



e-ISSN: 2148-4899

Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
Pamukkale University Journal of Divinity Faculty

Bahar/Spring, 2024, 11 (1), 140-156

FETVALAR VE TÜRK HUKUKUNDAKİ EMSAL KARARLARIN İŞLEV BENZERLİKLERİ
VE TEMEL FARKLILIKLARI
Functional Similarities and Fundamental Differences Between Fatwas and
Precedent Decisions in Turkish Law

Fezanur GÖKÇEN

Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam Hukuku,
fyznrgkn@gmail.com, ORCID: 0000 0002 6644 6457.

Makale Bilgisi / Article Information

Makale Türü / Article Types:	Araştırma Makalesi/Research Article
Geliş Tarihi / Received:	10.10.2023
Kabul Tarihi / Accepted:	14.03.2024
Yayın Tarihi / Published:	30.06.2024
Cilt / Volume:	11
Sayı / Issue:	1
Sayfa/ Pages:	140-156

Atıf / Cite as: Gökçen, Fezanur. "Fetvalar ve Türk Hukukundaki Emsal Kararların İşlev Benzerlikleri ve Temel Farklılıkları" (Functional Similarities and Fundamental Differences Between Fatwas and Precedent Decisions in Turkish Law). *Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi-Pamukkale University Journal of Divinity Faculty* 11/1 (2024), 140-156. Doi: 10.17859/pauifd.1373748.

İntihal / Plagiarism: Bu makale, Ithenticate intihal tarama programı ile taranmıştır. Ayrıca iki hakem tarafından da incelenmiştir. / This article has been scanned with Ithenticate plagiarism screening program. Also this article has been reviewed by two referees.

Çıkar Çatışması / Conflict of Interest: Yazar çıkar çatışması olmadığını beyan etmiştir. The Author declared that there is no conflict of interest

Finansal Destek / Grant Support: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir. / The authors declared that this study has received no financial support.



2148-4899

Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (PAUİFD), 11 (1) 2024: 140-156

FETVALAR VE TÜRK HUKUKUNDAKİ EMSAL KARARLARIN İŞLEV BENZERLİKLERİ VE TEMEL FARKLILIKLARI*

Fezanur GÖKÇEN**

Öz

Bu makale günümüz hukukunda yer alan emsal kararlar ile Osmanlı hukukunda fetvaların hem mahkemede tarafların lehine ve aleyhine delil olabilmesi bakımından hem de mahkemeyi gören hâkimin hüküm verirken dikkate alması bakımından aynı işlev ile kullanıldığını iddia etmektedir. Bu iddianın temelinde ise Ali Himmet Berki'nin "İslam'da Kaza" eserinde ortaya koyduğu fetvalar ve emsal kararların aynı amaçla derlendiği iddiası yer almaktadır. Bu iddiadan hareketle fetvalar ve emsal kararların sadece aynı amaçla derlendiği değil aynı zamanda mahkemelerde aynı işlevde de kullanıldığı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu nedenle sicillerde mahkeme kararlarına örneklik teşkil eden fetvalar mer'i hukuktaki emsal kararlar ile mukayese edilip mahkemenin hükme bağlanmasındaki etkisi ortaya konulacaktır. Bu amaçla 18.yy İstanbul ve Diyarbakır Sicilleri kaynak olarak kullanılacaktır. Bu sicillerde yer alan davalarda tarafların hangi fetvaları mahkemeye sundukları ve mahkemenin bu fetvaları dikkate alıp almadığı üzerinde durulacaktır. Aynı zamanda mer'i hukuktaki emsal kararlar da bu bakımdan incelenecektir. Bu işlev benzerliğinin yanı sıra bu iki hukukî olguyu temelden ayıran farklılıklar da bulunmaktadır. Bu metinde işlev benzerlikleri örneklerle zikredildikten sonra aralarındaki farklar da maddeler halinde listelenecektir. Böylece fetva ve emsal karar arasındaki işlev uyumu örnekler üzerinden ortaya konulacak ve aralarında var olan farklılıklar da gün yüzüne çıkmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türk Hukuku, İslam Hukuku, Emsal Karar, Fetva.

Functional Similarities and Fundamental Differences Between Fatwas and Precedent Decisions in Turkish Law

Abstract

This article argues that in Ottoman law, fatwas were used with the same function as the precedent decisions in today's law, both in terms of being evidence for and against the parties in court, and in terms of being taken into consideration by the judge and the qāḍī when making a judgment. This thesis is based on Ali Himmet Berki's claim that the fatwas and precedent decisions in his work "Kaza in Islam" were compiled for the same purpose. Based on this claim, it will be tried to reveal that fatwas and precedent decisions were not only compiled for the same purpose but also used for the same function in the courts. For this reason, the fatwas that serve as examples for court decisions in the Ottoman registers will be compared with the precedent decisions in the current law and their effect on the court's judgment will be revealed. For this purpose, 18th century Istanbul and Diyarbakır Registers will be used as a source. It will be emphasized which fatwas were submitted to the court by the parties in the cases in these registers and whether the court took these fatwas into consideration. At the same time, precedent decisions in current law will also be analyzed in this respect. In addition to this similarity of function, there are also differences that fundamentally distinguish these two legal phenomena. In this text, the similarities in function will be mentioned with examples, and then the differences between them will be listed in bullet points.

* Yazar makalede etik kurul izni gerektirecek bir durum bulunmadığını beyan etmiştir.

** Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İslam Hukuku, fyznrgkcn@gmail.com, ORCID: 0000 0002 6644 6457.

Thus, the functional harmony between fatwa and precedent will be revealed through examples, and the differences between them will be brought to light.

Keywords: Fatwa, Precedent Decisions, Islamic law, Turkish law

Structured Abstract

The subject of this article emerged during our thesis studies when we realized that fatwas and precedent decisions in Turkish law are quite similar in function. Therefore, the aim of this article is to determine the extent of the similarity between fatwas and precedent decisions and where these two concepts differ from each other.

There is a phenomenon called a precedent decision in the applicable law. A precedent decision is the freedom to be applied as an example in similar legal disputes. The decisions of the Court of Cassation and the Council of State have a very high precedent setting feature. In order to obtain a favorable decision in a pending case, the parties have the opportunity to submit to the court previous precedent decisions in similar cases. The judge of the court can also make a ruling based on the precedent decision. Fatwas also had such a function in Ottoman law. Before applying to the Ottoman courts or during a lawsuit, the parties had the opportunity to submit a fatwa to the qadi based on a previous fatwa on the relevant issue or by requesting a fatwa from the mufti specifically for the case. Likewise, the qāḍī could consult the mufti and request a fatwa for the case.

This article argues that the precedent decisions in today's law and the fatwas in Ottoman law were used with the same function both in terms of being evidence for and against the parties in court, and in terms of being taken into consideration by the judge and the qāḍī when ruling on the case. This claim is based on Ali Himmet Berki's claim in his work "Kaza in Islam" that fatwas and precedent decisions were compiled for the same purpose. Based on this claim, it will be tried to demonstrate that fatwas and precedent decisions were not only compiled for the same purpose, but also used for the same function in the courts. For this reason, the fatwas in the Ottoman archives, which serve as examples for court decisions, will be compared with the precedent decisions in the current law and their effect on the court's judgment will be revealed.

For this purpose, 18th century Istanbul and Diyarbakır Registers will be used as a source. It will be emphasized which fatwas were submitted to the court by the parties in the cases in these registers and whether the court took these fatwas into consideration. At the same time, precedent decisions in the current law will also be analyzed in this respect. In addition to this similarity of function, there are also differences that fundamentally differentiate these two legal phenomena, and the differences between them will be listed in bullet points after the similarities of function are mentioned with examples.

Thus, the functional similarity between fatwa and precedent decision will be proved with the records in Ottoman registers and contemporary courts. In addition to this functional similarity, the differences between them will also be identified and listed. Accordingly, there is a similarity between precedent and fatwas in terms of their use in courts. Both are used as evidence both by the judge presiding over the court and by the defendants. In this respect, although they are two different legal systems, the similarity of the function of fatwas and precedent decisions reveals that legal systems produce similar solutions to similar needs. However, there are also many differences between fatwas and precedent decisions

GİRİŞ

Bu makalenin konusu, tez çalışmalarımız sırasında fetvalar ile Türk hukukunda yer alan emsal kararların işlev olarak birbirine oldukça benzediğini fark etmemiz üzerine ortaya çıkmıştır. Mer'î hukukta emsal karar denilen bir olgu vardır. Emsal karar, benzer hukukî uyumsuzluklarda örnek olarak uygulanabilme serbestisidir. Hâkim gerekli gördüğü takdirde bir davaya hüküm verirken emsal kararları esas alabilir. Yargıtay ve Danıştay kararlarının emsal karar olma özelliği oldukça yüksektir. Taraflar henüz görülmekte olan bir davada mahkemeden lehlerine karar çıkabilmesi için benzer davalarda daha önce verilmiş kararları örnek olarak mahkemeye sunabilme olanağına sahiptir. Mahkemenin hâkimi de emsal karara dayanarak hüküm verebilmektedir. Fetvaların da Osmanlı hukukunda böyle bir işlevi vardır. Osmanlı mahkemelerine başvurmadan önce veya dava sırasında taraflar ilgili konuda daha önce verilmiş bir fetvaya dayanarak veya dava için özel olarak müftüden fetva isteyerek kadıya sunma imkanına sahip idi. Aynı şekilde kadı da kendisine gelen bu dava için müftüye danışıp fetva isteyebilmekteydi. Bu açıdan Türk hukukundaki emsal kararlar ve İslam hukukundaki fetvalar işlev olarak yani mahkemelerde kullanılma şekli bakımından birbirine oldukça benzemektedir.

Osmanlı hukukunda sistematik hale gelen fetva kurumu, İslam'ın ilk dönemlerinden itibaren varlığını sürdürmüştür. Nevâzil, vâkiat gibi fıkıh eserlerinden dönüşerek Osmanlı döneminde direkt soru cevap şekline bürünen fetva kitapları dönemin hukukî anlamda en önemli kaynakları arasındadır. Müstefînin yani soru soran kişinin hemen her konu hakkında müftüye danışma imkanı bulunmaktadır. Müftü bu sorulara olur, olmaz veya caizdir, caiz değildir gibi cevaplar vermektedir. Dönemin hukukî hayatının hatta sosyal hayatının da tanzim edilmesini önemli ölçüde etkileyen fetva kitapları Osmanlı mahkemelerinde görülen davaları da sonuç bakımından etkilemiştir.¹

Türk hukuk sistemi, Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemesine rağmen Anglosakson hukuk sisteminde var olan ve hatta temelini oluşturan mahkeme kararlarını, emsal karar adı altında uygulanabilir bir hale sokup işlevsellik kazandırmıştır. Emsal kararlar daha önce üst derece mahkemeleri tarafından verilmiş kararlara verilen isimdir. Anayasa mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay'ın verdiği kararların geneli emsal karar hükmündedir.² Bir davada yargıç veya taraflardan birisi daha önce verilmiş olan üst derece mahkeme kararlarını örnek olarak sunup, kullanılmasını talep edebilir.

Tam da bu noktada fetva ve emsal karar arasında var olan bu benzerlik üzerine bazı yorumlar yapma gereği hasıl olduğundan bu metin ortaya çıkmıştır. Zira hem fetvalar hem de emsal kararlar dönemlerinde hem hâkim/kadı tarafından kaynak

¹ Mehmet Koç, "Yürürlük (Mahkeme Kararları) Örneklerinden Hareketle Osmanlı Ceza Hukukundaki Fetva- Kazâ İlişisine Bakış", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 30 (2017), 120.

² Kadim Hukuk, "Emsal Karar Nedir?" (Erişim: 20 Şubat 2023).

olarak kullanılmış hem de davalı veya davacı tarafından delil olarak mahkemeye sunulmuştur. Bu iki hukukî olgu arasında elbette farklılıklar vardır. Bu farklılığın en önemlisi ve belki de meseleyi kökünden ayıran husus fetvaların din kaynaklı bir hukuk sisteminden neş'et etmesi, Türk hukukunun ise Kara Avrupası hukuk sistemi içerisinde İsviçre hukukundan uyarlanmış olmasıdır. Ancak bu temel farklılığa rağmen iki hukukî olgu arasında bu denli işlev benzerliğinin olması üzerine konuşulmayı hak etmektedir. Literatür taraması yapıldığında bu konu üzerine daha önce yazılmış bir metine rastlayamadık. Ancak Ali Himmet Berki "*İslam'da Kaza*" isimli eserinde fetvaların ve yüksek yargı kararlarının (bu kararlar emsal karar olarak alt dereceli mahkemelerde dikkate alınmaktadır) aynı amaçla toplandığını ve yazıldığını ifade etmektedir:

*"(Fetvaları) derlemeden maksat benzeri hadiselerde halka, müftü ve hâkimlere rehberlik etmekten ve Devletce mamulünbih olan meseleler hakkında bilgi ve kolaylık temininden ibarettir. Bugün temyiz mahkemesi ve devlet şurası kararları ne maksadla derlenip toplanıyorsa ve tevhidi içtihad müessesesi hangi düşünce ile kabul olunmuşsa fetva kitapları da bu maksatla yazılmıştır."*³

Berki, 1882 tarihinde Osmanlı döneminde doğmuş ve 1976 Cumhuriyet döneminde vefat etmiştir. Her iki dönemde de hukuk ile meşgul olmuştur.⁴ İki farklı hukuk sistemini çok iyi bilmesi ve fetvalar üzerine ilk çalışmaları yapması Berki'yi hukuk tarihi araştırmaları için önemli bir şahsiyet olarak ön plana çıkarmaktadır. İki hukuk sistemini görüp fetvalar ve temyiz mahkemesi kararlarının aynı amaçla yazıldığını söylemesi çalışmamızın çıkış noktası açısından önemli bir kaynaktır. Biz Berki'nin iddiasını bir ileriye götürerek sadece yazılma amaçlarının aynı olduğunu değil mahkemelerde de aynı amaçla kullanıldığını ispat etmeye çalışacağız. Bunu da sicillerden ve mer'i hukuk uygulamalarından örneklerle yapmaya çalışacağız.

1. Osmanlı Hukukunda Fetva

Hanefi mezhebi özelinde İslam hukuku uygulaması örnekliğini teşkil eden Osmanlı hukuku bir kanun hukuku değil alimlerin içtihadlarıyla ortaya çıkan bir içtihad hukuku olduğundan dolayı bu hukuk sisteminde her şer'î meselede, otorite olan hukuk alimlerinin görüşü oldukça önemli bir pozisyonadadır.⁵ Fakihlerin dini hukukî meselelerdeki bu görüşleri hem fûru fıkıh kitaplarıyla hem de müftülerin soru cevap şeklinde kaleme aldıkları fetva kitaplarıyla günümüze aktarılmıştır. Osmanlı hukukunda fetva hem sözlü hem de yazılı bir şekilde kullanılmıştır. Zaman zaman müftüden sözlü fetvalar alınıp mahkemelere intikal ettirilse de büyük fetva koleksiyonları da aynı zamanlarda kaleme alınmış çok önemli hukukî kaynaklardır.

³ Ali Himmet Berki, *İslam'da Kaza-Hüküm ve Hâkimlik Tarihi*, İfta müessesesi-(Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1962), 85.

⁴ Şakir Berki, "Ali Himmet Berki", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul, TDV Yayınları,1992), 5/509

⁵ Mehmet Akif Aydın, *Osmanlı Hukuku*(İstanbul: İsam Yayınları, 2020), 265.

Fetva bir fıkıh terimi olarak “fakih bir kişinin sorulan fıkhi bir meseleye yazılı veya sözlü olarak verdiği cevap, ortaya koyduğu hüküm”⁶ demektir. Fetva ve içtihad faaliyeti arasında sıkı bir ilişki olduğundan müftünün müctehid olması gerektiği de kaynaklarda zikredilmiştir.⁷ Her müftü müctehiddir ancak her müctehid müftü değildir. Çünkü fıkıhla iştigal eden her âlim fetva verme işine girişmemiştir. Fetvâ, müsteftî tarafından gelen soru üzerine müftünün olumlu veya olumsuz cevap vermesi şeklinde cereyan eder. Osmanlı döneminde fetva makamı kurumsallaştırılarak Molla Fenarî'nin 1425'de Bursa müftüsü olarak atanması ile şeyhülislamlık ve müftülük kurumu resmen işlerlik kazanmıştır.⁸ Her yüzyılda şeyhülislam olsa da olmasa da fıkıh alimleri gelen sorular neticesinde fetva kitapları yazmışlardır. İslam hukukunda ibâdât, muâmelat ve ukubât alanına dahil olan her konuda fetva bulmak mümkündür. Özel hukuk ile alakalı konulara dair fetvalar genellikle şahısların isteği üzerine, kamu hukukunu ilgilendiren fetvalar ise idarecilerin talebi üzerine ortaya çıkmıştır.⁹

Fetvaların konumuz açısından önemli bir özelliği de Osmanlı'da hukukun işleyişi noktasında müftülük denilen kurumsal yapı altında mahkemelere etki eden bir tarafının olmasıdır. Zira kadılar kendilerine bir dava geldiğinde zaman zaman müftüden hukukî görüş talep edebilmekteydi.¹⁰ Bunun yanında davalı taraflar da müftülükten fetva alarak veya daha önce var olan bir fetvayla birlikte mahkemeye başvurabilmekteydi.¹¹ Fetvaların bu denli etkin ve hukuku şekillendirdiği bir toplumdan günümüze gelindiğinde her ne kadar hukuk sistemi değişse de hukukun temel mekanizmalarının aynı işlediğine şahitlik etmekteyiz.

2. Türk hukukunda emsal karar

Hukuk sistemi anayasa, yasa ve kanunlar aracılığıyla uygulanmaktadır. Anayasa ve yasalar birçok konuda hüküm vermiş ve oldukça anlaşılırdır. Bu konularda yargıcın hüküm vermesi kolaydır. Ancak anayasa ve yasaların tüm ihtiyacı kapsayacak şekilde yazılı metin üretmesi mümkün değildir. Bu bakımdan hüküm ve yasa koymadığı bazı alanlar olabilir. Bu sessiz kalınan noktalarda yargıcın başka kaynaklara dayanarak yorum yapması gerekir. Yargıç bu kanun boşluğunun olduğu noktalarda karar verirken çeşitli unsurları göz önünde bulundurur. Bu unsurlardan birisi de emsal kararlardır.¹² Emsal doktrini, hukuk sistemi içerisinde öngörülebilirlik, tutarlılık ve adalet için olmazsa olmaz bir ilkedir. Emsal doktrinlerin

⁶ Fahrettin Atar “Fetva”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul, TDV Yayınları,1995), 12/486-496

⁷ Ahmet Yaman, Fetva Usûlü ve Âdâbı(İstanbul: İfav yayınları, 2018), 18.

⁸ Mehmet İpşirli, “Şeyhülislâm”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul, TDV Yayınları,2010), 39/92

⁹ Fahrettin Atar “Fetva”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul, TDV Yayınları,1995), 12/486-496

¹⁰ Mehmet Akif Aydın, Osmanlı Aile Hukuku(İstanbul: Klasik Yayınları, 2017), 33.

¹¹ Nasi Aslan, “Osmanlı Hukuku'nun Oluşumunda Fetvâ ve Kazâ Münasebeti”, Dini Araştırmalar 2/4 (1999), 90.

¹² İlknur Rabia Türkölmez, “Yargı Sürecinin Doğası- Kitap değerlendirmesi”, Uluslararası Politik Araştırmalar Derneği, 5/1 (Nisan 2019), 52.

bağlayıcılığı ortadan kalktığına verilen kararlar arasında çelişki ihtimali ortaya çıkacaktır.¹³ Bunlar ve benzeri olan birçok sebepten ötürü emsal kararlar hukuk sistemi içerisinde kurtarıcı diyebileceğimiz bir rol üstlenirler.

Emsal karar, daha sonra ortaya çıkan benzer bir dava ve hukuk sorunu için örnek veya otorite olarak kabul edilen mahkeme kararıdır.¹⁴ Daha önce verilmiş bir mahkeme kararı benzer hukukî uyumsuzluklarda uygulanabilir. Hukuk sistemi buna izin verir hatta bazı durumlarda zorunlu kılar. Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararları¹⁵ bu zorunlu uygulamanın devreye sokulduğu yerlerden bir tanesidir. Bu İBK¹⁶ kararları alt mahkemelerde kati bir şekilde geçerlidir.¹⁷

Anayasa mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay gibi yüksek derece mahkemelerin verdiği kararların emsal olma ihtimali oldukça fazladır. Ancak verilmiş her karar emsal değildir.¹⁸ Hâkim bağlayıcı olmayan bu emsal kararları isterse uygulayabilir.

İBK'nın verdiği emsal kararların bu bağlayıcı niteliği ve diğer kararlarında emsal olarak kullanılabilme imkanından dolayı, henüz görülmekte olan bir davada taraflar benzer davalarda kendi lehlerine verilmiş kararları örnek olarak mahkemeye sunabilir ve bu karar doğrultusunda kendi lehlerine hüküm verilmesini talep edebilir.

3. Fetvaların davalarda kullanılmasına örnekler

Bu başlık altında Osmanlı arşivlerinde fetvaların mahkemeye kanıt olarak sunulduğu bazı davalara yer verilecektir. Burada elbette fetva sunulan tüm davaları zikretmek mümkün ve gerekli değildir. Burada konunun anlaşılması bakımından birkaç örnekle yetinilecektir. Bu davalarda fetvaların, Osmanlı hukuk sisteminde sonucu etkileyici özelliği olduğu görülmektedir. Fetvalar hukukî işleyişte bazen davadan önce kadıya sunulmuştur. Hüküm de bu fetvaya göre verilmiştir. Bazen de kadı verdiği hüküm sonucunda fetva da bu yöndedir diyerek kendi hükmünü bir bakıma gerekçelendirmiştir.¹⁹

Bunlardan ilki Diyarbakır sicillerinde bulunan bir boşanma davasıdır. Bu davada koca kavga sırasında karısına boşama ifade eden sözler söylemiş, kadın da bunu mahkemeye taşımıştır. Şahitlerin olması neticesinde dava kadının isteği üzerine

¹³ Hazel Genn, *Common Law Reasoning and Institutions* (London: University of London, 2015), 45.

¹⁴ Black's law dictionary, "precedent", 20 Şubat 2023.

¹⁵ İçtihadı Birleştirme Kurul Kararı (İBKK) diğer tüm mahkeme kararlarından farklıdır. İBKK, tüm kamu kurumlarınca ve davaya bakan hâkimlerce uyulması, gözönüne alınması gereken kararlardandır. Ceza, hukuk ve idare yerel mahkemeleri, Bölge Adliye Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemeleri veya Yargıtay ve Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlar ise tüm kamu kurumlarının veya bir davaya bakan hâkimin uyması zorunlu kararlardan değildir. Sadece dava açanı ilgilendirir.

¹⁶ İçtihadı Birleştirme Kararları

¹⁷ Kadim Hukuk, "Emsal Karar Nedir?" (Erişim: 20 Şubat 2023).

¹⁸ Kadim Hukuk, "Emsal Karar Nedir?" (Erişim: 20 Şubat 2023).

¹⁹ Aslan, "Osmanlı Hukuku'nun Oluşumunda Fetvâ ve Kazâ Münasebeti", 92.

sonuçlanmıştır.²⁰ Burada mahkeme verdiği kararın doğruluğunu pekiştirmek amacıyla çeşitli fetvalara yer vermiştir. Şahitlerin yaptığı şahitlik neticesinde dava kadının lehine sonuçlandıktan sonra kadı bu sonucunu çeşitli fetva kitaplarıyla desteklemiştir. Yani fetva hükmün gerekçesi olarak sunulmuştur. Sicil belgesinde yer alan metinde fetva kitaplarının zikredildiği kısım şu şekildedir:

“Kütüb-i fıkhiyeden Kadıhan'da: “Racülün kâle li-imraeti[hî] enti tâlikun enti tâlikun enti tâlikun intehâ [fe-hiye] mutallaka selâsen” ve bir kıt'a fetvâ-yı şerîfenin mazmûn-ı münîfi: “Zeyd, zevcesi Hind'e hîn-i gazabında seni boşadım, çık git karındâşın evine dese boşadım demekle bir talâk-ı ric'î, çık git karındâşın evine demekle bir talâk-ı bâin ile mutallaka olup bâin-i sarîhe mülhak olmak ile iki talâk ile şer'an mutallaka olur mu?” Cevâb-ı bâ-savâbında: “Olur”. Kütüb-i mu'teberât-ı fıkhiyeden Mültekâ'da: “Ve'l- bâin mülhakun bi's-sarîh intehâ” ve yine bir kıt'a fetvâ-yı şerîfenin mazmûn-ı münîfi: “Yucennu târeten ve yufîku târeten” olan “Zeyd zevcesi Hind'i tatlîk eyledikde cünûnum hâlinde tatlîk eyledim deyip ikâmet-i beyyine eyledikde kangısının beyyinesi evlâ olmada ihtilâf-ı fukahâ olmağla kadı'l-vakt âkilin beyyinesi evlâ olduğuna hükm edicek, hükmü şer'an nâfiz olur mu?” Cevâb-ı bâ-savâbında: “Olur”. Kütüb-i fıkhîye-i mu'tereberâtdan Kitâb-ı Hayriye'de: “Beyyinetü'l-ifâkati evlâ min beyyineti'l-cünûn” deyü mastûr u musarrah [113b] olmağın mücebiyle müvekkile-i mezbûrenin zevci mezbûr Kemaleddin talâk-ı selâse ile tatlîkine ba'de'l-hükm bî-garaz sikât-ı muvahhidinden cemm-i gafir ve cem'-i kesîr meclis-i şer'de mezbûr Kemaleddin'in târîh-i kitâba değin âkil ve illetden berî olduğunu dahi bi'l-muvâcehe haber verdiklerinde mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu.”

Fetvaya göre koca karısına üç defa sarîh lafızlarla seni boşadım dese boşanmış olurlar. Kâdihan'da yer alan fetvaya göre de hüküm aynıdır. Burada hükmü teyit etmek amacıyla fetâvâ Kâdihân²¹, Kitâb-ı Hayriye²², Mültekâ²³ gibi fetva kitapları ayrıca muteber fıkıh kitapları kullanılmıştır.

Bir diğer örnekte fetva hükmün gerekçesi olarak kullanılmamış hükümden önce fetva esas alınarak fetvaya göre karar verilmiştir. Diyarbakır sicil belgelerinde yer alan talak davasında koca, kumar oynama şartına bağlı olarak karısına talak vermiştir. Koca kumar oynayınca karısı da bu şarta binaen babasının evine dönmüş, mehir ve nafakasını kocasından vekili aracılığıyla talep etmiştir. Kocanın vekilleri

²⁰ Diyarbakır Şer'îye Sicil Defteri, H. 1151 / M. 1741

²¹ Hanefi mezebinde yazılan en muteber ve yaygın fetva kitabıdır. 12.yy'a ait bir eserdir. Ahmet Özel, “Kâdihân”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul, TDV Yayınları,2001), 24/121-123.

²² XVII. yüzyılda Osmanlı Devleti'nin Haremeyn, Dimyat, İstanbul ve Şam gibi değişik yörelerinde günlük hayatta karşılaşılan veya tartışılan meselelerle ilgili 2161 fetvayı ihtiva eden bir eserdir. Cengiz Kallek, “el-Fetâva'l Hayriyye”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul, TDV Yayınları,1995), 12/443-444.

²³ Osmanlı coğrafyasında kapsam ve muhteva bakımından uygulamaya esas kabul edilecek hükümlerin sınırlarının nihaî şekilde tesbitine yönelik bir eserdir. Şükrü Selim Has, “Mülteka'l Ebhur”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (Ankara, TDV Yayınları,2020), 31/548-551.

kocanın belirtilen günde burada olmadığını inkar etmekte iseler de burada hüküm için daha önce verilmiş fetvalardan biri kullanılmış ve bu vekillerin şahadetleri fetva gereğince geçersiz kabul edilmiştir. Kadının vekilinin şahitleri ile kadının talak, nafaka ve mehir talebi olumlu sonuçlanmıştır.²⁴ Burada dikkat edilmesi gereken husus fetva gereğince kocanın tarafındaki kişilerin şahadetlerinin geçersiz sayılmasıdır. Söz konusu belgenin fetvalarla alakalı kısmı şu şekildedir:

"...edâ-yı şehâdet eylediklerinde şehâdetleri ve mûceb-i şer'îsi fetvâ-yı şerîfe havâle olundukda kütüb-i mu'tebereden nakl-i sarîh ile: "Zeyd ile Amr ve Bekir kumâr edersen zevcesi Hind üç talâk boş olsun deyü şart ve ta'lik etdikden sonra Ramazân-ı şerîf'in beşinci günü altıncı gecesi kumâr etdi deyü şehâdet etdiklerinde ancak altı aded ricâl-i müslimînden ve bir racül-i zimmî Bekir-i mezbûr mücerred kumâr etdi deyü şehâdet etdikleri beldeden firâr etdi deyü şehâdet edip gayr-ı mevzi'de ya gayr-ı beldede kendisini ol günde görmeksizin ol altı ricâl-i müslimîn ile racül-i zimmînin şehâdetleri makbûle olur mu?" el-Cevâb: "Olmaz." "Şehidâ aleyhi bi-kavlin ev fi'lin yelzemu aleyhi bi-zâlike mislü icâretin ev bey'in ev kitâbetin ev talâkın ev itâkın ev katlin ev kısâsın fi mekanin ve zamânin ve vasefâhu fe-berhene'l-meşhûdü aleyhi ennehû lem-yekûn yevme izin semme lâ-tukbelü. Bezzâziye ve Ankaravî" nakl-i sarîhiyle mûmzâ fetvâ mûcebince şehâdetleri makbûle olmadığından başka müdde'îye-i mezbûrenin vekîli Hacı Mustafa Efendi cevâbında Ramazân'ın altıncı günü bu beldede olduğuna tevâtüren şâhidlerim vardır deyü def'e tasaddüsünde Yunus b. Mehmed, Ömer [b.] İbrahim, Salih b. Hasan, Şeymus b. Osman, Osman b. Mehmed ve Mehmed b. İsa ve Delininoğlu Derviş Beşe ve Hacı Mustafa b. Hacı Hasan vesâir[ler]i merkûm Sinan Ramazân'ın altıncı günü bu beldede idi ve hattâ subaşı sirkat husûsu için merkûmu tutup habse götürdükde re'yen bi'l-ayn gördük deyü vekîl-i merkûm Hacı Ahmed Efendi huzûrunda tevâtüren edâ-yı şehâdet-i şer'îyye eylediklerinde tevâtür kesîr olduğundan şehâdetleri hayyiz-i kabûlde olmağın mûcebince zevce-i mezbûre Zeliha bt. Hacı Hasan talâk-ı selâse ile mutallaka olduğu sâbit ve sübûtuna hükm-i şer'î lâhık olup da'vâ olunan üç mâh on günlük nafakası ve mehr-i müecceli merkûm Sinan'dan lâzım geldiği hıfzan li'l-makâl mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu. Hurrîre fi evâhiri Zilka'deti's-şerîfe sene ihdâ ve erba'în ve mi'eteyn ve elf"

Yine Diyarbakır mahkemesinde görülen bir talak davasında taraflardan birisinin lehine fetva kullandığı görülmektedir. Buna göre kadının vekili mahkemeye gelerek, kadının kocasının başka diyara gitmeden önce karısının bir senelik nafakası için başka birisini vekil bıraktığını ancak bir senenin dolmasına rağmen kocanın hâlâ dönmediğini belirtmekte ve bu nafakanın devam etmesini istediğini talep etmektedir. Kocanın nafaka için bıraktığı vekil bir senelik nafaka vekaletini ikrar etmekle birlikte kocasının bir sene sonunda dönmemesi halinde karısına şartlı talak verdiğini iddia etmektedir. Bu iddiasını ise hem şahitler hem de elindeki fetva metni ile desteklemektedir. Mahkeme de bu hükme göre hüküm vermiştir.²⁵ Fetvada hüküm,

²⁴ Diyarbakır Şer'îye Sicil Defteri, H. 1135-1242 / M. 1723-1827.

²⁵ Diyarbakır Şer'îye Sicil Defteri, (H. 1135-1136 / M. 1722-1724).

kocasını başka bir diyara gitmeden şu kadar zaman içinde gelmezsem benden boşsun dediği kadının şart vaki olunca boş olacağı yönündedir. İlgili mahkeme kaydı:

"İşbu mezbûr el-Hac Mustafa'yı vekîl edip ol dahi vekâlet-i mezbûreyi ber-vech-i muharrer kabûl ve dahi bir sene tamâmına değin gelmezsem zevcem Ümmü bt. Ahmed benden bir talâk boş olsun deyü merkûm Ketenci İbrahim b. Yusuf b. Abdullah bizim huzûrumuzda şart ve ta'lik eyledi. Biz bu husûsa bu vech üzere şâhidleriz, şehâdet dahi ederiz deyü her biri edâ-i şehâdet-i şer'îyye eylediklerinde ba'de't-ta'dîl [1b] ve't-tezkiye şehâdetleri makbûle olmağın vekîl-i mezbûrun yedinde olup ibrâz eylediği fetvâ-yı şerîfenin mazmûn-ı münîfi: "Diyâr-ı âhara gitmek murâd eden Zeyd'den zevcesi Hind için sana yevmiye bir rub' akçe vekîl eylediğim Amr vermez ise ve ben bir seneye dek gelmedim ise benden bir talâk boş ol deyü şart ve ta'lik eyledikten sonra şart-ı mezkûr vücûda gelse Hind-i merkûme bir talâk-ı ric'î ile şer'an mutallaka olur mu?" Cevâb-ı bâ-savâbında: "Olur". Kütüb-i mu'teberât-ı fikhîyyeden Mültekâ'da: "Fe in vücide's-şartu fihi inhelleti'l-yemîn ve vaka'a't-talâk". Bu sûretde Zeyd-i mezbûr Hind-i merkûmeye iddeti içinde kavlen veyâhud fi'len rücû' etmiş olmasa ba'de inkizâi'l-idde Hind-i mezbûre bir talâk-ı bâin ile şer'an mutallaka olur mu?" Cevâb-ı bâ-savâbında: "Olur". Kütüb-i mu'teberât-dan Şerh-i Kenz'de: "İz ba'de'l-iddeti lâ yebka'n-nikâhu izi'l-milkü bâkin fi'l-iddeti zâilün ba'de inkidâihâ" deyü mastûr ve musarrah buyurulmağın mücebiyle ba'de'l-hükm mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu."

İstanbul'a ait sicil defterinde de kadı naibinden fetvaya uygun hüküm verilmesi talep edilmektedir: ²⁶

"Kıdvetü'n-nüvvâb ve'l-müteşerri'in Adalar nâhiyesinde nâibü's-şer'î's-şerîf olan Mevlânâ -zîde ilmuhû- tevkî-i refî-i hümâyûn vâsıl olıcak ma'lûm ola ki, dârende-i fermân-ı hümâyûn Avanis nâm zimmî südde-i sa'âdetime arzuhâl edip nâhiye-i mezbûrda vâki' mutasarrıf olduğu mülk menzili ve iki dükkâneyn, yine nâhiye-i mezbûr sâkinlerinden Bayramoğlu ve Adaloğlu ve Karayani ve Pandeli nâm zimmîler birbiri ile yek-dîl ve bin yüz on () senesinde fuzûlî hedm ve nakzı istihlâk etmekle ziyâde gadr ve ta'addî eyledikleri ve bundan akdem bir def'a dahi emr-i şerîfim ısdâr etmekle icrâ-yı hak olunmadığı ve bu bâbda da'vâsına muvâfık şeyhülislâmdan fetvâ-yı şerîfe verildiğın bildirip fetvâ-yı şerîfesi mücebince amel olunup icrâ-yı şer' ve ihkâk-ı hak olunmak bâbında hükm-i hümâyûnum ricâ eylediği ecilden buyurdum ki hükm-i şerîfimle vardıkda mezbûrları müstakillen meclis-i şer'-i şerîfe ihzâr ve bunun ile beraber edip mukaddemâ bir def'a şer'le görölüp fasl olunmayan da'vâlarını tamâm hak ve adl üzere tefahhus ve yedinde olan fetvâ-yı şerîfe nazar edip göresin, i'lâm olunduğu üzere ise ol bâbda muktezâ-yı şer'-i kavîme ve da'vâsına muvâfık fetvâ-yı şerîfe mücebince amel edip dahi ba'de's-sübût ber-müceb-i fetvâ-yı şerîfe icrâ-yı şer' ve ihkâk eyleyesin, min-ba'd şer'-i şerîfe ve fetvâ-yı münîfe ve mukaddemâ ve hâlâ verilen emr-i hümâyûnuma muhâlif kimesneye iş etdirmeyesiz, hak üzere olup kazıyyede alâkası ve medhali olmayanı bunun da'vâsına karışdırmayıp eslemeyip ta'allül ve inâd üzere olup kazıyyede alâka ve medhali olmayanı bunun da'vâsına karışdırmayıp eslemeyip ta'allül

²⁶ Kartal Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 1128-1133 / M. 1716-1721).

ve inâd üzere olanları ism [ü] resm ile vukû'u üzere yazıp Âsitâne-i sa'âdetime arz u i'lâm edip bu husûs için tekrâr bir dahi emrim irsâline muhtâc etmeyesiz, şöyle bilesiz, alâmet-i şerîfe i'timâd kılasız. Be-makâm-ı Kostantiniyye.”

Başka bir örnekte katledilen Kilis sancağı mutasarrıfı Avlonyalı Arnavut Hüseyin Paşa'nın eşi Ayşe Hanım'ın eşinin katili olduğunu iddia ettiği Battal Mehmed Ağa aleyhindeki davası fetva gereğince reddedilmiştir: ²⁷

“...otuz üç nefer bî-garaz Müslimîn ihbâr ve şehâdetleriyle alâ-vechi'ş-şöhret ve't-tevâtür muvâcehesinde vech-i şer'î üzere isbât etmeğin yedinde olan fetvâ-yı şerîfe mücebince müdde'îye-i mezbûrenin ber-vech-i muharrer şuhûd ve mütevâtirin hilâfına da'vâsı mesmû'a ve beyyinesi makbûle olmamağla müdde'îye-i mezbûre Âişe Hanım husûs-ı mezbûr için mezbûr es-Seyyid el-Hâc Mehmed Ağa'ya bî-vech mu'ârazadan men' olunduğu huzûr-ı âlîlerine i'lâm olunur.”

Kocası Hüseyin tarafından talak-ı selase ile boşanan Ümmü Gülsüm Hatun, başka biriyle evlenebilmek için mahkemeye sunduğu fetva ile birlikte kendisine izin verilmesini talep etmektedir:²⁸

“Sahibe-i arzuhâl Ümmü Gülsüm Hatun'un mutallık Hüseyin hâlâ bunda mevcûd olmayıp diyâr-ı âharda olduğu ihbâr ve mürâfa'a-i şer' mümkün olmamağla mezbûre Ümmü Gülsüm'ün vekîl-i sâbitü'l-vekâlesi üveyi babası Mehmed Efendi dâ'î-i devletlerine hitâben şer'le tefahhus ve mücib-i şer'îsi i'lâm olunmak vârid olan fermân-ı âlîlerine imtisâlen tefahhus ve suâl olundukda fi'l-asl medîne-i Kastamonu ahâlîsinden olup bin yüz elli üç senesi şehr-i Ramazan-ı şerîfi'nde sahibetü arzuhâl Ümmü Gülsüm târih-i mezbûrda zevci Hüseyin ile İstanbul'dan medîne-i mezbûreye gider iken esnâ-yı râhda Kastamonu sancağında Araç kazâsında sâkin Hidayetullah nâm kimesnenin menziline nüzûl eyledikde gâib-i mezbûr harem kapısına varıp zevcesi Ümmü Gülsüm'ü da'vet eyledikde ol dahi kapıya gelmeyip ol anda mezbûr Hüseyin b. Hüseyin'e gazap târî olup talâk-ı selâse ile benden boş olsun deyü müvekkilem mezbûreyi tatlîk eylediği vilâyetimiz ahâlîsinden olup rüfekâlarından olan altı nefer Müslimîn şâhid olmağla müvekkilem mezbûreye ifâde ve ertesi günü medîne-i Kastamonu'ya duhûl ve kâdi efendi huzûrunda mühürlü taleb için adam irsâl eyledikde mezbûr firâr edip hâlen ne mahâlde olduğu ma'lûmumuz değildir deyü iddi'â ve takrîr eylediği minvâl üzere muvâcehesinde şehâdet bir vechile mümkün olmayıp ve müvekkilem mezbûre tarafından bundan akdem el-Hâc İbrahim nâm kimesneyi da'vâsına vekîl eyledikde vekîl-i mezbûr dahi mezbûr Hüseyin ile Yeniköy mahkemesinde vech-i muharrer üzere iddi'â ve müdde'asına beyyine taleb olundukda yanında mevcûd şâhidler olmamağla tahlîf ve yedine hüccet almışdır deyü takrîr ve minvâl-i muharrer üzere olduğuna Hasan ve Mehmed ve Mahmud ve diğer Hasan ve Mustafa ve Ahmed nâm kimesnelerin takrîri alâ-tarîki'ş-şehâde şehâdet eylediklerinde ve ibrâz eylediği fetvâ-yı şerîfe “bir belde ahâlîsinden Hind'in zevci Zeyd âhar diyâra gitdiğinden sonra Amr-ı diğer ol diyârdan gelip Hind'e Zeyd seni bâyinen tatlîk eyledi deyü ihbâr etmeleriyle Hind inanıp ba'de

²⁷ Rumeli Sadâreti Mahkemesi 272 Numaralı Sicil (H. 1171-1172/ M. 1758).

²⁸ Üsküdar Mahkemesi 403 Numaralı Sicil (H. 1154-1155 / M. 1740-1742)

inkızâ'î'l-iddet nefsi Beşir'e tezvîc eylese belde-i mezbûre kâdısı mücerred talâk benim huzûrumda sâbit olmadı deyü hükm-i şer'î yok iken Hind'i Beşir'den tefrîke kâdir olur mu deyü istiftâ olundukda olmaz" deyü buyurulmağın ber-mûceb-i fetvâ-yı şerîfe vech-i şer'îsi nefsi ahara tezvîce kâdire olmağla yedine emr-i âlîşân sadaka buyurulmak iltimâs eder. Bâkî emr ü fermân hazret-i men-lehu'l-emrindir." Çeşitli konular hakkında zikrettiğimiz bu örnekler muhakkak çoğaltılabilir. Ancak bu kadarını zikretmek konumuzun izahı için yeterlidir. Görüldüğü gibi bu belgelerde mahkeme kararları hep fetvalardan yola çıkarak ortaya konulmuştur. Gerek davalı taraflar gerekse kadı bu fetvaları mahkemede karara varmak amacıyla kullanmıştır. Davalarda fetvaların kullanılmasına dair örnekler arşiv belgelerinde her konuda, her dönemde ve her şehirde oldukça fazla bulunmaktadır. Buradaki amacımız fetvaların günümüzdeki emsal kararlar gibi davayı etkileyen bir işlevi olduğunu ortaya koymaktır. Bu amaç ise burada verilen örnekler ile hâsil olmuştur.

4. Emsal kararların davalarda kullanılmasına örnekler

Türk hukukunda genellikle mahkemeler verdikleri kararların gerekçelerini açıklarken üst derece mahkemelerinin kararlarına emsal karar bağlamında atıf yaparlar. Bir bakıma kararın doğruluğunu üst mahkeme kararıyla açıklarlar. Fetvalarda da bu yönün olduğu yukarıda verilen örnekler ile görülmüştür. Hükmün gerekçelendirilmesini yapmak bakımından fetvalar ve emsal kararlar hukukî işleyişte aynı yerde konumlandırılabilir. Sonuç bölümünde iki hukuki olgu arasındaki farklara yer verdik. Bu farklar göz ardı edilmemekle birlikte burada fetva ve emsal kararın hukuki işleyişte aynı olduğundan kastımız fetva ve emsal kararın mahkemeye delil olarak sunulmasında veya mahkeme tarafından kaynak olarak kullanılmasında aynı olmasıdır.

Bunlara dair örnek davalardan birisinde alt derece mahkemesinin verdiği kararı temyiz mahkemesine veren tarafların talebi, alt mahkemenin kararının emsal karara uygunluğu gerekçesiyle red edilmiştir.²⁹ Görüldüğü gibi alt mahkemenin

²⁹ Temyiz konusu dava Yüce Hukuk Genel Kurulu emsal kararı ile "aynı özellikleri" taşımaktadır. Yüce Hukuk Genel Kurulu'nun daha önceki benzer boşanma davalarında yer alan karşı oylarımdaki gerekçeleri ile verdiği "emsal kararına" göre "Uyuşmazlık; müşterek yerleşim yerini terk edip babası evinde giden kadının, baba evinin bulunduğu yer mahkemesinde boşanma davası açabilmesinin olanaklı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Türk Medeni Kanununun 168.maddesinde; "Boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi" olduğu açıklanmıştır. Kanunun açık ifadesinden anlaşılacağı üzere boşanma ve ekindeki davaların kadının yerleşim yeri mahkemesinde de açılması olanaklıdır. Somut olayda davacı kadının 15.8.2002 tarihinde koca evini terk edip, o tarihten beri baba evinde oturduğu, işte çalışmadığı, üzerine kayıtlı bir taşınmazının bulunmadığı, hayatın olağan akışı gereğince sığınabileceği ve yerleşebileceği tek yerin baba evi olduğu ayrı ev açıp orada hayatını idame ettirmesinin mevcut şartlarda mümkün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davacı kadının sürekli kalma niyeti ile baba evine gittiğinin ve hayatını burada devam ettireceğinin kabulü zorunlu bulunmaktadır." (YHGK, 6.6.2007, 331-332, Ömer Uğur GENÇCAN-Mal Rejimleri Hukuku, Ankara-2007, s. 665-667)Yüce Hukuk Genel

verdiği karar emsal karara uygun olduğu için üst mahkeme tarafından bozulmamıştır. Bu noktada bir kanun metni veya yasaya atıf yapılmayıp emsal karara atıf yapılması, bu hukukî kararın hükümde ne kadar etkili olduğunu göstermektedir.

Terk sebebiyle açılan başka bir boşanma davasında koca, notere başvurarak eşinin dönmesini talep etmiştir. Kadın noterin verdiği ihtarına uymamış eve dönmemiştir. Bunun için de haklı bir sebep ileri sürememiştir. Terkte haklı olmak usulüne uygun ihtarına uymama hakkını vermez. Kadın ortak konutu daha önce terk etmesine rağmen dava açmamış, kocası, aleyhine terk sebebine dayalı dava açmasından sonra kadın boşanma talebinde bulunmuştur. Kadın tarafından açılan davanın reddine, koca tarafından açılan davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken aksi yönde hüküm verilmesi yanlış kabul edilmiştir. Sonuç olarak ise temyiz edilen hükmün yukarıdaki sebeple bozulmasına ve karı kocanın temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Ancak bu karara yazılan karşı oy yazısında emsal karara göre bu hükmün yanlış olduğu savunulmaktadır. Çünkü emsal karara göre kocanın dava açma hakkı bulunmadığından kocanın açtığı boşanma davasının reddi sonuç doğurmaktadır.³⁰

Kurulu emsal kararında açıkça belirtildiği üzere davacı kadının hayatın olağan akışı gereğince sığınabileceği ve yerleşebileceği tek yerin baba evi olduğu; ayrı ev açıp orada hayatını idame ettirmesinin mevcut şartlarda mümkün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davacı kadının sürekli kalma niyeti ile baba evine gittiğinin ve hayatını burada devam ettireceğinin kabulü zorunlu bulunmaktadır. Değerli çoğunluğun farklı görüşüne "Yüce Hukuk Genel Kurulu" 6.6.2007 günlü emsal kararı ile katılmamıştır. Yüce Hukuk Genel Kurulunun emsal kararına aynı görüşteki oyumla katılmış olduğumdan/destek verdiğimden "aynı uygulamanın" bu davada da yapılması/sürdürülmesi gerektiği düşüncesindeyim. Bu sebeplerle değerli çoğunluğun "farklı görüşüne" katılamıyorum. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi(Yargıtay), K. 2007/12364, (21.09.2007).

³⁰ Yargıtay 2.Hukuk Dairesi(Yargıtay), K.2014/10775, (10.10.2013). Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm, davacı-davalı (koca) tarafından her iki dava yönünden; davalı-davacı (kadın) tarafından yoksulluk nafakası ile tazminatların miktarı yönünden incelemenin duruşmalı yapılması talebiyle temyiz edilmiş ise de, duruşma isteyen, buna ilişkin gideri yatırmadığı anlaşıldığından, duruşma isteğinin reddine, evrak üzerinde inceleme yapılmasına karar verildi. Evrak incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü. Terk sebebine dayanan boşanma davasının reddedilebilmesi için, terkte haklı olmak yetmez. Usulüne uygun ihtar tebliğine rağmen ortak konuta ve aile birliğine haklı bir sebeple dönmemenin gerçekleşmiş olması gerekir. Koca, 19.12.2011 günü notere başvurarak eşinin eve dönmesi için ihtar edilmesini (TMK.md.164) istemiş, istek doğrultusunda verilen ihtar kararı 23.12.2011 tarihinde kadına tebliğ edilmiştir. İhtar Türk Medeni Kanununun 164. maddesi ile 27.03.1957 tarihli 10/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına uygun ve geçerlidir. Kadın haklı sebeple ortak konuta dönmediğini ispatlayamamış, ihtarına uymamakta haklı olduğuna dair bir delil getirmemiştir. Yukarıda değinildiği gibi terkte haklı olmak, usulüne uygun ihtarına uymama hakkı vermez. Öte yandan, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz (TMK.md.2). Kadının ortak konutu 2002 yılı Ağustos ayında terk ettiği

Emsal karara atıfla usulden reddedilen bir dava metninin ilgili kısmı ise şöyledir;

"...tüm dosya kapsamına göre, davacının tüketici olduğu, uyumsuzluğun bankacılık işleminden kaynaklanması sebebiyle dava tarihi de gözetildiğinde davanın 6502 sayılı Kanun'un 3/K-L ve 73. maddeleri gereğince tüketici mahkemesinde görülmesinin gerektiği, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin emsal kararlarının da bu doğrultuda olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine..."³¹

SONUÇ

Her iki hukuk sisteminde var olan dava örneklerinden görüldüğü gibi fetvalar ve emsal kararların iki türlü kullanımı söz konusudur. Hükümden önce ve hükümden sonra olmak üzere iki farklı işlevi vardır. Mahkeme hükmünden önce kullanılan fetva ve emsal karar mahkeme kararında etkili olmaktadır. Yani fetva ve emsal karara göre hüküm verilmektedir. Emsal karar ve fetvaların ikinci kullanımına gelince, verilen hükmün gerekçelendirilmesinde kullanıldığı örneklerde ortaya çıkmaktadır. Türk hukukunda genellikle bu gerekçelendirme kullanımı söz konusu olsa da tarafların mahkemeye emsal karar sunması da mümkündür. Hem davadan önce tarafların lehine kullanılması hem de davadan sonra hükmü teyit edici ve destekleyici kullanımı bakımından fetvalar ile emsal kararların aynı işlevde kullanıldığı görülmektedir.

Elbette iki hukuk sistemini temelden ayıran farklılıklar bulunmaktadır. Ancak hukuk, insan hayatını güvence altına alan, toplumu düzenleyen bir kurum olması bakımından temelden farklı olan hukuk sistemlerinde bile benzer refleksler geliştirebilmiştir. Bunun adı bazen fetva, bazen emsal karar bazen de Anglosakson hukuk sistemlerinde olduğu gibi "common law" olmuştur. Hukuk sistemlerinin kaynakları farklı olsa bile amaçları aynı olduğundan bu farklı hukuk sistemleri arasında oldukça fazla benzerlik bulmak mümkündür. Bu çalışma kapsamında da

anlaşılmaktadır. İleri sürdüğü sebeple boşanma davası açma imkanı varken, bekleyip kocası tarafından kendisine ihtar çekilip aleyhine terk hukukî sebebine dayalı olarak dava açılmasından sonra 23.08.2012 tarihinde terkteki haklılığa dayanak dava ikame etmesi az önce açıklanan dürüstlük kuralına aykırıdır ve hukukça korunamaz. Bu sebeple davalı-davacı (kadın) tarafından açılan Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesine dayanan boşanma davasının reddine, koca tarafından açılan terk sebebine dayanan boşanma davasının kabulüne karar verilmesi gerekirken, aksi yönde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ:Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple BOZULMASINA, bozma sebebine göre yeniden hüküm kurulması gerekli hale gelen kadının davasına yönelik davacı-davalı (koca)'nın temyiz itirazları ile davalı-davacı (kadın)'ın temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi. 12.05.2014 (Pzt.) KARŞIOYYAZISI: Davacı erkek eş "terk edilen eş" değil "terk eden" konumdadır. YHGK, 4.11.2009, 2009/402 esas, 2009/484 karar sayılı emsal karara göre davacı eşin dava açma hakkı bulunmadığından terk sebebiyle açılan boşanma davasının reddi bu sebeple sonuç olarak doğrudur. Bu nedenle değerli çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz. Yargıtay 11.Hukuk Dairesi (Yargıtay), K.2017/4321 (13.09.2017)

31

İslam hukukundaki fetvalar ve Türk hukukundaki emsal kararların farklılıkları ve birbirine işlev olarak benzediği noktalar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Aşağıda fetva ve emsal karar arasındaki temel farklar ve benzerlikler maddeler halinde ifade edilmiştir.

Fetva ve emsal kararlar arasındaki temel farklar

- 1- Fetva sorulan bir soru üzerine ortaya çıkar. Emsal karar ise hâkimin iradesiyle ortaya çıkar.
- 2- Fetva veren müfti, müsteftîyi amel etmek için bir güç kullanamaz. Emsal kararda ise verilen karar bağlayıcıdır ve taraflar uygulamaya zorlanır.
- 3- Fetva, temeli Kur'ân ve Sünnet'e dayanan dini mahiyette bir hukukî kavramdır. Emsal karar ise temeli anayasa, kanunlar ve hâkimin takdir yetkisine dayanan bir kavramdır.
- 4- Müftî yani fetva veren kişi devlet tarafından bu işle görevlendirilmese bile fetva verebilir. Emsal karar ise yalnızca resmi yetkili hâkimler tarafından verilen kararlardır.
- 5- Fetvaların mahkemede dikkate alınması için üst dereceden varid olması gerekmezken (Padişahın emr-i âli ne mukterin olan fetvâlar müstesna çünkü onlar vacibul-ittibadır, kanun hükmündedir) mahkeme kararının emsal karar olarak uygulanabilmesi için üst derece mahkemelerinden çıkmış olması gerekmektedir.
- 6- Emsal karar, bir mahkemenin verdiği kararın diğer mahkemede kullanılmasıdır. Yani iki farklı mahkeme de olsa mahkeme olması bakımından mahiyet olarak aynıdır. Fetva ise kadı hükmünden mahiyet olarak farklıdır. Fetva, kadının hükmünde olduğu gibi bir mahkeme sonucu ortaya çıkmamıştır. Özünde dini mahiyette bir soru cevap faaliyetidir.

Fetva ve emsal karar arasındaki temel benzerlikler

- 1- Bir konuda fetva verildiyse o fetva soran kişi, sorulan kişi ve diğerleri için de geçerlidir. Emsal karar da bu şekildedir. Verilen emsal karar herkes için örneklik teşkil eder ve bağlayıcıdır.
- 2- Fetva da emsal karar da davalı şahıslar tarafından kendi davalarını desteklemek için ileri sürülebilmektedir.
- 3- Hem fetva hem emsal karar hâkimin/kadının dikkate aldığı ve uyguladığı bir güçlü bir hukukî müessesedir.
- 4- Mahkeme genelde emsal karar ve fetvada verilen hükme göre sonuçlanır.
- 5- Bir dava hakkında karar veren hâkim bu kararını desteklemek için üst mahkeme kararlarına(Yargıtay, danıştay) atıfta bulunarak davasını gerekçelendirir. Kadı da aynı şekilde hüküm verdiğinde fetva da buna göredir diye açıklama yapma gereği duymaktadır.
- 6- Berki'nin de dediği gibi fetvalar ve yüksek yargı mahkemesi kararları aynı amaçla yazıya geçirilmiş ve toplanmıştır.

KAYNAKÇA

- Atar, Fahrettin. "Fetva". Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. 12/486-496 İstanbul: TDV Yayınları,1995.
- Aslan, Nasi. "Osmanlı Hukuku'nun Oluşumunda Fetvâ ve Kazâ Münasebeti", Dini Araştırmalar, 2/4 (1999), 90.
- Aydın, Mehmet Akif. Osmanlı Hukuku. İstanbul: İsam Yayınları, 1.Basım, 2020.
- Aydın, Mehmet Akif. Osmanlı Aile Hukuku. İstanbul: Klasik Yayınları, 1.Basım, 2017.
- Berki, Ali Himmet. İslam'da Kaza-Hüküm ve Hâkimlik Tarihi, ifta müessesesi. Ankara: Yargıçoğlu matbaası, 1.Basım, 1962.
- Berki, Şakir. "Ali Himmet Berki". Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. 5/509-510. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
- Black's law dictionary. 20 Şubat 2023. <https://thelawdictionary.org/precedent/>
- Diyarbakır Şer'îye Sicil Defteri, H. 1151 / M. 1741. Milli Kütüphane, No. 360 <https://diyarbakirsicilleri.name.tr>
- Diyarbakır Şer'îye Sicil Defteri, H. 1135-1242 / M. 1723-1827. Milli Kütüphane, No. 631 <https://diyarbakirsicilleri.name.tr>
- Diyarbakır Şer'îye Sicil Defteri, H. 1135-1136 / M. 1722-1724. Milli Kütüphane, No. 1a2 <https://diyarbakirsicilleri.name.tr>
- Genn, Hazel Genn. Common Law Reasoning and Institutions. London: University of London, 2015.
- Has, Şükrü Selim. "Mülteka'l Ebhur". Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. 31/548-551. Ankara: TDV Yayınları,2020.
- İpşirli, Mehmet. "Şeyhülislâm", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. 39/91-96. İstanbul: TDV Yayınları,2010.
- Kadim Hukuk, "Emsal Karar Nedir?". Erişim: 20 Şubat 2023. <https://kadimhukuk.com.tr/makale/emsal-karar-nedir-ne-ise-yarar/>
- Kallek, Cengiz. "el-Fetâva'l Hayriyye". Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. 12/443-444. İstanbul: TDV Yayınları,1995.
- Kartal Mahkemesi Şer'îye Sicil Defteri, H. 1128-1133 / M. 1716-1721. Milli Kütüphane, No. 35b-5 <https://www.kadısicilleri.org/yayin.php>
- Koç, Mehmet. "Yürürlük (Mahkeme Kararları) Örneklerinden Hareketle Osmanlı Ceza Hukukundaki Fetva- Kazâ İlişisine Bakış". İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 30 (2017), 117-138.
- Özel, Ahmet. "Kâdihân". Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi. 24/121-123. İstanbul: TDV Yayınları,2001.
- Rumeli Sadâreti Mahkemesi Şer'îye Sicil Defteri, H. 1171-1172/ M. 1758. Milli Kütüphane, No. 33a-4 <https://www.kadısicilleri.org/yayin.php>

Türkölmez, İlknur Rabia. “Yargı Sürecinin Doğası- Kitap değerlendirmesi”, Uluslararası Politik Araştırmalar Derneği, 5/1, 2019, 52.

Üsküdar Mahkemesi Şer’iye Sicil Defteri, H. 1154-1155 / M. 1740-1742. Milli Kütüphane, no. 12a-1

<https://www.kadisicilleri.org/yayin.php>

Yaman, Ahmet. Fetva Usûlü ve Âdâbı. İstanbul: İfav yayınları, 2.Basım, 2018.

Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K.2007/12364, (21.09.2007).

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Yargıtay, Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. K.2014/10775, (10.10.2013).

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Yargıtay, Yargıtay 11.Hukuk Dairesi. K.2017/4321, (13.09.2017).

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>