselerden tayin olunması gerekir, bunların bulun-  
maması 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 ol-  
ması 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 (rüçhâniyeti) 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 mesâğ olmadığı için (Mecelle m. 14) bunlar zaten baştan beri  
bâtil hükümlerdir, yeniden muhakemede bulunarak yeni bir hüküm vermek yu-  
karıda zikredilen prensibi ihlâl demek değildir<sup>190</sup>.

190 Hz. Peygamber, huzuruna getirilen bir dâvâda hükmetmiş, dâvâyı kaybeden taraf, hasmı  
huzurdan ayırdıktan sonra kendisinin haklı olduğuna dair yemin edince Hz. Peygamber  
kazanana 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 ihtilaflular 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.

Öte yandan hukuka uygun olarak hükme bağlanan dâvâların yeniden görülmesi, hukukî istikrarı bozacağı gerekçesiyle de reddedilmiş, bir başka deyişle icthad ile icthadın nakz olunmayacağı 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 olamayacaktır<sup>191</sup>. Bu sebeple İslâm hukukunda bulunduğu anlamda istinaf yolunun bulunmadığı, hâkim kanaattir. Bununla beraber hayli eski hukuk metinlerinde istinaf kelimesine rastlanır. İslâm hukukunun fûru'una dair ilk zamanlarda yazılmış eserlerin en eskilerinden olan kitabında İmam Şâfi'î, istinaftan bahsetmekte, burada hükme bağlanmış bir dâvânın yeniden ele alınması olarak geçmektedir<sup>192</sup>. Hanefî hukukçusu Serahsî ise bunu bir dâvâ görülüp hükme bağlandıktan sonra benzer bir problemi yeni bir kurala göre çözmek anlamında kullanmaktadır<sup>193</sup>. Mâlikî hukukçusu Kurtubî de mezhebini önde gelen temsilcilerinden Eşheb'in bu konudaki görüşünü nakle ederken, 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 yakındır<sup>194</sup>. Ancak İslâm hukukunda istinafin, herhangi bir sebepten dolayı geçersiz olmuş bir ibadetin, bir tasarrufun yeniden şartlarına uyarak yapılması mânâsına geldiği gözden irak tutulmamalıdır.

---

Buhârî: Şahâdat 27, Ahkâm 20, 29, 31, Hiyel 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. Serahsî, XVI/86. Yine yukarıda geçtiği üzere "*Kim bizim işimizde (dinimizde) olmayan bir şey ortaya çıkarırsa, 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-Ahkâmul-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 tekerrürü 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 Çatalcalı Ali Efendi: Fetâvâ-yı Ali Efendi, Ders. 1322, I/3.

193 Serahsî, XVI/85.

194 Kurtubî, XI/312.



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. Haskefî, 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 hüküm 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 etrafıca mahkûm olan tarafa anlatması ve istenirse kendisine mahkeme kararının bir nüshasının verilmesi gerektiğini bildirmektedir. Bu da hem mahkeme üzerindeki töhmeti giderici, hem de tarafları hükme itirazdan vazgeçirici bir fonksiyon icrâ eder<sup>195</sup>. Tahtâvî hâşiyesinin osmanlıca tercümesinde de *“bir kadı bir maddede ber-vıfak-ı şer'-i şerif hakla hükm etdikden sonra padişah ulemâdan bazı zevât mahzarında istima ve ikâme-i beyyine olunmasıyla emr eylese, kadıya istinafı lâzım olmaz. Amma hükmün hilâf-ı şer' olduğu fehm olunursa istifa-ı dâvâ meşru olur”* diyor<sup>196</sup>.

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

**m. 1837**-Usul-i meşruasına muvâfık, yani hükmün sebep ve şartları mevcut olarak hüküm ve i'lâm olunan dâvânın tekrar rü'yet ve istima câiz olmaz. **m.1838**-Bir dâvâ hakkında lâhik olan hükmün usul-i meşruasına muvâfık olmadığını mahkûmunaleyh iddia ve adem-i muvafakat cihetini dahi beyân edip 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 yok-

<sup>195</sup> İbni Âbidîn, IV/326.

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

tur. Bu takdirde hükmün üçüncü, dördüncü kez görülmesi de mümkün olmalıdır ki bunun sonu yoktur. Yargıdan beklenen ihtilafın çözülmesi gayesine de aykırıdır<sup>197</sup>. 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 ehil olmayan hâkimin verdiği veya hatalı ve hukuka aykırı hükümlerin düzeltilmesi ise zaten mümkündür, çünkü böyle bir hüküm çoğunlukla baştan itibaren bâtil olduğundan icthad ile icthadın bozulması dahi söz konusu değildir<sup>198</sup>. 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 Hakkı, İlm-i Hilâf, Derseâdet 1330, 262; Hin/Buğâ/Şerbecî, VIII/177. Öte yandan geçen asırda Mısır'da câri olan adliye teşkilatı ve usulünde de istinafin bu ma'nâda düzenlendiği görülmektedir. Ebyânî, 107; Abdülhakîm, 118. "Budun ve Peçuy kadılarına hükm ki: .....eğer mumâileyhün voyvodalarından ve eğer zuemâ vü erbâb-ı timardan reâyâdan her kim gelüb dâvâ-yı hakk ider ise bir def'a şer'le faslolmayub onbeş yıl geçmeyen kadıyyelerin husemâ muvâcehesinde bi-hasebi's-şer' teftiş idüb göresiz..." 4 Rebiülevvel 972 (29.IX.1565). BOA MD 6/219. Bu hükmünde 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 Hümâyün'dan verilen adli hükümlerin mühimme defterleri yerine kaydedildiği ahkâm defterlerinde de tabiatıyla aynı ifade geçmektedir. "Edirne mollasına hükm:.....câhib-i şer'den hüccet-i şer'iyeye virilüb ol hüccet-i şer'iyeye bir def'a dahi imza olunub bu makûle fasl-ı husümet ve ibrâ-yı zimmet birle hüccet-i şer'iyeye virilen dâvânın tekrar istima'ı memnu' iken..." BOA İAD 2/198, evâhir-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 dâvâyı tekrar bakılması caiz değildir. İstinafin İslâm hukukundaki yeri de budur. Öte yandan aynı kaynaklarda bu prensibin istisnası demek olan sonuçlandırılmış dâvâlara belli durumlarda padişahın iradesiyle yeniden bakılması hususunun da yer aldığı pekçok hüküm vardır.

198 İsmail Hakkı, 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 aykırıdır<sup>199</sup>.

Peki, bir dâvânın daha önce hukuka uygun olarak görülüp çözümlendiği nasıl bilinecek denirse: Burada yalnızca hâkimin beyanına itibar edilmez, çünkü tek kişinin şahidliği muteber değildir. Ancak usulüne uygun şahid beyanlarına itibar edilebileceği gibi kayıt ve sicillerden de yararlanmak mümkündür. Nitekim İslâm hukukunun neredeyse ilk devirlerinden beri mahkeme kararlarının yazılıya 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 şahid 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 kâtiblerine yardımcı olmak üzere bu klişe ifadelerin bulunduğu *sükûk* kitapları yayınlanmıştır<sup>200</sup>. Osmanlılarda da kadılar görev yaptıkları mahkemelerde birer

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 sözcüleri Abbasilerde İmam Ebû Yûsuf, Osmanlılarda Hızır Bey, Molla Fenârî hem kadı ve hem de müftüydiler. Bilmen, I/253-254, VIII/266-267; Uzunçarşılı, İlmiye 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 hükm ki:.....otuz dokuz tarihinde İstanbul kadısı mevlânâ Şehzâde Mehmed zîdet fezâiluhu huzurunda terâfu' -i şer' .....olındukda.....virilen i'lâm-ı şer'î mücebince amel olunmak bâbında emr-i âli sâdir ...olub.....Divan-ı Hümâyûnumda mahfûz olan kuyûd-ı ahkâma müracaat olındukda tarih-i mezbûrda vech-i meşruh üzere emr-i şerîfüm virildüğü mastûru u mukayyed bulunmağın mukaddema sâdir olan emr-i şerîfüm vech-i meşrûh üzere hilâf-ı şer'-i şerîf menzil-i mezbûri fûruht ve ikâmetine mûmânaat olunmamak 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

sicil 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 edebilirdi<sup>201</sup>.

Öte yandan kadılar devlet başkanının (halife, sultan) vekilleri (nâibleri) konumunda olup, yargı fonksiyonunu bunun adına yerine getirirler. Bu sebeple aralarında hiyerarşi sözkonusu değildir<sup>202</sup>. Hiyerarşi bulunmadığı için istinaf da mümkün değildir<sup>203</sup>. Zaten hukuka aykırı bir hükmü bozma yetkisini haiz bulunan temyiz mahkemesi ise aslında bir derece mahkemesi değil bir kanun mahkemesidir<sup>204</sup>.

## 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 kaynağı olan Kur'an'da bu görüşe delil kabul edilen enteresan bir olay zikredil-

---

Dürrü's-Sükûk'u ile Şânizade'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, İlimiye Teşkilatı, 116; Bayındır, 1-2; Akgündüz, Şer'îye Sicilleri, 17. "Hâkim, mahkemeye sicillât defteri vaz' idüb vireceği i'lamât ve senedâtı hile ve fesâddan sâlim olabilecek muntazam bir surette ol deftere kayd ve tahrir ve ânın hıfzına 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* yayınlanmıştır. Düstur: I/4/85-87. 4 Cemâzilevvel 1296/1879 tarihinde de *Bilâ Beyyine Mazmûnuyla Amel ve Hükm Câiz Olabilecek Sürette Senedât-ı Şer'îyye'nin Tanzimine Dair Ta'limât* neşredilerek şer'îyye mahkemelerinin i'lam ve hüccetleri, mahkemelerde kesin delil olabilecek şekilde nasıl düzenleyeceği hükmüne bağlanmıştır. Düstur: I/4/79-84.

202 Bilge, Karar Düzeltme, 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, İslâm'da Kaza, 60.

mektedir<sup>205</sup>. 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 semerelerinden faydalanmasına, bağlar (veya ekinler) yetişince koyunların tekrar sahibine iade 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 sünî hukukçuların dışındakilerce savunulan bir görüşe göre burada iki hüküm de icthad sonucunda verilmiş değildir, çünkü peygamberler vahye muhatap ve hukukun temel kaynakları olan nasslara doğrudan ulaşabilecek halde oldukları için icthad etmeleri caiz değildir. Bu görüş hukukçulara icthad 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 icthad 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 Sünî müellifler arasındaki hâkim görüş ise, iki peygamberin de icthadlarıyla hüküm verdikleri, Hz. Süleyman'ın hükmünün daha isabetli bulunduğu ve Hz. Davud'un bu hükme döndüğü (rücu) ve onu imza ve infaz ettiği yönündedir<sup>206</sup>. Bu âyetten hem icthad ile icthadın nakzedilmeyeceği hükmü

<sup>205</sup> Enbiya: 78-79.

<sup>206</sup> 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.

çıkarılmakta, hem de dâvâlara yeniden bakılarak hatalı hükümlerin bozulabileceği sonucuna varılmaktadır<sup>207</sup>. 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 övülmezdi<sup>208</sup>.

Buna benzer bir olay da sünnet kaynaklarında yer almaktadır. Hz. Muhammed'in bildirdiğine göre, Hz. Davud'un görüp sonuçlandırdığı 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 düşünce 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 hükmetmişti<sup>209</sup>. 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 karfinesine dayanarak hüküm verdiği iddia edilmişse de hadîs metninde buna dair bir açıklık bulunmamaktadır. Burada Hz. Süleyman "lâtif bir hile" ile yeni bir delil elde etmiş ve hükmünü babasının dayandığı delillerden daha güçlü görünen bu karfene dayanarak vermişti<sup>210</sup>. Bu olay öncekinden de bariz bir şekilde istinaf prensibini içermektedir.

---

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

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

209 Buharî, Enbiyâ 40, Ferâiz 30; Müslim: Akdiye 20; Nesâî: Adâbi'l-Kudât 16. Bu sonuncu kaynaktan hadîs, bizzat "hâkimin başkasının hükmünü bozması" başlığı altında verilmiştir ki bu hadîsin konuya delâleti bakımından önemlidir. Yine aynı kaynaktan bu hadîs bir de "hâkimin ilmiyle hükmetmesi" başlığı altında tekrar edilmiştir. Adâbü'l-Kudât 1. Bu hadîs, Tirmizî ve Ahmed bin Hanbel'in Müsned'inde de yer almaktadır. Aynı hâdise, az-çok farklı ifadelerle, bugün elde bulunan Tevrat'ta da vardır. I. Kırallar 3/16-28.

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

Yine hadis kaynaklarında yer alan ve Hz. Peygamber'den nakledilen bir olay, istinafa delil oluşturacak mahiyettedir. Burada Hz. Peygamber, bir seriyyeye<sup>211</sup> gönderdiği Sahabîlere, Kureys 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 icthadla verilen hükümden dönmenin cevâzına işaret vardır, diyor<sup>212</sup>. 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 değiştirmiştir<sup>213</sup>. Anlaşıldığına göre, Hz. Peygamber her iki hadisede de ilk hükmünü icthadıyla vermiş, sonra da daha isabetli bulduğu bir başka icthada dönmüştür. Daha önce de geçtiği üzere İslâm hukukunda peygamberlerin icthad etmeleri hukukçuların büyük çoğunluğuna göre caizdir; ancak burada yanılısalar bile vahyin kontrolünde oldukları için hata üzerinde devamlı kalmazlar. İşte bu olayın istinafin meşruyetine delil teşkil etmemesi için bir sebep yoktur, nitekim ilk hadisi şerheden İbni Hacer açıkça bunu ifade etmiştir.

Halife Hz. Ömer'in Kûfe kadısı Ebû Müse'l-Eş'ari'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 adaletle uymadığını anlamaları hâlinde bu hükümden dönmelerine izin veren maddesini delil göstererek hâkimlerin verdikleri hükümden dönmelerinin mümkün olduğunu söylemişlerdir<sup>214</sup>. Gerçi burada aynı hâkimin verdiği hükümden dönmesinden bahsolunduğu için öncelikle muhakemenin iâdesine delil teşkil etmektedir. Bununla beraber istinafa da dâvâcının hükümde bir adaletsizlik, bir hukuka aykırılık bulunduğu iddiası ve adaletin tecelli ettirilmesi arzusu söz konusudur. Öyleyse bu mektup/talimat

211 Hz. Peygamber'in bizzat katıldığı savaflara *gazve*, bizzat katılmayıp kumandan olarak başkasım görevlendirerek düşman üzerine gönderdiği orduya *seriyye* adı verilir. Kettânî, 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.

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 başvuru dar mânâda istinaf anlayışına geçilmiştir<sup>215</sup>.

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 dâvasında hükmü inceleyerek beş (veya yedi yerde) hataya düşüldüğünü bildirmesi meşhurdur<sup>216</sup>. Hatta bu sebeple kendisine zamanın halifesi tarafından kadıyü'l-kudâtlik (başhâkimlik) teklif edilmişse de adalet konusundaki derin hassasiyeti sebebiyle bunu kabul etmediği söylenir. İşte İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'nin bu hareketi ilmi bir faaliyet sayılsa bile mahkeme kararlarının incelenebileceği ve varsa bunlardaki hukuka aykırılıkların tesbit edilebileceğini göstermektedir. Bu da istinaf olmasa bile temyiz meşruyetine 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 ilgilidir<sup>217</sup>.

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

*"Mes'ele: Bir def'a şer'-i şerifle faslolunub âher kadı tenfiz ve imza eylediği husus yine aslından dinlenmek şer'i olur mu? el-cevâb: Emr-i sultanî"*

---

215 Yenisey, İstinaf, 5-6, 58-59.

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

217 Hz. Peygamber, Eshâb'dan Temîm-i Dâri'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 Hâtîm 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. (Hadise, Haçlıların bölgeyi işgalinden az önce geçmiştir) Kettânî, I/231. (İlgili hadis için bkz. Müslim: Fiten 19; Ebû Dâvud: Fiten 1)



*olmayacak olmaz, memur olıcak dahi sâbikan şer'le faslolunduğı sâbit olıcak tağvir olunmaz.*"<sup>218</sup>.

Ebussuud Efendi'nin bu fetvasına kaynak olarak, bir nüshasında Hanefî hukukçusu Hakîm eş-Şehid'in *Kâfi* adlı kitabından "*kazânın şer'i bir hak olduğu ve siyâneti lâzım geldiği*", bir başka nüshada ise Molla Hüsrev'in *Dürer* adlı eserinden "*ictihad ile ictihad nakz olunmaz*" ibâresinin alındığı görülmektedir. Fetvadan anlaşıldığına göre bir hâkimin görüp sonuçlandırdığı 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 istinafa 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 imkânı yoktur.

Haskefî'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 kadı'nın buna mecbur olmadığı esası zikredilmiştir<sup>219</sup>. Mecelle şârihi Mes'ud Efendi de, Mecelle'nin ilgili maddelerini

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

<sup>219</sup> 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 dâvâda verdiği hükmü değiştirmesi hususunda ısrarla talepte bulununca görevinden istifâ ederek Medine'ye dönmüş, Halîfe 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-İsti'âb fî Ma'rifeti'l-Eshâb*, Thk:

şerhederken, bir kere usulüne uygun olarak çözülmüş dâvânın yeni bir delil veya def' 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 çıkmaktadır<sup>220</sup>.

Mısır'daki Ezher üniversitesinin son devir hocalarından Ahmed Abdülmün'im el-Behiy, *zübye meselesi* olarak bilinen hâdisenin, istinafin cevazına Hz. Peygamber'in sünnetinden açık bir delil olduğunu söylemekte ve bizzat istinaf kelimesini kullanmaktadır<sup>221</sup>. 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 etmiştir<sup>222</sup>. Gerçekten de bu hadisede hiçbir gerekçe olmaksızın sırf itiraz maksadıyla hükme bağlanmış bir dâvâ üst bir yargı merciiinde 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

---

Ali Muhammed el-Buhârî, Kâhire 1380/1960, II/808. Bu hadisenin Ebu'd-Derdâ ile Muâviye arasında geçtiğine dair rivayetler de vardır. İşin esasında, siyasî bir baskı değil, altın veya gümüşten mâmül eşyanın ağırlığından daha fazla bir fiyata satılıp satılmayacağına dair ictihad ayrılığı yatmaktadır. Mâlik: Büyü' 32; Nesâi: Büyü' 47.

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

221 Ahmed Abdülmün'im el-Behiy: Tarihü'l-Kadâ' fi'l-İslâm, Kâhire 1965, 71-73.

222 Yemenli muhtelif kabilelere mensup kimseler arslan avlamak maksadıyla 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 ödemeye 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 meseleyi incelemiş ve hükmü hukuka uygun bularak tasdik etmiştir. Arslan avlamak için kazılan çukura zübye denildiği için bu mesele böyle tanınır. Veki', 1/96.

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 götürülebileceklerini söylemiştir.

Son devir İslâm hukuku yazarlarından Zuhaylî'ye göre hükmü kesinleştikten sonra bir dâvânın yeniden bir başka hâkim önüne götürülmesi caiz olmamakla beraber, mahkemelerin birkaç dereceli olması durumunda, taraflar hükmün 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 nakz olunmaz*" prensibi gereği artık bir daha herhangi bir mahkeme önüne götürülemeyecektir<sup>223</sup>.

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 hükmü 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, veliyyülemr, 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 olabilecektir<sup>224</sup>. 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 bunun verdiği hüküm de bozularak ilk hüküm yerine getirilir<sup>225</sup>. Burada dâvâya

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

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

225 Mavsîfî, 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 Merğinanî: 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,

bakıp neticelendiren hâkim hükmü tenfiz edemeden 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 kaçınarak delilleri yeniden isteyip dâvaya 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 vardır<sup>226</sup>. Bunu, yani bir hâkimin hükmünün imza ve infaz için ikinci ve üçüncü hâkime götürülmesini toplu hâkim usulü gibi ele alıp değerlendiren müellifler de olmuştur<sup>227</sup>. Ancak bu istisnâ bir durumdur, ilk hâkimin ölmesi veya azledilmesi ya da bu hâkimin bâğiler tarafından tayin edilmiş olması gibi durumlarda söz konusudur.

Günümüzde yaşayan ve meselelere modern yaklaşımlarıyla tanınan Suriyeli hukukçu Zerkâ da, İslâm hukukunda prensip itibarıyla mahkemelerin tek dereceli olduğunu, ancak zamanın bozulması (fesâdû'z-zaman) sebebiyle mahkemelerin derecelendirilebileceğini, bunun artık zamanımızın maslahatı gereği, yani kamunun menfaatine olduğunu bildirmektedir<sup>228</sup>.

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 söylemektedir<sup>229</sup>.

---

sözgeleşi Hassaf ve Karâfî gibi usul hukukçularının eserlerinde de yer almaktadır, Zeydan görüşünü delillendirme sadedinde bunları da zikretmiştir. Zeydan, 280.

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

227 Kâsânî, VII/14.

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

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

### 3. Şer'î Hukukta İstinafla 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 dâvâya -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 kazıyye-i muhkeme teşkil eder, ayrıca hukukî ihtilafları o hâdise bakımından ortadan kaldırır. Usulüne uygun olarak görülmüş ve neticelendirilmiş bir dâvânın yeniden görülmesi için devlet başkanının emir ve izin vermesi mutlak ve keyfi 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 keyfi davranamaz, maslahat prensibini, bir başka deyişle kamu menfaatini gözetmesi gerekir. Nitekim Mecelle'nin 58. maddesi "Raiyye, yani teb'a üzerine tasarruf maslahata menuttur" diyor<sup>230</sup>.

İslâm hukuku icthadlardan teşekkül eder ve bu sebeple bir mesele hakkında pek çok çözüm yolu bulunabilir. Bunun pratikte doğurması muhtemel sınıkları bertaraf etmek ve bir belde hukuk birliğini sağlamak için devlet başkanına büyük bir rol düşmektedir. Bir başka ifadeyle o belde hâkim hukuk, İslâm hukukunun bu devlet başkanının benimsediği yorumu, yani icthad 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 başkanının inisiyatifine bırakılmıştır. Bunları hukukun genel prensiplerine ve maslahata (kamu menfaatine) göre yapar. Dolayısıyla bir hâkimin kitap, sünnet ve icma'a, 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 hükümü divan-ı mezâlîme, yani hükümdara da arz edebilirler. Böyle bir hükmün uygulanma imkânı yoktur ve her zaman bozu-

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

labilir<sup>231</sup>. Ancak kitap, sünnet ve icma'a aykırı değil de ictihada (kıyasa) göre verilmiş bir hüküm ise artık kazıyye-i muhkeme teşkil eder. Taraflar buna kanaat etmemişlerse söz devlet başkanınınadır. Bahsi geçen hükmün bozulup yeniden muhakeme yapılmasını kabul etmezse bu icthadı benimseydiğini gösterir ve herkes buna uymak zorundadır. Aksi takdirde bu icthadı 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 icthad ile icthad nakz olunmaz. 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.

#### **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 göreve bir mazeret sebebiyle gitmeyip yerine nâib gönderebildiği gibi, kimi zaman ise yargı çevresinin çok geniş olması dolayısıyla (İstanbul gibi) genellikle nâhiye statüsündeki

---

231 Daha önce geçtiği üzere Roma hukukunda da durum böyleydi. Hâkimin bir hukuk hükmünü yok sayarak vermiş olduğu karar baştan itibaren, kendiliğinden-*ipso iure* geçersizdir. Bu hükmün geçersizliği süreye bağlı olmaksızın her zaman bir dâvâ veya def'î vâsitasıyla tamamen beyan edici nitelikte bir karara konu olabirdi. Gerçek hukukunun etkisiyle bu durum zamanla değişmiştir. Buna göre bütün nihâî kararlar şekli anlamda mutlaka kesin hüküm teşkil etmeye başlamış, bunlar aleyhine ancak zamanı içinde temyize gidilebilme esası getirilmiştir. Özbek, 64.

yerlere de nâib gönderirdi<sup>232</sup>. 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 ayrılırlardı<sup>233</sup>. İslâm hukukunda devlet başkanının kadı tayini (taklid-i kazâ) vekâlet akdi çerçevesindedir, kadıların nâib tayini de böyledir<sup>234</sup>.

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 olurdu<sup>235</sup>. Hâkim olma şartlarını taşıyorsa, nâib olarak görevlendirilmediği halde bir dâvâyı görüp hükme bağlayan kimsenin bu hükmü de hâkimin icazetiyle geçerli hale gelirdi<sup>236</sup>. Nâib sözü yalnızca hâkimlerin vekilleri için kullanılmazdı. Kadıyü'l-kudât da halifenin nâibiydi<sup>237</sup>. Bir başka deyişle yargı otoritesinin sahibi bulunan halife, bu yetkisini kadıyü'l-kudâta devreder, böylece kendisine nâib tayin etme hakkı da "delâleten" verilmiş olur, kadıyü'l-kudât da

232 Aydoğan Demir: "Osmanlı Devleti'nde Naiplik", Tarih ve Toplum, Aralık 1994, S: 132, s: 44. Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında kadıların gözlerinin kesmediği memuriyetlere gitmeyip yerlerine nâib gönderdikleri ve bu nâiblerin de bazen bu işe ehil olmadıkları görülmektedir. Hükümet zaman zaman bu hususta ikazlarda bulunmuştur. Örnek olarak: Kadıların bizzat mahall-i memuriyetlerine gidip ifâ-yı vazife eylemeleri ve özürleri halinde ahkâm-ı şer'iyyeye vâkıf nâib ta'yin etmeleri muktazyken bir vakitten beri kadılar memur oldukları mahalle gitmeyip bir takım câhil ve ilm-i sakkden gâfil kimseleri ziyade paraya tamâen nâib ta'yin eyledikleri ve bu ise nizam ve intizâm-ı memleketi muhil ve gayricâiz bulunduğu cihetle bâdemâ kadıların binnefs memuriyetlerine gitmeleri ve özürleri olduğu takdirde ahkâm-ı şer'iyyeye vâkıf müderrislerden ve sâbık kadılardan 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). Kadıların vazife başına gitmeyip nâib yollamaları ahâlinin zararını mu'cib olduğundan yalnız ma'zur olanların dindar nâib göndererek başkalarının böyle yapmaması hakkında Şeyhülislâm Ömer Hulûsi 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, İst. 1986, 90.

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

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

236 A. Haydar, Dürer, IV/705.

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

hâkimleri (kadıları) tayin ederdi<sup>238</sup>. Halîfe, kadıyü'l-kudâtı sonradan azletse veya kadıyü'l-kudât ölse, hâkimler azlolunmuş sayılmayacağı gibi, hâkimlerin azli veya ölümüyle de bunların nâiblerinin görevi sona ermezdi<sup>239</sup>, ancak hâkimin azliyle nâiblerin görevinin sona ereceğini kabul edenler de vardır<sup>240</sup>. Öte yandan kadıların tayin ettiği nâibler artık devlet başkanının nâibleri sayılır, kadı'nın azliyle bunlar azlolunmuş sayılmayacağı gibi, eğer kendisine bu hak verilmişse bunları kadı da azledemezdi<sup>241</sup>.

İslâm hukukunun ilk devirlerinde halifenin tayin ettiği vâliler de aynı şekilde yargı otoritesini haiz olup, bunu kadılara devretmeye yetkiliydi. Bu kadılara da nâib denilmekteydi. Bunun sonucunda bu hâkimlerin kararlarını vâli gözden geçirebilirdi. Zaten kimi vâliler de divan-ı mezâlimin küçük bir örneğini bölgelerinde oluştururlardı. Abbasîler zamanında, görünüşte kadıyü'l-kudât tarafından kontrol edilmekle beraber, kadılar iyice vâlilerin kontrolüne girmişlerdir<sup>242</sup>. 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 sağlamlaştırdıca da kendi içlerinde Abbasî modeline uygun bir kanun yolu mekanizması oluşturmuşlardır.

Nâiblerin verdiği hükümler kendisini tayin eden merciin kontrolüne tâbiydi<sup>243</sup>. Dolayısıyla da halife kadıyü'l-kudâtın, bu da hâkimlerin, onlar da nâiblerin hükümlerini kontrol etmeye yetkiliydi<sup>244</sup>. Bu da şer'î hukukta yargı kararlarının kontrol usulü ve teşkilâtı hakkında ipucu mahiyetinde bir esas teşkil etmektedir.

---

238 A. Haydar, Dürer, IV/704-705.

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

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

241 M. Hüsrev, II/879.

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

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

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



#### 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 şâmidir. Gerek itiraz yoluyla olsun, gerekse (hâkimin öldüğü veya azledildiği durumlarda) tenfiz 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 nasslara, yani Selef'in tevilinde ihtilaf etmediği kitap, meşhur sünnet ve icma'ya muhalif ise aslâ imza ve infaz olunamaz. Çünkü "*mevrid-i nassda ictihada mesağ yokdur*" (Mecelle m.14). Böyle bir hükmü hâkimin kendisi de bozabilir. Bu hususta bütün hukukçular müttefiktir. Nitekim sözgelişi evlenilmesi yasak olan kimseler Kur'an'da sayılmıştır, buna göre hâkim bir kimsenin annesi ile evlenmesini geçerli kabul etmişse hükmü bozulur. Bir şahid 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 kalır. Ancak kabul edilen görüşe göre Tâbiîn devrinden sonra gelen müctehidler 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<sup>245</sup>.

İkinci olarak, Selef, yani Eshâb, Tâbi'n ve mutlak müctehid hukukçular devrinde değişik ictheadları ihtivâ eden bir meselede bunlardan birine uygun olarak<sup>246</sup> verilen hüküm ikinci bir hâkimin önüne götürüldüğünde, hükmü veren hâkim bu konudaki ihtilaflara vâkîf ise, ikinci hâkimin ictheadı farklı olsa bile, mutlaka imza ve tenfiz edilir. Çünkü icthead ile icthead bozulmaz (Mecelle m.16). Kaldı ki hakkında çeşitli ictheadlarda bulunmuş bir meselede, hâkimin hükmü artık ihtilafı ortadan kaldırmış olur, hüküm üzerinde ittifak edilmiş bir hüküm gibi olur. Bu husus müctehid bir hâkim içindir<sup>247</sup>. Bununla beraber mukallid hâkimin durumu da bundan farklı değildir. Taklid ettiği müctehidin gö-

245 M. Hüsrev, II/869; İbnü'l-Hümâm, V/487 vd.; Ekmelüddin Muhammed bin Mahmud el-Bâbertî: Şerhu'l-Inâye ale'l-Hidâye, Kâhire 1390/1970, (Fethu'l-Kadîr 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; Ebül Hasen Ali bin Muhammed bin Habib el-Mâverdi el-Basrî eş-Şâfiî: Edebü'l-Kâdî, Bağdad 1391/1971, I/685; Karâfî, 19; Burhanüddin İbrahim bin Ali bin Ebü Kâsım bin Muhammed el-Mâlikî el-Medenî İbni Ferhun: Tabsıratü'l-Hükkâm, (Abdullah eş-Şeyh Muhammed Ahmed Uleyş'in Fethu'l-Aliyyi'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'a aykırı olur. Sözgelisi 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 Hüsrev: 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 ictheadı farklı olduğu halde Halife Hz. Ebü Bekr'in verdiği hükümleri bozmamıştır. İbni Nüceym, 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 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 ictheadlarına 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 olmasının, hüküm kontrolü bakımından sonuç itibarıyla pek farkı yoktur.

rüşüne uygun şekilde hükmetmişse, bu hükmün arzedildiği ikinci hâkim başka bir müctehidi taklid ediyor olsa bile bunu bozamaz. Nitekim sözgelişi, 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 sözgelişi, 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 yoktur<sup>248</sup>. Burada ihtilaf *nefs-i mesele ve sebebi kazâdadır*, 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 ihtilaflarından habersiz ise ikinci hâkim bu hükmü bozar, artık üçüncü bir hâkime götürülse bile imza ve tenfiz olunamaz. Buradaki ihtilaf *nefs-i hükmüdedir*, 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 âmâyasa; (cinayet dâvâları bakımından) kadınsa; âmânın, kazfdan dolayı had vurulmuş kimsenin, bir kadın lehinde kocanın, had ve kısas dâvâlarında kadınların şahidliğiyle hüküm verilmişse hükmün kendisinde ihtilaf var demektir. İctihad edilen husus hükmün kendisi değil, hâkimin hüküm verip

248 M. Hüsrev: II/869; İbni Âbidîn, IV/339; A. Haydar, Dürer, IV/798-799; Coşkun Üçok: "İslâm Hukukunun Temel Kurallarından İctihat ile İctihat Nakzedilmez", İmran Öktem'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, İmam Muhammed'e göre ise malın mütevelliyeye tesliminden itibaren vakıf bağlayıcıdır. Hâkim, önüne gelen bir vakıf dâvâsında İmam Ebû Yûsuf'un görüşüyle hüküm verecek olursa, (yalnızca) bu vakıf dâvâsı 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 Âbidîn, III/372. Bu husus, birbirinden farklı ve alternatifli hükümler içeren İslâm hukukunun uygulandığı bir ülkede hukuk ve yargı birliğinin sağlanması bakımından önemlidir.

veremeyeceği hususudur. Bu hüküm ikinci bir hâkime arz olunup 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 geçerlidir<sup>249</sup>.

Hâkim yukarıdaki son iki durumda, yani ictihada 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 ihtilaf 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 veremez<sup>250</sup>. Bunlardan başka bizzat kendi icihadıyla 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 bozular, üçüncü bir hâkim bile bunu imza ve infaz edemez.

Görülüyor ki, ictihada 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. Hanefi mezhebinin temel kaynaklarından biri olan *Muhtasar-ı Kudûrî* isimli eserde geçtiğine göre, bir hâkimin hükmü, ikinci bir hâkim önüne gelse, kitap, meşhur sünnet ve icma'ya muhalif olmadıkça imza ve infaz edilir. Bunun sonucu şudur ki, Selef'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 icihadlar 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 almış-

---

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

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

larsa da, Câmî'us-Sağîr'in ifadesi Kudûrî'dekinden delil bakımından daha kuvvetli bulunmuş ve Ebu'l-Leys, 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 sözgelişi 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 satılmayacağı görüşünderken Hz. Ali satılabileceğini kabul etmiş, sonradan bu görüş terkölunarak ümmü veledlerin satılmayacağına dair icma' meydana gelmiştir. Yine sözgelişi bir dirhem iki dirhem karşılığında peşin satışın 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<sup>251</sup>.

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. Sözgelişi, hâkim ölen bir kimsenin borçlarının ödenmesi için, vasıfsız köle zannıyla müdebber (efendisinin ölümüyle âzâdlanacak) kölelerinin satışına hükmetse, ama müdebber kölelerin satılıp satılmayacakları hususundaki ihtilaflardan haberdar bulunmasa, sonra da bu kölelerin müdebber köle olduklarını öğrense, her ne kadar satışa cevaz veren bir icthead da olmasına rağmen hüküm anında bunu bilmediği için hükmü bozulur. Yine kazf suçundan mahkûm olmuş kimselerin şahidliğiyle onların bu durumunu bilmeksizin hüküm verse, bu husustaki ihtilaflardan haberi bulunmasa, tövbe ettikten sonra bunların şahidliğine cevaz veren icthead varsa da bunu bilmediği için hükmü geçerli değildir. Halbuki bilip de kendi ictheadına muhalif hüküm verseydi bundan rücu edip yeni bir ictheadı 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

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

müctehidlerden birini taklid ettikleri takdirde verdikleri hükümlerin bozulmama-  
cağı hakkında icma' vardır<sup>252</sup>.

Hanefilerde, kendi bilgisiyile hüküm verip sonradan bunun yanlış olduğun-  
u anlaması veya verdiği hükümde hatalı olduğunun ortaya çıkması ya da kendi  
mezhebine (ictihadına) aykırı davranması gibi durumlarda hâkim hükmünden  
dönebilir, hatta dönmesi vâcibdir, çünkü bu durumlarda birinci ictihadiyle verdi-  
ği hüküm bâtıldır, dolayısıyla ictihad ile ictihadın bozulamayacağı prensibi de  
ihlâl edilmiş olmaz<sup>253</sup>. Çünkü "*hatası zâhir olan zanna itibar yoktur*" (Mecelle  
m.72). Buna karşılık, hükmü veren hâkim, sonradan aynı mesele önüne getirilse  
ve bu kez başka bir hüküm ictihad etse bile bu, hukuka uygun olarak verilmiş ve  
itiraza konu olmamış bulunan eski hükme etki etmez, çünkü ictihad ile ictihad  
bozulmaz (Mecelle m.16)<sup>254</sup>.

Müctehid hâkimin hükmettiği bir mesele, benzer bir şekilde tekerrür  
ederse müctehidin tekrar ictihadda bulunup hükme varmasının gerekli olup ol-  
madığı (teccid-i ictihad, tekrar-ı nazar) hususunda ihtilaf vardır: İbni Hâcib ve  
İbni Sa'âti gibi hukukçular buna gerek görmezler. Öte yandan Kadı Ebû Bekr ve  
İbni Ukayl gibi hukukçular ise bunun şart olduğunu kabul etmişlerdir. Çünkü  
ictihad değişebilir ve müctehid ictihadından rücu edebilir. Nitekim İmam Şâfi'i,  
Mısır'a geldikten sonra pekçok ictihadından rücu ederek bu yeni ülkenin şartla-  
rına göre yeni ictihadları benimsemiştir. Ancak Âmidî ve Nevevî'ye göre, hâkim  
ancak bir meseledeki ictihadını hatırlayamıyorsa sonradan benzer bir meselede  
yeniden ictihadda bulunması gerekir<sup>255</sup>.

---

252 İbni Âbidîn, IV/339.

253 İbni Nüceym, 235; İbni Âbidîn, IV/356-357, 359; İsmail Hakkı, 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 Hakkı, 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 "*Diyelim 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 anılagelmiştir. Hz. Ömer, bir sene kadar sonra bunun  
aynısı olan bir başka meselede farklı hüküm vermiştir. Bunu garipseyenlere ise "*O  
zaman öyle ictihad etmiştik, şimdi ise böyle ictihad ediyoruz.*" demiştir. Mâverdi, 68;  
Ferrâ, 63.

255 İsmail Hakkı, 265-266.

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 bozamaz<sup>256</sup>. 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 nakz olunmaz prensibinden -kural olarak- yararlanmaması için bir sebep yoktur. Yani böyle bir hüküm de istinaf yasağının kapsamına girer<sup>257</sup>. 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 bozabilir<sup>258</sup>. 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 kuralıyla karar verse, gerek hataen (unutarak) ve gerekse kasden olsun, bu hüküm muteberdir, İmam Ebû Yûsuf ile İmam Muhammed'e göre kasden böyle verilmişse sahih değildir<sup>259</sup>.

Hanefî mezhebindeki bir hâkim bir meselede farklı icthadlar 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

256 Hey'et: el-Fetâvâ'l Hindiyîye, Bulak 1310, III/332; Tarablusî, 29; Tahtavî, VI/161. Nitekim kazf suçundan ceza görmüş kimsenin şahidliği Hanefî mezhebinde geçersiz, ancak Şâfi'î mezhebinde geçerlidir. Böyle bir kimsenin şahidliğini kabul eden Şâfi'î hâkimin hükmü Hanefî bir hâkime götürülse bozulamaz. A.Haydar, Dürer, IV/799. Bu hususta bir fetva şöyledir: "Zeyd, Amr ile bir hususa müteallıka dâvâsında 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 hükmden rücu' itdüm dise böyle dimekle hükm-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.

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

muhakeme usulü hususunda Ebû Yûsuf'un görüşünün esas alınması tercih edilir, çünkü O kadıyü'l-kudâtık yapmıştır. İhtilafın sebebi zamana, bir başka deyişle örf'e 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 değerinde 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 muteber 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 sakatlar<sup>260</sup>.

Mâlikî mezhebinde, hâkimin hükmü uyuşmazlığı ortadan kaldırmakla beraber, sonradan hükmünün hatalı olduğunu anlaması hâlinde hâkimin bu hükmünden dönmeye mümkündür. Hâkim, sonradan bir başka hükmü daha isabetli bulsa, hükmünden dönmeye 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 diğeri 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

---

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



yandan kitap, sünnet, icma' ve kıyas-ı celiye aykırı hükümleri yetkili her makam bozabilir. Hâkim eğer âlim ve âdil bir kimseyse artık bunun hükmünün doğru olup olmadığı aranmaz, ancak aksi durumda, yani hâkim zâlim bir kimseyse sonra gelen hâkim bunun hükümlerini bozarak yeniden hükmeder, ancak câhil hâkim eğer bilenlerle müşâverede bulunarak hükmetmiş ise hükümleri incelenip yanlışlığı anlaşılmadıkça bozulmaz<sup>261</sup>.

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- hükmedebilir<sup>262</sup>. Şâfiî mezhebindeki bir görüş, bir hâkimin kendi mezhebinin dışında bir başka mezhep görüşüyle hüküm vermesini geçerli saymazken, Şâfiî mezhebindeki diğer bir görüşte, sözgelisi Şâfiî mezhebindeki bir hâkim, Hanefî mezhebine göre hükmedebileceği gibi, bir kimse mezhebinin dışında bir başka mezhebe göre hükmetmemek şartıyla kadı olarak görevlendirildiğinde, Şâfiî'deki bir görüşe göre tayin muteberdir, ancak şart muteber değildir; Hanbelîlerde de böyledir<sup>263</sup>.

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 icthadını değiştirdiği takdirde hükmünü de delilini belirtmek kaydıyla bu yeni icthadına göre verir<sup>264</sup>.

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

263 Mâverdî, 64-65; Ferrâ, 63-64.

264 İbni Kudâme, IX/52, 58.

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 eder<sup>265</sup>.

Hâkimin hükmü kitap, sünnet ve icma'ya, ya da mezhebine uygun olsa dahi kendisi hâkimliğe elverişli değilse, sözgelisi şahidlikte aranan şartları taşıyamıyorsa verdiği hüküm bozulur<sup>266</sup>. 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 bozulur<sup>267</sup>. Ayrıca Hanefîlerde 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 Şâfi'î ve Hanbelî mezheplerinde de gıyapta hükmetmeye cevaz verilmiştir, ancak Şâfi'îler 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 olur<sup>268</sup>.

---

265 İbni Âbidîn, IV/340.

266 M. Hüsrev, 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 önüne getirmişler, O ise sanıkları ayrı ayrı dinleyip ifadelerindeki tutarsızlıkları görünce hükmü bozarak bunlar aleyhinde hükmetmiş, bunun üzerine sanıklar suçlarını itiraf etmişlerdi. Beyhakî, Adâbü'l-Kadı 9.

268 Merğînanî, III/107; Hindiyîye, 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.

## 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 hükme 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 bozulur<sup>269</sup>. 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 bozulur<sup>270</sup>. Sözcüleri Mecelle'nin 1660. maddesine 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. Sözcüleri Hanefî mezhebine göre hüküm vermekle görevlendirilmiş olan bir hâkim kendi mezhebi olsa bile meselâ Şâfi'î mezhebine göre hüküm verirse bozulabilir<sup>271</sup>. Yine hâkimler bir heyet halinde hükmetmekle görevlendirilseler, dâvâyı yalnız birisi dinleyip hüküm verse bu da bozulur<sup>272</sup>. Hanefî mezhebinde esas olan hâkimlerin tayin edildikleri yargı çevresinde ve tarafları çevre halkı olan dâvâlarda hüküm vermeleridir. Ancak bilhassa menkul dâvâlarında dâvâcılarının mutlaka o

\* 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 Hindiyye, III/315; İbni Âbidîn, 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.

271 A. Haydar, Dürer, IV/694 vd.

272 Bilmen, VIII/223.

belde halkından olmaları aranmaz. Sahih görüşe göre, dâvâ konusunun da bu belde 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. Sözügelşi, 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 bilgisiyle hüküm verse bu hükümler bozulur.

Mahkeme hükmü muhakeme esnasındaki ikrara dayanarak verilmişse, sonradan bu ikrardan rücu Hanefilere göre ancak had cezalarında olduğu gibi hukukullahâ, yani kamu haklarına dair hükümlerde geçerlidir, hukuk-u ibâd denilen şahsî 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, Sehnûn ve İbnü'l-Mâcişûn buna muhaliftir, İmam Ahmed bin Hanbel de bu son üçü gibi düşünmektedir<sup>273</sup>.

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 vardır. Hanefî mezhebinde hüküm bozulmaz, fakat cezaî bir hükümse yerine getirilmez, getirilmişse cana dair hükümlerde şâhidler diyet öder, zinâ dâvâsında hadd-i kazf tatbik edilir, malî hükümlerde ise şâhidler tazminle mükellef olurlar<sup>274</sup>. Eğer şâhidlerin şâhidlik ehliyeti taşımadıkları, sözügelşi köle veya kazf (zinâ iftirâsı) suçundan mahkûm kimseler olduğu anlaşılrsa, bu takdirde hüküm

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

<sup>274</sup> Haddâd, II/305; Meydâni, II/305; Ebyânî, 81, 106; İbrahim Necib Muhammed İvad: 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 kadı şahâdetlerini kabul idüb mucibiyle hükm itdikden sonra Amr Zeyd'den sin (gizli) ba'delhüküm Bekr ve Bişr yalan şâhidleri olub husus-i mezbure yalan yere şahâdet itdiklerini ikrar itmişdik deyu dâvâ ve Zeyd'in ikrar-ı meşruhuna ikâmet-i beyyine eylese hükm-i mezbur müntekız olur mu? El-cevab: Olur." Fetâvâ-yı Ali Efendi, I/370-371.

bozulur ve lehine şahidlik yapılan taraf tazminle yükümlüdür<sup>275</sup>, hata eğer hâkime aitse, cezaî hükümlerde tazmin hazineden yapılır, çünkü hâkim kamu hizmeti görürken bu hatayı işlemiştir<sup>276</sup>. Şâfi'î mezhebinde de böyledir<sup>277</sup>. 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 hükmedilir<sup>278</sup>. Mâlikî mezhebindeki hâkim görüşü, 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 konusudur<sup>279</sup>.

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 tezkiye edilmiş ve hâkim de bunların yalancı şahidi 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 Zâhirîlere göre zâhiren, yani hükmî olarak muteber ise de, bâtinen, yani gerçekte muteber değildir. Sözügelşi bir kimse bir kızın kendi nikâhlı hanımı olduğuna dair iki şahid dinletse, bu şahidler de kanunen aranan şartları taşıyorlarsa ve yalancı şahidi 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 şahidleri marifetiyle kocasının kendisini

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

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

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

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

<sup>279</sup> Hattâb, VIII/240-244; Mevvâk, VIII/240-244; Bilmen, VIII/163.

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 sözgelîşi bir kimse yalancı şahidleri dinleterek bir kimsenin bir malı kendisine hibe ettiğine dair bir hüküm elde etse, şahidler usulüne uygun ve hâkim de bunların yalancı olduklarını bilmiyorsa bu hüküm muteberdir, ancak ikinci görüşe göre mal asıl sahibinin mülkiyetinde kalmakta devam eder<sup>280</sup>. Bu, daha ziyade İslâm hukukundaki kazâ ile diyânet ayrımı, bir başka deyişle kuralların kazâî ve dinî yönü bakımından önem taşımaktadır. Yalan yere yapılan yeminde ise hüküm asla geçerli olmaz. Sözgelîşi 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 sayılmaz<sup>281</sup>.

Hâkimin kendi bilgisiyle hüküm vermesi halinde de hükmün bozulup bozulmayacağı ihtilâflıdır. 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 şahidlerin şahidliğe elverişli olup olmadıklarının tesbitinde (cerh ve ta'dil) bu mümkündür<sup>282</sup>. Mâlikî mezhebine ve Hanbelîlerin 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 ortaktır<sup>283</sup>.

---

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

281 Bilmen, VIII/246.

282 Mavsilî, II/88; Hindiyye, III/339; İbni Nuceym, 232; İbni Âbidîn, IV/313, 359.

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

#### 4. Hâkimin Töhmetsiz Davranması

Hâkim, hâkimlik vasıflarını taşıyorsa yahud töhmet altında karar vermiş, sözceliği 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 getirirse, 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 arınan 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 kadınlar, şahidlikleri kabul edilen hususlarda, yani ceza dâvâları dışında hâkimlik yapabileceklerinden, bunların hükümleri bozulmaz<sup>284</sup>. 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

284 İbni Âbidîn, IV/310; Tarablusî, 30; İbni Ferhun, I/73; Hattâb, VIII/137-138; Mevvâk, 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.

geçersizdir, kendisinden sonra gelen hâkim veya bir başka hâkim bunları bozar<sup>285</sup>.

Bâğîlerin, yani kendilerince bir te'vile istinaden haksız olarak meşru idareye ayaklanıp belirli bir mıntıkada 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 değildir<sup>286</sup>. Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde, bâğîlerin tayin ettikleri hâkimlerin, İslâm hukukuna uygun olarak verdiği kararlar bozulmaz<sup>287</sup>. Mâlikîlerde ise, bâğîlerin tayin ettikleri hâkimlerin verdikleri hükümlerin tenfiz edileceği ve bozulacağı yönünde iki ayrı görüş vardır<sup>288</sup>.

Hanefî mezhebine göre, hâkim, kendileri için şahidlik yapması yasak olan eş, usul ve fûru gibi kimseler lehine hüküm de veremez, vermişse bozulur<sup>289</sup>. Mâlikî ve Şâfiî mezhebinin her ikisinde de bunu mutlak olarak caiz gören ve görmeyen ikişer görüşün yanısıra birincisinde eş, küçük çocuk ve malına velî

285 Tahtâvî, VI/123. Enteresandır ki, Ebussuud Efendi bir fetvasında bu hususu şöyle hükme bağlıyor: "Zeyd-i kâdînin rüşvet ekl eylediği şer'le sâbit ve zâhir olsa, şer'an hükmü nâfiz olur mu? Elcevap: Olmaz, rüşvetle hüküm şer'a muvâfik olsa dahi nâfiz olmaz." M. Ertuğrul Düzdağ: Şeyhülislâm Ebussuud Efendi'nin Fetvaları, 2.b, İst. 1983, 134. "Anadolu kazaskerine hüküm ki: Mısır'da bazı kadılar arkalı olub beş on yıldan berü ma'zul olmayub her birin mensub vâfir Mısır metâi gönderüb rüşvetle kadılık itmelerine götürüb İstanbula mülâzemetde gelmeyüb ekseri üçer tecdid-i müddet itdürüb Üstün tarafından anın gibilerin kadılıkların bir müstehaka virile. Maiyyetleri rüşvetlerin alub mukarrir itdirirler imiş, bu makûle rüşvet ile kadı olanların kazâsı şer'an câiz olmayub hükmleri bâtil olduğu muhakkak olmağın anın gibi Arabistan kadılarının Âsîtâne'ye gelmeyenleri ve müddetleri tamam olmuşken tecdid-i müddet ile kadılık alub ma'zul idüb yirlerini hizmet-i mülâzemetde olan kudâta müstehik oldukları üzere 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.

288 Mevvâk, VIII/370.

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



olduğu kimseler hakkında caiz olmadığı, ikincisinde ise hâkim hükmü ikrara dayanarak vermişse caiz olduğu yönünde görüşler vardır. Hanbelîlere göre ise, bir kimse hukuk-u âdemî denilen şahsî haklara dair dâvâlarda, usul ve fûru dışındaki akrabasının lehinde de, aleyhinde de şahidlik yapabileceğinden hüküm vermesinde bir sakınca yoktur<sup>290</sup>.

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 rızası 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 dâvâya bakar, değilse veliyyü'l-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 vardır<sup>291</sup>.

Hâkim kendi lehine hüküm vermişse veya hüküm verildikten sonra, dâvâlı hükme etkili yeni bir def'ide bulunmuşsa bu hükümler de bozulur<sup>292</sup>.

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. Hükmün yanlışlığı bir delil veya lehine hüküm verilen kimsenin ikrarıyla anlaşıldığında hak sahiplerine hakları iade edilir; meselâ mahkûma verilen ölüm cezası infaz edilmişse yalancı şâhidler cezalandırılır. Hükmün yanlışlığı hâkimin ikrarıyla anlaşılmışsa hak sahiplerine hazine-den 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

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

<sup>291</sup> 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 olunmasını talep iderüm dimeğin kadı-yı mezbûrın ahvâline Atala kadısı ile seni müfettiş ta'yin idüb...."<sup>17</sup> Zilhicce 972 (16.VII.1565) BOA MD 6/1417.

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

başka bir hâkim veya makama şikâyetle bulunulabilir ve bu husus eğer hükme etki etmişse hüküm bozularak gerekirse hâkim yine ta'ziren cezalandırılır<sup>293</sup>. 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 yapamaz<sup>294</sup>.

## B. Hükümün Kontrolü İçin Başvurabilecek Kimseler

### 1. Taraflar

Hukuka aykırı bir hükmün bozulması için doğal olarak dâvânın tarafları başvurabilir. Dâvânın taraflarının başvuramadığı durumlarda hükümden zarar gören kimseler, sözgeleşi adam öldürme suçunda maktûlün yakınları da başvuru hakkını hâizdir<sup>295</sup>.

### 2. Hükümü Veren Hâkim

Hâkimin bir hâdisede hüküm verdikten sonra "*hükümünden döndüm*" veya "*başka bir hükme döndüm*" yahud "*hükümümü iptal ettim*" demesi ve hükümü iptal etmek istemesi tek başına geçerli değildir, bu sözlere itibar olunmaz. Ancak "Ben henüz hüküm vermemiştim" dese, şahidler "Vermiştin" 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

---

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

<sup>294</sup> Hattâb, VIII/139.

<sup>295</sup> 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 âmili (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 kılıncıdır!*) 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.

halleridir<sup>296</sup>. Görülüyor ki, hukuka aykırı kararın bozulması için tarafların talebi şart olmayıp, hükmü veren hâkim de bunu bizzat inceleyip bozabilir<sup>297</sup>. Hatta dâvâya bakan hâkim hükmü bizzat kendisi bir üst makama veya başka bir mercie intikal ettirebilir, bir başka deyişle kanun yoluna müracaat edebilir<sup>298</sup>. Bu, daha ziyade çetrefil veya kamu düzenini yakından ilgilendiren dâvâlarda söz konusu olabilir. Öte yandan kısas gibi telâfisi imkânsız durumlarda hüküm devlet

<sup>296</sup> Ebyânî, 106.

<sup>297</sup> Zeydan, 276. Daha önce de geçtiği üzere Hz. Peygamber, komşusunun zırhını çalan ve suçu bir yahudinin üzerine atan Tu'me hadisesinde önce bir yahudi aleyhine hükmetmiş, sonra şahidlerin yalancı olduğu ortaya çıkınca ilk verdiği hükmü bozmuştur. Şeyhzâde, II/166. Yine Hz. Peygamber, Bedir harbinden sonra, henüz Müslüman olmayan zevci 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 Mekkeli 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; Dârimî: Siyer: 24 (2464). Hatta İbni Hacer, bu hadisede, ictihadla verilen hükümlerden rücu'un, vazgeçmenin cevazına işaret olduğunu açıkça bildirmektedir. İbni Hacer Askalâni: Fethü'l-Bârî, 2.b, Beyrut 1402, VI/113. Yine İbni Muğîre'den dul kalıp Üsâme bin Zeyd ile evlenmek isteyen Fâtıma 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.

<sup>298</sup> 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 Hübeyre, içinden çıkamadığı müşkil meselelerde kendisinden yaşça tecrübeli ve ilmen üstün gördüğü Küfe 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 birine bir başkası tanıyarak sahip çıkmış, Basra kadısı Hişâm bin Hübeyre de katırı bu adama hükmetmiş, sonra da kadı durumu Şüreyh'e yazarak görüşünü sormuş, önceki mahkemece lehine hüküm verilen taraf daha sonra Şüreyh'in huzuruna çıkarak dâvâ konusu malı, mahkûm olan tarafa önceden satmış olduğunu itiraf edince bu sefer bunun aleyhine, mahkûm olan Sâlim bin Sevban lehine karar verilmiştir. Veki', I/300. Osmanlı kadıları da müftü ve diğer hukukçulardan fetva sorarlar, çoğu zaman çetrefil dâvâlarda verdikleri hükümleri incelenmek ve hatta içinden çıkamadıkları veya tarafları şerli bazı dâvâların da yalnızca tahkikatı yapıp hükmü verilmek üzere bizzat Divan-ı Hümayun'a arz ederlerdi.

başkanına sunulup onaylanmadıkça yerine getirilemez. Bu bir bakımdan re'sen ve resmen temyiz demektir.

### 3. Hükümü Veren Hâkimin Halefi

Cevr ve ceqli, 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 olmadığı 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 selefının verdiği hükümleri araştırabileceğini söylemektedirler<sup>299</sup>. Hanbelîlere göre, hukukullah (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 değildir<sup>300</sup>.

Hanefî kaynaklarının kaydettiğine göre, azledilen bir hâkimin yerine tayin olunan yeni bir hâkim, göreve başlar başlamaz iki yardımcısını (kadı emîni) sicilleri ve hâşimlerini kontrole memur eder, bilhassa da mahbusların durumlarını tahkik ederek hukuka aykırı olarak hapsedilmişlerse keyfiyeti ilân eder, gerekirse kefâlet alarak bunları salıverir<sup>301</sup>. Bunu daha çok bir teftiş mahiyetinde

---

299 Hâşim, 3/396-397.

300 İbni Kudâme, IX/58; Hâşim, 3/398.

301 Haddâd, II/310; Meydânî, II/310; Hindiyye, 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, İlmiye Teşkilatı, 94.

görenler varsa da<sup>302</sup>, 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 anlaşılmaktadır<sup>303</sup>.

Vefat etmiş veya azledilmiş bir hâkimin bir meselede hüküm verdiği ve 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 hapisanelerde 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 şahitle isbatlanmamış ihtilaflara yeniden bakar<sup>304</sup>.

Hâkimin azli üzerine yerine tayin edilen hâkimin, selefinin hükümlerini denetlemesi dışında, hâkim kendiliğinden bir başka hâkimin veya kendisinden önceki hâkimin hükümlerini sebepsiz yere bozamaz<sup>305</sup>.

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 tezvîr kimesne olub şirret ü şekâveti müsecceldür diyü arzitmeğle dinilen gibiyse sûret-i sicillin ihrâc idüb küreğe gönderesün diye fermân olunmağın sicillere müracaat olunub mezkûrun hakkında sicil bulunmayub ve hem mezkûrdan şekvâ ider kimesne olmaduğın bildürmişsin. Buyurdum ki: Hüküm-i şerîfüm varıcak göresin mezkûrun fil-vâki' şirret ü şekâveti müseccel olmayub hilâf-ı vâki' isnâd olmağla arz olunmuş ise mādâm ki kendü hâlinde olub şer'a mugâyir vaz'ı ve reâyâ vü berâyâya teaddîsi olmaya, hilâf-ı şer' kimesneyi dahlîtdürmeyesin. Amma ki şirret ü şekâveti zâhir ola tutub habsidüb arzoleyeyesin." 24 Şa'ban 972 (28.III.1565). BOA MD 6/933.

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

305 Hâşim, 4/395-399.

#### 4. Üçüncü Şahıslar

Bir hükümdeki hukuka aykırılık kamu düzeni (maslahat) ile ilgiliyse o toplu fertlerinin ayrı ayrı bu hükmün bozulması için itirazda bulunma hakları vardır<sup>306</sup>.

#### 5. Devlet Başkanı

Eğer hüküm kontrolü bir hâkime veya özel bir mercie (mahkemeye) verilmişse, devlet başkanının da mahkeme kararlarının bozulması hususunda başvuru hakkının bulunduğu şüphe yoktur<sup>307</sup>.

---

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: Meğâzî 58; Nesâî: Adâbü'l-Kudât 17; Askalânî, VIII/46-47; İbni Abdilber, II/429. Burada hadis metninde, hâdisenin Hz. Peygamber'in önüne getirilmesi için, İslâm hukukunda ekseriyetle kanun yoluna müracaatı ifade eden *ref'* sözü kullanılmıştır. Yine Halife Hz. Ömer zamanında zinâ suçundan mahkûm edilen bir kadının akıl hastası olduğu gerekçesiyle, dâvâyı ilgisiz bulunmayan Hz. Ali bin Ebû Tâlib itiraz ederek hükmü bozdurmuştur. Beyhâkî: Sirka 11.

307 Abbasiler devrinde, kadiyü'l-kudât İmam Ebû Yûsuf bir zimmîyi öldüren müslümanı kısas cezasına çarptırması, bu hüküm, halk arasında büyük menfi reaksiyona sebep olmuş, hatta bir şair "*Ey kâfirden ötürü müslümanı öldüren! Cevr ediyorsun. Cevreden ile âdil bir olmaz. Ey Bağdat ve etrafı halkının âlimleri ve şairleri! Dininize yas tutun! Cevre de sabredin! Çünkü sabredenlere ecir var. Kâfire kısasen müslümanı öldürmekle Ebû Yûsuf ise dine cevretmiştir*" mealinde bir şiiri İmam Ebû Yûsuf'a göndermiştir. Bunun üzerine, halkı teskin ve kamu düzenini koruma endişesiyle Halife Hârunü'r-Reşid, dâvâyı 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; Keskiöğlü, 265. Görülüyor ki devlet başkanı bir davanın yeniden görülmesini ancak bir maslahata mebni isteyebilmektedir. Dolayısıyla burada İmam Ebû Yûsuf'un halifenin arzusuna göre hüküm verdiği, bir başka deyişle hâkimlerin bağımsızlığı prensibine aykırı davranıldığı düşünülmemelidir. Kadiyü'l-kudât dâvâyı tekrar bakmış ve olayın hukukî hükme ne derece uyduğunu bir daha gözden geçirerek kararını değiştirmiştir. İmam Ebû Yûsuf, adalete uymakta çok hassas davranırdı. Bizzat kendisi, hiçbir dâvâda taraf tutmadığını, bir defasında Halife Hârunü'r-Reşid ile bir hristiyan arasındaki dâvâda, kalben halifeye meylettğini, ancak sonuçta hristiyanı haklı görüp hükmü onun lehine verdiğini bildirmektedir. İbni Âbidîn, IV/325-326.

### C. Hükümün Kontrolü İçin Başvuru Mercii

#### 1. Hükümü Veren Mahkeme

Hukuka aykırı bir hükmün bozulması için hükmü veren hâkime müracaat edilebilir. Hükümü veren hâkim hukuka aykırı olarak verdiği hükmü bozup, yerine başka bir hüküm verir. Bu hüküm hukuka aykırı değilse, ictihad ile verilmişse, bu takdirde kendisi ictihadını değiştirmiş olsa bile bu hükmü 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 ictihad ile verilmiş hükümlerdir, nitekim ictihad ile ictihad 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 hükmü ihtisas yokluğu sebebiyle bozamazlar.

Bu durum çoğu kez bir hükmün henüz yerine getirilmeden hükmü veren hâkimin ölmesi veya azledilmesi ya da ilk hâkimin bâgîler tarafından tayin edilmiş olması dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Böyle bir hâkimin vermiş olduğu hüküm, yerine getirilmek üzere bir başka hâkime veya hükmü verenin halefine arzolunsa bu ikinci hâkim hükmü tedkik eder. Hukuka uygun bulursa, kendisi farklı görüşte olsa bile, imza ve infaz eder. Birinci hâkimin verdiği hükmün, sahih 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 verebilir<sup>308</sup>.

308 İbni Âbidîn, IV/321, 339-340. Bir kimse, dârü'l-harbden satın aldığı bir köleye daha önceki sahibi kıymetini ödemek şartıyla sahib çıkınca mahkemeye başvurmuş ve Kûfe kadısı Muhammed b. Yezid b. Huleyde eş-Şeybanî'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 geçirirse ilk sahibinin kıymetini ödemek

### 3. Devlet Başkanı

Hukuka aykırı verilmiş bir hükmü, hükmü veren hâkimin veya buna denk bir başkasının düzeltmeye yanaşmaması (ihkâk-ı hakdan imtina'ları) veya bu dâvâya bakamamaları durumunda bir üst mercie müracaat etmek gerekir ki bu da devlet başkanı veya bu maksat için tahsis edilmiş bir mahkeme, sözgeşi belirli dönemler için divan-ı mezâlîm ya da onun yerine geçen müesseselerdir<sup>309</sup>. Bazı hukukçular hâkimlerin mahkeme kararlarını bozmalarının halka olduğu kadar kendilerine de zarar vereceğini söylemektedirler. Bunlar, mahkeme kararlarını bozan hâkimlerin halkın düşmanlığına ma'ruz 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 etmektedirler<sup>310</sup>. Devlet başkanının bu gibi işlere bakmak üzere teşkil edeceği divanda uygulanacak muhakeme usulü ve bu mahkemelerin kuruluş şekli normal mahkemelerden bazı farklılıklar taşır<sup>311</sup>.

Bazı hukukçular demektirler ki, hâkimin hükmünden şikâyet söz konusu olur ve bu da emîre, yani hâkimi kontrole yetkili mercie götürülürse (ref), eğer hâkim emîn, âdil ve basîretli olarak tanınan bir kimseyse bu talebe itibar edilmez. Aksine hâkim töhmet altında, adaletsiz ve ilmen kifâyetsiz birisi olarak tanınıyorsa azlolunarak yerine başkası tayin edilir. Emîr, eğer bu dâvâya bakacak ilmî ehliyeti taşıyorsa, 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. Hüküm 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 kadıyü'l-kudâtın bulunduğu beldede değilse, emîr veya kadıyü'l-kudât, bu belde-

---

suretiyle bu malı alabilmesinin Hz. Peygamber'in sünneti gereği olduğunu söyleyerek aksi yönde yeni bir hüküm vermiştir. Veki', 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; Karâfî, 2.

310 Tarablusî, 30; İbni Ferhun, I/74.

311 Şekli farklar için bkz. Mâverdi, 76-80; Ferrâ, 79; Nebhan, 601-603; Bilmen, 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.



de emîn, dürüst ve bilgili olarak tanınan kimselerden muhakeme sırasında hâkimle birlikte hâzır 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 giderilir<sup>312</sup>. Klasik eserlerdeki bu usulün, İslâm tarihindeki divan-ı mezâlîm ve Osmanlılardaki Divan-ı Hümâyûn'un mahkeme kararlarını kontrol yolundaki yetkilerine dayanak oluşturduğu söylenebilir. Hatta şer'îyye mahkemesi kararlarının Tanzimat'tan sonraki kontrol usulü de aynen böyle cereyan etmektedir.

Sonuç itibarıyla 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 mezâlîm 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 veremez.

#### D. Hükme İtirazın Etkisi

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

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

kimselerin verdiği hükümler gibi) bunların mutlaka ikinci bir hâkim tarafından tasdik edilerek yürürlüğe konulması lâzımdır<sup>313</sup>. 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 halîfeler bilhassa ölüm cezalarının kendilerince tedkik ve tasdik olunmadıkça yerine getirilmemesini emretmişlerdir<sup>314</sup>. Eğer bozulan cezaî hüküm yerine getirilmişse, bu hükme etkili olan kadı ve şahid gibi kimseler cezalandırılır ve tazminle yükümlü olurlar. Şâhidlerin yalancılığı hükümden önce anlaşılmuşsa ta'zir edilirler. Eğer bir zinâ dâvâsı söz konusuysa şahidlere kazf haddi uygulanır, can ve mala dair hükümlerde tazminle yükümlü olurlar<sup>315</sup>. Eğer resmen bir üst derece mahkemesi kurulmuşsa, bu takdirde zaten hüküm burada görüşülmeden kesinleşmeyeceği için icrâsı da mümkün olmayacaktır.

#### SONUÇ

Adlî 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 tashihi'dir. 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 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 hükümranlık kurma emelinden doğdu. Temyiz de merkezî otoritenin güçlen-

---

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 şahidi 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 şahid-i zürun (yalancı şahidinin) Midilli'ye sürgün edilmesine dair belge. BOA Cevdet-Adliye, no: 1245, tarih: 10 B (Receb) 1186 (7.X.1772).

mesi 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 istinafi 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 icthadın 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 hiyerarşi söz konusu değildi, bir başka deyişle bütün mahkemeler eşit statüdeydi. Diğer yandan ister istemez hâkimlerin kendilerini tayin eden siyasi otoritenin hiyerarşik yapısının etkisi altında kalması da bu hukuk sisteminde kanun yolu mekanizmasının siyasi 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 bati 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 âmillere olmuştur. Öyle ki fetva müessesesi temyiz ve şühûdü'l-hâl varlığı da istinafa ihtiyaç bırakmamıştır. Toplum hayatının ve hukukî ihtilafların basitliği, ayrıca hâkimlerin toplumda belli bir saygınlığı olan ve sağlam bir hukuk bilgisiyle mücehhez 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, dâvâya bakmama gibi) doğmuştur. Bütün bunlar, kanun yollarının bilhassa istinaf kurumunun bugünkü an-

lamıyla 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 olabilmıştır.

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 dâvâya bakılabilirdi. Nihayet devlet başkanı (halife, hükümdar) ve vâlilerin divan-ı mezâlim 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 kadıyü'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. Mülkî 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 arzuları yönünde hüküm vermeleri hususunda emretme hakkını hâiz bulunmuyordu.

Mahkeme kararındaki hukuka aykırılıklar, hukuk normunun yanlış tatbiği, hâkimin hükmederken ihtisası dışına çıkması, hüküm sebeplerindeki hatalar ve hâkimin töhmet altında davranması şeklinde tezâhür ederdi. Kendisine başvuru olan makam, hükmün hukuka aykırı olduğu kanaatine varırsa, bunun -eski Roma'daki gibi- baştan itibaren bâtil olduğunu tesbit ederek yeniden dâvâya 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 görüldü-

ğü takdirde gerekirse devlet hazinesinden tazminde bulunulur, bilahare ilgililere rücu edilirdi.