

# İSLÂM HUKUKUNDA YASAMANIN YARGI YOLUYLA DENETLENMESİ

Doç.Dr. Talip TÜRCAN\*

## Control of Legislation by Adjudicatory Power in the Islamic Law

In the classical theory of Islamic law, the Chaliph (khalifa/imâm-head of the state) is authorized to utilize all powers of the state, which are consisting of legislation, administration and adjudication. The judges are appointed by the Chaliph as well as other organs within the state. However, it does not mean that the Chaliph is absolutely authorized to give order to the judges to decide on the cases according to the norms legislated. Because, in the Islamic legal theory if a judge is capable of *ijtihâd* (independent and individual judgment), he has to judge according to his own opinion. It can be concluded from this principle that the control of legislative power of the Chaliph by adjudication is theoretically possible in the Islamic law.

Key Words: Legislation, Legislative Power, Adjudication, Adjudicatory Power, Islamic Law, Islamic Legal Theory

## Giriş

Günümüzde yasamanın yargı yoluyla denetlenmesi, tıpkı yürütmenin işlem ve eylemlerinin denetlenmesinde olduğu gibi, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir koşulu sayılmaktadır.<sup>1</sup> Hukuk devleti ilkesi, bir ülkede egemen iradenin, yasama, yürütme ve yargılamadan oluşan devlet yetkilerinin (devlet kudretinin) ve onların kullanımının –ki buna siyasî iktidar denilmektedir.<sup>2</sup> hukuk düzeni içinde sınırlanmasından ibarettir. ‘Hukuk düzeni içinde’ kaydıyla, egemen iradeye, devlet kudretine ve siyasî iktidara ilişkin söz konusu sınırlamanın, olgusal değil, hukukî nitelikli bir tanımlama olduğunu vurgulamak istiyoruz. Buna göre, yasamanın yargı yoluyla denetlenmesi, siyasî iktidarın kendi içinde sınırlanması hususunda hukuk düzenlerince başvuru çeşitli kurumsal (hukukî) yöntemlerden birisidir.<sup>3</sup>

\* Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

<sup>1</sup> Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, 292.

<sup>2</sup> Siyasî iktidar kavramı hakkında bkz. Türcan, Talip, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri –İslâm ve Batı Hukuk Düşüncesi Bağlamında Bir İnceleme-*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2001, 201-207.

<sup>3</sup> Egemen iradenin, devlet kudretinin ve siyasî iktidarın sınırlanması hususunda eskiden beri hukukî ya da hukuk dışı etkenleri dikkate alan çok değişik teoriler ileri sürülmüştür. Bunlar hakkında bkz. Zabunoğlu, Yahya Kazım, *(Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlanması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1963; Okandan, Recai G., *Umumî Âmm Hukuku*, İstanbul Üni-

İslâm hukukunda yasamanın yargı yoluyla denetlenmesi, siyasî iktidarın sınırlanmasına ilişkin bir sorun olarak ele alınmış değildir. Bunun en önemli nedeni, bizzat hukuk üzerine kurulu olduğu teorinin kendisidir. Söz konusu teoriye göre, diğer tüm normatif alanlarda olduğu gibi, hukukun kaynağında da ilahî irade bulunmaktadır. Yalnızca siyasî iktidar değil, ona ve devlete/devlet yetkilerine vücut veren egemen irade de, onların dışında ve üstünde olan, onları önceleyen hukukla (şer') sınırlıdır. Hukuk düzenini teşkil eden her bir hüküm, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın, şer'î olarak nitelenir. Yani, hükümler ister doğrudan nasslarca belirlenmiş isterse ictehad yoluyla tespit edilmiş olsunlar, ilahî iradeye nisbet edilmeleri bakımından aralarında bir fark bulunmamaktadır.<sup>4</sup> Tek fark, teknik tabiriyle şer'îlik denilen bu nisbetin kesinlik derecesiyle ilgilidir. Kimi hükümlerin şer'îliği kat'î iken, kimi hükümlerin şer'îliği ise zannî düzeydedir.

Yasama ve yargılama, aşağıda geleceği üzere, yetkinin kaynağı itibariyle pozitif nitelikli iki farklı işlevi temsil etmelerine rağmen, onlar yoluyla oluşturulan hukuk normları, aynı şer'îlik ilkesine ve onun tespitine ilişkin ortak yöntemlere tâbidirler. Şer'îliğin tespiti, İslâm hukukunun genel teorisine göre, icmâa konu olmuş hükümler bir tarafa bırakılırsa, belli nitelikleri gerektiren bilimsel yetkinliğin dışında herhangi bir manevî (ideal/fikrî) ya da pozitif yetkiye bağlanmış değildir. Diğer bir ifadeyle, belli bilimsel niteliklere sahip olan her bir süje (müctehid), şer'îliğin tespitinde bizzat yetkilidir. Tek koşul, ulaşılan hükmün şer'îlik bakımından kesinliği temsil eden icmâa aykırı olmamasıdır.<sup>5</sup> Bu itibarla,

→

versitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976, 800-817; Kapani, 245-317.

Yakın döneme kadar bir çok yazarın, egemenliği devlete nisbet etmeleri nedeniyle, egemenlik ve devlet kudreti terimlerini aynı anlamda kullandıkları bilinmektedir. Kanaatimizce egemenlik, devlet kudreti ve siyasî iktidar terimleri farklı kavramları göstermektedir. Bu hususta etraflı bilgi için bkz. Türcan, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, 78-106, 158-161, 207-210

Yasamanın yargı yoluyla denetlenmesi, kanaatimizce doğrudan devlet kudretine değil, siyasî iktidarın bir yanına, yani devlet kudretini teşkil eden yetkilerden yasama gücünün kullanımına ilişkin bir sınırlama niteliğindedir. Çünkü devlet kudreti, sınırları anayasa ile soyut düzeyde belirlenmiş yetkileri gösterdiği halde, siyasî iktidar doğrudan somut (fiilî/olgusal) durumla ilgilidir. Yasamanın yargı tarafından denetlenmesi denildiğinde, yasama yetkisinin soyut düzeyde sınırlanmasından farklı olarak, oluşturulan hukuk normları üzerinde gerçekleştirilen olgusal düzeyde bir sınırlama kastedilmektedir. Hukuk devleti ilkesi bakımından yalnızca siyasî iktidarın kendi içinde sınırlanması/dengelenmesi yeterli değildir. Aynı zamanda egemen iradenin ve onun tarafından tanımlanan devlet kudretinin de hukukun temel ilkeleri ile bağlı olması gerekir.

<sup>4</sup> Bu hususu Sadruşşeria (ö.747/1347), "Şer'îlik (şer'iyye), Şâri'in hitâbının bulunmaması halinde idrâk edilemeyecek şey (vasıf)dir. Söz konusu hitâb ister hükmün bizzat kendisi ile vârid olsun (hükmü doğrudan getirsin), isterse kıyâsî meselelerde olduğu gibi hükmün elde edilmesinde kendisine ihtiyaç duyulan bir surette vârid olsun. Bu tür hükümler de şer'îdir. Çünkü, şâyet Şâri'in *makîsun aleyh* (asî) hakkındaki hitâbı olmasaydı *makîse* (fer') ilişkin hüküm de idrâk edilemezdi" biçiminde ifade etmektedir. Bkz. Sadruşşeria, Ubeydullâh b. Mes'ûd b. Mahmûd, *et-Tavâth fi Halli Çavâmidî'r-Tenkîh*, I-II (*et-Telvîh* ile birlikte), Mekteb-i Sanâiyî Matbaası, İstanbul 1310, I, 29.

Şer'îlik kavramı hakkında bir inceleme için bkz. Türcan, "İslâm Hukuk Biliminde Şer'îlik Kavramı", *Ara-yışlar -İnsan Bilimleri Araştırmaları-*, Yıl: 3, Sayı: 5-6, (2001), 69-88.

<sup>5</sup> İctihad ancak hakkında kat'î delil bulunmayan alanda yapılabilir. Hakkında kat'î delil bulunan bir alanda yapılan ictehad geçersizdir. Bkz. er-Râzi: Fahrüddin Muhammed b. Umer b. el-Huseyn, *el-Mahsûl fi İlmî Usûli'l-Fık'h*, I-II, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1408/1988, II, 499-500; ez-Zerkeşi, Bedruddin Muhammed b. Bahâdır b. Abdillâh, *el-Bahru'l-Muhît fi Usûli'l-Fık'h*, I-IV, Zabt, Tahric ve Ta'lik: M. Muhammed Tâmir, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1421/2000, IV, 515.

Kat'î delil olarak genellikle *icmâ*, *zannî olmayan nass* ve *celî kıyâs* zikredilmektedir. Fukahâ bunlara *kavâid* de eklemektedir. Bkz. el-Âmidî, Seyfüddin Ebu'l-Hasen Ali b. Ebî Ali b. Muhammed, *el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm*, I-IV, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1405/1985, IV, 429; İbn Ferhûn, Burhânuddîn Ebu'l-Vefâ İbrâhîm b. Şemsiddîn Ebî Abdillâh Muhammed, *Tebseratu'l-Hukkâm fi Usûli'l-Akdiye ve Menâhicî'l-Ahkâm*, I-II, Tahric ve Ta'lik: Cemâl Maraşlı, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1416/1995, I, 62; et-Tarâblusî, Alâuddîn Ebu'l-Hasen Ali b. Halil, *Muñnu'l-Hukkâm fîmâ Yetereddedu beyne'l-Hasmeyn mine'l-Ahkâm*, (İbu's-Şihne'nin *Lisânu'l-Hukkâm*'ı ile birlikte), Matbaatu'l-Meymene, Mısır 1310, 32-33. →

üzerlerinde icmâ gerçekleşmiş hükümler dışında kalan her bir hükmün bağlayıcılığı, yalnızca onu benimseyen süje bakımından geçerlidir ki, onun yaptırımını da manevî düzeydedir.<sup>6</sup> Yasama yoluyla ortaya konulan hükümlerin ve yargı kararlarının tüm süjeler bakımından bağlayıcılığı ise, şer'îliğe ilişkin bir kesinlik nedeniyle değildir. Yalnızca dayandıkları yetkinin pozitif karakterinden ötürüdür.<sup>7</sup> Dolayısıyla, İslâm hukukunda yasamanın yargı yoluyla denetlenmesi, iktidara ilişkin bir sınırlama gereğinden değil, yargı organının da, şer'îliği tespit hususunda yasama organı kadar yetkili olmasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, yargı organının söz konusu yetkisi, son tahlilde iktidara ilişkin bir sınırlama işlevi de görmektedir.

## 1. Yasama ve Yargılama

Bir sosyal yapının devlet haline dönüşmesi, üzerinde yerleştiği sınırları belirlenmiş bir toprak parçası ile egemen bir iradenin varlığına bağlıdır. Egemen irade, insan topluluğu ve toprak parçası arasındaki olgusal ilişkiye normatif (hukukî) düzey kazandıran kurucu bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Egemen iradenin iki temel işlevi bulunmaktadır. Onlardan birisi, bir devleti kurmak suretiyle ona yetkilerini bahşetmek; diğeri de, devlet yetkilerini kimin kullanacağını, yani siyasî iktidara kimin sahip olacağını belirlemektir.<sup>8</sup>

Devletin yetkileri, mahiyetleri dikkate alınarak yasama, yürütme ve yargılama biçiminde tasnif edilebilmektedir.

Yasama ile, belli bir yetki ve usûle bağlı olarak hukuk normu koyma işlevi kastedilmektedir. Yasama, maddî bakımdan genel/objektif, soyut, daimî ve ilzâm edici (kamu-sal kudret yoluyla yaptırıma bağlanmış) nitelikte her bir hukuk normunun oluşturulma işlemini ifade etmektedir.<sup>9</sup> Dolayısıyla devletin yasama işlevini içerik itibarıyla, genellikle belli bir organ tarafından gerçekleştirilen 'kanun (yasa) yapmak' işlemiyle sınırlandırmak gerekir. Kanun, hukuk normlarının organ esas alınarak yapılan biçimsel tasnifinde belli bir kategoriye denk düşmektedir.<sup>10</sup> Buna karşılık, yasama terimi dar anlamda kullanıldığında, özel olarak yetkilendirilmiş belli bir organın kanun biçiminde hukuk normu koyması anlamına gelmektedir.<sup>11</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki, yasama işleminin, hukuk

→

(İbnu'ş-Şihne'nin *Lisânu'l-Hukkâm*'i ile birlikte), Matbaatu'l-Meymene, Mısır 1310, 32-33.

Bununla birlikte el-Karâfi (ö.684/1285)'nin de açıkça belirttiği gibi, nass, celf kıyas ve kavâid esasen ihtilaf-lı hususlardır. Dolayısıyla geriye yalnızca icmâ kalmaktadır. Bkz. el-Karâfi, Şihâbüddin Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs, *el-İhkâm fi Temyîzi'l-Fetâvâ ani'l-Ahkâm ve Tasarrufâtü'l-Kâdî ve'l-İmâm*. Gözden geçiren: Abdulfettâh Ebû Ğudde, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 1416/1995, 88.

<sup>6</sup> Bir müctehidin ulaşmış olduğu kendi icthadını bırakıp, başka bir görüşe yönelmesi ittifakla câiz değildir. Müctehid olmakla birlikte, henüz fiilen icthadda bulunmadığı bir konuda başka birisinin görüşüne tâbi olması konusunda ise ihtilaf edilmiştir. (Bkz. er-Râzi, II, 534-538). Dolayısıyla müctehidin kendi icthadına tâbi olması, yalnızca uhrevî yaptırımla desteklenen bir zorunluluk niteliğindedir.

<sup>7</sup> Nitekim klasik İslâm hukuk teorisinde icthad kaynaklı yargı kararlarının pozitif düzeyde sahip oldukları kesinlik (ilzâmîlik), toplumsal düzenin ihtiyaç duyduğu hukukî istikrar ve güven unsuru ile izah edilmektedir. Bkz. el-Âmidî, *el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm*, IV, 429.

<sup>8</sup> Türcan, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, 75, 106.

<sup>9</sup> Sarıca, Ragıp, *Türkiyede İcra Uzmanın Tanzim Salâhiyeti*, Türk Hukuk Kurumu Telif ve Tercüme Serisi (No.14), Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1943, 9-10; Balta, Tahsin Bekir, *İdare Hukuku, I (Genel Konular)*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1970/1972, 166.

<sup>10</sup> Bkz. Sarıca, 9 (ve 2 no'lu dipnot), 12-13 (ve 1 no'lu dipnot); Kubalı, Hüseyin Nail, *Devlet Ana Hukuku (Esâs Teşkilât Hukuku)*, (I. Cilt-Kısım I), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1950, 242 (73 no'lu dipnot).

<sup>11</sup> Bkz. Balta, I, 166; Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1991, 10. Ayrıca bkz. Mutevellî, Abdülhamîd, *Mebâdiu Nizâmi'l-Hukm fi'l-İslâm Maa'l-Mukârana bi'l-Mebâdi'd-Dustûriyyeti'l-Hadîse*, Münşecü'l-Maarif, İskenderiyye ty., 198.

normundan hareketle yapılan tanımında yer verilen genel ve soyut olma niteliklerinin birer koşul olarak aranması mantıkî bir zorunluluğa dayanmamaktadır.<sup>12</sup> Yalnızca, aşağıda geleceği üzere, yasamanın, yürütme ve yargılama işlemlerine göre kısmen bir mahiyet farkına işaret etmektedir.

Yasama işlemini, diğer normatif alanlardan ayıran en önemli özellik, onun pozitif niteliğidir. Yasama, hukuk normunun felsefi/ideolojik kaynağı ya da muhtevası ile değil, ona pozitif düzeyde bağlayıcılık kazandıran irade tarafından konulmuş olması ile ilgili bir kavramdır.

Yürütme ve yargılama ise, devletin yasama yoluyla oluşturulan hukuk normlarının uygulanmasına dönük işlevleridir. Yürütme ve yargılama işlevlerinin ortak yanı, genel ve soyut düzeydeki hukuk normlarının kişiselleştirilip- bireyselleştirilip somuta indirgenmesi hususunda görülmektedir. Bu, gerçekte genel ve soyut normların kişisel/bireysel (ferdî) normlara dönüştürülmesinden başka bir şey değildir.<sup>13</sup> Ancak bu tespit, yürütme ve yargılama işlevlerinin mahiyet itibarıyla de aynı oldukları anlamına gelmemektedir. Yürütme (geniş anlamda idare), genel ve soyut nitelikteki hukuk normlarının çeşitli işlem ve eylemler aracılığı ile kendiliğinden (re'sen) somutlaştırılıp olaya indirgenmesi olduğu halde; yargılamadan söz edilebilmesi için öncelikle bir iddia, ihtilaf ya da husûmetin bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle yürütme, ilke olarak kendiliğinden (re'sen)<sup>14</sup> ve sürekli (kesintisiz)<sup>15</sup> bir işlev niteliği taşırken; yargılama, ancak bir sâikin varlığı halinde hukukun uygulanmasına müdahil olmaktadır. Yürütme ve yargılama işlevleri arasında konu ve gaye bakımından da farklılık bulunmaktadır. Yürütme işlevinin konusu, kamu hizmetlerinin yeriné getirilmesidir. Kamu hizmetleri, genel ve soyut nitelikteki hukuk normlarının uygulanması ile gerçekleştirilir ki, bu da kişisel/bireysel hukuk normları oluşturmak biçiminde bir işlem ya da doğrudan eylem biçiminde ortaya çıkabilir. Kişisel/bireysel hukuk normlarının oluşturulması da, maddî bakımdan bir tür yasama faaliyeti niteliğinde olup, geniş anlamda yasamanın kapsamına dahildir. Yürütme işlevinin temel amacı ise, toplunun, koruyucu faaliyetler de dahil, tüm kamusal ihtiyaçlarının kendiliğinden ve kesintisiz olarak giderilmesidir. Buna karşılık yargılama işlevinin konusu, belli bir sâik neticesinde ortaya çıkan ihtilafli durumun ortadan kaldırılması ve gayesi de bozulan hukuk düzeninin eski haline döndürülmesidir.<sup>16</sup>

Buradan, aynı zamanda, yargılama işleminin kendi içinde üç aşamada gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Öncelikle hukuk düzeninin ihlal edildiğini ileri süren bir iddianın bulunması, ikinci aşama olarak söz konusu iddiada belirtilen ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi ve sonuçta da hukuk düzenini eski haline iade etmek için yaptırım içeren bir kararın (hüküm) verilmesi gerekmektedir. Yargı kararının ilgili sâije hakkında uygulanması ise, yürütme yetkisine bağlı idarî bir tasarruf yoluyla<sup>17</sup> gerçekleşmektedir.

<sup>12</sup> Bu hususta bkz. Winston, Kenneth I., "Adalet ve Kurallar: Bir Eleştiri", çev. Murat Önderman, *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi Yayınları, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997, 406. Ayrıca bkz. Del Vecchio, Giorgio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, çev. Sahir Erman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul ty., 301.

<sup>13</sup> Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, Fourth Reprinting, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey 2001, 129-130, 258.

<sup>14</sup> Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, Marifet Basımevi, İstanbul 1952, 23.

<sup>15</sup> Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku, I (Genel Esaslar)*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1998, 427.

<sup>16</sup> Bkz. Kubalı, I, 243-245.

<sup>17</sup> Kelsen, "The Law as a Specific Social Technique", *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science (Collected Essays)*, Second Reprinting, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey 2001, 253.

Klasik İslâm hukuk doktrinine göre<sup>18</sup> yasama, yürütme ve yargılamadan oluşan tüm devlet yetkileri devlet başkanının (imâm/halîfe) elinde toplanmıştır. *İmâmetin* (hilâfet-devlet başkanlığı) organik (uzvî) açıdan 'dîn ve dünya işlerinde genel başkanlık (*riyâsetun âmme*)<sup>19</sup> ve yetkinin mahiyeti açısından ise 'genel tasarrufta bulunma yetkisi (*istihkâku tasarrufin âmm*)<sup>20</sup> biçiminde tanımlandığı görülmektedir. Tanımlarda aslî unsurlar olarak yer alan *riyâset* ve *tasarruf* tabirlerini niteleyen *âmm* (genel) kelimesi, devlet yetkilerinin kullanım hakkının devlet başkanına bırakıldığını ifade etmektedir, ki içerik bakımından *velâyet-i âmme* (siyasî iktidar) kavramına denk düşmektedir.<sup>21</sup> Nitekim klasik doktrinde devlet başkanlığı (imâmet/hilâfet) *velâyet-i âmme* kavramına bağlı olarak da tanımlanmaktadır.<sup>22</sup> Velâyet-i âmmenin kaynağında ise, ilke olarak, toplumsal iradenin bulunduğu kabul edilmektedir.<sup>23</sup> Buna göre devletin yasama, yürütme ve yargılama işlevlerini yerine getirme hususunda tek yetkili devlet başkanıdır. Diğer organlar, yetkilerini devlet başkanına vekâleten kullanırlar.

Klasik doktrinde devlet başkanının yasama yetkisi, şer'îlikleri kat'î olarak tespit edilebilen hükümler dışında kalan hususlarla sınırlıdır. Fıkıh usûlü ilkeleri dikkate alındığında kat'î şer'îlik alanını, daha önce de belirttiğimiz gibi, icmâ konu olmuş hükümlerin temsil ettiği görülmektedir. Subût ve delâlet bakımından kat'î düzeyde olan Kitâb ve Sünnet kaynaklı hükümlerin de esasen icmâ dışında kalması düşünülemez.<sup>24</sup> Buna göre, devlet başkanına tanınan yasama yetkisinin ictihada açık alanda pozitif nitelikli hukuk normları oluşturmaya dönük olduğu anlaşılmaktadır.<sup>25</sup> İctihada açık alanda devlet başkanı tarafın-

→

Yargı kararlarının uygulanmasının (tenfiz/infâz), yargılama faaliyeti kapsamı dışında bir tasarruf olduğu İslâm hukukçularınca da açıkça tespit olunmuştur. Bkz. İbn Ferhûn, I, 15; et-Tarâblusî, 11.

<sup>18</sup> *İmâmet* konusunda kelâm literatüründe yer alan inceleme ya da tartışmaları da, konunun gerçekte itikadî/kelâmî olmaktan ziyade hukukî bir sorun olması nedeniyle, klasik İslâm hukuk doktrininin bir parçası sayıyoruz. Nitekim ehl-i sünnet kelmâcıları da *imâmetin* hukukî bir sorun olduğunu bilincindedirler. Mesele bkz. el-Curcânî, Seyyid Şerîf Alî b. Muhammed, *Şerhu'l-Mevâkıf*, I-VIII (es-Siyâlkûtî'nin ve el-Çelebî'nin haşiyeleri ile), Tashîh: es-Seyyid M. B. en-Nu'mânî el-Halebî, Matbaatu's-Saâde, Mısır 1325/1907, VIII, 344.

<sup>19</sup> et-Taftâzânî, Sa'duddîn Mes'ûd b. Umer b. Abdillâh, *Şerhu'l-Makâsîd*, I-V, Tahkik ve Ta'lik: A. Umeyra, Âlemu'l-Kütüb, Beyrut 1409/1989, V, 234.

*İmâmetin genel başkanlık* biçiminde tanımlanması hususunda ayrıca bkz. el-Cuveynî, İmâmu'l-Harameyn Ebu'l-Meâlî Abdulmelik b. Abdillâh, *Gıyâsu'l-Umem fi'l'tiyâsi'z-Zulem*, Tahkik: Abdulazîm ed-Deyb, Mektebetu İmâmî'l-Harameyn, Matbaatu Nahda, Mısır 1401, 22; el-Âmidî, *el-İmâme min Ebbâri'l-Efkâr fi Usûli'd-Dîn*, Tahkik: Muhammed ez-Zebidî, Dâru'l-Kitâbî'l-Arabî, Beyrut 1412/1992, 69; Adududdîn el-İcî, Abdurrahmân b. Ahmed, *Kitâbu'l-Mevâkıf*, I-VIII, (el-Curcânî'nin Şerhi; es-Siyâlkûtî'nin ve Çelebî'nin Haşiyeleri ile), Tashîh: es-Seyyid M. Bedreddîn en-Nu'mânî el-Halebî, Matbaatu's-Saâde, Mısır 1325/1907, VIII, 345; Ebu'l-Bekâ Eyyûb b. Musa el-Huseynî el-Kefevî, *el-Külliyât (Mu'cem fi'l-Mustalahât ve'l-Furûkâ'l-Luğaviyye)*, Tahkik: Adnan Derviş ve Muhammed el-Misrî, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 1413/1993, 186.

<sup>20</sup> İbnu'l-Humâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *el-Musâyere fi'l-Akâidi'l-Munciye fi'l-Âhire (el-Musâmere* ile birlikte), Çağrı Yayınları, İstanbul 1979/1400, 253.

<sup>21</sup> Bkz. Seyyid Bey, *Hilâfetin Mahiyet-i Şer'iyyesi*, TBMM Matbaası, Ankara (3 Mart 1340), 35.

<sup>22</sup> Bkz. el-Kalkaşendî, Ahmed b. Abdillâh, *Medâiru'l-İnfâfe fi Meâlimi'l-Hilâfe*, I-III, Tahkik: Abdussettâr Ahmed Ferac, Âlemu'l-Kütüb, Beyrut 1980, I, 8.

<sup>23</sup> Bu hususta bkz. Türçan, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, 216-234.

<sup>24</sup> Nasslar ancak te'vil ihtimali taşımamaları ve sened bakımından da mütevâtîr olmaları halinde kat'î bilgi ifade ederler. Ancak bu türde nassların mevcut olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. eş-Şâtubî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ el-Lahmî el-Çirnâtî, *el-Muvâfakât fi Usûli's-Şer'a*, I-IV, Şerh ve Tahrîc: Abdullâh Drâz, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1415/1994, II, 361.

<sup>25</sup> Devlet başkanının yasama yetkisi ve sınırları, İslâm hukuku bakımından terim anlamında ilk kanunlaştırma (tedvîn-codification) sayılan Mecelle'nin Esbâb-ı Mücibe Mazbatası'nda şöyle ifade edilmiştir: "Mesâil-i

→

dan konulan hukuk normlarının pozitif niteliği ile, devletin yetki çevresi dahilindeki tüm kişi ve kurumları bağlayıcı karakterini kastediyoruz. Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, söz konusu bağlayıcılık, devlet başkanının benimsediği icthadın şer'îlik bakımından diğer icthadlara üstünlüğünden değil, sahip olduğu yetkinin pozitif karakterinden ötürüdür. Çünkü icthaddaki kişisel bağlayıcılık, ihbârî nitelikli olduğu, yani ilahî iradeye ilişkin zann-ı gâlibe dayalı bilgidен kaynaklandığı halde,<sup>26</sup> yasama normatif nitelikli bir işlemdir. Diğer bir ifadeyle icthad, onu ortaya koyan süje bakımından ilahî iradeye ilişkin bir tespit (keşf/ızhâr/ihbâr) faaliyetidir. Halbuki yasama, ilahî iradeye aidiyeti zannî olan hükmün genel hakkında bağlayıcı bir hukuk normuna dönüşmesini sağlayan ilave bir iradî (ihbârî değil) işlem olarak ortaya çıkmaktadır. Şer'îlik bakımından kat'î düzeyde olan hükümlerin pozitif karakteri ise, egemen irade tarafından öncelikle tanınmış olmaları ile izah edilebilir ki,<sup>27</sup> İslâm'da hukukun (şer') devletten önce ve onun üstünde olduğu ilkesi<sup>28</sup> ile kastedilen de budur.

İslâm hukukunda yargılama, hâkimler tarafından devlet başkanına vekâleten kullanılan bir yetkidir.<sup>29</sup> Vekâlet, yetkinin kaynağına ilişkin bir niteleme olup, hâkimlerin yalnızca devlet başkanı (ya da nâibi) tarafından görevlendirileceğini (tevlîyetu/tafkîdu'l-kadâ)<sup>30</sup> ifade etmektedir. Hâkimlerin devlet başkanı (ya da nâibi) tarafından görevlendirilmeleri, aşağıda görüleceği üzere, onun, yasama yetkisi kapsamında olan alanda hâkimlere neye göre hükmedecekleri konusunda mutlak olarak emredebileceği anlamına gelmemektedir. Başka bir şekilde söylersek, hâkimlerin yetkilerinin kaynağında devlet başkanının iradesinin bulunması, söz konusu yetkinin nasıl kullanılacağını her zaman belirleyici değildir.

→

müctehed fihâda İmâmu'l-Müslimîn hazretleri her hangi kavî ile amel olunmak üzere emr ederse mücibince amel olunmak vâcib olduğundan ma'rûzat-ı mebsûta nezd-i hakâyık-ı vefd-i vekâletpenâhilerinde dahi karîn-i tasvîb buyurulduğu halde mecelle-i melfûfenin bâlâsı hatt-ı humâyun-ı hilâfetpenâhi ile tevşîh buyurulmak bâbında." Bkz. Alî Haydar, Hoca Emîn Efendizâde, *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, Matbaa-i Tevsî-ı Tibâat, İstanbul 1330, I, 7.

İslâm hukukunda devlet başkanının yasama yetkisi, yetkinin sınırları ve bağlayıcılığı hakkında ayrıca bkz. en-Nebhân, Muhammed Fârûk, *Nizâmu'l-Hukm fi'l-İslâm*, Matbuâtü Câmîati'l-Kuveyt, Kuveyt 1974, 428-437; el-Hâlidî, Mahmud, *Meâlimu'l-Hilâfe fi'l-Fikri's-Siyâsiyyi'l-İslâmî*, Dâru'l-Cil ve Mektebetu'l-Muhtesib, Beyrut/Amman 1404/1984, 389-396, 446-451, 469 vd.

<sup>26</sup> Salt icthadî bilginin, öncesinde bağlayıcılığı öngören başka bir ilkeye dayanmaksızın beşerî davranış ve ilişkilere yönelik olması gerekeni gösterdiği mantıkî bir zorunluluk olarak ileri sürülemez.

<sup>27</sup> Türcan, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, 171-172; *İslâm Hukuk Bilişinde Hukuk Normu - Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu*-. Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2003, 142, 210-212.

Esasen klasik İslâm hukuk teorisinde yargılama faaliyeti, 'icthadî meselelere ilişkin itlâk ya da ilzâm niteliğinde hüküm inşâ' biçiminde tanımlanmak suretiyle, şer'îlik bakımından kat'î düzeyi temsil eden icmâa konu hükümler kapsam dışında bırakılmıştır. Çünkü söz konusu hükümlerin pozitif karakteri (inşâî niteliği) yargılama yetkisini öncelemektedir. Bu hususta bkz. el-Karâfî, 33, 35.

<sup>28</sup> Bkz. Vassî, Mustafâ Kemâl, "Hasâisu'n-Nizâmi'l-İdâriyyi'l-İslâmî", *Mecelletu'l-Ezher*, Cilt: 45, Sayı: 7, 661; Sayı: 8, 736 (Kahire 1973).

Söz konusu ilke, hukuk devletini tanımlayan ayırıcı bir nitelik olarak kabul edilmektedir. Bkz. Gür, A. Refik, *Hukuk Devleti: Kazâî Mürakabe*, Çeltüt Matbaası, İstanbul 1958, 20.

<sup>29</sup> el-Mâverdî, Ebu'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve'l-Velâyâtu'd-Dîniyye*. Tahkîk: Ahmed Mubârek el-Baghdâdî, Mektebetu Dâri Ibn Kuteybe, Kuveyt 1409/1989, 29; Ebû Ya'lâ, Muhammed b. el-Huseyn el-Ferrâ, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, Tashîh ve Ta'lîk: M. Hâmid el-Fikî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1403/1983, 28; İbn Teymiyye, Takiyuddîn Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Âbdilhalîm el-Harrânî, *es-Siyâsetu's-Sher'iyye fi İslâhu'r-Râi ve'r-Raiyye*, Dâru'l-Kitâbi'l-Ğarbi, Mısır 1969, 30-31.

<sup>30</sup> Bkz. İbn Kudâme, Şemsuddîn Ebu'l-Ferec Abdurrahmân b. Ebî Umer Muhammed b. Ahmed el-Makdisî, *es-Sherhu'l-Kebîr alâ Metni'l-Mukni'*, I-XII+2 (el-Muğni ile birlikte), Dâru'l-Fikr, Beyrut 1417/1997, XI, 378.

## 2. Yargının Yasamayı Denetlemesi

Yürütmenin her türlü işlem ve eyleminin, ilke olarak,<sup>31</sup> yargı denetimine tâbi olduğu hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Hukuk düzenleri bakımından tartışma, yasama (dar anlamda) ve yargılama yetkileri arasındaki ilişkide ortaya çıkmaktadır. Sorunun özünü, yargılama yetkisinin yalnızca yasama yoluyla oluşturulan hukuk normlarının uygulanması ile sınırlı olup olmadığı teşkil etmektedir. Başka bir deyişle, genel ya da özel olarak görevlendirilmiş yargı organlarının hukuk normlarını uygulamanın yanı sıra, benimsenen belli bir kritere göre onlar üzerinde geçerlilik denetimi yapma yetkileri de bulunmakta mıdır?

### a. Genel Olarak Günümüz Hukuk Düzenlerinde:

Günümüzde hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu ülkelerde yasaların anayasaya uygunluğunun yargı denetimi yoluyla belirlenmesi genel kabul gören bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa yargısı olarak nitelenen söz konusu denetim, denetimi yapacak yargı organının olağan (genel) ya da özel oluşuna göre yapılan bir tasnife bağlı olarak Amerikan modeli ve Avrupa modeli biçiminde ikiye ayrılmaktadır. Anayasa yargısı, Amerikan modelinde uygulamadan doğduğu halde –ki anayasada yer almamaktadır–; Avrupa modeli, Kelsen (ö.1973) tarafından geliştirilen ve anayasalarda açıkça düzenlenen teorik bir temele sahiptir. Bununla birlikte, her iki modelde de ortak bir yaklaşımdan hareket edildiği görülmektedir. Amerikan anayasa yargısının temelini teşkil eden Marbury A. Madison kararına göre, hukuk normları arasında bir hiyerarşi bulunmakta ve anayasa tüm hukuk normlarının üstünde yer almaktadır. Bu hiyerarşik düzen gereği hukuk normları anayasa ile çatışmaları halinde geçerliliklerini yitirmektedir.<sup>32</sup> Yargı denetimini özel bir organ olarak anayasa mahkemesine veren Avrupa modeli ise, Kelsen'in hukuk normlarının geçerliliğini temel norma bağlayan teorisinin mantıkî sonucudur.<sup>33</sup> Kelsen'e göre, normatif bir yapı olarak hukuk bizzat kendi oluşturulma sürecini de düzenler. Bir hukuk normu diğer normun oluşturulma tarzını; hatta belli bir dereceye kadar muhtevasını da belirler. Bir hukuk normu, diğer bir hukuk normu tarafından belirlenen tarzda oluşturulduğu için geçerlidir. Oluşturulma tarzını belirleyen norm, oluşturulan normun geçerliliğinin sebebini teşkil eder. Dolayısıyla, belirleyici norm ile oluşturulan norm arasında hiyerarşik bir ilişki mevcuttur. Söz konusu hiyerarşik yapının en üstünde, tüm hukuk düzeninin geçerliliğini ve birlüğünü temin eden en yüksek norm, yani temel norm (basic norm) bulunmaktadır.<sup>34</sup> Öyleyse, normların hukuk düzeni içinde en yüksek seviyeyi temsil

<sup>31</sup> Yürütmenin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine tâbi olması, hukuk devletinin en temel kriterlerindenidir. Bununla birlikte hukuk düzenlerinde yürütmenin kimi işlem ve eylemleri *yasama kısıntısı* ya da *yargı kısıntısı* yoluyla yargı denetiminin kapsamı dışında bırakılabilmektedir. Yürütmenin işlem ve eylemlerine ilişkin olarak yargı denetimi açısından yapılan söz konusu ayırım, hukukî olmaktan çok, politik nedenlere dayanmaktadır. Bu itibarla yürütmenin yargı denetimi dışında tutulan işlem ve eylemlerinin alanı, hukuk devleti anlayışının güçlenmesine paralel olarak gittikçe daralmakta ve hatta terk edilmektedir. İlgili tartışmalar için bkz. Onar, 315-344; Giritli, İsmet, *Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1958; Gözübüyük, A. Şeref, *Amerika ve Türkiyede İdarenin Kazaf Denetlenmesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1961; *Yönetmel Yargı*, Sevinç Matbaası, Ankara 1990, 23-34.

<sup>32</sup> Teziç, 196-197; Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, 41.

<sup>33</sup> Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı –Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine–*, İmge Kitabevi, Ankara 1994, 9-10.

<sup>34</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, 123-124.

eden<sup>35</sup> anayasaya aykırı düşmelerinin engellenmesi, her bir normun hukukî geçerliliği bakımından zorunludur. Diğer bir ifadeyle anayasa yargısı hukukî gerekçesini, normlara ilişkin hukukî geçerliliğin açıklanabilmesi için gözetilmesi gereken hiyerarşik düzenin mantığında bulmaktadır.

Hukuk normlarının yargısal denetimi, anlaşılacağı üzere, genel yargı organlarının tümüne verilebileceği gibi, yasa türündeki normların denetiminin özel bir yargı organına (anayasa mahkemesi) bırakılması da mümkündür. Amerikan modelinde hukuk normlarının yargısal denetimi özel bir yargı organına değil, genel mahkemelere bırakılmıştır. Avrupa hukuk düzenlerinde ise, genellikle, Kelsen tarafından geliştirilen teoriye dayalı anayasa mahkemesi modeli benimsenmiştir. Anayasa mahkemesi modelinde denetimin başlıca amacı, üst norm teorisinin doğal bir sonucu olarak yasaların anayasaya uygunluğunu sağlamaktır.<sup>36</sup> Yasaların anayasa mahkemesi yoluyla denetimi uygulamada önleyici norm denetimi veya düzeltici norm denetimi biçiminde ya da her iki sistemi birleştiren bir yapının esas alınması suretiyle düzenlenebilmektedir. Önleyici norm denetimi, henüz yasa yayımlanmadan önce yapılan anayasaya uygunluk denetimidir. Buna *önceden (a priori) denetim* de denilmektedir. Düzeltici norm denetimi ise, yasa yayımlanıp yürürlüğe girdikten sonra, başvuru üzerine yapılan denetimdir. Yasanın yürürlüğüne bağlı bir denetim olduğu için buna *sonradan (a posteriori) denetim* de denilmektedir.<sup>37</sup>

Anayasaya uygunluk denetimi benimsenen sisteme göre üç farklı yolla yapılabilir. Bunlar dava yoluyla denetim, itiraz yoluyla denetim ve bireysel başvurudan ibarettir. Anayasal yargılamanın yapılabilmesi için bunlardan birisi ya da tümü benimsenebilmektedir. *Dava yoluyla denetim* denildiğinde, anayasada belirlenen kişi, grup, kurum ya da organlarca bir yasa hakkında, yasanın anayasaya aykırılığı iddiasıyla dava açılması kastedilmektedir. Dava yoluyla denetimde normun belli bir somut olaya uygulanması değil, bizzat kendisi dava konusudur. O nedenle bu tür denetime *soyut norm denetimi* de denilmektedir.<sup>38</sup> *İtiraz yoluyla denetim*, yasanın genel bir yargı organı tarafından somut/tikel bir duruma uygulanması esnasında anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi anlamındadır. İtiraz yolu, belli bir dava görülürken ilgili yasanın anayasaya aykırılığı iddiası anlamında olduğu için *somut norm denetimi* biçiminde de nitelenmektedir. Yasanın anayasaya aykırı olup olmadığını yargı organı ya tarafların talebi ya da kendiliğinden (re'sen) inceler. Anayasaya uygunluk denetimi hususunda Amerikan modelinde olduğu gibi her bir yargı organı yetkili kılınabilir. Şayet genel yargı organı normların denetimi hususunda yetkili ise, davanın esasına geçmeden önce, anayasaya aykırılık sorununu bir *ön sorun* (mesele-i mütekaddime) olarak ele alır ve çözer. Anayasa mahkemesi modelinde ise, somut olayla ilgili davaya bakan yargı organı, ilgili yasanın anayasaya aykırılığı iddiasıyla yetkili organa ya da anayasa mahkemesine başvurur. Bu, görülen dava bakımından bir *bekletici sorun* (mesele-i müstehire) niteliğindedir.<sup>39</sup> *Bireysel başvuru* ise, bireylere anayasa ile korunan temel haklarını ihlal ettiğini düşündükleri bir yasa ya da her türlü kamusal işleme yönelik olarak Anayasa mahkemesini harekete geçirebilme hakkı veren bir denetim yoludur. Dava, ancak temel bir hakkının ihlal edildiğini düşünen kişi tarafından açılabilir. Bireysel başvuru, Avrupa modelini kabul eden ülkelerin birçoğunda değişik derece-

<sup>35</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, 124.

<sup>36</sup> Kaboğlu, 10.

<sup>37</sup> Aliefendioğlu, 46-47.

<sup>38</sup> Kaboğlu, 50-51; Aliefendioğlu, 57.

<sup>39</sup> Teziç, 196-202; Kaboğlu, 57; Aliefendioğlu, 58.



lerde olmakla birlikte, bir denetim biçimi olarak tanınmaktadır.<sup>40</sup> İtiraz ve bireysel başvuru, birer *sonradan (a posteriori) denetim* niteliğindedir. Bununla birlikte, bireysel başvuru için bir çekişmenin ortaya çıkması ya da bir yasanın uygulanıyor olması koşulu aranmamaktadır.<sup>41</sup>

Hukuk normlarının anayasaya uygunluk denetimini yapan yargı organı, anayasaya aykırı normun bir başka organ tarafından bir daha uygulanmayacak biçimde iptaline karar verebilme hususunda özel olarak yetkilendirilebileceği gibi, şâyet denetime yetkili organ genel bir mahkeme ise, verilen kararın yalnızca görülmekte olan somut olay hakkında geçerli olduğu da benimsenebilir. İlkinde -ki bu anayasa mahkemesi modeline uygun düşmektedir- tüm organlar, normun iptali kararı ile bağlı olacakları halde, ikincisinde hukuk normu dava konusu somut olay dışındaki durumlara -kesin hükmün nisbiliği gereği- uygulanmaya devam edecektir.<sup>42</sup> Elbette burada, genel yargı organlarının belli bir dava özelinde gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetiminin kazaî emsal ilkesinin benimsenmesi suretiyle ya da Amerikan modelinde olduğu gibi kanun yollarına bağlı olarak Yüksek Mahkeme'nin anayasaya aykırılık kararı alması suretiyle<sup>43</sup> tüm yargı organları bakımından bağlayıcı kılınmasının da bir diğer seçenek olarak düzenlenebileceğini belirtmemiz gerekir.

## b. İslâm Hukukunda:

İslâm hukukunun genel teorisinde yargılama da yasama gibi aynı ictihad ilkesine tâbidir. Söz konusu ilke, müctehid hâkimin önüne gelen dava hususunda yalnızca kendi ictihadına göre karar vermesini öngörmektedir. İctihad, şer'î hükme ilişkin bir tespiti temsil etmektedir. Müctehid bir hâkim önüne gelen somut olayda kendi kanaatine göre Allah'ın hükmü, yani şer'î hakikat her ne ise, onunla hükmetmek zorundadır. Onun kendi ictihadından ayrılıp başka bir görüşü benimsemesi, kanaatine göre şer'î hakikati temsil eden hükmü terk etmesi anlamına gelir ki, bu câiz görülmemiştir.<sup>44</sup> Zira, şer'î hükmün tespiti bakımından devlet başkanı da dahil bir başkasına ait olan görüş, hâkimin kendi ictihadından üstün değildir. Devlet başkanına tanınan yasama yetkisi, belli bir konuda oluşturulacak normun şer'iliği hususunda bir kaynak niteliği taşımamaktadır. Aksine yasama yetkisine dayalı faaliyet, oluşturulan ya da konulan hükme yalnızca pozitif düzey kazandıran bir işlem olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla hukuk normunun şer'iliğini tespit bakımından devlet başkanı ve diğer müctehidler arasında hiçbir hiyerarşik derece farkı bulunmamaktadır.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> Kaboğlu, 62; Aliefendioğlu, 58.

<sup>41</sup> Kaboğlu, 62.

<sup>42</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, 157.

<sup>43</sup> ABD'de Fedaral Yüksek Mahkeme'nin yetkisi, fedaral hukuk alanıyla sınırlıdır. Fedaral hukuk dışındaki alanlarda, federe devlet mahkemeleri kendi anayasalarına aykırılık hallerini kesin karara bağlama yetkisine sahiptirler. Ayrıca burada Yüksek Mahkeme'nin bir normun anayasaya aykırılığına karar vermesinin onun iptali anlamına gelmeyip, aykırılık kararının tüm yargı organlarını bağlaması nedeniyle normun uygulanamaması anlamında olduğunu da belirtmemiz gerekir. Bkz. Teziç, 199.

<sup>44</sup> es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, I-XXX+1, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1409/1989, XVI, 68, 83, 84; es-Semerikandî, Ebû Bekr Alâuddîn Muhammed b. Ahmed, *Tuhfetu'l-Fukahâ*, I-III, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut ty., III, 370; el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi' ft Terfîbi's-Şerâi'*, I-X, Tahkîk: Alf M. Muavvid ve Âdil A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, IX, 104, 107; el-Karâfî, 92; İbn Ferhûn, I, 20; İbn Hacer, Ebu'l-Abbâs Şihâbuddîn Ahmed el-Heytemî, *Tuhfetu'l-Muhtâc bi Şerhi'l-Minhâc*, I-XIII (eş-Şirvânî ve İbn Kâsım el-Abbâdî'nin hâşiyeleri ile), Tashih ve Zabıt: M. A. el-Hâlidî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1416/1996, XIII, 30.

<sup>45</sup> Çünkü "Hâkimin hükmü nass ya da başka türde bir zannî delile muhâlif olsa bile, bir başka zannla (zannî

Nitekim klasik İslâm hukuk doktrininde, belirttiğimiz ilke nedeniyle, devlet başkanının, müctehid olan hâkimlere, yasama yetkisine dayalı olarak oluşturduğu hukuk normlarına göre hükmetmelerini emredemeyeceği konusunda herhangi bir görüş ayrılığının bulunmadığı ifade edilmektedir.<sup>46</sup> Buna göre, hâkimin, görevlendirilebilmesi için devlet başkanı ile aynı mezhebi paylaşımları gerekmediği gibi, yani sözgelimi devlet başkanı hanefî iken hâkim şâfiî olabilir, devlet başkanının müctehid hâkime belli bir mezhebe göre hükmetmesini bir görevlendirme şartı olarak ileri süremeyeceği de kabul edilmiştir.<sup>47</sup> Şu kadar ki, İslâm hukukçularının çoğunluğu devlet başkanının, yargılama yetkisinin alanına dahil tüm konularda belli bir mezhebe göre hükmetmeyi emretmesi ile söz konusu mezhebe göre hükmetmeyi görevlendirme işleminin açık bir şartı olarak zikretmesinin arasını, görevlendirme işleminin geçerliliği bakımından ayırmışlardır. Tüm yargısal konularda belli bir mezhebe göre hükmetmenin bir görevlendirme şartı olarak ileri sürülmeyip, yalnızca emredilmesi halinde, söz konusu emrin hukuken geçersiz (bâtıl), görevlendirme işleminin ise geçerli (sahîh) olduğu konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Çünkü böyle bir emir, hâkimi kendi ictihadının gereğini yapmaktan men etmektedir. Halbuki müctehid hâkimin kendi ictihadına tâbi olması *vâcibdir*.<sup>48</sup> Belli bir mezhebe göre hükmetmenin bir görevlendirme şartı olarak konulması halinde işlemin hukuken geçerli olup olmadığı hususunda ise, İslâm hukukçuları farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. İslâm hukukçularının çoğunluğu bu şekildeki görevlendirme işlemini, fâsid bir şarta bağlı olarak kurulması nedeniyle, geçersiz saymışlardır. Diğer hukukçular ise, tıpkı belli bir mezhebe göre hükmetmenin emredilmesi meselesinde olduğu gibi, şartın geçersiz, işlemin ise geçerli olduğu görüşünü kabul etmişlerdir.<sup>49</sup> Bu görüş ayrılığı, kuşkusuz ekoller arasındaki hukukî işlemlerin hükümsüzlüğüne dair teori farklılığından kaynaklanmaktadır.

Hâkime yönelik sınırlama yalnızca belli bir meselenin hükmü ile ilgili ise, ya bir emir ya da yasaklama (nehy) biçiminde öngörülebilir. Şayet 'kafir karşılığında müslümana, köle karşılığında da hür kimseye kısas uygula' gibi doğrudan bir emir niteliğinde olur ve şart lafzını içermezse, görevlendirme işlemi geçerli; emrin içerdiği sınırlama ise geçersizdir. Şu kadar ki, sınırlama doğrudan bir şart olarak ifade edilirse, şartın fâsid oluşundan ötürü, görevlendirme işlemi de geçerlilik kazanamaz. Görevlendirme işlemi yasaklayıcı türde bir sınırlama içeriyorsa, hâkimin ya mesela 'kafirin müslümanı, kölenin hür kimseyi öldürmesine ilişkin davaya bakmaması' ya da 'davaya bakması fakat kısas hükmü vermemesi' şeklinde kurulmuş olabilir. İlki, hâkimin neye göre hükmedeceği meselesi ile ilgili değildir. Yalnızca görev alanına ilişkin bir sınırlama niteliği taşımaktadır ki, bu tür bir sınırlama devlet başkanının yetkisi dahilindedir.<sup>50</sup> İkincisinde ise, hâkimin ne

→

delile dayalı hükümler) bozulmaz. Çünkü her ikisi de aynı düzeydedir." Bkz. el-Âmidî, *el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm*, IV, 429.

<sup>46</sup> İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullâh b. Ahmed, *el-Muğnî*, I-XII+2 (*eş-Şerhu'l-Kebîr* ile), Dâru'l-Fikr, Beyrut 1417/1997, XI, 483; İbn Ebi'd-Dem, el-Kâdî Şihâbuddîn Ebû İshâk İbrâhîm b. Abdillâh el-Hemedânî el-Hamevî, *Kitâbu Edebi'l-Kadâ*, I-II, Tahkîk ve Dirâse: M. Hilâl es-Serahân, Matbaatu'l-İrşâd, Bağdat 1404/1984, I, 304; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, XI, 384.

<sup>47</sup> el-Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, 91; Ebû Ya'lâ, 63; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 483.

<sup>48</sup> el-Mâverdî, *Edebu'l-Kâdî*, I-II, Tahkîk: M. Hilâl es-Serahân, Matbaatu'l-İrşâd, Bağdat 1391/1971 (I. Cilt), Matbaatu'l-Ânî, Bağdat 1392/1972 (II. Cilt), I, 187; Ebû Ya'lâ, 63; İbn Ebi'd-Dem, I, 305; İbn Ferhûn, I, 20.

<sup>49</sup> el-Mâverdî, *Edebu'l-Kâdî*, I, 187-188; *el-Hâvi'l-Kebîr*, I+I-XVIII+I, Tahkîk ve Ta'lîk: Alî M. Muavvid ve Âdil A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1414/1994, XVI, 25; Ebû Ya'lâ, 63; İbn Ebi'd-Dem, I, 306.

<sup>50</sup> el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XVI, 20-21; es-Semnânî, Ebu'l-Kâsim Alî b. Muhammed b. Ahmed er-Rahbî, *Ravdatu'l-Kudât ve Tarîku'n-Necat*, I-IV, Tahkîk: Salâhuddîn en-Nâhî, Dâru'l-Furkân ve Muessesetu'l-Risâle, Amman/Beyrut 1404/1984, I, 72-73; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 482.

kısasa ne de aksine hükmetmeyeceği –ki bu yaklaşıma göre sınırlama getirilen mesele dışındaki konularda görevlendirme geçerli olup, hâkim kendi ichtihadına göre karar verir – ya da yasaklamanın ilgili konuda zıddına yönelik bir emir anlamı kazanacağı ve yetkinin (velâyet) *genel olarak sâbit* olacağı biçiminde görüşler ileri sürülmüştür. Hukukçuların çoğunluğuna göre, görevlendirme işleminin belli bir meseleye ilişkin sınırlamalarda da şarta bağlanmak suretiyle yapılması halinde, işlem geçersiz hale gelmektedir. Diğer hukukçular ise, şartın geçersiz, işlemin geçerli olduğu görüşündedirler.<sup>51</sup>

Bütün bunlar, müctehid olmaları durumunda hâkimlere onları yetkilendiren organ olarak devlet başkanının ichtihada açık alanda kendi görüşüne ya da bir başkasının görüşüne göre karar vermelerini emredemeyeceğini göstermektedir. Devlet başkanının yasama yetkisinin bağlayıcılığı, hâkimlerin müctehid olmamaları halinde geçerlidir.<sup>52</sup> Şu halde müctehid hâkimlere tanınan hukuk normu oluşturma düzeyindeki yetki, devlet başkanının yasama yetkisine yönelik bir sınırlama niteliği taşımaktadır ki, bu aynı zamanda yargı konusu meselede daha önce yasama yoluyla oluşturulmuş olan hukuk normlarına ilişkin bir denetleme işlevi görmektedir. Şöyle ki, Kur’ân-ı Kerîm’de insanlar arasında meydana gelen ihtilaflar yargılama konusu olduğunda onların adalete uygun biçimde çözümleri emredilmiştir.<sup>53</sup> Adâlet, şer’îlikleri ya doğrudan ya da dolaylı biçimde Kitâb ve Sünnet’e dayandırılmak suretiyle belirlenmiş hükümler<sup>54</sup> vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Şer’îlik, ilahî iradenin keşfi olduğuna göre, ulaşılan hükmün bağlayıcılık derecesi de onun ilahî iradeye aidiyet kesinliği ölçüsünde olacaktır. İctihada açık alanda bir müctehid hâkim için şer’î hakikati, kendi ulaştığı hüküm temsil etmektedir. Bu, bir hâkimin, yasama yoluyla konulmuş dahi olsa, kendi ichtihadına göre şer’î hakikati temsil etmeyen bir norma istinaden hükmedemeyeceğine ilişkin prensibi açıklamaktadır. Esasen İslâm hukukçuları da “İnsanlar arasında hak ile hükmet (fahkum beyne’n-nâs bi’l-hakk)”<sup>55</sup> âyeti ile, hâkime kendi ichtihadı dışında başka bir görüşe göre karar vermesinin emredilemeyeceğini öngören ilke arasında irtibat kurmuşlardır.<sup>56</sup>

Görüleceği üzere müctehid hâkimi bağlayan yalnızca iki temel sınırlama bulunmaktadır. Onlar da hâkimin hukuk düzeni içinde icmâ yoluyla kesinleşmiş normlara aykırı düşmemesi ve usulüne uygun olarak gerçekleştirdiği ichtihadına tâbi olmasıdır. Böylece yasamanın yargı yoluyla denetlenmesi ilkesine ulaşılmış olmaktadır.

İslâm hukukunun klasik teorisinde yasama karşısında müctehid hâkime tanınan bahse konu yetki, yasama yoluyla oluşturulmuş hukuk normlarının iptali anlamında değildir. Tıpkı günümüz Amerikan modeline benzer biçimde, yasama yoluyla oluşturulan normun geçersizliğine ilişkin karar, yalnızca görülen dava ile ilgilidir; yani nisbî niteliktedir. Alınan karar hukuk normunun pozitif karakterine bir zarar vermeyeceği gibi, diğer hâkimleri ve hatta bir başka somut olayla ilgili olarak hâkimin kendisini de bağlamaz. Nitekim İslâm hukukunda hâkimlerin ichtihadlarının değişebileceğine<sup>57</sup> ve kazaî emsalin bağlayıcı olmadığına<sup>58</sup> ilişkin ilkeler de bu tespitimizi desteklemektedir.

<sup>51</sup> el-Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, XVI, 25-26; İbn Ebî'd-Dem, I, 306; İbn Ferhûn, I, 20.

<sup>52</sup> Müctehid olmayan hâkimiye devlet başkanının belli bir mezhebe göre karar vermelerini emredebileceği hususunda bkz. İbn Ferhûn, I, 21, 52-53.

<sup>53</sup> Nisâ 4/58.

<sup>54</sup> eş-Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I-II, Derleyen: Ebû Bekr Ahmed b. el-Huseyn b. Alî b. Abdillâh b. Mûsâ el-Beyhakî, Ta'rif ve Takdîm: Zâhid el-Kevserî, Ta'lik: A. Abdülhâlık, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1400/1980, II, 121.

<sup>55</sup> Sâd 38/26.

<sup>56</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 483; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, XI, 384.

<sup>57</sup> Bkz. eş-Şâfiî, *Mevsûatu'l-İmâmi's-Şâfiî el-Kitâbu'l-Umm*, I-XV, Tevsîk ve Tahric: A. Bedruddîn Hassûn,

Yasamanın yargı organlarınca denetlenebilmesine imkan veren teori, hâkimlerin mutlak icthad yetkilerinin tanındığı ve teknik anlamda kanunlaştırmanın (tedvîn/codification) olmadığı ilk dönemlerde, pozitif düzeyde İslâm hukuk düzeninin icmâa konu olmuş hükümlerle birlikte yargı kararları ile temsil olunduğunu söylememize de imkan vermektedir.<sup>59</sup> Ayrıca burada mutlak icthad ehliyetine sahip kimselerin kalmadığı yolundaki kabul<sup>60</sup> ile müctehid olmayan hâkimlerin yasama yoluyla oluşturulmuş normlara göre hükmetmelerinin emredilebileceği ilkesi arasında da tarihî açıdan bir uyumun varlığına dikkat çekmek isteriz. Mezheb doktrinlerinin teşekkülü, yasama organı olarak devlet başkanlarına, hâkimlere belli bir mezhebe göre hükmetmelerini emretme imkanı tanımıştır ki,<sup>61</sup> bu bir tür kanunlaştırma/tedvîn niteliğindedir. Esasen klasik doktrin söz konusu tarihî gelişmeyi, müctehid olmayan (mukallid) hâkimin kendi mezhebinin üstün tutulan görüşüne aykırı karar vermesini hükme ilişkin bir bozma sebebi saymak suretiyle<sup>62</sup> hukukîleştirmiştir.

Son olarak belirtmeliyiz ki, hukuk düşüncesinin evrensel ölçekte gelişim süreci dikkate alındığında, klasik İslâm hukuk teorisinde tanınan yasamanın yargı yoluyla denetlenmesi ilkesi, günümüzde dahi bir çok toplum bakımından temel bir sorun olmaya devam eden siyasi iktidarın sınırlanması hususunda oldukça erken bir dönemde ulaşılan önemli bir hukukî aşamayı temsil etmektedir. Yazık ki, İslâm hukukunun evrensel hukuk düşüncesine katkısı niteliğindeki diğer bir kısım ilkeler gibi, yasamanın yargı yoluyla denetlenmesi ilkesi de, tarihî sürecin belli bir safhasından sonra uygulamada kurumsal olarak devam ettirilememiştir.

→

Daru Kuteybe, by. 1416/1996, XIII, 28; es-Serahşi, XVI, 84-85; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XI, 407.

<sup>58</sup> İslâm hukukunda kazaî emsal kavramının tanınmadığı hususunda bkz. Schacht, Joseph. *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press (Reprinted), Oxford 1971, 26.

<sup>59</sup> Bkz. Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, 141-142, 211-213, 218.

<sup>60</sup> Mesela bkz. el-Âmidî, *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, IV, 429.

<sup>61</sup> Tarihî süreçte uygulamanın genel olarak belirtilen doğrultuda olduğu hususunda bkz. Mahmasânî, Subhî, *Felsefetü't-Teşri' fi'l-İslâm*, Dâru'l-İlm, Beyrut 1980, 257; Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi I (Kamu Hukuku)*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yy., Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya 1989, 159-160.

<sup>62</sup> İbnu's-Şihne, Ebu'l-Velîd İbrâhîm b. Muhammed b. Muhammed el-Halebî, *Lisânu'l-Hukkâm fî Ma'rifeti'l-Ahkâm*, (et-Tarâblusî'nin *Muînu'l-Hukkâm*'ı ile), el-Matbaati'l-Meymene, Mısır 1310, 7; İbn Nuceym, Zeynuddîn (Zeynulâbidîn) b. İbrâhîm b. Muhammed, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, I-VII {İbn Âbidîn'in hâşiyesi (I-VII) ve et-Tûrî'nin tekmiyesi (VIII-IX) ile}, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, VI, 428; İbn Hacer, XIII, 31; el-Huraşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Alf, *Şerhu Muhtasari Sidi Halil*, I-VIII (Alî el-Adevî'nin hâşiyesi ile), Dâru Sâdir, Beyrut ty. (Bulak 1318 baskısından), VII, 140.

Müctehid olmayan hâkimin tâbi olduğu imamın mezhebine göre hüküm vermesinin lüzumu hakkında ayrıca bkz. İbn Ferhûn, I, 52-53.