

# KADIJUSTİZ'E KARŞI: YABANCI HUKUKA OLUMSUZ ATFA DAİR

Intisar A. Rabb\*

Tercüme: Dr. Öğr. Üyesi Cemal DURSUN\*\*

## Giriş

Yabancı hukuka yargısal atıf yapılmasına dair tartışmalarda,<sup>1</sup> Amerikan hukukunu yabancı yargı çevrelerinin hukukları ile *karşılaştıran* atıfların etkileri pek az fark edilmektedir.<sup>2</sup> Tartışma, umumiyetle hâkimlerin Amerikan mahkemelerinde yabancı hukuku ne ölçüde meşru bir şekilde ikna edici otorite olarak görebildikleri etrafında dönmektedir.<sup>3</sup> Bu durum, Yüksek Mahkeme'nin<sup>\*\*\*</sup> uzun zamandır, bir dizi yüksek profilli davada

\* Hukuk Profesörü, Harvard Hukuk Fakültesi. Bu makalenin bir versiyonu ilk olarak Suffolk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Donahue Dersi olarak ve ardından Harvard Hukuk Fakültesi'nde Federal Yargı Merkezi'nin Hukuk ve Toplum Semineri'nde sunuldu. Her bir oturumun katılımcılarına, fikir hakkındaki yorumları ve sohbetleri için Abigail Balbale, Meagan Froemming, Vicki Jackson, Darryl Li, Vlad Perju, Chantal Thomas ve Adnan Zulfiqar'ın yanı sıra Donahue konferans sunucusu Dekan Camille Nelson ve—Joy Backer, Benjamin Conery, Lyndsay Montour ve Douglas Sweeney dahil—[Suffolk Üniversitesi Hukuk, ç.n.] Dergisi'nin öğrenci editörlerine içten takdirlerimi sunuyorum.

\*\* Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi cemaldursun@karatekin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3674-9684.

<sup>1</sup> Örneğin, o dönem Yüksek Hakim [olan, ç.n.] John Stevens'in *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 317 n.21 (2002) davasındaki zihinsel engellilerin idamının anayasaya aykırı olduğunu ve “uluslararası toplum içinde” yaygın olan normlarla uyumlu olduğunu beyan eden çoğunluk görüşünü Yüksek Hakim Antonin Scalia'nın bu davadaki “uluslararası toplumun uygulamalarının ... ilgisiz” olduğunu ifade eden karşı oy gerekçesini, *id.* 347-48'de (Scalia, J., karşı oy), karşılaştıran.

<sup>2</sup> Anayasal ödünç almalarındaki olumsuz modellerin kıyasen bir değerlendirmesi için bkz. genel olarak Kim Lane Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models*, 1 INT'L J. CONST. L. 296 (2003).

<sup>3</sup> Akademik tartışmaların vâkıfâne bir özeti için bkz. Vlad F. Perju, *The Puzzling Parameters of the Foreign Law Debate*, 2007 UTAH L. REV. 167, 168 (2007), [bu makale, ç.n.] yabancı hukuk ihtilaflarının ana hatlarına genel bir bakış sunmakta ve iç hukuktaki yorumu “zenginleştirme ve iyileştirme potansiyelinin” tanınması açısından yabancı hukuka atıf yapılması lehine görüş serdetmektedir.

\*\*\* ÇD: Hem federal davaların hem de anayasal ve federal öneme sahip eyalet mahkemesi kararlarının nihai temyiz mercii olan Supreme Court of the United States (SCOTUS), statute adı verilen yasal düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetleyebilmekte, aykırılık tespiti halinde kısmen veya tamamen geçersiz kılabilir. Bkz. <https://www.supremecourt.gov/> Federal mevzuat için US Code'a (<https://www.loc.gov/collections/united-states-code/about-this-collection/>) veya US Statutes at Large'a bakılabilir (<https://www.loc.gov/collections/united-states-statutes-at-large/about-this-collection/>).

görünür olmasının ardından<sup>4</sup> son yıllarda özellikle dikkat çeken yabancı hukuka atıfta bulunma eğiliminden kaynaklanmaktadır.<sup>5</sup> Bu uygulama hem yargısal eleştirilere hem de müdafaalara yol açmıştır.<sup>6</sup> Benzer şekilde, pek çok anayasa hukuku ve karşılaştırmalı hukuk bilim insanı, uygulamaya icazet ve uygulamanın feraseti hakkında sorular ortaya atmıştır.<sup>7</sup>

Tartışmanın az ilgilenilen bir yönü ise, yabancı hukuka *olumsuz* atfın varlığı veya sonucu ile ilgilidir. Fevkalade bir şekilde Kim Scheppele, anayasal tasarımda, yabancı hukuka ve yabancı hukuktan “hem olumlu hem

<sup>4</sup> Bkz. Sarah H. Cleveland, *Our International Constitution*, 31 YALE J. INT'L L. 1, 12-87 (2006) (collecting cases).

<sup>5</sup> Bkz. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 577 (2005) ((17 ve 16 yaşındaki iki, ç.n.) çocuk hükümlülerin infazının “çocuk ölüm cezasına karşı yüzünü çeviren” uluslararası hukuk normuna aykırı olduğunu beyan eden); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577 (2003) (cinsel özgürlüğün “insan özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası” olarak kabul edilmesini öngören genel yabancı hukuk normlarına uygun olarak eşcinsel sodomiye yasaklayan eyalet ceza kanununun On Dördüncü Değişiklik'e aykırı olduğunu anayasaya aykırı ilan eden); *Atkins*, 536 ABD, 317 n.21 (zihinsel engellilerin idamının anayasaya aykırı olduğunu ve “uluslararası toplum içinde” öne çıkan normlarla uyumsuz olduğunu ilan eden). Cezai olmayan davalardaki görüşler için bkz. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 344 (2003) (Ginsburg, J., çoğunluk görüşüne katılan, pozitif ayrımcılığın On Dördüncü Değişiklik'in Eşit Koruma fıkrasını ihlal etmediği yönündeki kanaati desteklemek için uluslararası hukuka dayanan, ve *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 734 (1997), hakim yardımlı intiharın (ötanazinin, ç.n.) bir temel hak teşkil edip etmediğini belirlemek için Hollanda yasalarını inceleyen).

<sup>6</sup> Bkz. örneğin *Atkins*, 536 U.S., 347-48 (Scalia, J., karşı oy); Norman Dorsen, *The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, 3 INT'L J. CONST. L. 519, 522-524 (2005); Yüksek Hakim Ruth Bader Ginsburg, *Keynote Address at the Ninety-Ninth Annual Meeting: Remarks to the American Society of International Law: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication* (Apr. 1, 2005), in “A DECENT RESPECT TO THE OPINIONS OF MANKIND ...”: SELECTED SPEECHES BY JUSTICES OF THE U.S. SUPREME COURT ON FOREIGN AND INTERNATIONAL LAW (Christopher J. Borgen ed., 2007), available at [http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/asil\\_speeches\(1\).pdf](http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/asil_speeches(1).pdf), archived at <http://perma.cc/D6Z5-Y2B2> (Yüksek Hakimler O'Connor'ın 2002'de, Breyer'in 2003'te, Scalia'nın 2004'te, ve Ginsburg'un 2005'teki görüşleri dahil).

<sup>7</sup> Bkz. örneğin Mark Tushnet, *When Is Knowing Less Better Than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law*, 90 MINN. L. REV. 1275, 1277 (2006) (hakimlerin anlamaları muhtemel olmayan iddiaları değerlendiren ve bu nedenle yabancı hukuka faydalı bir şekilde başvuran); Jeremy Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, 119 HARV. L. REV. 129, 129 (2005) (yabancı hukuka atıf için buyurucu/güvenilir bir temel olarak “milletler hukuku” kavramını koyan). Bkz. genel olarak Steven G. Calabresi, Lawrence, *The Fourteenth Amendment, and the Supreme Court's Reliance on Foreign Constitutional Law: An Originalist Reappraisal*, 65 OHIO ST. L.J. 1097 (2004) (yerel hakimlerin yorumun makul olup olmadığını değerlendirmelerine yardımcı olmak açısından yabancı hukuka yapılan atıfların ilgisini tartışan); Sanford Levinson, *Looking Abroad When Interpreting the U.S. Constitution: Some Reflections*, 39 TEX. INT'L L.J. 353 (2004) (belirgin biçimde Amerikan anayasal değerlerini içeren sorunların karara bağlanmasında uluslararası hukukun ilgisiz olduğu yönündeki Yüksek Hakim Scalia'nın vardığı sonuca katılan).

olumsuz, hem doğrudan hem dolaylı” atıf ve ödünç alma modellerini işe yarar bir minvalde ortaya çıkarmıştır.<sup>8</sup> Yabancı fikirlerin iç hukukla olan ilgisini değerlendiren [Scheppele, ç.n.], anayasayı kaleme alanların\* kimi zaman belirli anayasal fikirlere kıymet atfedip onları kabul ederken<sup>9</sup> diğer anayasal fikirleri kötüleyip reddettiklerini belirtmektedir.<sup>10</sup> Yabancı anayasal fikirlerin *olumsuz modellerinin* yerel değerlerin anlaşılmasında hayati öneme sahip olduğuna dikkat çeken bu sonuncu uygulamayı “kaçınmacı anayasacılık (*aversive constitutionalism\**)” olarak adlandırmaktadır.<sup>11</sup> [Scheppele, ç.n.] için olumsuz modeller önemlidir; çünkü fikirlerin güçlü bir şekilde reddedilmesi, anayasa yapıcılarının olumlu bir şekilde benimsemek istedikleri modelden ziyade neyden kaçınmak istedikleri hakkında çoğu vakit daha çok şey söyler.<sup>12</sup> Dahası olumsuz modeller, “kurucu dönemden bu yana oldukça dar çerçeveli görünen”<sup>13</sup> bir anayasaya göre faaliyette bulunan ve kendisini apaçık zıt değerleri teşvik eden modellerin zıttı olarak tanımlama eğiliminde olan ABD Yüksek Mahkemesi üzerinde özellikle etkili

<sup>8</sup> Scheppele, *supra* note 2, 297’de.

\* Burada kullanılan *constitutional drafters* ifadesi, Amerikan Anayasası’nın ve ondan önce veya hemen sonra ortaya çıkan eyalet anayasalarının yapılışı bakımından oldukça önemlidir. 1777’de kabul edilip 1781’de yürürlüğe giren *Articles of Confederation*’ı gözden geçirmek ve mümkün mertebe aksıyan yönlerini tadil ve tashih etmek amacıyla 1787 yılının Mayıs ayında 55 delegenin katılımı ile Pennsylvania eyaletinin Philadelphia şehrinde toplanan *Constitutional Convention* tarafından önce *Committee of the Whole*’a, ardından *Committee of the Detail*’e verilen taslak metin oluşturma görevi, Amerikan Anayasası olarak bildiğimiz yeni bir anayasal metnin ortaya konulması ile sonuçlanmıştır. *Constitutional drafters* ifadesi, anayasa yapıcı bir organdan ziyade bizzat anayasayı kaleme alan gerçek kişileri ifade etmek üzere kullanıldığı gibi seçilmiş temsilcilerin (*delegates*) onayı ve halk oylaması (*popular vote*) kavramları ile de yakından ilgilidir. Nitekim Massachusetts yasama organı tarafından hazırlanan eyalet anayasasının *güçler ayrılığı* ve *bill of rights* içermeyen ilk versiyonu 1779’daki halk oyunda reddedilmişti. Bu defa yasama organı içinden seçilen bir komitenin üyesi delegeler tarafından ayrıca seçilen üç kişilik alt komite tarafından hazırlanan anayasa, hem delegeler hem de yasama organı üyeleri tarafından kabul edildikten sonra halk oylamasına sunulmuş ve 1780’de kabul edilmişti.

<sup>9</sup> *Id.* 297, 299’da.

<sup>10</sup> *Id.* 297, 300’de (bu olguyu “kaçınmacı anayasacılık” olarak adlandıran); ayrıca bkz. Lee Epstein & Jack Knight, *Constitutional Borrowing and Nonborrowing*, 1 INT’L J. CONST. L. 196 (2003) (anayasayı kaleme alanların anayasal alternatifleri benimsemeyi dikkate aldığı ve reddettiği durumları tanımlayan).

\* ÇD: *Aversive constitutionalizm* ve *aspirational constitutionalizm* hakkında bkz. Kim Lane Scheppele, Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 1, Issue 2, April 2003, Pages 296–324, <https://doi.org/10.1093/icon/1.2.296>

<sup>11</sup> Scheppele, *supra* note 2, 297, 300’de.

<sup>12</sup> *Id.* 300’de.

<sup>13</sup> *Id.* 312-13’te. Scheppele, Yüksek Mahkeme’nin “dünya çapında filizlenen karşılaştırmalı anayasa hukuku çabalarından neredeyse hiçbir olumlu örnekten bahsetmediğini ve kararlarında olumlu karşılaştırmalı modeli hiçbir zaman belirleyici bulmadığını” gözlemlemektedir. *Id.* 307’de.

olmaktadır. Scheppele, iki örnek olarak Nazi Almanyası ve Sovyetler Birliği yasalarını göstermektedir.<sup>14</sup> Bana göre, *kadijustiz* klişesi aracı kılınarak İslam hukukuna olumsuz atıf üçüncü bir örnektir.

Bu Makalede tespit edildiği üzere, betimlediğim bu uygulama, yabancı hukukun, aksi yöndeki yargı kararlarını—atfın kendisi nedeniyle—doğası gereği patolojik, apaçık istenmeyen ve düpedüz yanlış olarak kınamak için kullanılmasını gerektirmektedir.<sup>15</sup> Dahası bu tür bir atıf, acınası bir argümandır.

Acınası argüman, mantıktan ziyade pathos'a veya duyguya başvurmayı ifade eder.<sup>16</sup> Jamal Greene, anayasa hukukunda acınası argümanın kullanımını tanımlarken ve değerlendirirken şöyle açıklıyor: “anayasa hukukunda acınası argüman, okuyucuyu ya nihai hüküm sonucuna ya da müesses ‘modalitelerin’ tözüne veya kıymetine ikna etmek için onun duygularıyla ilgilenir ve onları manipüle eder.”<sup>17</sup> Çoğu zaman gerçekmiş gibi zikredilen acınası argüman, bilinçli olarak okuyucuda duygular uyandırmak için tasarlanmıştır.<sup>18</sup> Bu, federal mahkemelerde yeterli sıklıkla karşılaşılan pek çok argümandan sadece bir tanesidir.<sup>19</sup>

*Kadijustiz*'e yapılan atıf, bu olgunun dikkate değer bir örneğidir. Bu tür bir atıf, doğru olmamasına rağmen, “bir ağacın altındaki kadı'nın şahsi menfaatlerine göre adalet dağıtması” şeklindeki utanç verici klişeye gönderme yapıyor.<sup>20</sup> 1949'da ifade özgürlüğüne dair *Terminiello v. Chicago* davasındaki muhalefet şerhinde Yüksek Hâkim Felix Frankfurter tarafından popüler hale getirilen *kadijustiz*'e başvurmak, hâkimler için kendi değer tercihlerinin hikmeti hakkında bir dizi değere gayrimuayyen şekilde itiraz etmek maksadıyla yabancı hukuku alıntılamanın elverişli bir yolu haline dönüşmektedir.<sup>21</sup> Bu örneğin yabancı hukuka olumsuz atıfları kapsadığını iddia etmeden<sup>22</sup> şu olguyu çok iyi örnekleyen bir alanla ilgili olarak yabancı hukuka atıf yapmanın caizliği veya pathos'u hakkındaki eksik kalan

<sup>14</sup> *Id.* 313'te (“Tam da ABD'nin neyi temsil etmediğine dair keskin bir fikir sundukları için Nazi Almanyası ve Sovyetler Birliği, Yüksek Mahkeme için karşı konulamaz referans noktaları haline geldi ... müteaddit durumlarda ve bir çok doktriner bağlamda.”)

<sup>15</sup> *Bkz.* Jamal Greene, *Pathetic Argument in Constitutional Law*, 113 COLUM. L. REV. 1389, 1390 (2013).

<sup>16</sup> *Id.* 1390'da (acınası argümanı tanımlayan).

<sup>17</sup> *Id.* 1394'te.

<sup>18</sup> *Id.*

<sup>19</sup> *Bkz. genel olarak* Greene, *supra* note 15 (anayasa hukukundaki acınası argüman durumlarını ayrıntılandıran).

<sup>20</sup> *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 11 (1949) (Frankfurter, J., karşı oy).

<sup>21</sup> *Bkz. infra* Part II.

<sup>22</sup> *Bkz.*, özellikle, Scheppele, *supra* note 2, 313-17'de, olumsuz yabancı hukuk modellerinin cezai muhakemeyi, ifade özgürlüğünü, ulusal güvenlik hukukunu ve diğer doktrinleri şekillendirmeye yardımcı olduğu vakaların irdelemesi için— bunların hepsi Nazizm, Stalinizm ve Soğuk Savaş Sovyet tehdidi tarafından temsil edilen “totaliterliğin olumsuz modeline karşı.”

tartışmaları tamamlamak için *kadijustiz*'e odaklanmaktayım: ABD hukuku için olumsuz bir model olarak İslam hukukunun bu hayali biçimine atf.

*Kadijustiz*'e karşı çıkan bu Makale, yabancı hukuka olumsuz atf vesilesiyle "karşıtlıkla inkâr" olarak adlandırabileceğimiz şeyin uygulamasını ve etkilerini ortaya koymaktadır. İslam hukukuna kazaî atf, bu olguyu çok yakından hem örneklendirdiği hem de somutlaştırdığı için *kadijustiz*'i yalnızca keyfi davranan *qâdî*'nin farazi normuna değil, aynı zamanda yabancı hukukun kendisine olumsuz atfa göndermede bulunmak için kullanacağım.

*Kadijustiz*'e atf eğiliminden iki sorun hasıl olmaktadır. İlkin, bu uygulama yargısal karar vermenin temellerini bulandıran veya belirsizleştiren görüşlerin ortaya çıkmasını kolaylaştırmaktadır. Bir kararın hangi gerekçelere dayandığı veya dayanması gerektiği konusunda kesin ve apaçık olmamak, hâkimlerin gerekçeli kararlar vermesini gerektiren yargı yetkisinin temel unsuruna aykırıdır.<sup>23</sup> Geçmişte hâkimler, *kadijustiz*'e başvurularını gerektiren gerçek nedenlere istinaden başka türlü daha iyi ifade edilmesi mümkün, oldukça kolay argümanlar oluşturmak için bu yöntemi birçok davada kullanmışlardır. Bu, *kadijustiz*'e başvuran hâkimlerin, kendi muhalefetleri için muhtelif zamanlarda başka bazı alternatif gerekçeler ileri sürmedikleri anlamına *da* gelmemektedir. Ancak görüşlerini *kadijustiz*'e yapılan atflarla süslediklerinde, (bir değerler dizisini diğerine tercih ettiklerine dair) anlaşmazlığın kerteriz noktasını kabul etmeme veya okuyucunun neden aynı fikirde olması gerektiğine dair belirli nedenleri dile getirme eğiliminde olmaktadırlar. Karara muhalif kalan hâkimler, en fazla, kendi görüşlerinin çoğunluğun görüşleri ile çeliştiğini kaydetmek maksadıyla münferit bir davada *karara konu edilmeyen* bir dizi değeri umumiyetle ortaya koyarlar. Kısacası, kendi yarışan değer dizilerinin *neden* çoğunluğun değerlerine üstün gelmesi gerektiğini açıklamak yerine, çoğunluk görüşüne taraf olan hâkimleri keyfi ve hukuksuz *kadijustiz* uygulayıcıları olarak ilan ederler. Sonuçlar, daha ziyade, tercih ettiklerinin eşit derecede meşru ve tartışmalı değerler olduğu ve daha az bir acınası argümanın onu benimsemek için nedenler sunabileceği gerçeğini gizleyen yararsız argümanlardır.

İkinci bir sorun, *kadijustiz* mefhumunun İslam hukukun çoğu tarihsel aktarımları ile çelişik olmasıdır. Bu kadarı, İslam'ın on dört yüzyıllık tarihi boyunca birçok yerde yargısal süreçlerin değişik veçhelerini belgeleyen tarihçilerce iyi bilinmektedir.<sup>24</sup> Elbette bu tarihçiler, *qâdî*'ların ve diğer görevlilerin keyfi ve umulmadık şekilde davrandıkları durumları belgelediler.<sup>25</sup> Dahası, çağdaş Müslüman dünyayla alakalı konular üzerine çalışan bilim insanları ve siyaset yapıcılar, hâkimlerin bunun gibi keyfi ve

<sup>23</sup> *Bkz. örneğin* Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353, 366-67 de (1978) ("Yargılama ... gerekçeli argümanın insan ilişkilerindeki etkisine biçimsel ve kurumsal ifade veren bir araçtır. Gerekçeli argümanın ürünü olan bir karar, kendisini mantık testini karşılamaya hazırlanmalıdır.").

<sup>24</sup> *Bkz. infra* Part I.

<sup>25</sup> *Bkz. genel olarak* CHRISTIAN LANGE, JUSTICE, PUNISHMENT AND THE MEDIEVAL MUSLIM IMAGINATION (2008).

umulmadık şekilde hareket ettiği sayısız durumu ortaya koydular.<sup>26</sup> Ancak ceza hukuku bağlamında başka bir yerde uzun uzadıya gösterdiğim gibi, bu aktarımlar İslam hukuku geleneğinin ana akımına göre marjinaldir.<sup>27</sup> Yani, tarihsel kaynaklar daha sıklıkla ilgili davalara ilişkin adli süreçleri kaydeder ve hukukun üstünlüğü ilkesine ilişkin istisnaları açıkça ortaya koymak ve bunlara karşı gelmek için o süreçlerden farklılık gösteren durumları not eder.<sup>28</sup> Aslında gerilim, bir yanda *qādi*'yi kanunun ne olduğu hususunda bilgilendiren hukukçular ile diğer yanda İslam hukukunun kısıtlamalarından neredeyse âri bir yetki alanında faaliyet gösteren idari görevliler (halife veya sultan) arasındaki mücadeleyi yansıtıyordu.<sup>29</sup> İslam hukukunun uygulanmasındaki güç ve meşruiyet mücadelesinde hukuk tarihi literatürü, Müslüman hukukçuların ve hâkimlerin genellikle yönetici yetkililerin sergilediği adaletsizlikleri ve kararsızlıkları kontrol altında tutmaya çalıştıklarını kaydeder.<sup>30</sup> Bu şekilde Orta Çağ Müslüman *qādi*'leri, Amerikan mahkemelerindeki hâkimler tarafından başvurulmuş ve bazen onların şahsında teccüm eden *kadijustiz* fikrini reddetmişlerdir.<sup>31</sup> Ancak buradaki amaç, bu iyi belgelenmiş müdahaleyi özetlemek yerine şunu sorgulamaktır: Amerikan davalarında uydurma rivayetlerin ne ve hangi ölçüde işi vardı?

Asıl noktaya dönecek olursak: *kadijustiz*'e kazaî atıf, tartışmalı yargısal karar alma sürecinde belirli değerlerin diğerlerine tercih edilmesinin nedenlerini gizlemekte, böylece buna isnad eden hâkimlerin argümanlarını genel olarak zayıflatmaktadır. Bu makale, bu iddiayı açıklığa kavuşturmak için üç bölümden oluşmaktadır. Bölüm I arka planı kabaca açıklamaktadır.<sup>32</sup> *Kadijustiz*'in tanımlarını vermekte ve İslam hukukunun akademik

<sup>26</sup> İslam hukukunu uyguladığını iddia eden iki siyasal İslamcı ve aşırı grup örneği için, Nijerya ve İŞİD bölgesindeki sözde şeriat mahkemelerindeki keyfi adalet raporları dikkate alınır. Bkz. Philip Ostien & Albert Dekker, *Sharia and National Law in Nigeria, in SHARIA INCORPORATED: A COMPARATIVE OVERVIEW OF THE LEGAL SYSTEMS OF TWELVE MUSLIM COUNTRIES IN PAST AND PRESENT 589-93* (Jan Michiel Otto ed., 2010) (Kuzey Nijerya'daki İslam ceza hukukunun benimsenmesi ve uygulanmasını ve bunun Kuzey eyaletlerinin şeriat mahkemelerinde Amina Lawal ve diğer kişilere menfi tatbikini açıklayan); UNITED NATIONS, REPORT OF THE INDEPENDENT INTERNATIONAL COMMISSION OF INQUIRY ON THE SYRIAN ARAB REPUBLIC: RULE OF TERROR: LIVING UNDER ISIS IN SYRIA 4-5 (2014), [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/HRC\\_CRP\\_ISIS\\_14Nov2014.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/CoISyria/HRC_CRP_ISIS_14Nov2014.pdf) adresinden erişilebilir, şu adreste arşivlendi: <http://perma.cc/F5ZW-PE5L> ("[İ]ŞİD'in elindeki bölgelerde yaşayanlar, grubun, sigara içmek veya hırsızlık gibi suçlar nedeniyle kırbaçlama ve uzvun kesilmesi dahil olmak üzere Şeriat yasasını radikal şekilde yorumlamasına dayalı bedensel hudud cezaları kisvesi altında gerçekleştirilen şiddet eylemlerinin vahşetinden şikayetçi oldu.)

<sup>27</sup> Bkz. genel olarak INTISAR A. RABB, DOUBT IN ISLAMIC LAW: A HISTORY OF LEGAL MAXIMS, INTERPRETATION AND ISLAMIC CRIMINAL LAW (2015).

<sup>28</sup> Bkz. genel olarak id.

<sup>29</sup> Bkz. genel olarak id.

<sup>30</sup> Bkz. genel olarak id.

<sup>31</sup> Bkz. *infra*, Part I.C.

<sup>32</sup> Bkz. *infra* Part I.

öğreniminde *qādi*'nin kariyerini incelemektedir.<sup>33</sup> Amaç, aksi yöndeki tarihsel aktarımların aksine hukuk eğitimi ve dolayısıyla *kadijustiz* hakkında hukuki bilgiyi şekillendiren aktarımları tespit etmektir.<sup>34</sup> Bölüm II ana zemini doldurmaktadır.<sup>35</sup> Amerikan mahkeme salonunda *kadijustiz*'e yapılan başvuruları incelemektedir.<sup>36</sup> Bu mefhum sayısız vakada ortaya çıksa da, *kadijustiz*'in bazı değerlere meydan okumak ve diğerlerini teşvik etmek amacıyla kullanıldığı çarpıcı yollara dikkat çekmek için anayasal ve kanunî yorum vakalarına odaklanıyorum.<sup>37</sup> Vakaların incelenmesi, *kadijustiz*'in tipik olarak çoğunluk kararına muhalif kalan hâkimlerin, çoğunluk tarafından benimsenen rakip değerlere karşı federalizm, federal kurumların muhtariyeti\* ve metincilik yönünde güçlü argümanlar ileri sürememe şeklindeki başarısızlıklarına hizmet ettiğini ortaya koymaktadır.<sup>38</sup> Acınası bir argüman olarak *kadijustiz* meselesi hakkında kısa notlarla bitirmekteyim ve hâkimlerin bu konuda ne yapması gerektiğine dair öneriler sunmaktayım.<sup>39</sup>

## I. DERSLİKTE KADIJUSTİZ

İslam hukukunda yargısal süreç, Amerikan hukuk fakültesi dersliklerinde nispeten yeni bir alan olmakla beraber üniversitelerin sosyoloji ve tarih bölümlerinde köklü bir geçmişe sahiptir. *Kadijustiz* fikri İslamî yargı sürecini temsil etmeyi amaçlıyordu ve 1950'lerin hukuk sosyolojisinin öne çıkan bir yönüydü. Bu, o zamanlar karşılaştırmalı hukuk akademisyenleri tarafından kanıt olmaksızın inanılan bir fikirdi, ancak İslam hukuk tarihçileri tarafından aksini gösteren yazılı deliller olduğu gerekçesiyle reddedildi. Bu bölüm, (*kadijustiz*, ç.n.) fikrinin kökenlerini ve o zamandan beri akademik bağlamlarda nasıl işe yaradığını inceleyerek bir

---

<sup>33</sup> *Bkz. infra* Part I.

<sup>34</sup> *Bkz. infra* Part I.

<sup>35</sup> *Bkz. infra* Part II.

<sup>36</sup> *Bkz. infra* Part II.

<sup>37</sup> *Bkz. infra* Part II.

\* ÇD: Amerikan anaysal sisteminde *agency* kavramı ile kaynakların yönetimi, sektörlerin mâli denetimi veya ulusal güvenlik sorunları gibi belirli bir amaç için kanun ile (istisnaen Başkanın emri ile) ihdas edilmiş ve üst düzey yöneticisi ekseriyetle doğrudan Başkan tarafından atanan özel amaçlı federal hükümet kurumları kastedilmektedir. Bu federal kurumların güncel bir listesi için The United States Government Manual'a bakılabilir:

<https://www.usgovernmentmanual.gov/>. Yüksek Hâkim Stevens tarafından kaleme alınan 1984 tarihli Chevron kararında *agency deference*, federal idari kurumların kendileri ile ilgili kanunları yorumlamada belli bir muhtariyete sahip olmalarına mahkemelerce saygı gösterilmesi kadar bu yorumlara mahkemelerce itibar edilmesi anlamında kullanılmaktadır. Bkz. Jonathan R. Siegel, The Constitutional Case for “Chevron” Deference, 71 *Vanderbilt Law Review* 937 (2018) Available at:

<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol71/iss3/4>. Tam olarak anlamı karşılayabilmek için işbu çeviride *agency deference* için “federal kurumların muhtariyeti”, yalnızca *agency* için “federal kurumlar”, yalnızca *deference* için “itibar” veya “muhtariyet” kelimelerinin kullanımı tercih edilmiştir.

<sup>38</sup> *Bkz. infra* Part II.

<sup>39</sup> *Bkz. infra* Part Conclusion.

sonraki bölümde hukuki bağlamalarda acınası argümana nasıl dönüştüğünü incelemek için zemin hazırlamaktadır.

## A..WEBER'İN HUKUK SOSYOLOJİSİNDE KADIJUSTİZ

Max Weber *kadijustiz* kavramını popülerleştirdi.<sup>40</sup> Bu mefhum, hukukun genel ilkelerine saygı göstermeden keyfi, mantıksız ve amaca uygun kararlar veren bir Orta Çağ Müslüman hâkimi olarak *qâdî* (Arapça'da hâkim) imgesini merkezine alır.<sup>41</sup> Weber'e göre Müslüman hâkimin yol gösterici ilkeleri, politikaları veya usulü yoktu.<sup>42</sup> Bunun yerine, "(...) somut etik veya pratik değerlendirmelere [dayalı] gayri resmi hükümler verirdi.<sup>43</sup> Weber'in tahminine göre, hukuka ve yargısal karar vermeye yönelik bu yaklaşım, bir bütün olarak faaliyet gösterdiği hukuki ve ekonomik sistemler üzerinde zararlı etkileri yansıtıyordu—ve belki buna neden oluyordu.<sup>44</sup> Ona

<sup>40</sup> *Bkz.* BABER JOHANSEN, CONTINGENCY IN A SACRED LAW: LEGAL AND ETHICAL NORMS IN THE MUSLIM FIQH 48-49, n.183 (1999) (RICHARD SCHMIDT, 1 ZEITSCHRIFT FÜR POLITIK 266 (1908)'den alıntı) (Schmidt'in keyfi, irrasyonel ve bireyci yargı kararlarını tanımlamak için icat ettiği—daha sonra Weber tarafından popüler hale getirilen—*kadijustiz* terimine dikkat çeken). Hukuk akademisyenleri ve hakimler, terimi, umumiyetle terimin Weberci anlamına kavramsal bir yakınlığa işaret edecek şekilde farklı olarak yorumladılar. *Bkz.* Bos. & Me. Corp. v. Ill. Cent. R.R., 396 F.2d 425, 425 (2d Cir. 1968) (“Kadı adaleti”); ANTHONY T. KRONMAN, MAX WEBER 76-77 (William Twining ed., 1983) (“Kadı adaleti”); 2 ROSCOE POUND, JURISPRUDENCE 355-56 (1959) (“Oryantal adalet”). Bunun aksine İslam hukuku tarihçileri, ortaçağ ve erken modern İslam dünyasındaki kadılarla ilgili araştırmalarını Weber'in kadijustiz kavramından kasıtlı olarak uzaklaştıran terminolojiyi kullanmışlardır. *Bkz.* örneğin, David S. Powers, *Kadijustiz or Qâdî Justice? A Paternity Suit from Fourteenth-Century Morocco*, 1 ISLAMIC LAW AND SOC'Y 332, 365-66 (1994) (Weber'in hayali kadijustiz anlayışını, tarihsel kaynaklardan alınan kazaî uygulamalara ve prosedürlere atıfla İslam hukuku alimleri arasında bir sanat terimi olarak tarihe dayalı *qâdî* adaleti kavramlarıyla karşılaştıran); ayrıca *bakınız infra notes* 79-84.

<sup>41</sup> *Bkz.* MAX WEBER, ECONOMY AND SOCIETY 806 n.40 (Guenther Roth & Claus Wittich eds., Ephraim Fischoh et al. trans., 1968) (*Kadijustiz*'i “biçimsel olarak akılcı bir hukukun sabit kurallarına değil, esaslı bir akılcı hukukun ahlakî, dinî, siyasî veya başka türlü amaca uygun önermelerine yönelmiş adaletin tatbiki” olarak tanımlayan); ayrıca *bkz.* BRYAN S. TURNER, MAX WEBER: FROM HISTORY TO MODERNITY 48 (1993) (Weber'in tanımlarının muhtelif yorumlarını tartışan).

<sup>42</sup> *Bkz.* KRONMAN, *supra* note 40, 76-77'de ((bir Müslüman *sharihah* [sic] mahkemesine başkanlık eden hakimden mühlhem) “kadı-adaleti'ni, davaların münferit temelde ve ayırım gözetmeyen hukukî, etik, duygusal ve politik [ve buna dinî de eklenebilir] hususların bir karışımına uygun olarak karara bağlandığı, tamamen ad hoc türden bir tatbikat [olarak] tanımlandığı”) (WEBER, *supra* note 41, 813, 845, 891, 976-78'deye atfen; WEBER, ECONOMY AND SOCIETY, *supra* note 41, 229, 264, 317'deye atfen).

<sup>43</sup> WEBER, *supra* note 41, 976'da.

<sup>44</sup> *Bkz.* TURNER, *supra* note 41, 42-47'de. Turner, kapitalizmin bir nedeni olarak Protestan Ahlakı'na dair “Weber tezlerini” ve aynı amaçla değerler ile sosyo-ekonomik faktörler arasındaki nedensel ilişkileri, yani patrimonyalizm ve esaslı akıldışı hukukun hâkim olduğu İslami kurumların kapitalizmle bağdaşmadığını tartışıyor. *Bkz. id.*



göre kapitalizm ve işleyen bir ekonomik sistemin gelişimi, *kadıjustiz*'in hukuk sistemleri ve ekonomik yapılarıdaki hâkimiyeti nedeniyle akamete uğradı.<sup>45</sup>

Bilhassa, Weber'e göre *kadıjustiz* sadece Müslüman kadı ile sınırlı değildi.<sup>46</sup> Daha ziyade bu terim, keyfi ve *ad hoc* bir temelde işleyen bir hukuki sistemde faaliyet gösteren herhangi bir hâkimi tanımlıyordu.<sup>47</sup> Bu, İsa'ya atfedilen oldukça çelişkili bir vecizenin özetlediği, herhangi bir dinin peygamberlik türündeki adaletini içeriyordu: “Yazılı, (...) ama sana şifahen bildiriyorum.”<sup>48</sup> Ve bu, tüm “kutsal kanunlar” kadar Çin hukuku ve İngiliz

<sup>45</sup> Bkz. Chantal Thomas, *Re-Reading Weber in Law and Development: A Critical Intellectual History of “Good Governance” Reform* (unpublished article) (on file with author); ayrıca bkz. Chantal Thomas, *Law and Neoclassical Economic Development in Theory and Practice: Toward an Institutional Critique of Institutionalism*, 96 CORNELL L. REV. 967 (2011); Chantal Thomas, *Max Weber, Talcott Parsons and the Sociology of Legal Reform: A Reassessment with Implications for Law and Development*, 15 MINN. J. INT'L L. 383 (2006); David M. Trubek, *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*, 1972 WIS. L. REV. 720, 736-37 n.31 (1972) (gelişme veya “modernleşme” ile şekli olarak akılcı hukuk veya “yasalcılık” arasındaki Weberci bağlantıya dikkat çeken).

<sup>46</sup> Bkz. KRONMAN, *supra* note 40, 77'de. Weber, Roma hukukundan gelen ilkelerden sonuçlara doğru (*ilerleyen*, ç.n.) Avrupa hukukunun şekli-akılcı hareketi ile çelişen *common-law* benzeri her bir dava bazındaki analizi eleştirmek amacıyla *kadıjustiz* ve esaslı akıldışılık kavramlarını Yunan Attika hukukuna ve İngiliz hukukuna uyguladı. Bkz. *id.* *Kadıjustiz*'in Çin'deki hukuka uygulanması ve eleştirileri için, bkz. TEEMU RUSKOLA, LEGAL ORIENTALISM (2013). Ayrıca bkz. Carol G.S. Tan, *How a “Lawless” China Made Modern America: An Epic Told in Orientalism*, 128 Harv. L. Rev. 1777 (2015); Jed Kroncke, *The Flexible Orientalism of Islamic Law*, 4 UCLA J. ISLAMIC & NEAR E. L. 41 (2005).

<sup>47</sup> Bkz. TURNER, *supra* note 41, 48'de.

<sup>48</sup> Bkz. örneğin, RICHARD SWEDBERG & OLA AGEVALL, THE MAX WEBER DICTIONARY: KEY WORDS AND CENTRAL CONCEPTS 136 (“kadı adaleti”ni tanımlayan).

\* Amerikan anayasal gelişmelerini de yoğun bir şekilde etkileyen *common law* kavramı, açıkça yazılı olarak düzenlenmemiş bir hususta, örf ve adete ve mantığa dayalı olarak somut olay bazında hakimler tarafından verilen (*judge-made*) gerekçeli kararlar külliyyatı anlamına gelmektedir. Genel olarak *tort* (haksız fiil), tümüyle *negligence* bu kapsamdadır. *Common law*'u *equity* kavramı ile karıştırmamak gerekir. *Common law*, yazılı hukuka (*statutory law*) dahil olmamakla birlikte (*stare decisis* ilkesi gereğince) emsallere dayalı bir hukuk olmasından kaynaklı olarak *equity*'den farklılaşır. İngiliz *common law* oluşumu bakımından en önemli kişi olan Sir William Blackstone'un (1723–1780) *Commentaries on the Laws of England (1765–1769)* adlı eseri temel alınmaktadır. Bu eser, *common law* külliyyatını dörde ayırarak tetkik etmektedir: *rights of persons, rights of things, of public wrongs, of private wrongs*. Blackstone'un *Commentaries*'inin Amerikan anayasal gelişmelerine tesiri için bkz. Albert W. Alschuler, *Rediscovering Blackstone*, University of Pennsylvania Law Review 145, no. 1 (1996): 1–55. *Commentaries*'in genel bir değerlendirmesi için bkz. I. G. Doolittle, *Sir William Blackstone and His ‘Commentaries on the Laws of England’ (1765–9): A Biographical Approach*, Oxford Journal of Legal Studies 3, no. 1 (1983): 99–112.

*common law*\* için de geçerliydi.<sup>49</sup> Weber'e göre bu hukukî sistemlerin hiçbirisi—medeni hukuk (Kıta Avrupası, *ç.n.*)\* gibi—genel ilkeler tarafından yönlendirilmiyordu.<sup>50</sup>

Weber'e göre, bir tür *kadijustiz* içeren bu nevi hukuk sistemlerinin tümü, özellikle İslam hukuku gibi dini hukuk sistemleri, özü itibarıyla irrasyoneldi.<sup>51</sup> Herhangi bir dini hukuk sisteminin, hâkimlerin ancak dini geleneklerden neş'et eden etik veya ahlaki önvarsayımları uygulamaya çalıştığı ölçüde görünüşte rasyonel olduğunu düşünüyordu.<sup>52</sup> Ancak bu tür bir sistem gerçekten rasyonel değildir, çünkü ilahi olarak emredilmiş metinleri kullanır<sup>53</sup> ve şekli akıl yerine maddi akla hitap eder.<sup>54</sup> Dünyanın

<sup>49</sup> Bkz. WEBER, *supra* note 41, 978'de (*Kadijustiz*'in dini, patriyarkal ve *common law* sistemlerinin ideal tipini temsil ettiğini ileri süren).

\* ÇD: Rabel'e göre *civil law* ile kastedilen şeydu: “*Roma hukukunun bir dönem kabul edildiği veya Romanist (geleneğe dahil, ç.n.) kanunlardan birinin taklit edildiği tüm ülkelerdir.*” Bkz. Ernst Rabel, *Private Laws of Western Civilization*, Louisiana Law Review 10.1 (1949) sf. 1. 2022 yılında kaybettiğimiz İtalyan komparatist Sacco'ya göre ise, Kıta Avrupası hukuk terimi bir coğrafi alanı işaret etmekten ziyade “*hukuki bilginin, karma doktriner-kazai transferinin müstakil tesiri*” olarak tanımladığı hukuki biçimlenmelere işaret etmektedir. Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, The American Journal of Comparative Law, Winter 1991, Vol. 39, No. 1, sf. 2-4. Ayrıca bkz. Alan Watson, *From Legal Transplants to Legal Formants*, The American Journal of Comparative Law, 43(3) (1995), 469–476.

<sup>50</sup> Bkz. JOHANSEN, *supra* note 40, 49-50'de.

<sup>51</sup> Bkz. WEBER, *supra* note 41, 845, 976-78'de. Fakat bkz. TALAL ASAD, FORMATIONS OF THE SECULAR: CHRISTIANITY, ISLAM, MODERNITY (2003) (Weber'in modern olmak için hukuki akılclığın dini otoritenin yerini alması gerektiği tezini eleştirirken modernite olarak sekülerlik ve kapitalizme “makro uygarlıkçı” bakış sunan).

<sup>52</sup> Bkz. JOHANSEN, *supra* note 40, 49-50'de. Johansen, teokratik veya patriyarkal kuralların “normlara veya genel ilkelere dönüştürüldüğü ve Max Weber'e göre soyut ilkelerin mantıki genellemesinin ‘şekli akılclık’ tarafından karakterize edilen bir hukukta işgal ettiği yeri aldığı” etik, siyaset veya faydacı menfaat kurallarının hakimiyetindeki kutsal yasanın sistemini tasvir etti. Bkz. *id.*

<sup>53</sup> Bkz. TURNER, *supra* note 41, 48'de.

<sup>54</sup> KRONMAN, *supra* note 40, 77'de. Kronman, hukuk eğitiminin “bir kutsal kitap veya tutarlı bir sözlü veya edebi gelenek tarafından belirlenen kutsal yasa” üzerine bina edildiği ve “bilim adamlarının sınır tanımayan entelektüalizminin ihtiyaçlarından ziyade ‘ilgili grupların pratik ihtiyaçlarına daha az odaklanan tamamen teorik bir vaka analizinin inşası yönünde bir eğilim’ sergileyen, ancak yine de “gelenekle bağlı” ve “insanlara veya hukuk düzenine dair, ne var ki fiilen bir hukuk düzeni elde edilmesinin mantıksal sistemleştirilmesini içermeyen, yalnızca idealist dini veya ahlaki talepleri temsil eden unsurları beraberinde taşıyan” belirli teokratik ve ruhbani hukuk sistemlerini ortaya koydu. *Id.* (WEBER'i alıntıyla, *supra* note 41, 789-80, 205-206'da). Hiçbir örnek vermemiş olsa da Weber'in aklında muhtemelen Yahudi hukuku vardı. Onun tanımına göre, geleneksel olarak anlaşıldığı şekliyle İslam hukuku daha iyi veya en azından aynı derecede iyi bir münasebet olacaktır—örneğin ceza hukuku muhakeme usulünün ve genel ilkelerinin inşasından ve kullanılmasından görüleceği üzere, kutsal metinlerin ve onlardan mülhem ilkelerin tarihsel idraki ve yorumuyla uyum içinde olmayan

hukuk sistemlerinin makro karşılaştırmalı analizinde Weber, İslam hukukunun, hukuktan (şekilcilik ve usul) ziyade ahlaka (töze) aşırı derecede odaklandığı sonucuna varmıştı.<sup>55</sup>

İslam hukuku Weber için *kadijustiz*'in timsaliydi, çünkü onun değerlendirmesine göre bu hukuk şekli akılcılıktan tamamen yoksundu.<sup>56</sup> Spesifik olarak, şekli akılcılığın üç kritik unsurundan yoksundu. Birincisi, İslam hukuku “kurallara veya ilkelere tabi” değildir.<sup>57</sup> İkincisi, bağımsız ya da kendi kendine yeten bir yapıya sahip değildir, çünkü “hukuki ilkeler ile hukuki olmayan ilkeler arasında belirgin bir çizginin farkına varmayı” başaramamaktadır.<sup>58</sup> Anthony Kronman'ın Max Weber hakkındaki yorumunda açıkladığı gibi: “Kadı adaleti, özellikle kuralsız olması anlamında [şekli olarak] irrasyoneldir; kararları genel ilkelere dayandırmak için hiçbir çaba göstermez, bunun yerine her davayı kendi öznel durumuna göre ve onu diğer davalardan ayıran kendine özgü mülahazaların ışığında karara bağlamaya çalışır.”<sup>59</sup> Üçüncüsü, İslam hukuku ahlâkı hukuktan ayırmadığı için hukukun serinkanlı bir “yargısal’ muamelesini” benimsemekte mütemediyen başarısız olmaktadır.<sup>60</sup> Yine Kronman'ın Weber'den alıntı yaparak ifade ettiği gibi: “Böyle bir ayırımın olmadığı yerde hukuk, ‘etik ve hukuki vazifelerin niteliksiz bir yığını’ haline gelir ve bağımsız veya özerk bir [yasal] düzen olarak algılanması kesintiye uğrar.”<sup>61</sup> Weber'in Müslüman hâkimi, kurumsal işlevler arasında ayırım olmaksızın, kurumların dışında faaliyet gösterir ve Batı hukuk sistemlerindeki hâkimlerin faaliyetinden tamamen farklıdır. Kısaca *kadijustiz*'in imgesi şudur: Kanunsuz adalet, usulsüz esas.

---

kutsal bir fermanadan türetilmiş özünde değişmeyen hukuk ilkeleri “gerçeği” istisnası ile. *Bkz. generally, RABB, supra note 27.*

<sup>55</sup> *Bkz. SWEDBURG & AGEVALL, supra note 48, 136-37'de (Weber'in dünyadaki ideal hukuk sistemleri tiplerine ilişkin dördümlü tipolojisini açıklayan); ayrıca bkz. KRONMAN, supra note 40, 76-77'de (WEBER'i alıntıylaarak, supra note 41).*

<sup>56</sup> *Bkz. KRONMAN, supra note 40, 93-95'de (“şekli adalet”, “adaletin şekli akılcı yönetimi” ve ilgili terim olan “[şekli] hukuki akılcılık” dahil olmak üzere, şekli akılcılık için alternatif başlıklara dikkat çeken); ayrıca bkz. TURNER, supra note 41, 48'de. Usulün önemini vurgulayan, daha fazla şekli akılcılık tartışması için, bkz. TALCOTT PARSONS, SOCIETIES: EVOLUTIONARY AND COMPARATIVE PERSPECTIVES 27 (1966): “Modern hukuk sistemleri aynı zamanda temel düzenlemeler ve standartlardan farklı olarak *usul* faktörünü de vurgulamalıdır. Sistem, yalnızca usulî öncelik temelinde, belirli çözümlere önceden özgülenme olmaksızın, muhtelif değişen koşullar ve vakalarla başa çıkabilir.”*

<sup>57</sup> KRONMAN, *supra note 40, 73'te.*

<sup>58</sup> *Id.* 93'te.

<sup>59</sup> *Id.* 77'de.

<sup>60</sup> *Id.* 93'te (Weber'i alıntıylaarak, *supra note 45, 810'da).*

<sup>61</sup> KRONMAN, *supra note 40, 93'te.*

## B.. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KADİJUSTİZ

İslam hukukunun *kadijustiz* versiyonu, o da ele alınırsa ancak, hukuk akademisinde yaygındır.<sup>62</sup> Kapsamlı bir incelemeye girişmeden, konuyu açıklamak için tek bir örnek yeterli olacaktır: son yıllardakiler hariç karşılaştırmalı hukuk biliminde gördüğü muamele.

Karşılaştırmalı hukuk biliminde *kadijustiz* kavramı, açıkça değilse de iyi bir şekilde temsil edilmektedir. Örneğin, 1970'lerde, önde gelen karşılaştırmalı hukuk eserinin yazarları Konrad Zweigert ve Hein Kötz, karşılaştırılabilir bir hukuk sistemi olarak İslam hukukunu açıkça göz ardı ederek *kadijustiz* fikrini zımmen benimsemişlerdir.<sup>63</sup> Karşılaştırmalı hukuk için, farklı hukuk sistemlerinin ortak sosyal sorunlara benzer pratik hukuki çözümler ürettiği şeklinde iyi bilinen bir "benzerlik faraziyesi" (*praesumptio similitudinis*) ortaya koydular.<sup>64</sup> Bu faraziye, onları karşılaştırmalı hukukun hem amacı hem de yöntemi olarak bir "daha iyi hukuk işlevselliği" izah etmeye yöneltti.<sup>65</sup> Onların gözünde karşılaştırmalı hukukun görevi, iki veya daha fazla sistemin yasalarını, hangi sistemin ortak sosyal sorunlara daha iyi hukuki çözüm bulduğunu belirlemek amacıyla değerlendirmektir.<sup>66</sup>

İslamî ve Anglo-Amerikan veya Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasındaki farklar göz önüne alındığında, bu yöntemi izleyen karşılaştırmalı

<sup>62</sup> Yirminci yüzyılın en etkili Alman İslam hukuku bilgini Joseph Schacht aracılığıyla, bu durum İslami araştırmalarda da bir dereceye kadar yaygındı. *Bkz.* JOHANSEN, *supra* note 40, 51-52'de (Etkili Alman bilim insanı Joseph Schacht'ın İslami tetkikler üzerine çalışmasını tartışan).

İslam Hukuku tarihi ve sistemlerine ilişkin bir araştırma aracı olarak onu [yani "Weber tarafından geliştirilen ve kullanılan 'kutsal hukuk' kategorisini"] kullanan kişi, yirminci yüzyıldaki "İslam hukuku"nun önde gelen otoritesi Joseph Schacht'tır. ... Schacht'ın yaklaşımının yirminci yüzyılda Batılıların İslam hukukunu kavrayışları üzerinde uzun süreli bir etkisi olmuştur.

*Id.* (Schacht'ın İslam hukukuna dair ilk kitabına atfen, BERGSTRÄSSERS GRUNDZÜGE DES ISLAMISCHEN RECHTS (1935), ve makalesi, *Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts*, 22 DER ISLAM 207 (1935)).

<sup>63</sup> *Bkz. genel olarak* KONRAD ZWEIGERT & HEIN KÖTZ, AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW (Tony Weir, trans., 3d ed. 1998).

<sup>64</sup> *Bkz. id.* 39-40'ta ("[K]arşılaştırmalı hukukun neredeyse temel bir kuralından sözü edilebilir: Farklı hukuk sistemleri, tarihsel gelişimleri, kavramsal yapıları ve uygulama tarzlarındaki büyük farklılıklara rağmen hayatın aynı sorunlarına, ayrıntılarda bile aynı veya çok benzer çözümler sunarlar.") Bu benzerlik faraziyesi, aynı zamanda Alan Watson'un *legal transplants* fikrinin ardındaki önemli bir faraziyeydi. *Bkz.* ALAN WATSON, LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW 83 (2d ed. 1993) (kanunların bir sistemden diğerine transfer edilebileceğini savunan).

<sup>65</sup> *Bkz.* Gerhard Dannemann, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 383, 394-96 (Matthias Reimann & Reinhard Zimmerman eds., 2006).

<sup>66</sup> *Bkz.* ZWEIGERT & KÖTZ, *supra* note 63, 34'te (işlevselliği karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına özgü temel bir ilke olarak belirleyen). "Karşılaştırılacak kanunların seçimini, işin kapsamını, karşılaştırmalı hukuk sisteminin oluşturulmasını vesâireyi belirleyen diğer tüm kurallar bu temel prensipten neş'et eder." *Id.*

hukuk akademisyenleri İslam hukukunu ciddi bir şekilde dikkate almadılar.<sup>67</sup> İşlevselci teoriye (*functionalist theory*) göre karşılaştırılabilir olmak için hukuk sistemleri çok keskin farklılıklara sahip tarihsel veya kurumsal yapılara sahip olmamalıdır. Zweigert ve Kötz'ün açıkladığı üzere: “Karşılaştırılabilir olmayanlar faydalı bir şekilde karşılaştırılmaz ve hukukta karşılaştırılabilir olan yegâne şeyler aynı işlevi görenlerdir.”<sup>68</sup>

Sorun, karşılaştırma için benzerliği varsayarak (veya gerektirerek) bu bilim adamlarının karşılaştırmalı hukuku “mikro karşılaştırmaya” indirgemesiydi.<sup>69</sup> Bunu yaparken, İslam hukuku gibi tanımlanabilir şekilde farklı hukuk sistemlerinin “makro karşılaştırması” yoluyla, bilinen kurumsal ve yorumlayıcı farklılıkların incelenmesini karşılaştırmalı hukuk kapsamı dışında tuttular.<sup>70</sup>

Elbette benzerlik faraziyesi ve buna bağlı işlevselcilik yöntemi (*functionalist method*), artık karşılaştırmalı hukukun tek ve hatta baskın yöntemleri değildir.<sup>71</sup> Yirmi yıldan fazla bir süre önce bir karşılaştırmacı,

<sup>67</sup> *Bkz. id. 74-256, 303-13'te* (esasen Avrupa'daki özel hukuka odaklanan ve Hindu ve “Müslüman hukuku”na yalnızca kısa bölümler ayıran).

<sup>68</sup> *Id. 34'te*. But *bkz. DANNEMANN, supra note 65, 385'de* (farklılık teorisinin tarihsel köklerinin ve uygulamalarının izini süren ve on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıl Avrupa'sındaki karşılaştırmalı hukukun benzerlik ve farklılık arasında gidip geldiğini iddia eden); James Whitman, *The Neo-Romantic Turn, in* COMPARATIVE LEGAL STUDIES: TRADITIONS AND TRANSITIONS 312-44 (Pierre Legrand & Roderick Munday eds., 2003) (Alman Romantik filozof Herder'in *Volksgeist* fikrine—her milletin kendine özgü bir ruha sahip olduğu fikrine—vurgu yaparak farklılık teorisinin hukuki, felsefi ve sosyolojik literatürdeki kökenlerini ve kullanımını tartışan); *ayrıca bkz. infra note 75*.

<sup>69</sup> Görünüşte müşterek kurallara odaklanarak kültürel olarak ilgili vakıaları bir kenara bırakan işlevselcilik, karşılaştırmalı girişimi siyasi veya kültürel açıdan hassas olmayan yalnızca ilgili maddi özel yasalara inhisar ettirir—dolayısıyla ceza hukuku, aile hukuku ve kamu hukuku, siyasi yapı ve ahlaki değerler ile ilgili tüm diğer alanları hariç tutar. *Bkz. DANNEMANN, supra note 65, 387, 394-96'da; ayrıca bkz. Mathias Reimann, The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century, 50 AM. J. COMP. L. 671, 689-90 (2002)*.

<sup>70</sup> *Bkz. örneğin MIRJAN R. DAMAŠKA, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY: A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS 181 (1986)* (makro-karşılaştırmanın örneğini veren). Damaška, hukuki süreci idare eden Avrupalı siyasi ve kurumsal yapıları; iktidar sistemlerini, farklı adalet modellerinin nasıl farklı usulî ve maddi sonuçlar ürettiğini göstermek için politika uygulayıcı veya çatışma çözücü gibi hiyerarşik veya eşgüdümse ve usulî yönelimler olarak sınıflandırmak suretiyle karşılaştırmaktadır. *Bkz. id.*

<sup>71</sup> Daha geniş karşılaştırmalı hukuk yöntemlerinin güncel araştırması için, *bkz. THE CAMBRIDGE COMPANION TO COMPARATIVE LAW* (Mauro Bussani & Ugo Mattei eds., 2012), karşılaştırmalı hukuk yöntemlerine dair düşünceler ile çeşitli yöntemlerin uygulandığı alanlarda örneklemeler getiren; Chibli Mallat, *Comparative Law and the Islamic (Middle Eastern) Legal Culture, in* THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW, *supra note 65, 609, 609-40'ta*, İslamî ve Orta Doğulu hukukun bir örneğinin sunan; ve WERNER F. MENSKI, *COMPARATIVE LAW IN A GLOBAL CONTEXT: THE LEGAL SYSTEMS OF ASIA AND AFRICA (2006)*, Hindu, İslam, Afrika ve Çin hukukuna dair bölümler içeren.

karşılaştırmalı hukuku farklılıktan ziyade benzerlikle sınırlandırmanın, farklı hukuk sistemlerindeki hukukun meşruiyetlerini kavrama ve dolayısıyla kendi hukuk sistemimizi daha iyi anlama fırsatlarını iskaladığını savundu.<sup>72</sup>

Günümüz karşılaştırmalı hukukunun ekseriyeti, modern endüstriyel kitle demokrasilerinin hukuk kurallarının incelenmesiyle ilgilidir. Karşılaştırmalı hukukun teorik önvarsayımları, böyle bir incelemede nevi şahsına münhasır bir berraklıkla ortaya çıkmaz; çünkü sistemlerin benzerlikleri o kadar büyüktür ki, konu üzerinde fazla kafa yormadan, pek çok şeyi olduğu gibi kabul etmenin çekimine kapılıyoruz ... Yabancı hukuk uygulamalarını göz önünde bulundurarak ... alışlagelmiş düşünme biçimlerinden kurtulacağız ve yabancı bir hukuk sistemini incelemenin neleri gerektirdiğini daha net bir şekilde göreceğiz.<sup>73</sup>

Ayrıca etkili olabilmek için karşılaştırmalı hukukun, hukuk denilen sosyal, ekonomik ve kültürel olguların hem metinsel hem de bağlamsal yönlerini araştırarak farklı hukuk sistemlerini desteklemesi gerektiğini—bana göre haklı olarak—savundu.<sup>74</sup> Bu sezgilere paralel olarak, bir grup “farklılık teorisyeninin” farklı hukuk sistemlerinin makro karşılaştırmalarını savunduğu yeni bir farklılık faraziyesi bulunmaktadır.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Bkz. genel olarak William Ewald, *Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like To Try a Rat?*, 143 U. PA. L. REV. 1889 (1995) [bundan sonra Ewald, *Comparative Jurisprudence*] (Avrupa Orta Çağ’ında hayvan deneylerinin ardındaki özel hukuki mantığı inceleyen); ayrıca bkz. William Ewald, *The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to “Rats,”* 46 AM. J. COMP. L. 701, 703-704 (1998) (1995 tarihli makalesinde, yabancı hukukçular tarafından kullanılan—hukuki düşünce tarzlarının bir idraki—müdrük nedenleri ve ilkeleri ve kavramları ... içeriden kavramayı hedefleyen karşılaştırmalı hukuka yaklaşım önerisi olarak sunduğu fikri izah eden.)

<sup>73</sup> Bkz. Ewald, *Comparative Jurisprudence*, *supra* note 72, 1897’de.

<sup>74</sup> Bkz. *id.* 1893-97’de. Ewald, Stanley Fish’in hem dinî hem de seküler hukuk sistemleri açısından metin ve bağlam hakkındaki müdahalelerini dile getiren Robert Cover’ın görüşlerini tekrarlamaktadır. Bkz. STANLEY FISH, IS THERE A TEXT IN THIS CLASS?: THE AUTHORITY OF INTERPRETIVE COMMUNITIES (1980); Robert M. Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 6-8 (1983) (sözcüklerinin isabetliliği yüzünden değil, fakat ister seküler ister dinî hukuku yorumluyor olsun, farklı yorumlayıcı veya normatif toplulukların onları anladığı bağlama göre okudukları için ortak bir anlamı olmayan metinlere işaret eden.)

<sup>75</sup> Bkz. Pierre Legrand, *The Same and the Different*, in COMPARATIVE LEGAL STUDIES: TRADITIONS AND TRANSITIONS, *supra* note 68, 240-311’de (bir farklılık faraziyesi öneren). Özellikle, bir farklılık faraziyesi işlevselciliğe meydan okurken, karşılaştırmalı hukukun algılanan kapsamını ve faydasını benzerlik faraziyesinden daha da fazla azaltır. Bkz. *id.* 271’de (“aynı görünen şeylerin gerçekte ne kadar farklı olduğunu” göstermek amacıyla benzer hukuk sistemlerinin karşılaştırmalı olarak incelenmesine yönelik karşılaştırmalı hukuk arayışına elverişli bir yaklaşımı savunan); *id.* 298’de (İngiltere ve Avrupa’daki *common law* ve Kıta Avrupası hukuku yargı alanlarının bile uzlaşmaz biçimde farklı olduğunu ileri süren: “[Bir] Romanist (Kıta Avrupalı hukukçu, ç.n.), İngiliz hukuk deneyimini asla bir İngiliz hukukçu gibi anlayamaz çünkü onu kültürün kendi içinden yorumlayamaz.”) ayrıca bkz. Pierre Legrand, *European Legal Systems Are Not Converging*, 45 INT’L & COMP. L.Q. 52, 76 (1996) (“Ortak epistemolojik öncüllerin yokluğunda [farklı hukuki gelenekler] ... birinin diğerini anlamasına yol açacak bir

Bazı istisnalar dışında<sup>76</sup> *kadıjustiz* artık daha tarihsel temelli kaynaklara erişimi olan bilim insanları tarafından körü körüne kabul edilmiyor. Weberci düşünce bir zamanlar İslam hukuk tarihine taşınmış ve hâkim olmuş olsa da,<sup>77</sup> bir sonraki bölümde ayrıntılarıyla anlatıldığı üzere, bu alan son yarım yüzyılda önemli ölçüde ilerleyerek “*qâdî* adaleti”nin, yani İslam hukukundaki yargılama usulü peyzajının, tarihi delillere dayalı olarak daha iyi çizilmesini sağladı.

### C. İSLAM HUKUK TARİHİNDE KADİJUSTİZ

Her şey yitip gitmedi. Son zamanlardaki bilimsel araştırmalar, yargılama usulü mefhumlarına karşılaştırmalı ışık tutabilecek yollarla İslam hukukunun—en azından İslam hukukunun kuruluş sonrası dönemiyle ilgili olarak—daha ayrıntılı bir şekilde ele alınması için mebzul miktarda malzeme sağlamıştır. İslam hukukunun *kadıjustiz* ile aydınlanmış hukuk akademisi tarafından tutulduğu pespaye muamelelerin aksine, son zamanlardaki bilimsel araştırmalar, tarih bilgisine dayalı karşılaştırmalı hukuk çalışmalarını beslemek için bol miktarda malzeme sağlıyor.

Bazı akademisyenler Weber’in tezlerini doğrudan çürütmeye çalışırken<sup>78</sup> çoğu, adli uygulamalara ilişkin ayrıntılı yerel tarihler sundu. Birkaçını saymak gerekirse bu tarihler, 13. ve 14. yüzyıllarda Mısır

---

alışverişe girişemez”). *Bkz.* Whitman, *supra* note 68, 313’te (Vivian Curran, Nora Demleitner, Josef Esser, Pierre Legrand ve Annelise Riles dahil olmak üzere muhtelif farklılık teorisyenlerini, onlardan önceki hukukun millî karakterine ilişkin Romantik teorilerle birlikte gözden geçiren).

<sup>76</sup> *Bkz.* TIMUR KURAN, THE LONG DIVERGENCE: HOW ISLAMIC LAW HELD BACK THE MIDDLE EAST (2011) (Müslüman dünyadaki ekonomik az gelişmişliğe ilişkin açıklamalarında Weberci *kadıjustiz*’in hukuk ve ekonomi bilimi üzerindeki devam eden etkisini inceleyen). Kuran, Weber’in “ekonomi ve toplum” tezlerinden, özellikle de inanç veya *kadıjustiz* ile modern kapitalizm arasındaki ilişkiden yararlanarak iktisatçılar, hukuk ve kalkınma akademisyenleri tarafından sıklıkla ele alınan Müslüman dünyasının ekonomik durumundan İslam hukukunun sorumlu olduğu yönündeki tartışmalı iddiayı ortaya atmıştır. *Bkz. id.* 45-47’de. *Kadıjustiz*’in külliyen benimsenmesinin sonucu, derslikte kısır hale gelmiş karşılaştırmalı hukuk bilimi ve mahkeme salonunda arzu edilmeyen acınası argümanlar olsaydı, onun ekonomi teorisinde ve (şirketlere atfen, *ç.n.*) yönetim kurulu odasında benimsenmesinin hukuka ve kalkınmaya faydası olmayan olumsuz sonuçlarını pekâlâ görebilirdik. *Bkz. supra* note 45.

<sup>77</sup> *Bkz.* JOHANSEN, *supra* note 40, 51’de. Johansen, Schacht’in Weber’in “kutsal hukuk” kavramlarını uygulayarak “batı”da İslam hukuku çalışmalarını önemli ölçüde nasıl şekillendirdiğini ayrıntılandırdı. *Bkz. id.*; ayrıca *bkz. supra* note 66.

<sup>78</sup> *Bkz. örneğin* Amira Sonbol, *Women in Shari’ah Courts: A Historical and Methodological Discussion*, 27 FORDHAM INT’L L.J. 225, 227 (2003) (Weber’in “kadı adaleti paradigması”ni reddeden ve “İslam tarihinin çeşitli dönemlerinde uygulanan hukuk sistemi hakkında ayrıntılı bilgi sağlayacak daha titiz arşiv araştırmalarını” savunan); ayrıca *bkz.* Powers, *supra* note 40 (Tarihsel kaynaklardan alınan hukuki tatbikata ve usullere atıfta bulunarak Weber’in hayali *kadıjustiz* mefhumunu tarihe dayalı “*qâdî* adaleti” mefhumlarından ayıran).

mahkemelerinin,<sup>79</sup> 15. yüzyılda Endülüs mahkemelerinin<sup>80</sup> ve 16. yüzyıl ve sonrasında Osmanlı mahkemelerinin<sup>81</sup> yapılarına ve usullerine ilişkin hukuki reformları içermektedir.

Abbâsi mahkemelerinin, yedinci yüzyıldan on birinci yüzyıla kadar olan, [görünüşte Weber ve Griswold'un (imgesindeki, ç.n.) kadının yaşadığı] "kurucu dönemi"nin mahkemeleri daha az iyi araştırılmıştır.<sup>82</sup> Emile Tyan ilk dönem İslam hukuk tarihinde yargılama usulünün haritasını çıkarmak için erken bir girişimde bulunsa da, çalışması genellemeler sunmakta ve aktardığı zamandan daha sonraki bir döneme ait kaynaklara dayanmaktadır.<sup>83</sup> Daha ilgi çekici olan, Christian Müller ve Wael Hallaq'ın

<sup>79</sup> Bkz. Yossef Rapoport, *Legal Diversity in the Age of Taqlid: The Four Chief Qādīs under the Mamlūks*, 10 İSLAMIC L. & SOC'Y, July-Oct. 2003, 210, 210-23'te (Orta Çağ İslamî yargı sisteminde yapılan değişiklikleri, dört baş-qādī atanmasıyla birlikte tartışan); ayrıca bkz. ÉMILE TYAN, HISTOIRE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE EN PAYS D'ISLAM 138-42 (2d ed. 1960); Joseph H. Eskovitz, *The Establishment of Four Chief Judgeships in the Mamlūk Empire*, 102 J. AM. ORIENTAL SOC'Y 529 (1982); Sherman A. Jackson, *The Primacy of Domestic Politics: Ibn Bint al-A'azz and the Establishment of Four Chief Judgeships in Mamlūk Egypt*, 115 J. AM. ORIENTAL SOC'Y 52 (1995); Jørgen Nielsen, *Sultan al-Zāhir Baybars and the Appointment of Four Chief Qādīs*, 663/1265, 60 STUDIA ISLAMICA 167 (1984). Suriye ve Mısır mahkemelerine dair daha fazla tartışmalar için bkz. Michael Winter, *Ottoman Qādīs in Damascus in the 16th-18th Centuries*, in LAW, CUSTOM, AND STATUTE IN THE MUSLIM WORLD: STUDIES IN HONOR OF AHARON LAYISH 88-89 (Ron Shaham ed., 2007), Osmanlı İmparatorluğu'nda baş-qādī'nin vekilleri aracılığıyla devam eden temsil sistemini gösteren; ve Adel Allouche, *The Establishment of Four Chief Judgeships in Fātimid Egypt*, 105 J. AM. ORIENTAL SOC'Y 317 (1985), on ikinci yüzyıldaki baş hakimliklerin erken sistemi üzerine çalışmaları irdeleyen.

<sup>80</sup> Bkz. genel olarak Powers, *supra* note 40.

<sup>81</sup> Bkz. Ronald C. Jennings, *Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th C. Ottoman Kayseri: The Kadi and the Legal System*, 48 STUDIA ISLAMICA 133, 134 (1978) [bundan sonra Jennings, *Kadi, Court, and Legal Procedure*]; ayrıca bkz. Ronald C. Jennings, *Limitations of the Judicial Powers of the Kadi in 17th C. Ottoman Kayseri*, 50 STUDIA ISLAMICA 151 (1979) [bundan sonra Jennings, *Limitations of the Judicial Powers of the Kadi*] (qādī'nin, fikhî çalışmalardan gelen esaslı hukuki öğretisi kadar pozitif hukuk düzenlemelerinin (*kanun*) metinlerinin ve dahi diğer Osmanlı devlet memurları ve kadı asker (kazasker, ç.n.) paşa sancağı kadısı ve yerel müftü veya şeyhülislamı da içeren mücavir qādī'lardan neş'et eden yerel geleneklerin iktiza ettiği idari gerekliliklere dayalı yetkilerine dair muhakeme usullerini ve diğer sınırlamaları detaylandırır). Weberci *kadıjustiz* idealini reddetmesine rağmen Jennings, özellikle Osmanlı Kayserisindeki qādī'nin Weberci meşruiyetin üç biçimini de benimsediğini belirtir: "rasyonel-bürokratik, geleneksel ve karizmatik." Jennings, *Kadi, Court, and Legal Procedure*, *supra*, 137'de.

Weber'in kadı-adaleti ve şeriatin mahiyetine ilişkin vardığı sonuçlar benimkilerden oldukça farklıdır. Bunlar modası geçmiş ve Avrupa yanlısı kültürel üstünlük farazyelerine bulanmış, ki bu da onları akademik açıdan çok az değere sahip kılmaktadır. Ancak buradaki amaç, Weber'in kesinlikle karşı çıkacağı belirli bir olguyu açıklamak için Weber'in sosyolojik meşruiyet teorisini kullanmaktır.

*Id.*

<sup>82</sup> Bkz. genel olarak RABB, *supra* note 27.

<sup>83</sup> Bkz. TYAN, *supra* note 79, 7-9'da (İslam hukukunun "kurucu dönemi"ni teferruatı ile izah eden).



yanı sıra Mathieu Tillier Abbasilerin Irak, Mısır ve diğer yerlerdeki ilk dönem mahkemeleri hakkında kapsamlı yazılar yazmıştır.<sup>84</sup>

Elbette İslam'ın uzun kuruluş dönemine ait mahkemelerin ve yargılama usullerinin resmini tamamlamak için daha fazla çalışmaya ihtiyaç bulunmaktadır—daha büyük bir projenin konusu. Bir kez tamamlandığında, diğerleriyle birlikte böyle bir aktarım, daha derin bir karşılaştırmalı çalışma için karşılaştırmalı hukuk ilmiyle verimli bir şekilde ilişkilendirilebilir.<sup>85</sup> Bununla birlikte, İslam tarihinin çeşitli dönemlerine ait mahkemelere ilişkin mevcut çalışmalar, *qādi*'ların yargılama usullerinin, bekleneceği üzere hayali *kadijustiz* anlatımıyla çelişen ilgi çekici resimlerini sunmak için yeterince iyi belgelenmiştir.

Hayali derken, sadece tarihsel olarak yanlış olduğunu kastetmiyor yahut evrensel olarak yanlış olduğunu ileri sürmek istemiyorum. Bunun yerine, Amerikan mahkeme salonlarında popüler olan *kadijustiz* kavramının kelimenin tam anlamıyla kurgu eserlerden geldiğini kastediyorum.<sup>86</sup> Yüksek Hâkim Frankfurter muhtemelen bu fikrinin en azından bir kısmını, tanınmış bir İngiliz oryantalist ve diplomatın onlarca yıl önce çevirdiği *Binbir Gece Masalları*'ndan aldı.<sup>87</sup> Viyana'da doğmuş, Almanca konuşan ve “Weber'i okumayı alışkanlık haline getiren” hâkim, asıl kısmı Weber'in kendisinden almıştı ve kurgusal versiyonuyla birlikte *kadijustiz* mefhumunu Amerikan mahkeme salonlarına tanıtmış olmalıydı.<sup>88</sup> En nihayetinde *qādi*'sı zaten hiçbir zaman bir ağacın altında oturmamış olan Max Weber'in İngilizceye tercüme edilmesinden önce yazmıştı.<sup>89</sup> Harvard Hukuk Fakültesi Dekanları Roscoe Pound ve Erwin Griswold da benzer şekilde *Binbir Gece Masalları*'na başvurmuş, *qādi*'nin İslam hukuku mahkemelerinden (*shari'a* mahkemeleri) ziyade halifenin hakkaniyet mahkemesini (*mazālim* mahkemeleri ve diğer yargısal görev alanları) tespit etmiş olmalıydılar. İkisi arasındaki farklardan

<sup>84</sup> Bkz. Mathieu Tillier, *Qādis and the Political Use of the Mazālim Jurisdiction Under the Abbāsids*, in PUBLIC VIOLENCE IN ISLAMIC SOCIETIES: POWER, DISCIPLINE, AND THE CONSTRUCTION OF THE PUBLIC SPHERE, 7TH-19TH CENTURIES CE 42-66 (Christian Lange & Maribel Fierro eds., 2009); ayrıca bkz. TYAN, *supra* note 7-9.

<sup>85</sup> Erken dönem İslam hukukunda mahkemeler ve adaletin yönetimi üzerine bu tür bir çalışmayı üstlenmiş durumdayım.

<sup>86</sup> Bkz. William Raveis Real Estate, Inc. v. Comm'r of Revenue Servs., No. 387235, 1994 WL 324417, \*8 n.2'de (Conn. Super. Ct. June 24, 1994) (doğrudan *Binbir Gece Masalları*'na atıfta bulunan); ayrıca bkz. *infra* note 164.

<sup>87</sup> Yüksek Hakim Frankfurter, o dönem İngiliz popüler edebiyatında çok iyi bilinen, ağaçlarda gezinen *qādi*'yi tasvir eden kurgu eserlere kolaylıkla erişebiliyordu. Bkz. THE BOOK OF THE THOUSAND NIGHTS AND A NIGHT (Richard F. Burton trans., 1885).

<sup>88</sup> Laura Nader, *Law and the Theory of Lack*, 28 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 191, 198 (2005).

<sup>89</sup> Weber'in *Rechtssoziologie*'sinin (*Hukuk Sosyolojisi*) 1921'de “hatalı baskısı”nın yayınlanmasının ardından orijinal el yazması 1957'de yeniden keşfedildi, ilk kez 1960'ta Almanca olarak yayımlandı ve ilk kez 1968'de İngilizce'ye çevrildi—Frankfurter'in meşhur formülasyonundan neredeyse yirmi yıl sonra. Bkz. JOHANSEN, *supra* note 40, 47 n.168'de.

habersiz olan İkinci Temyiz Dairesi Hâkimi Irving Kaufman, Binbir Gece Masalları'nda müteaddit defalar tasvir edilen Hârûnürreşîd'in idari-kazai rolünden mütevellit adaletini, birleşik bir Amerikan *kadijustiz* mefhumunu üretmek amacıyla Weber'in *kadısının* ile birleştirdi.

Bu nedenle, Weberci *kadijustiz* fikrinin, çoğu hâkimin İslami bağlamlardaki tarihsel uygulamalarıyla eşleşmediğini ileri sürmek dikkate şayan değildir.<sup>90</sup> İlginç olan, hukuk fakültesi dersliklerinin ve mahkeme salonlarının *qâdi* ile olan münasebetinin, bu tarihi dikkate alma konusunda büyük ölçüde başarısız olmasıdır. Bu Makalenin amaçları doğrultusunda, yabancı hukuka olumsuz atıf olarak acınası argümanlarla iştiğal eden Amerikan mahkemelerinde hukuki gerekçelendirme açısından bu başarısızlığın olumsuz sonuçlarıyla ilgileniyorum.

## II. MAHKEME SALONUNDA KADIJUSTIZ

Bazı açılardan İslam hukukundaki yargılama süreci, Amerikan mahkeme salonlarında neredeyse bir *terra incognita*'dır. Neredeyse, çünkü bu (alanın, *ç.n.*) topoğrafyası, Amerikan mahkemelerinde hukuki gerekçeye alınmamıştır. Fakat alındığında dahi Amerikalı hâkimler, aynı görüşte olmadıkları bir akıl yürütme çizgisinden kendilerini uzaklaştırmak için hemen Yüksek Hâkim Frankfurter'in *kadijustiz*'ine başvurular.<sup>91</sup> Hâkim Kaufman, "Max Weber'in bir zamanlar büyük halifenin emsallere veya hukukun gerekçeli bir şekilde irdelenmesine aldırmaşızın her bir davayı sezgisel olarak karara bağlaması şeklinde tarif ettiği 'Kadı adaleti'nin taraftarı olmadığını açıkça belirtti."<sup>92</sup> Benzer şekilde, federal mahkemelerin<sup>93</sup> yanı

<sup>90</sup> Müslüman dünyasındaki kazai uygulamaların resimlerini yeniden inşa eden hukuk tarihi çalışmalarına ek olarak Edward Said, beşeri bilimlerde onlarca yıl önce "oryantalizmi" meşhur bir şekilde tanımlamış ve yapısöküme uğratmıştır. *Bkz. genel olarak* EDWARD W. SAID, *ORIENTALISM* (2014) (Avrupalı güçlerin, (Amerika, *ç.n.*) Birleşik Devletlerin ve bu ikisinden biriyle veya her ikisi ile ortaklaşmış yönetici Arap elitlerinin sömürgeci hırslarını üstü kapalı bir şekilde haklı çıkaracak şekillerde sözde Şark'ı, özellikle de Orta Doğu'yu, özelleştiren egzotik görüntülerden zuhur eden Avrupa ve Anglo-Amerikan söyleminde "Arap-İslam halklarına ve kültürlerine karşı ince ve ısrarcı Avrupa merkezli önyargıyı" ortaya koyan).

<sup>91</sup> *Bkz. infra* Part II.

<sup>92</sup> Irving Kaufman, *Judicial Review of Agency Action: A Judge's Unburdening*, 45 N.Y.U. L. REV. 201, 208–209 (1970).

<sup>93</sup> 2000 gibi yakın bir tarihte, bir federal hakim, "sempatik bir davacının" hakkaniyet temeline dayandığını düşündüğü aktif dava ehliyetine, yürürlükteki kanunun açık anlamına aykırı bir şekilde, sahip olduğu yönünde meslektaşlarının vardığı sonuca itiraz etmek için Frankfurter'in kadı mefhumunu yeniden canlandırdı. *Bkz. Stewart v. Thorpe Holding Co. Profit Sharing Plan*, 207 F.3d 1143, 1164 & n.9 (9th Cir. 2000) (O'Scannlain, J., karşı oy).

Davalara, hakkaniyet hakkındaki öznel görüşümüze göre değil hukuka dayalı olarak karar vermeliyiz ... Yüksek Hakim Frankfurter'in yerinde bir şekilde ifade ettiği gibi "[b]u bir temyiz mahkemesidir, kurullarla sınırlandırılmamış bir mahkeme değil. Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz."

sıra eyalet mahkemelerindeki<sup>94</sup> diğer hâkimler de görüşlerini desteklemek amacıyla defalarca *kadijustiz*'e atıfta bulundular ve bunu 2005 kadar yakın bir tarihte yaptılar.<sup>95</sup> Özellikle hâkimleri eğiten hukuk fakültesi profesörleri ve dekanlarının da bu kavramı kullandıkları bilinmektedir. Harvard Hukuk Fakültesi Dekanları Griswold ve Pound'un, Amerikan hukukundaki daha akıl odaklı, usul kuralları ile yüklü ve kapsamı sınırlandırılmış yargı yetkisi vizyonlarını öne çıkarabilmek için, buna mukabil "bir ağacın altında oturan Hârûnürreşid\* tarafından dağıtılan adalet" olarak nasıl sınırsız bir İslamî yargılama yetkisi tasvir ettiklerini gördük.<sup>96</sup> Bu hukukçulara ve bilim insanlarına göre İslamî yargılama süreci, pek de belirgin olmayan hallerde hâkimi *persona non grata* haline getirmek suretiyle bu *terra incognita*'dan kurtuldu.

Buna göre hâkimler, tipik acınası argüman tarzında, meslektaşlarının bazı değerleri diğerlerine tercih etme konusundaki yorumlayıcı takdir yetkisini kullanmalarına karşı duydukları güvensizliği (veya tiksintiyi) belirtmek için *kadijustiz*'e başvurdular.<sup>97</sup> Tipik olarak ayrık oy yazan

---

*Id.* (orijinalinde değişiklik) (Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1, 11 (1949) (Frankfurter, J., karşı oy)'u alıntılaman).

<sup>94</sup> 2005'te bir eyalet hakimi Frankfurter'in *qâdî*'sına benzer amaçlarla başvurdu. *Bkz.* Credit Union Cent. Falls v. Groff, 871 A.2d 364, 368 (R.I. 2005) (Sullivan v. Chafee, 703 A.2d 748, 753 (R.I. 1997)'e atfen (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de, alıntılaman (Frankfurter, J., karşı oy)) (Mahkemenin önündeki davayı görmesini engelleyen [moot, ç.n.] sebeplerini ele alamayacağımı vurgulayan: "Biz bir ağacın altında bir kadı gibi oturup şahsi menfaatleri gözeterek adalet dağıtmıyoruz."). [ÇD: Davalının dava konusu işlem ve eylemi durdurması, kanun değişikliği, zamanın geçmesi gibi nedenlerle hüküm verilmesinin faydasız hale geldiğinin anlaşıldığı veya yargılamanın tarafları arasındaki anlaşmazlığın ortadan kalktığı durumlarda, mahkeme davayı görmekten imtina edebilir. Bu duruma "moot", bu nedenle mahkeme tarafından verilen karara "moot order" denilmektedir. Daha fazlası için bkz. <https://www.law.cornell.edu/wex/moot>]

<sup>95</sup> *Bkz. infra* Part II.

\* ÇD: Abbâsi halifesi (786-809). *Bkz.* <https://islamansiklopedisi.org.tr/harunurresid>

<sup>96</sup> Erwin N. Griswold, *The Judicial Process*, 31 FED. B.J. 309, 319 (1972) ("Kesinlikle katı bir şekilde sınırlandırılmış bir yargı yetkisi kavramını savunmuyorum. Baron Parke'in yaklaşımını diğerlerinden daha fazla beğenmiyorum; bizler için adaletin Hârûnürreşid tarafından bir ağacın altında oturarak yönetilmesinden de hoşlanmıyorum.) (POUND'u alıntılanarak, *supra* note 40, 355-56'da); aynı zamanda ayrıca bkz. POUND, *supra* note 40, 355'te ("Doğu adaleti"ni "hukuksuz adalet yönetiminin bir örneği olarak tanımlayan ... [ki burada] hakimnin iradesi ve önündeki davada adil bir sonuca ulaşmak için ne yapılması gerektiğine dair kişisel anlayışı", "zekice bir hikaye anlatan ve Müminlerin Emiri'ni eğlendiren bir suçlu serbest kalırken daha daha ağır olmayan bir suçta yavanlık katan ve hakimi sıkın bir başkasının en ağır cezaya çarptırıldığı Binbir Gece Masalları'ndaki Hârûnürreşid'in hikayelerinde olduğu gibi ... büyük ölçüde ağır basmaktadır.").

<sup>97</sup> *Bkz.* Marie A. Failinger, *Islam in the Mind of American Courts: 1800 to 1960*, 32 B.C. J.L. & SOC. JUST. 1, 13-28 (2012) (*kadijustiz*'e ve daha genel olarak İslam hukukuna Amerikan yollamalarından örneklerle atfen). Açık olmak gerekirse, *kadijustiz*'in fikhî bilgilerin veya İslam hukukundan alıntuların toplamı olduğunu iddia etmiyorum. Eyalet hakimleri ve federal hakimler, kuruluşundan bu yana İslam hukukuna yollamada bulunuyorlar; kimi zaman çok eşlilik gibi ilkel ve kalıcı ahlaki

hâkimler, tercih ettikleri değerlerin *neden* çoğunluk tarafından seçilen değerlere üstün gelmesi gerektiğine ilişkin gerçek argümanlarını gizleyen *kadijustiz*'e, akla dayalı bir meydan okuma olarak değil, çoğunluk tarafından benimsenen değerleri tamamen gayri meşru olarak reddetmek amacıyla duygusal bir çağrı olarak başvurumaktadırlar. Bu sayede *kadijustiz*, yakından incelendiğinde, hâkimlerin reddetmeye çalıştığı gerekçesiz (veya yeterince gerekçelendirilmemiş) fikirlerin özelliklerini sergileyen yeterince belirgin olmayan argümanlar için bir araç haline gelmiştir.

Hâkimlerin *kadijustiz* kavramına başvurduğu anayasal ve kanunî yorum davalarının incelenmesi, hâkimlerin bu kavramı öne çıkarmak için kullandıkları üç temel değeri ortaya koymaktadır. Aşağıda göstermeye çalışacağım gibi, hâkimlerin *kadijustiz*'i metincilik, federalizm ve federal kurumların muhtariyeti gibi belirli değerlere aykırı görünen kararlara karşı çıkmak için sıklıkla kullandıkları ortaya çıkmıştır. Ancak *kadijustiz*'e güvenerek, çoğunluğun veya okuyucunun neden her bir davada galebe çalan değerlerin yerine kendi tercih ettikleri değerlere ayrıcalık tanınması gerektiğini ifade etmekte sürekli olarak başarısız oldular.

## A. METİNCİLİK KARŞITLIĞI OLARAK KADIJUSTİZ: METİN VE USUL YERİNE ESASA HUKUKİ TEVECCÜH

“Ağacın altındaki kadı” klişesine en sık tekrarlanan müracaat, 1949 *Terminiello* kararına muhalif kalan Yüksek Hâkim Frankfurter'den geldi.<sup>98</sup> Bu davada Mahkeme, bir konferans salonunda yaptığı ve dışarıda gürültücü bir kalabalığın oluşmasına neden olan bir konuşmaya dayanarak, genel huzuru bozan davranışlara dair bir Chicago (belediyesi, *ç.n.*) emir ve yasaknamesini\* ihlal ettiği için para cezasına çarptırılan bir kişinin mahkûmiyet kararını inceledi.<sup>99</sup> Mahkûmiyetine itiraz eden dilekçe sahibi, uygulandığı şekilde

---

hastalıklar olarak nitelendiriyorlar, kimi zaman da tefecilik yasağı gibi ahlaki yasaları sürdürdüğü için övüyorlar. Üstelik *kadijustiz*'e bazı atıflar, olumsuzdan ziyade olumlu olmuştur. *Bkz. infra* notes 165-171.

<sup>98</sup> *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 11-12 (1949) (Frankfurter, J., karşı oy).

\* ÇD: 5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun 15/b maddesi uyarınca belediyelere verilen yetki çerçevesinde yine belediyelerce yayımlanan “*belediye emir ve yasakları yönetmeliği*” kavramından hareketle bu kavram tercih edilmiştir.

<sup>99</sup> *Bkz. id.* 2-3'te (davacının yaptığı ihlali izah eden); ayrıca *bkz.* LAWRENCE ROSEN, THE ANTHROPOLOGY OF JUSTICE: LAW AS CULTURE IN ISLAMIC SOCIETY 58 (1989) (Yüksek Hakim Frankfurter'in *qâdi* “resmini” İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından yayınlanan bir beyandan almış olabileceğini öne süren). Yıllar önce, Lord Hakim Goddard şunu ifade etmişti: “Mahkeme ... gerçekten de palmye ağacının altındaki bir kadı konumuna yerleştirilmiş durumda. Kendisini (kadıyı, *ç.n.*) belirli şekilde hareket etmeye yönlendiren hiçbir prensip bulunmamaktadır. Kendisine rehberlik edecek hiçbir hukuk kuralı bulunmadığından, bu koşullarda elinden gelenin en iyisini yapması gerekmektedir.” *Bkz.* ROSEN, *supra*, 58'de (Lord Justice Goddard'ı alıntıyla).

\* ÇD: Amerikan Anayasası'nda yapılan ilk tadilat “*First Amendment*” olarak adlandırılmakta olup ifade hürriyeti (*freedom of speech*) ile ilgilidir. *Bkz.* <https://www.law.cornell.edu/wex/ordinance>. Amerikan Anayasası'nda bu şekilde

emir ve yasaknamenin, Birinci Değişiklik'teki\* ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini savundu. Ayrıca, sarf ettiği sözlerini anayasal koruma kapsamının dışına çıkaracak “kavgacı sözler” veya başka tahkir/tezyif edici ifadeler kullanmadığından bahisle Mahkemenin mahkûmiyet kararını kaldırması gerektiğini savundu.<sup>100</sup> Çoğunluk, emir ve yasaknamenin görünüş itibarıyla anayasaya aykırı olduğunu ileri sürerek bu konuyu (ifade özgürlüğünün ihlali iddiasını, ç.n.) ele almayı reddetti.<sup>101</sup> Çoğunluk adına yazan Hâkim William Douglas, eyalet mahkemesi hâkiminin söz konusu yasal ifadeyi– “huzuru bozmak”–“halkı öfkeliendirmek, anlaşmazlığa davetiye çıkarmak, huzursuzluk yaratmak veya rahatsızlık yaratmak” anlamında tanımladığını belirtti.<sup>102</sup> Bu anlamların her biri, Birinci Değişiklik'in ifade özgürlüğü korumasına aykırıydı; ki bu korumanın temel işlevi “hükümet sistemimiz altında anlaşmazlığa davetiye çıkarmaktır.”<sup>103</sup> Mahkeme, emir ve yasaknamenin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle mahkûmiyeti bozdu.<sup>104</sup>

Yüksek Hâkim Frankfurter itiraz etti. Bu, temel anayasal hak olan ifade özgürlüğünün korunmasının esasları konusunda hemfikir olmadığı anlamına gelmiyordu. Bunun yerine Yüksek Mahkeme'nin, alt derece mahkemelerde ortaya çıkan önemli davaları veya anlaşmazlıkları karara bağlamak için anayasaya dayalı kendi *muhakeme usulünü* ihlal ettiğini düşünüyordu.<sup>105</sup> Bu durumda, konunun mutad manada önemli olmadığını, çünkü emir ve yasaknamenin cezaî değil hukukî olduğunu ve yalnızca 100 dolarlık bir para cezasının mevzubahis olduğunu ileri sürüyordu (her ne kadar ifade özgürlüğünün öneminin miktar olarak ölçülemeyeceğini\* ifade etmek suretiyle dikkatli olsa da).<sup>106</sup> Daha da kötüsü, hiç kimsenin emir ve

---

adlandırılan ve sonucusu 1992 yılında yapılan yirmi yedi değişiklik bulunmaktadır. Bkz. <https://constitution.congress.gov/>.

<sup>100</sup> *Bkz. Terminiello*, 337 U.S. 4'te.

<sup>101</sup> *Id.*

<sup>102</sup> *Id.*

<sup>103</sup> *Id.*

<sup>104</sup> *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 5-6 (1949) (*Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931)'ye atfen) (“[B]u davada, eyalet kanunu kapsamındaki genel bir jüri kararına dayanan mahkûmiyet hükmü, kanunun bir kısmının anayasaya aykırı olması nedeniyle iptal edildi.”).

<sup>105</sup> *Bkz.* U.S. CONST. art. III, § 2.

\* ÇD: Tazminat hesabı dili ile “*kuruşlandırılmayacağı*”.

<sup>106</sup> *Bkz. Terminiello*, 337 U.S. 12'de (Frankfurter, J., karışı oy).

\* ÇD: *Jury instruction*, davada tüm deliller sunulduktan ve son beyanlar alındıktan sonra, jüri tarafından delillerin takdirinde ve kendi aralarındaki müzakerelerde uyması gereken kuralları hatırlatan ve hâkim tarafından kaleme alınarak jüriye tebliğ edilen belgedir. Jüri talimatlarına aykırılık, yargılamanın sil baştan yapılmasına neden olabilir (*mistrial*). *Bkz.* [https://www.law.cornell.edu/wex/jury\\_instructions](https://www.law.cornell.edu/wex/jury_instructions)

\* ÇD: *Federal question*, bir eyalet mahkemesi önünde görülen bir uyuşmazlıkta Amerikan Anayasası, federal yasa, uluslararası antlaşma veya uluslararası hukuku ilgilendiren bir boyutun tespit edilmesi halinde, davanın federal mahkemeye taşınabilmesini ifade eder. *Federal question jurisdiction* kavramı da bununla ilintili

yasaknamenin anayasaya uygunluğuna ve hatta jüri talimatlarına\* dahi itiraz etmemesi nedeniyle federal bir dava veya muarazanın olmadığını savundu. Bunun yerine Mahkemenin, hiçbir zaman dile getirilmeyen bir federal meseleyi (*federal question*\*) muhafaza etmek amacıyla eyalet mahkemesinin kendi (eyalet, ç.n.) kanununa ilişkin yorumunu tersine çevirme görevini iş edindiğinden yakındı.<sup>107</sup>

Eyalet davalarının inceleme için buraya geldiği 130 yıl boyunca ilk kez bugün bu Mahkeme, bir Eyalet mahkemesi tarafından ne burada ne de aşağıda ileri sürülen ve bu Mahkemedeki derdest davada davacı namına açıkça reddedilen bir gerekçeyle verilen cezayı bozuyor.<sup>108</sup>

Yüksek Hâkim Frankfurter, Mahkeme'nin bunu yaparak hukukun kısıtlamalarıyla sınırlı olmayan *kadijustiz* alanına girdiğinden dert yandı. Duygulara hitap ederek muhalefet gerekçesinde şiddetle itiraz etti: "Bu bir temyiz mahkemesidir, kurallarla sınırlandırılmamış bir mahkeme değil. Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz."<sup>109</sup>

Yüksek Hâkim Frankfurter tam olarak neyi reddediyordu? Görünüşe göre o, davacıların Mahkeme'nin yetkisini tetiklemek için bir dava veya muaraza ileri sürmesini gerektiren anayasal bir prosedür yerine anayasal ifade özgürlüğü hakkına üstünlük/öncelik tanıdığından bahisle Mahkeme'yi kınamak için *kadijustiz*'e başvurmuştur. Yani Mahkeme, Yüksek Hâkim Frankfurter'in yasanın "kurallarına ve ilkelerine bağlı olunması" yönündeki daha büyük arzusunu yerine getirmede başarısız oldu; öyle ki "her kazaî karar ... sadece sağladığı fayda açısından değil, hukukun dokusunun bir parçası olarak da haklı gösterilebilir olmalıdır."<sup>110</sup> İslam hukukuna yapılan alelaide atif kisvesi altında gizlenmiş olsa da onun *kadijustiz*'e başvurması, Mahkeme'nin metinsel kurallar tarafından yönlendirilmediği ve esasî usulün üstüne çıkardığı yönünde bir suçlamaydı.

Birkaç on yıl sonra gerçekleşen bir başka ifade özgürlüğü davasında, Temyiz Mahkemesi İkinci Dairesinden Hâkim Richard Cardamone, federal mahkemelerin Birinci Değişiklik'e dayanarak yasa ve düzenlemeleri inceleme hakkını değerlendirirken benzer şekilde bu *kadijustiz* anlayışına başvurdu: "Bir mahkemenin, Birinci Değişiklik hakkının kullanılmasına dair hükümet kısıtlamalarını inceleme yetkisi, aşırı uçlar arasında orta yolu işgal eder. (Federal, ç.n.) *kurumun uzmanlığına sorgusuz sualsiz boyun eğmez ve 'bir*

---

olup eyalet mahkemelerinin böyle bir davayı görmek konusundaki görev ve yetkisini ele alır. Kavramlar ve ilinti diğer kavramların izahı için bkz. [https://www.law.cornell.edu/wex/federal\\_question](https://www.law.cornell.edu/wex/federal_question)

<sup>107</sup> *Bkz. id.* 9'da (bu davayı *Stromberg*'de gündeme getirilen vakıalar ve hukuki sorunlarla karşılaştıran).

<sup>108</sup> *Id.* 8-9'da.

<sup>109</sup> *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 11 (1949) (Frankfurter, J., karşı oy).

<sup>110</sup> Bu beyanın arkasındaki anlama dair özlü bir yorum için, *bkz.* CHARLES FRIED, SAYING WHAT THE LAW IS: THE CONSTITUTION IN THE SUPREME COURT 2 (2004), Frankfurter'in "ağacın altındaki kadı"ya itirazının hakimlerin ve mahkemelerin rolüne ilişkin daha büyük arzusunu yansıttığını açıklayan.

ağacın altındaki kadı gibi' bireysel menfaat mefhumuna göre adalet dağıtmaz."<sup>111</sup> Hâkim Cardamone, uzak ve yakın doğudan—her ikisi de yabancı hukukun eşit derecede mahzurlu biçimleri<sup>112</sup>—*kadijustiz* tarzı hukuka ilişkin karma metaforlar aracılığıyla esaslı anayasal ihlallerine dair emirleri inceleme yetkisinin geniş olduğunu; ne var ki bir davada sadece hakkaniyete dayalı sınırsız takdir yetkisinin, esaslı usule tercih edecek şekilde kullanılmasını sağlayacak kadar geniş olmadığını öne sürüyordu. Bu davada Hâkim Cardamone, yargı yetkisinin kapsamının, mahkemenin Katolik eşcinsellerin New York Şehri Eşcinsel Onur Yürüyüşü sırasında ifade özgürlüğü gerekçesiyle St. Patrick Katedrali önünde gösteri yapmasını engelleyen New York Şehri polis emrini bozmasına cevaz verdiği sonucuna vardı.<sup>113</sup> Ancak bunu yaparken münasip şekilde ileri sürülen esaslı anayasal gerekçelere dayanması nedeniyle mahkemenin kararının *kadijustiz* olmadığını açıklamaya dikkat etti.<sup>114</sup>

Diğer davalar, anayasa hukuku bağlamının ötesinde, metincilik karşıtı, esasın usulün üstünde tutulduğu karar alma mekanizması olarak *kadijustiz* temasını takip etti. Kanunî yorum davasına bir örnek, *Stewart v. Thorpe Holding Co. Profit Sharing Plan* davasıdır.<sup>115</sup> Burada, Temyiz Mahkemesi Dokuzuncu Daire heyetinin çoğunluğu, bir emeklilik planı iştirakçisinin eski eşinin, eski kocasına yapılan emeklilik maaşı ödemelerinden katılım alacağı için dava açma hakkına sahip olduğuna karar verdi.<sup>116</sup> Bölge mahkemesi, Çalışan Emeklilik Geliri Güvenliği Yasası (ERISA) kapsamında aktif dava ehliyeti bulunmadığına karar vermişti.<sup>117</sup> Alt mahkemeye aynı fikirde olan Hâkim Diarmuid O'Scannlain, "çoğunluğun ERISA'yı kanunun açık anlamıyla tutarsız bir şekilde yorumladığından" şikayetçi oldu.<sup>118</sup> Karşı oy

<sup>111</sup> Olivieri v. Ward, 801 F.2d 602, 606 (2d Cir. 1986) (emphasis added) (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de, alıntılaman (Frankfurter, J., karşı oy)).

<sup>112</sup> *Bkz. genel olarak* RUSKOLA, *supra* note 46.

<sup>113</sup> *Bkz. id.* 607'de; ayrıca *bkz. infra* Part II.C (federal adli inceleme ve idari düzenlemeler arasındaki etkileşimi tartışan).

<sup>114</sup> *Bkz.* Olivieri, 801 F.2d 607'de.

<sup>115</sup> 207 F.3d 1143 (9th Cir. 2000).

<sup>116</sup> *Bkz. id.* 1158'de.

<sup>117</sup> *Bkz. id.* 1147'de (muhakeme tarihini ayrıntılandıran); ayrıca *bkz.* Employee Retirement Income Security Program (ERISA), as amended by the Retirement Equity Act, 29 U.S.C. §§ 1132(a)(1), 1056(d)(1), 1144(a) (2014).

<sup>118</sup> Stewart, 207 F.3d 1158'de (O'Scannlain, J., karşı oy) (ERISA kapsamındaki aktif dava ehliyeti (husumet, *ç.n.*) gereklilikleri aşağıdaki terimlerle tartışan: "Stewart tarafından ortaya konulan türden ERISA'ya dayalı talepleri ileri sürme yetkisine (aktif husumete, *ç.n.*) sahip olabilmek için bir kişinin, görünen eyalet kanuni sınırlamaların engellenmediği veya önleyici şekilde devre dışı bırakmadığı, kapsam dahilindeki bir planın 'katılımcısı' veya 'yararlanıcısı' olması gerekir.").

\* ÇD: *Chancery*, Kral naipliği makamını; *Chancellor* Kral naibini ifade eder. *Common law* ile ve/veya kraliyet mahkemelerinde derdine derman bulamayanların Kral'a yakınmaları neticesinde zaman içinde yarı kazai yarı idari işlev gören makam olarak (*court of chancery*) ortaya çıkmıştır. Yakınmaların ve ihtilafların hakkaniyet ilkesi esas alınarak halli yoluna gidildiği için *court of equity* olarak bilinmektedir. İslam hukukunda kısmen mezalim mahkemelerine benzetilebilir.

gerekçesinde, çoğunluğun kanunun metnini göz ardı ettiğini, çünkü çoğunluğun kanun yerine hakkaniyete hizmet etmek istediğini, metincilik karşılığını kullanarak *kadijustiz* istikametinde esaslı usulden üstün tuttuğunu belirtti:

Stewart sempatik bir davacıdır ve çoğunluğun [yasal] gereklilikleri yeniden kaleme alması, hiç şüphesiz, en iyi niyetler ile gerçekleştirilmiştir. Ancak çoğunluğun farkına varamadığı şey, Chancery\* günlerinin sona erdiğiidir. Davaları, hakkaniyet hakkındaki öznel görüşümüze göre değil, kanuna dayalı olarak karara bağlamalıyız ... Yüksek Hâkim Frankfurter'in yerinde bir şekilde ifade ettiği gibi, “[b]u bir temyiz mahkemesidir, kurullarla sınırlandırılmamış bir mahkeme değil. Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz.”<sup>119</sup>

Bu ve diğer durumlarda *kadijustiz*'e başvurmak, karşı oy kaleme alan hâkimlerin karşı görüşlere sahip olanları hem anayasal hem de kanunî yorumda hakkaniyet odaklı, kibirli, metin karşıtı aktivizmle suçlamalarının basit bir yoluydu.<sup>120</sup>

Ancak *kadijustiz*'e yapılan atıf, iki meşru ve birbiriyle çatışan değeri kabul eden veya mahkemenin neden bir değerler dizisini diğerine tercih etmesi gerektiğine dair spesifik argümanlar ortaya koyan bir argüman *değildi* (burada: evlilikte mülkiyet hakları ve hakkaniyet karşısında metinsel bir okumaya dayalı yasama üstünlüğüne ilişkin argümanlar).

---

<sup>119</sup> *Id.* 1164'te & n.9 (dipnot dahil edilmedi) (Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1, 11 (1949)'u alıntılayan (Frankfurter, J., karşı oy)).

<sup>120</sup> Bu tür yollamaların tamamı karşı oy gerekçelerinden gelmiyor. Örneğin, Temyiz Mahkemesi Dördüncü Dairesindeki hakimlerden oluşan bir heyet, kaza mağduruna tazminat verilmesi konusunda mahkeme adil bir değerlendirme yapma eğiliminde olmasına rağmen, söz konusu Virginia kanununun açıkça kazayı sigorta poliçesi teminatları kapsamına koymadığı sonucuna oybirliği ile varmıştır ve aksi yönde bir sonuca varmak *kadijustiz*'in metincilik karşıtı eşdeğeri olacaktır. *Bkz.* Clarke v. Harleysville Mut. Casualty Co., 123 F.2d 499, 502 (4th Cir. 1941). Clarke mahkemesi çoğunluk görüşünde *kadijustiz*'e aşağıdaki şekilde atıfta bulunmuştur:

Virginia kanununun ikinci paragrafındaki kelimeler oldukça açıktır ve kesin ve net bir yasama niyetini ifade ediyor görünmektedir. Bu kelimelere işkence yaparak hayal ürünü anlamlar veremeyiz; muğlak olmaktan başka bir şey olmayan terimlerle ifade edilen kesin/net bir mevzuat ayrımı olarak zuhur eden şeyi göz ardı edemeyiz. Sonuçta biz, kendi sınırsız takdir yetkisinin gerektirdiği amillere göre vasat ama işe yarar bir adalet dağıtan eski bir doğu kadısı olarak değil, kanunlar çerçevesinde adaleti uygulayan bir temyiz mahkemesi olarak görev yapıyoruz.

*Id.*

\* ÇD: *Sovereignty* kavramının Türkçe karşılığı olarak “egemenlik” kavramı tercih edilmiştir. Federalist siyasal sistemlerde eyaletlerin federal kurumlar ile olan ilişkileri bakımından “bağımsızlık (*independence*)” kavramının da yer yer tercih edildiği görülmektedir.



## B.FEDERALİZM KARŞITLIĞI OLARAK KADİJUSTİZ: EYALET EGEMENLİĞİ\* YERİNE

### Federal Kurallar lehine Hâkimin Takdir Yetkisi

Terminiello'nun bir ikinci yorumu, —onu eleştirene göre kadıjustiz'in tecessüm etmiş hali (olan, ç.n.)—kararın federalizme aykırı olduğu yönündeydi.<sup>121</sup> Yüksek Hâkim Frankfurter, hiç kimsenin iddia etmediği bir anayasal meselenin karara bağlanmasına ilişkin usul ihlali iddiasına ek olarak, Yüksek Mahkeme çoğunluğunun kendi emir ve yasaknamesine ilişkin eyaletin yorumunu göz ardı ederek karara varmasından da şikayetçi idi.<sup>122</sup> Başka bir deyişle, Mahkeme yalnızca esasa usule göre üstünlük/öncelik vermekle kalmamış, aynı zamanda federal yargı yetkisini eyalet haklarına üstün tutmuştur.

Mahkemelerin münhasıran eyalet kurumlarınca yapılması lazım gelen işlem ve eylemlerin\* yerini federal hükümetin almasına izin verdiği yönündeki şikayetler üzerine hâkimler, federalizm meseleleri ihtiva eden diğer davalarda kadıjustiz'e atıfta bulundu. 1991 yılında federal temyiz mahkemesinin önüne federal hapisane davalarında federal yasanın eyalet hukukunun taraf/dava ehliyeti kurallarına üstün olup olmadığına ilişkin bir mesele geldiğinde, örnek bir dava ortaya çıkmış oldu.<sup>123</sup>

Harris v. Reeves davasında Temyiz Mahkemesi Üçüncü Dairesi, Philadelphia bölge savcısının, özellikle bu ehliyeti bahsetmek için çıkarılan bir yasa uyarınca federal hapisane davasına müdahil olmak için taraf ehliyetine sahip olup olmadığını değerlendirdi.<sup>124</sup> Mahkumların yerel federal hapisane koşullarına itiraz ettiği bir toplu davada\*, Philadelphia Bölge Savcısı Lynne Abrams, (mahkûmiyet, ç.n.) şartlarında veya mahkumların serbest bırakılmasında herhangi bir değişiklik yapılmasında kendisinin de bir ilgisi olacağı iddiasıyla davaya müdahil olmaya çalışmıştı.<sup>125</sup> Federal Medeni Usul Kurallarının 24(a)(2) kuralı bölge savcısının müdahil olabilmemesini düzenlemekteydi.<sup>126</sup> Bu kural, müdahilin “davada

<sup>121</sup> Bkz. Terminello v. Chicago, 337 U.S. 1, 9 (1949) (Frankfurter, J., karşı oy).

<sup>122</sup> Bkz. id. 8-9'da.

\* ÇD: Burada state action doctrine hatırlanmalıdır. Buna göre ayrımcılık yasağı sadece idari kurumlara getirilmiş, özel kişiler bu yasak haricinde tutulmuştur. Ancak özel kişilerle ilgili ayrımcılık yasağı, Equal Protection Clause ile ele alınmaktadır. Bkz. <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-14/state-action-doctrine>

<sup>123</sup> Bkz. genel olarak Harris v. Reeves, 946 F.2d 214 (3d Cir. 1991).

<sup>124</sup> Bkz. id. 221'de.

\* ÇD: Class action, birden fazla davacının federal veya eyalet hukukunu ilgilendiren bir uyuşmazlıkta, davacı sıfatıyla yer alması mümkün ve muhtemel tüm topluluk üyeleri adına ve onları temsilen hareket etmesidir. Bkz. [https://www.law.cornell.edu/wex/class\\_action](https://www.law.cornell.edu/wex/class_action)

<sup>125</sup> Bkz. id. (bölge savcısının argümanını gözden geçiren).

<sup>126</sup> Id. 222 n.10'da.

yeterli menfaati” olması koşuluyla müdahaleyi hak olarak tanımlıyordu.<sup>127</sup> Bu, meselenin Üçüncü Daire’nin önüne ikinci kez geliyordu. Konu ilk kez 1987’deki Harris v. Pemsley davasında gündeme geldiğinde mahkeme (bölge savcısının, ç.n.) taraf ehliyeti olmadığı sonucuna vardı.<sup>128</sup> O zaman Pemsley mahkemesi, “Pennsylvania yasalarına göre kanuni görevlerinin” sayısının ve ilgisinin kendisine müdahil olma hakkı bahsetmediğine karar vermişti.<sup>129</sup>

Bir yıl sonra Commonwealth\*, herhangi bir federal hapisane davasında bölge savcısına “otomatik taraf ehliyeti” bahşeden bir kanunu kabul etti.<sup>130</sup> Kanun özellikle Pemsley kararını geçersiz kılmak için tasarlanmıştı.<sup>131</sup> Ancak konu ikinci kez mahkemenin önüne geldiğinde mahkeme bölge savcısının müdahil olma hakkının hâlâ daha olmadığı sonucuna vardı.<sup>132</sup> Her ne kadar kanunun dili böyle bir hak yaratıyormuş gibi görünse de, buna tekabül eden “hapisane koşullarına veya Philadelphia hapisaneleri üzerindeki idari sorumluluklara ilişkin yasal (bir) görev veya yetki” yaratmamıştı.<sup>133</sup> Görevler mahkemenin dört yıl önce Pemsley’de verdiği kararlar aynı olduğundan Reeves mahkemesi, eyaletin müdahale

<sup>127</sup> Bkz. Fed. R. Civ. P. 24(a) (“müdahale hakkı”nı düzenleyen kuralları içeren).

Zamanında yapılan başvuru üzerine mahkeme, davaya konu olan mülkiyet veya işlemle ilgili menfaat ve halihazır taraflar bu menfaati yeterince temsil etmedikçe davanın mevcut haliyle karara bağlanmasının, müdahilin haklarının korunmasına pratik bir mesele olarak zarar verebileceği veya buna engel olabileceği iddiasında bulunan ... herhangi bir kimsenin davaya müdahil olmasına müsaade etmelidir.

*Id.*; ayrıca bkz. Harris v. Pemsley, 820 F.2d 592, 596 (3d Cir. 1987).

<sup>128</sup> Pemsley, 820 F.2d 604’te.

<sup>129</sup> *Id.* 597-99’da.

\* ÇD: ABD’deki eyaletlerden dördü, resmi isimlerinde *commonwealth* ibaresini kullanmaktadır. Bu eyaletler Kentucky, Massachusetts, Pennsylvania ve Virginia’dır. İngilizce olan bu terim, siyasi birliğin o toplumun tüm mensuplarının iyiliği için oluşturulduğuna işaret etmektedir. Örneğin Virginia’da, 1776 tarihli Bağımsızlık Bildirgesi’nden (*Declaration of Independence*) hemen önce ilan edilerek yürürlüğe konan Virginia Anayasası’nın Bill of Rights, 3. Madde’sinde şu şekilde ifade edilmektedir: “*That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community (...)*” Keza Birinci Charles’ın kralın tahttan indirildiği 1649-1660 arası *British Interregnum* olarak adlandırılan dönemde kraliyet (*kingdom*) kelimesi yerine *Commonwealth of England* kelimesi kullanılmıştı. Son olarak, Birleşik Krallığa dahil ülkeler ve bağlı topraklar ile eski sömürgelerin katılımı ile oluşan uluslararası örgütün adı da *Commonwealth of Nations*’dır. Bkz. <https://thecommonwealth.org/>

<sup>130</sup> 18 PA. CONS. STAT. ANN. § 1108 (West 2014) (“Bölge savcısı, tutukluluk durumu, süresi veya diğer koşullar nedeniyle bölgedeki mahkumların, suçluların veya tutukluların serbest bırakılmasını veya (ceza infaz kurumuna, ç.n.) kabul edilmemesini gerektirebilecek her türlü işlem hakkında yazılı bildirim alacak ve bu işlemlerde otomatik olarak taraf ehliyeti (husumet) ve menfaat sahibi olacaktır.”).

<sup>131</sup> Bkz. Harris v. Reeves, 946 F.2d 214, 227 (3d Cir. 1991) (Aldisert, J., karşı oy) (yasama tarihini detaylandıran).

<sup>132</sup> Bkz. *id.* 224’te (çoğunluk görüşü) (Commonwealth yasasının taraf ehliyeti (husumet) tanımayan 1108. paragrafını hukuka uygun bulan).

<sup>133</sup> *Id.* 220’de (Harris v. Pemsley, 820 F.2d 592, 602 (3d Cir. 1987)’e atfen).

yetkisi yaratma girişiminin akim kaldığı ve müdahaleyi eyalet yasasından ziyade federal yasanın münasip şekilde düzenlediği sonucuna vardı.<sup>134</sup>

Hâkim Ruggero Aldisert, kendisinden önceki Yüksek Hâkim Felix Frankfurter gibi itiraz etti. Ona göre bu karar, hiç kimse ileri sürmediği ve eyalet aksi yönde açık bir yasa beyanı (statement of law) yayınladığı halde federal hakimlerin (cevaz verilmediği halde) anayasal gerekçelere dayalı olarak eyalet hukukuyla ilgili hükümler vermesine izin vermekle eşdeğerti.<sup>135</sup> Bu, eyalet yasalarının federal mahkemelerde karar verilmesine kaynaklık teşkil etmesini belirleyen ünlü Erie doktrinine\* aykırı olması nedeniyle sorunluuydu.<sup>136</sup> Hâkim Aldisert'in değerlendirmesine göre:

Bir federal bölge hâkiminin, taraf ehliyeti bahşeden ve hukuki menfaati tanıyan bir eyalet kanununun müphem olmayan dilini tanımayı reddettiğini gördük. Bu yapıldığında, çalışan bir geleneksel yargılama sürecine tanık olmadık. Onun yerine, bir palmye ağacının altında adaleti dağıtan, kendi iradesinin emirleri dışında hiçbir otoriteye bağlı olmayan, ilk çağ Müslüman hâkimi olan kadı'nın ölümüyle sona erdiğini düşündüğüm türden çıplak yargı gücünün uygulandığını gördük.<sup>137</sup>

<sup>134</sup> Bkz. *id.* 222'de (Pensilvanya hukuku tarafından değiştirilmeyen federal hukuk meselesi olarak müdahale hakkına atfen).

<sup>135</sup> Bkz. Reeves, 946 F.2d 228'de (Aldisert, J., karşı oy). Judge Aldisert ifade etti:

[B]u, katıksız safsatanın veya yanıltıcı gerekçenin dış sınırlarının çok ötesine geçer ve bir eyalet yasasını hükümsüz ve geçersiz kılan bir federal yargı hükmü haline gelir. Ne bölge mahkemesinde ne de bu mahkemede hiç kimse, 1108. maddenin Pensilvanya veya federal anayasalara göre anayasaya aykırı olduğunu iddia etmedi ve bu kanun—(Anayasanın, *ç.n.*) belirli bir temel hükmünü ihlal ettiğinden veya Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın Üstünlük Maddesi'ni ihlal ettiğinden bahisle—anayasaya aykırı bulunmadıkça ve bulunana kadar ona tam güç ve etki vermemeliyiz.

*Id.*

\* ÇD: Erie doktrini, federal mahkemelerin eyalet düzeyindeki [içtihat hukukuna (*case law*'a) dayalı] *common law*'u uygulayabileceğine dair çerçeveyi sunan öğretilerdir. Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından görülen *Erie Railroad Co. v. Tompkins* (1938) davasında Yüksek Hâkim Brandeis tarafından kaleme alınan çoğunluk gerekçesinde önceki içtihat terk edilerek bu uygulamanın önü açılmıştır. Bkz. [https://www.law.cornell.edu/wex/erie\\_doctrine](https://www.law.cornell.edu/wex/erie_doctrine)

<sup>136</sup> Bkz. *Erie R.R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 71 (1938); *Reeves*, 946 F.2d 228'de (Aldisert, J., karşı oy) (Erie, 304 U.S. 71'de, ve 28 U.S.C. § 1652 (2012)'e atfen) ("Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın veya anlaşmalarının veya Kongre Kararları'nın aksini gerektirdiği veya öngördüğü durumlar dışında, muhtelif eyaletlerin kanunları, uygulandıkları olaylarda Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerindeki hukuk davalarında kararların kuralları (*rules of decisions*) olarak kabul edilecektir.") ÇD: "*rules of decisions*" kavramı az yukarıda değinilen Erie doktrini ile yakından ilintilidir. Müddeabihin değeri yetmiş beş bin Amerikan dolarını aşan ve davacı ve davalının aynı eyalette ikamet etmediği davalarda federal mahkemenin uygulayacağı eyalet hukukunun kapsamına sadece eyaletin yazılı hukukunun değil, içtihadı dayalı *case law*'un (*common law*'un) da dahil olduğunu ifade eden kuraldır. Bkz. 28 U.S. Code § 1652.

<sup>137</sup> *Harris v. Reeves*, 946 F.2d 214, 229 (3d Cir. 1991) (Aldisert, J., karşı oy) (vurgu eklenmiştir).

Kadjustiz'e başvururken açıkça dile getirmediği şey, federal yargı otoritesinin üzerinde eyalet hakları federalizmini (state rights' federalism) savunmasıydı; ve bundan ötürü nedenini ifade etmede de muvaffak olamadı. Bunun yerine, çoğunluğun neden federalizme kendi atfettiği değeri federal kurallara tercih etmesi gerektiğine dair müphem bir neden sunan bir acınası argüman ortaya koymuştu.

Terminiello Mahkemesinin Yüksek Hâkim Frankurter'e yaptığı gibi, Hâkim Aldisert'e göre Reeves mahkemesi, şu anda tipik olarak kanunî yorumun federalizm kuralı olarak ifade edilen şeyi ihlal etmişti. Bu kanona göre, "federal mahkemelerin görevi, (bir) federal yasanın federal ve eyalet yetkileri arasındaki olağan anayasal dengeyi (federal yasa lehine, ç.n.) ortadan kaldırdığını tespit etmeden önce 'Kongre'nin niyetinden emin olmaktır.'"138 Burada mahkeme ne bir anayasa ihlali tespit etti ne de olağan yasama sürecinden geçmiş eyalet hukukuna itibar etti. Hâkim Aldisert'e göre bu, kadjustiz'e tekabül eden bir tür federalizm karşıtlığıydı.

Benzer federalizm endişeleri, gerekçeli karara muhalif kalan bir hâkimin doktor destekli intihara (ötanaziye, ç.n.) yönelik anayasal bir hak tanıyan Dokuzuncu Daire davasında kadjustiz'e başvurmasına yol açtı.<sup>139</sup> Hâkim O'Scannlain, bu kez Washington eyaleti çapında yapılan referandumda kabul edilmeyen bir hakkı tanıdığı için Dokuzuncu Daire'nin tüm üyelerinin çoğunluğunun keyfiligi olarak gördüğü şeye hatırda kalacak bir şekilde itiraz etti.<sup>140</sup> Açık bir anayasal standart veya ihlalin bulunmadığı durumlarda, "bir ağacın altında" (bu kez Hârûnürreşid'in şahsında) kadim Müslüman memur gibi adalet dağıtmak yerine doktor destekli intihar gibi çetrefilli bir konunun yasallığına federal hükümetten ziyade eyaletlerin karar vermesi gerektiğini savundu.<sup>141</sup> Ayrıksı oy gerekçesini kabul eden

<sup>138</sup> Gregory v. Ashcroft, 501 U.S. 452, 460 (1991) (Atascadero State Hosp. v. Scanlon, 473 U.S. 234, 243 (1985)'I alıntılıyarak). Ceza davalarına dair federalizm kanonunun yakın zamandaki *restatement*'i için, bkz. Bond v. United States, 134 S. Ct. 2077, 2083 (2014): "Anayasal yapımız yerel suç faaliyetlerini öncelikli olarak Eyaletlere bıraktığından Kongre yasanın bu kadar geniş bir kapsama sahip olması gerektiğini açıkça belirtmediği sürece federal yasayı bu sorumluluğu ihlal eden bir şey olarak okumayı genel olarak reddettik." ÇD: Amerikan Hukuk Enstitüsü *restatements*, *model kanunlar* ve *ilkeler* yayımlamaktadır. Bu metinlerin herhangi bir bağlayıcılığı olmayıp dikkate alınmalarının nedeni ikna ediciliklerinden kaynaklanmaktadır. Bkz. <https://www.ali.org/>

<sup>139</sup> Bkz. Compassion in Dying v. Washington, 85 F.3d 1440, 1440, 1450 & n.6 (9th Cir. 1996), *rev'd sub nom.* Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).

<sup>140</sup> Bkz. *id.* 1440'da (O'Scannlain, J., karşı oy) (çoğunluğun davanın yeniden görülmesini reddinde hata olduğunu öne süren).

<sup>141</sup> Bkz. *id.* 1450'de (Trott, J.'nin görüşü, karşı oy, O'Scannlain ve Kleinfeld, JJ. tarafından iştirak edilen) (doktor-yardımlı intiharin eyalet meselesi olduğunu iddia eden). Hakim O'Scannlain, Hakim Trott'un karşı oyuna iştirak ederek şunu ifade etti:

-Ömür boyu görev süresine sahip olan ve bu mahkemenin cübbesine bürünmüş-altı erkek ve iki kadın, iki yüz yılı aşan Amerikan tarihinde duyulmamış yeni bir anayasal hak ilan etmek suretiyle Washington Eyaleti halkının yalnızca beş yıl önce sandık başında reddettiği şeyi yargısal bir hüküm vasıtasıyla yasalaştırmış oldu.

Yüksek Mahkeme bir yıl sonra kararı bozdu.<sup>142</sup> Her iki durumda da kadıjustiz; keyfilik, takdir yetkisi ve usul yerine esas için kullanılan uygun bir kısaltmaydı. Her iki durumda da bu sadece federalizm lehine üstü kapalı bir argümandı; ancak her iki durumda da hâkimler, aynı fikirde olmadıkları hâkimlerin neden federal erk yerine eyalet egemenliğine ilişkin rekabet eden değerler arasında seçim yapması gerektiğine dair gerekçeleri açık ve anlaşılır bir şekilde ifade etmediler.

## C. MUHTARİYET KARŞITLIĞI OLARAK KADİJUSTİZ: MAKUL SINIRLAMA YERİNE

### Hakkaniyete dayalı Yargısal Aktivizm

*Terminiello*'nun—ve Yüksek Hâkim Frankfurter'in *kadıjustiz* ithamlarının—üçüncü yorumu, çoğunluk kararının, yargı yetkisinin kazaî muhtariyet ve yetki ilkelerine yersizce aykırı olacak şekilde genişletilmesi olduğu yönündeydi. Bu kısıtlama, yerel emir ve yasaknamelerin federalizm temelinde eyalet tarafından yorumlanmasına itibar edilmesinin yanı sıra aynı zamanda federal hükümet kurumları tarafından uygulanan yasaların yorumlanmasını da içerebilir.

Federal kurumların yorumlarına itibar—daha sonra *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* davasında ifade edildiği gibi<sup>143</sup>—kanunları uygulamakla görevli hükümet kurumları tarafından yapılan makul yorumlara bağlıdır. *Chevron* kararından önce mahkemeler bazen federal kurumların muhtariyetini tanıdı ve diğer bazı zamanlarda (federal kurumların, *ç.n.*) kendileri ile ilgili mevzuat yorumlarının yeni baştan gözden geçirilmesi (*de novo review*)\* hususunda çelişkili bir uygulamayı benimsedi.<sup>144</sup> Bu itibarın bir nedeni de federal kurumların teknik düzenlemeleri yorumlamada ihtisaslaşmış bir uzmanlığa sahip olmasıdır.<sup>145</sup>

---

*Id.* Karşı oy devam etti, “Otoritemizin tek sınırı retoriğimizizin gösterişli olmasıysa, o zaman yargının emriyle yaşıyoruz. Dekan Griswold buna ‘bir ağacın altında oturan Hârûnürreşid tarafından dağıtılan Adalet’ diyordu. *Id.* (Erwin N. Griswold, *supra* note 96’ya atfen).

<sup>142</sup> *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 709 (1997).

<sup>143</sup> 467 U.S. 837 (1984).

\* Ç.D.: *De novo review* kavram ile kastedilen, bir mahkemenin önündeki uyuşmazlığı sil baştan yeniden incelemesi veya gözden geçirmesidir. *De novo review* ilk derece mahkemesinde olabileceği gibi istinaf/temyiz aşamasında da olabilir. Bkz. [https://www.law.cornell.edu/wex/de\\_novo](https://www.law.cornell.edu/wex/de_novo)

<sup>144</sup> Federal kurumlara itibarın 1984 ve 2006 yılları arasındaki kapsamlı bir incelemesi için, bkz. William N. Eskridge, Jr. & Lauren E. Baer, *The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan*, 96 GEO. L. J. 1083 (2008); ayrıca bkz. Antonin Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 DUKE L.J. 511, 513 (1989) (yasal hükümlerin yorumlanmasında genellikle göz ardı edilen idari kurumlara genel itibarı vurgulayan).

<sup>145</sup> *Bkz. Chevron*, 467 U.S. 844’te.

Bu kuralların hilafına, Yüksek Hâkim Frankfurter'in *kadajustiz*'inin ardındaki üçüncü anlam, herhangi bir uzmanlaşmış ve dolayısıyla makul federal kurum yorumuna itibar etmeyen herhangi bir yargı kararına yollamada bulunmaktadır.

Temyiz Mahkemesi Birinci Dairesi, Chevron'dan yalnızca birkaç yıl önce karara bağlanan *Amerika Birleşik Devletleri v. Murray*<sup>146</sup> davasında bu *kadajustiz* anlayışını ortaya koymuştu. Burada mahkeme, menşe ülkesine dair yanlış beyanlar yoluyla ürünlerin ticari amaçla Amerika Birleşik Devletleri'ne bilerek ve kasıtlı olarak ithalini yasaklayan kanunların federal kurum (tarafından yapılan, *ç.n.*) yorumunu inceledi.<sup>147</sup> Sanık Bay John Murray, Jr., Çin menşeli yapıştırıcı ithal etmekle ve orada işlenip diğer yapıştırıcılarla harmanladığı için (bu yapıştırıcıların, *ç.n.*) Hollanda'dan geldiğini beyan etmekle yargılanmıştı.<sup>148</sup> Federal düzenlemeler ithalatçıların, ürünlerinin "Amerika Birleşik Devletleri'ne giren yabancı menşeli herhangi bir ürünün imal edildiği, üretildiği veya yetiştirildiği ülke" olarak tanımlanan "menşe ülkesini" açıklamalarını gerektirmektedir. "Başka bir ülkedeki bir ürüne eklenen ilave emek veya materyalin söz konusu ülkeyi 'menşe ülke' haline getirebilmesi için bir *esaslı dönüşüme* (*substantial transformation*) neden olması gerekir."<sup>149</sup> Federal yasa ayrıca, yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunarak Gümrük Memurluğunu dolandırmayı da suç saymaktadır.<sup>150</sup> Murray federal bölge mahkemesinde mahkûm edildi.<sup>151</sup>

İnceleme üzerine, Birinci Daire mahkûmiyeti onadı. Çin'de satın alınan yapıştırıcının, başka yerlerdeki diğer yapıştırıcılarla karıştırılmış olsa bile Çin menşeli olduğu sonucuna vardı.<sup>152</sup> Davalı, tutkalın değerinin belirli bir yüzde veya miktarda arttığını gösteremediği sürece, harmanlama işleminin (federal, *ç.n.*) düzenleme anlamında "önemli dönüşüm" ifadesinin açık anlamını karşılamadığını belirtti.<sup>153</sup> Gümrük Müdürlüğünün aksi

---

<sup>146</sup> 621 F.2d 1163 (1st Cir. 1980).

<sup>147</sup> *Id.* 1169'da.

<sup>148</sup> *Id.* 1167'de (vakiaları betimleyen).

<sup>149</sup> 19 C.F.R. § 134.1(b) (2015) (vurgu eklenmiştir) (Tariff Act of 1930 as amended, 19 U.S.C. § 1304 (2012), ve Tariff Schedules of the United States, 19 U.S.C. § 1202 (2012) uygulayan).

<sup>150</sup> *Bkz.* 18 U.S.C. § 371 (2012) ([suç işlemek için iştirak halinde hareket etmek, *ç.n.*] komplo hükümlerini düzenleyen); 18 U.S.C. § 542 (2012) (gerçeğe aykırı ifade hükümlerini ana hatları ile ortaya koyan).

<sup>151</sup> Murray, 621 F.2d 1165'te.

<sup>152</sup> United States v. Murray, 621 F.2d 1163, 1171 (1st Cir. 1980).

<sup>153</sup> *Bkz. id.* 1167-69'da. Murray, "esaslı dönüşümü" yorumlamak için sözlük tanımlarına, yasanın amacına ve yaygın kullanıma atıfta bulundu ve alt mahkemenin bu terimi, uygulanacak gümrük tarifesi oranının belirlenmesinde ürünün imal edildiği ülkeye "menşe ülkesi" muamelesi yapılması olduğunun ayırdına varan, tüm 19 C.F.R. § 134.1(b)'yi okuyup ayırdına varması gereken, ortalama eğitim görmüş sağduyu sahibi bir kişiye malum olacağı üzere genel kuralın, uygulanacak gümrük tarifesi oranının belirlenmesinde ürünün imal edildiği ülkeye "menşe ülkesi" muamelesi yapılması olduğu şeklinde yorumladığı sonucuna vardı. *Id.*

yöndeki yorumlarını, ilkesiz ve ilgisiz olarak değerlendirdi. Mahkeme şunu kaydetti:

Gereğe ile desteklenmeyen, “ilkesiz” ve Hâkim Learned Hand’in kapıdaki bir Kadı’nın kararlarına benzeteceği idari kararlara itibar etme veya bunlara ziyadesiyle ağırlık verme zorunluluğu hissetmiyoruz. Bu, Kongre tarafından bir yasayı uygulama göreviyle görevlendirilen federal kurumun, yalnızca yasanın inceliklerine bizimkinden daha fazla aşinalığı yansıtan değil, aynı zamanda elimizdeki bu mahsus davanın ötesinde uygulanabilir bir ilke veya esbab-ı mucibeyi de bünyesinde barındıran bir görüşü benimsediği bir vaziyet değildir.

Davalının veya onun ilişkili olduğu kişilerin burada söz konusu olan yapıstırıcı ile ilgili beyanlarda bulunurken veya hareket ederken Gümrük Müdürlüğünün herhangi bir kararına dayandıklarına dair herhangi bir kanıt da mevcut değildir.<sup>154</sup>

Bu *kadıjustiz* yollaması, Hâkim Learned Hand’in, belirli davaları çözmek için herhangi bir ilkesel araç olmaksızın federal yasanın genişletilmesinden şikâyet ettiği bir konferansına yapılmıştı.<sup>155</sup> Bu yorum daha geniş anlamda, idari *kadıjustiz* olarak adlandırabileceğimiz—*federal kurumların* keyfi olarak veya hukuk yerine hakkaniyete itibar ederek hareket ettiği—bir kavramı salık veren karar alma biçimine atıfta bulunuyordu. Ancak hâkim, mahkemenin *neden* bu davada federal kurum uzmanlığına itibarı en önemli faktör olarak görmesi gerektiğini ya da aslında neden bu uzmanlığın bulunmadığını düşündüğünü açıklamamıştı.

İlginçtir ki bu *kadıjustiz* anlayışı, terimin gördüğü işlevi kaybetmeden, iş hukuku tahkimi bağlamalarında tam tersi itibar kurallarına yol açmaktadır. İş uyuşmazlıklarında tahkim kararları incelendiğinde, mahkemelerin hakemlere itibar etme eğiliminde olduğu görülmektedir. 1968’de İkinci Daire için (gerekçeyi, *ç.n.*) yazan Hâkim Friendly, bir tahkim kararının hak ve nefâsetini kabul etmese de, itibarın hakeme olduğunu şu ifadelerle belirtmişti: “[E]ğer Kadı adaletini dağıtıyor olsaydık, davalının lehine karar verme eğiliminde olurduk. Ancak Federal Tahkim Yasası uyarınca hukuki incelemenin sınırlı kapsamı bunu yapmamızı yasaklamaktadır.”<sup>156</sup>

<sup>154</sup> *Id.* 1169-70’da (vurgu eklenmiştir).

<sup>155</sup> *Bkz.* Learned Hand, *Some Modern Tendencies in the Law*, 43 HARV. L. REV. 1165, 1167 (1930) (kitap kritiği).

Artan rapor çığıyla karşı karşıya kaldığımızda ne yapacağımız ise başka bir konudur ... Dört ayak üzerinde de olsa bir emsalin hüküm sürdüğü varsayımı, giderek daha fazlası biriktikçe dayanılmaz hale gelir ... Otoriteyi keşfetmenin daha erişilebilir bazı yolları olmalıdır; aksi halde yük taşıyabileceğimizden daha fazla olacak ve biz de alelaceleyi tefrik edeceğiz. Sorun, ilk derste ele alınan konuyla bağlantısız değil; erişilemez bir kural, hiçbir şekilde kural değildir; karar o anın ilhamına bırakılmıştır, kapıdaki kadının istemsiz bir şekilde ikame edilmesi.

*Id.*

<sup>156</sup> *Bos. & Me. Corp. v. Ill. Cent. R.R. Co.*, 396 F.2d 425, 425 (2d Cir. 1968) (vurgu eklenmiştir) (Federal Tahkim Yasasının sınırlı kapsamı, mahkemelerin tahkim kararlarını uygulamasını gerektirir çünkü “[t]ahkim kararının iptali için gerekçeler son derece azdır” görüşünü taşıyan).

Hâkim Posner, 1984'teki bir iş anlaşmazlığında tahkim kararını incelerken Temyiz Mahkemesi Yedinci Dairesinde benzer bir sonuca vardı:

Hakem, [tercihli işe alma] hükmünün ihlal edildiğini tespit ederken toplu iş sözleşmesinin dilini yorumladığını iddia etti. Onun yorumu pekâlâ yanlış olabilir ama bu bizi ilgilendirmez. *Hakemin kadı adaleti dağıtmadığı, lakin toplu iş sözleşmesini yorumladığı konusunda tatmin olduğumuzda vazifemiz tamamlanmıştır.*<sup>157</sup>

İlk davada mahkeme, davanın hak ve nefâseti konusunda *kadjustiz* dağıtma tuzağına düşmemek için tahkim kararını destekledi.<sup>158</sup> İkinci davada ise mahkeme, makuliyet noksanlığı olarak hakemin *kadjustiz*'den suçlu olmadığı kanaatine vardığı için tahkim kararını destekledi.<sup>159</sup> Yani mahkeme, hakemin kararının *bazı* rasyonel temellere dayandığı konusunda tatmin olmuştu. Burada itibar etme çıtası düşüktü.

Başka bir deyişle tahkim, federal kurum karar alma sürecinden farklıydı. İlkinde, itibar yasal sebeplere binaen gerekliydi ve ikincisinde *Chevron*'da belirtilen diğer faktörlerin yanı sıra—prensipde—federal kurumun uzmanlık derecesi ile ilgili yoruma dayalı gerekçelerden kaynaklanıyordu.

Zıt sonuçlara rağmen *kadjustiz* idare hukuku ve iş hukuku-tahkim bağlamlarında aynı amaçla kullanıldı. İdare hukukunda, karara muhalif kalan hâkimlerin çoğunluğun federal kurumların muhtariyeti kuralını göz ardı ediyor algısına kapılması üzerine bu terim, muhtariyet karşıtlığı

<sup>157</sup> *Miller Brewing Co. v. Brewery Workers Local Union*, 739 F.2d 1159, 1163 (7th Cir. 1984) (vurgu eklenmiştir); *ayrıca bkz.* *Hillcrest Foods, Inc. v. United Food & Commercial Workers Union*, 753 F. Supp. 1541, 1543, 1546 (D. Kan. 1990). The *Hillcrest Foods* court noted:

Tahkim kararlarını adli incelemeden muaf tutmanın nedenleri, işçi-işveren ilişkilerini düzenleyen federal yasalara dayanmaktadır... “Hakem, [tercihli işe alma] hükmünün ihlal edildiğini tespit ederek toplu iş sözleşmesinin dilini yorumladığını iddia etti. Onun yorumu pekâlâ yanlış olabilir ama bu bizi ilgilendirmez. Hakemin kadı adaleti dağıtmadığı, toplu iş sözleşmesini yorumladığı konusunda tatmin olduğumuzda işlevimiz tamamlanmış demektir.”

*Hillcrest Foods*, 753 F. Supp. 1543, 1546'da (orijinalde değişiklik) (Labor Management Relations Act of 1947, 61 Stat. 154, 29 U.S.C. § 173(d) (2012)'ye atfen (tahkim kararını onayladığı için *Miller Brewing*'i takdiren alıntılanan). Başka bir çalışma anlaşmazlığında tahkim derdest iken ihtiyati tedbirleri onaylayan bir federal bölge mahkemesindeki benzer bir nitelendirme için *bkz.* *Trans World Airlines, Inc. v. Int'l Ass'n of Machinists & Aerospace Workers (IAM) AFL-CIO*, 629 F. Supp. 1554, 1560 (W.D. Mo. 1986). The *Trans World Airlines* court mahkemesi dedi ki:

Belki de hakemler umumiyetle kendilerini emsal kararlarla bağlı görmüyorlar. Yakınlıkların tahkimi bazen 'eski doğulu kadı' tarzında 'vasat ama işe yarar hakkaniyetinin' dağıtılmasına benzetilir ... Yorumun tutarlılığı sektördeki istikrarlı iş ilişkileri için önemlidir ... Bu nedenle hakemin, IAM'in 1946'daki asıl amacı olan şeyi ve diğer sektörlerde dilin geleneksel yorumu olan şeyi reddetmesini ve 1970'teki tahkim emsalini takip etmesini beklerim.

629 F. Supp. 1560'ta (dipnotlar hariç tutuldu).

<sup>158</sup> *Bkz.* *Bos. & Me. Corp.*, 396 F.2d 425'te.

<sup>159</sup> *Bkz.* *Miller Brewing Co.*, 739 F.2d 1163'te.



suçlaması haline geldi. İş hukukunda, iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan tahkim kararlarının incelenmesinde hâkimlerin muhtariyet-karşıtlığı suçlamaları ile aralarına mesafe koyduğu bir araç haline geldi, ki burada itibar çağrısı daha güçlüydü ve makuliyet çitası federal kurumlar bağlamına göre daha düşüktü.

*Terminiello* tarafından popüler hale getirilen Weberci *kadijustiz* mefhumu, son yarım yüzyılda İslam hukukuna yapılan kazaî atfa egemen oldu.<sup>160</sup> Yirminci yüzyılın ortalarından başlayarak birkaç federal hâkim *kadijustiz*'i, bir mahkemeyi veya bir mahkemenin çoğunluğunu, azlık oy sahibi bir hâkimin aynı kanaatte olmadığı kararlar vermekle suçlamak için kullandı.<sup>161</sup> Eyalet hâkimleri de, gerekçelerini izah etmek zorunda kalmadan açıkça itiraz edilebilir bir lisan ile iddialarını dile getirmek için sıklıkla Yüksek Hâkim Frankfurter'in *Terminiello*'daki muhalif oy gerekçesinden alıntılar yaparak buna ayak uydurdu.<sup>162</sup> Bir mahkeme, Yüksek Hâkim Frankfurter'in görüşünü açıkça Max Weber'in kavramına bağladı:

---

<sup>160</sup> Kısmi bir liste ve yorum için *bkz.* Asifa Quraishi, *On Fallibility and Finality: Why Thinking Like a Qadi Helps Me Understand American Constitutional Law*, 2009 MICH. ST. L. REV. 339, 339-40 & nn.1-2 (*kadijustiz*'e başvuran on altı federal davadan ve on üç eyalet davasından dokuzunu listeleyen). İlave davalar için *bkz. infra* notes 161-165.

<sup>161</sup> *Bkz.* United States v. Freeman, 357 F.2d 606, 613 (2d Cir. 1966). The *Freeman* mahkemesi dedi ki:

Seçkin bir avukat ve eski Dışişleri Bakanının yakın zamanda başka bir bağlamda müşahede ettiği gibi, federal hakimlerin yalnızca “karar verenin kendi hak anlayışına uygun olarak yasada değişiklik yapma arzusunu” tatmin etme yetkileri yoktur. (Onlar) vicdanlı bir şekilde adaleti tatbik ediyor olabilirler, ancak bu kişisel adalettir—Louis IX veya Hârûnürreşid'in adaletidir, Yüksek Mahkeme Binasının alınışında ‘Kanun Önünde Eşit Adalet’ olarak tanımlanan adalet değildir.”

*Id.* (orijinalde değişiklik) (DEAN ACHESON, MORNING AND NOON 69 (1965)'I alıntılanan); *ayrıca bkz.* Colonial Trust Co. v. Goggin, 230 F.2d 634, 635-36 (9th Cir. 1955) (iflas hakeminin, davacının “tapu ve zilyetlik hakkıyla ilgili kararın dogulu bir kadı tarafından tahayyül edilebilecek böylesine soyut bir adalet teorisine göre ilerlemesi gerektiğine dair bir niyeti” olmadığından bahisle eyalet yasasını göz ardı eden kararını bozan). [ÇN1: bankruptcy referee, 1898 tarihli Federal Bankruptcy Act'e göre bölge hakimi (district judge) tarafından iki yıllığına atanan yarı idari-yarı kazai görev yapan kişidir, *bkz.* <https://www.fjc.gov/history/administration/court-officers-and-staff-bankruptcy-referees>; ÇN2: çeviride *right to possession* zilyetlik hakkı olarak çevrilmiş olsa da Kıta Avrupası sistemine dahil ülkelerde genel olarak zilyetlik bir “hak” olarak değil, “maddi durum” olarak tanımlanmakta ve ele alınmaktadır.]; New Alliance Party v. Dinkins, 743 F. Supp. 1055, 1067 (S.D.N.Y. 1990) (“İkinci Daire, Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesinin aksine, federal mahkemelerin söz konusu [esashi, anayasal] çıkarların dengelenmesine yönelik ayrıntılı *prosedürler* ortaya koymasının uygun olduğuna karar vermiştir.”) (vurgu eklenmiştir) (*Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 11'ı alıntılanan (Frankfurter, J., karşı oy)) (*Olivieri v. Ward*, 801 F.2d 602, 606 (2d Cir. 1968)'e atfen).

<sup>162</sup> Son yıllarda, örneğin, Rhode Island Yüksek Mahkemesi *kadijustiz* kinayesine başvurdu ve *Credit Union Central Falls* davasında mahkemenin bu kinayeyi öne sürerek mahkemenin davayı ele alamayacağını (*moot order*) tam olarak iddia etti:

New Encyclopedia Britannica, kadı'yı ... "İslam'ın öğretileri olan Şeriata göre karar veren Müslüman bir hakim" olarak tanımlıyor. Yüksek Hâkim Frankfurter, "resmi olarak akılcı bir hukukun sabit kurallarına değil, esas itibarıyla akılcı bir hukukun etik, dini, siyasi veya başka türlü menfaate uygun önermelerine yönelik bir hukuk sistemini" tanımlamak için kullanılan Max Weber'in 'kadı adaleti' terimine atıfta bulunuyordu."<sup>163</sup>

Diğer eyalet mahkemesi hâkimleri de benzer şekilde Max Weber'e veya Yüksek Hâkim Frankfurter'in *Terminiello* muhalefetine atıfta bulunarak iyi gerekçelendirilmiş görüşleri *kadıjustiz*'den ayırma gayretinde oldular.<sup>164</sup>

---

"Biz, şahsi menfaatlere göre adalet dağıtan bir kadı gibi bir ağacın altında oturmuyoruz." *Credit Union Cent. Falls v. Groff*, 871 A.2d 364, 368 (R.I. 2005) (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de (Frankfurter, J., karşı oy)'yi alıntılaman) (*Sullivan v. Chafee*, 703 A.2d 748, 753 (R.I. 1997)'ye atfen); ayrıca bkz. *Sullivan*, 703 A.2d 752-53'te. The *Sullivan* court stated:

"[T]üm yargı erki fikrimiz", kendi yetki alanları dahilindeki davalara ve ihtilaflara kanunları uygulayan mahkemeler kavramı kapsamında yer aldığından, tespit niteliğinde tedbir kararı veren bir mahkeme, dava veya ihtilaf şartları etrafında kaymayı her seçtiğinde ince hukuki buz üzerinde adım atmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi gibi, "[b]u bir temyiz mahkemesidir, kurallarla sınırlandırılmamış bir mahkeme değil. Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz."

*Sullivan*, 703 A.2d 752-53'te (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de (Frankfurter, J., karşı oy)'u alıntılaman).

<sup>163</sup> *Credit Union Cent. Falls*, 871 A.2d 368 n.3'te (9 THE NEW ENCYCLOPEDIA BRITANNICA 830 (15th ed. 1988)'e atfen); Pierre Bourdieu & Richard Terdiman, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HASTINGS L.J. 805, 825 n.33 (1987) (MAX WEBER ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY 213 & n.48 (Max Rheinstein ed., 1954) (translator's note)'u alıntılaman).

<sup>164</sup> *Bkz. örneğin Konover v. West Hartford*, No. 538098, 1996 Conn. Super LEXIS 1097, \*13'te (Conn. Super. Ct. 1996). In *Konover*, the court stated:

Temyiz mahkemesinin rolü, Solomonic kararında Konover'in sahip olabileceği herhangi bir mülkün değerini dikkate almak için toplamak değildir. "Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz." Mahkemenin rolü, bunun yerine, kendisine getirilen davaları uygun yasal prosedürlerle gereği gibi karara bağlamaktır.

*Id.* (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de (Frankfurter, J., karşı oy)'u alıntılaman). Benzer şekilde, bir başka Connecticut Yüksek Mahkemesi şunu belirtmiştir,

Hâkimler, Yüksek Hakim Frankfurter'in çarpıcı ifadesiyle, "bir ağacın altında bir kadı gibi oturarak şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtamazlar." Ağacın altındaki bir kadının Raveis'te ne tür bir vergi yükümlülüğü inceleyebileceğini bilmiyorum. Ancak hakimlerin hukuka uygun hareket etmeleri gerektiği bir gerçektir. İlgili kanun, Raveis'in talep ettiği tedbirlerin hiçbirine cevaz vermemektedir.

*William Raveis Real Estate, Inc. v. Comm'r of Revenue Servs.*, No. 387235, 1994 WL 324417, \*8 n.2'de (Conn. Super. Ct. June 24, 1994) (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de (Frankfurter, J., dissenting)'i alıntılaman). Hakim Blue ayrıca şunu kaydetti: "Binbir Gece Masalları'nı okuyanlar, bir kadının İslamî dini konularda bir hakim olduğunu hatırlayabilirler." *William Raveis Real Estate*, 1994 WL 324417, \*8 n.2'de (THE BOOK OF THE THOUSAND NIGHTS AND A NIGHT, *supra* note 87, 21 n.1'deye atfen); ayrıca bkz. *Espy v. Espy*, 238 Cal. Rptr. 182, 191 (Cal. Ct. App. 1987) (Poché, J., karşı oy) (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de (Frankfurter, J., dissenting)'i alıntılaman) ("Yıllar önce

Bu vakaların neredeyse tamamında, *kadıjustiz*'e atf, umumiyetle, tartışmalı bir dizi değerdeki tercihlerinin neden diğerlerine galebe çalması gerektiğinin nedenlerini belirtmeksizin bir tür zıtlık yoluyla reddetme—yani olumsuz bir model—olan acınası bir argüman olarak görev yaptı.

*Kadıjustiz*'in tek renkli bir resmini bırakmamak için Amerika'daki mahkeme salonu *qādi* tasvirlerinin her zaman itici bir modeli benimsemediğini belirtmekte yarar bulunmaktadır. Bu gerçeğin, hukuk eğitimi ve yargılama bilgisi söz konusu olduğunda derslik ile mahkeme salonu arasında göstermeye çalıştığım güçlü bağ açısından önemli sonuçları vardır. Ancak bu, ilişkili noktaları nedensel bir yönde birleştirmek için daha

---

Yüksek Hakim Frankfurter, meslektaşlarını temyiz itidali/temkinliliği ilkelerinden çok daha az rahatsız edici bir sapma nedeniyle paylamıştı: 'Bu bir temyiz mahkemesidir, kurullarla sınırlandırılmamış bir mahkeme değil. Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz.'"); *Coldwell Banker Commercial Real Estate Servs. v. Calabrese Dev. Corp.*, No. 101887, 1993 WL 78588, \*4'te (Conn. Super. Ct. Mar. 11, 1993). *Coldwell Banker* mahkemesi belirtti:

Elbette, büyük olasılıkla, yasama organı bu davada mahkeme önündeki senaryoyu hiçbir zaman öngörmemişti; ancak bu, yasama organının yasaya bir kez daha bakacağına dair umut verse de, yasanın mevcut açık ve sarıh sözlerinden kaçış için bir yol sağlayamaz. Toplum, hakimlerin adaleti belirli kurallar ve yönergeler çerçevesinde yürütmesini ister ve hakimlerin ötesine geçemeyeceği sınırlar vardır. "Biz bir kadı gibi bir ağacın altında oturup şahsi menfaat gözeterek adalet dağıtmıyoruz."

*Coldwell Banker*, 1993 WL 78588, \*4'te (*Terminiello*, 337 U.S. 11'de (Frankfurter, J., dissenting)'ı alıntılaman); ayrıca bkz. Max Weber, *Bureaucracy*, in FROM MAX WEBER, ESSAYS IN SOCIOLOGY 196, 216-21 (H. H. Gerth & C. Wright Mills eds., 1946) ("Kadı adaletini, münferit karar vericinin etik veya pratik değerlendirmelerine göre verilen gayriresmi hükümler olarak tanımlayan."); *Dexter v. Idaho State Bar Bd. of Comm'rs*, 780 P.2d 112, 115 (Idaho 1989) (Weber, *supra*, 196, 216-21'deye atfen ("Ahlakî karakter kriterlerinin mevcut yönetimi aslında usuli katmanlı bir Kadı adaleti biçimidir."); *Barrett v. Lubin*, 188 A.D.2d 40, 45 (N.Y. App. Div. 1993). *Barrett* mahkemesi belirtti:

Her ne kadar mahkemeler bir idari federal kurumun kendi uyguladığı kanun ve düzenlemelere ilişkin yorumlarına itibar edecek olsa da, mahkemeler "Max Weber'in bir zamanlar, büyük halifenin minderinin üzerine oturup her bir davayı emsalleri veya kanunun gerekçeli bir şekilde irdelenmesini dikkate almaksızın sezgisel olarak karar bağladığı 'Kadı adaleti' olarak adlandırdığı şeyin" müdâfi değildir.

188 A.D.2d 45'te (Kaufman, *supra* note 92, 208'deyi alıntılaman); ayrıca bkz. *First Fed. Sav. & Loan Ass'n v. Vandygriff*, 639 S.W.2d 492, 500 (Tex. Ct. App. 1982) ("Ne APTRA, the Savings and Loan Act ne de 1943 tarihli Teksas Banking Code, Komiserin kazaî yetkilerinin 'bir ağacın altında şahsi menfaatlere göre adalet dağıtan bir kadı gibi' oturarak oryantal tarzda kullanılmasını öngörmektedir." *Vandygriff* mahkemesi, Yüksek Hakim Frankfurter'in *Terminiello* muhalefetini alıntıladi ve -yanlış da olsa- açıklayıcı bir dipnot ekledi: "Kadı, İspanyolca 'alcalde' kelimesinin de türetildiği, 'gada' olarak telaffuz edilen Arapça kelimedenden gelen 'kadı'nın bir değişik halidir ve Türkler, Araplar, İranlılar ve diğerleri arasında genellikle bir kasaba veya köyün hakimi olan hukuk hakimini ifade eder.") *Vandygriff*, 639 S.W.2d 500'de (OXFORD ENGLISH DICTIONARY 314 (Compact ed. 1971)'e atfen).

fazla araştırılması gereken bir şeydir. Şimdilik, yabancı hukuka olumlu atfı olarak *qāḍī*'ya yapılan göndermelerden birkaç örneği ele alalım.

On dokuzuncu yüzyılda ve yirminci yüzyılın başlarında *qāḍī*'ya ilişkin kazaî atflar, hiç şüphesiz, hayali fikirden farklı bir şekilde, yani Yüksek Hâkim Frankfurter'den ve karşılaştırmalı hukuk biliminin Weberci ve Schachtçı *qāḍī* mefhumlarını popülerleştirmesinden önce farklı bir şekilde telakki ediliyordu.<sup>165</sup> 1850'lerde bir bölge mahkemesi hâkimi *qāḍī*'ya, kendi ölçülü ve yasalara saygılı *common law* kararlarını, ahlakçı ve takdir yetkisini genişleten *civil law* kararları olarak gördüğü ile karşılaştırmak için başvurdu.<sup>166</sup> Daha uzak bir *common law* bağlamında Britanya Parlamentosu'nun bir üyesi, *qāḍī*'yı, *kadijustiz* tasvirine yapılan yanlış atflara karşı müdafaa etti.<sup>167</sup>

Aynı duygu 1920'lerde ve 1930'larda da geçerliydi. Yüksek Mahkeme 1935 yılında kalıcı bir yer edindiğinde, mimarları Hazreti Muhammed'in büstünü Konfüçyüs, Musa, Hugo Grotius ve John Marshall'ın da dahil olduğu

<sup>165</sup> *Qāḍī*'nın Ömer ve Hârûnürreşîd gibi İslâmî hukuk-tarih şahsiyetlerinin sadece ismen anılması, hâkimlerin *kadijustiz* bilgilerini İslam hukuku ile ilgili akademik ve edebi yazılardan elde ettiklerini açıkça ortaya koyarken, bu kararları veren hâkimlerin erişebileceği nihai kaynakları zamansal ve mekansal olarak tespit etmek, bu makalenin kapsamı dışında da olsa takip edilmeye değer bir yoldur. Kısa bir tartışma için bkz. *bkz. supra* notes 87-90 ve beraberindeki metin.

<sup>166</sup> *Bkz.* Turner v. Hand, 24 F. Cas. 355, 364 (D.N.J. 1855). Yüksek Hakim Grief kaleme aldı:

Bir kilise mahkemesi, kadılar veya padişahlar gibi, mülkiyet haklarını, ihtilaflı bir unsura dair gerçeği bulma zahmetine girmeden, uzlaşma ve elverişlilik ilkelerine göre elden çıkaracaklarını varsayabilir. Ancak bir *common law* mahkemesindeki jüriler, kişilerin mallarını, kendilerini soruşturma zahmetinden kurtarmak için bu tür tavizlerle elden çıkarmak için böylesine sorumsuz bir yetki kullanmazlar.

*Id.* Daha sonraki bir kararda Yüksek Hakim Grief kaleme aldı:

Deniz mahkemelerinin bu tür harcamalara izin verme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğuna ... karar verildiğini biliyorum. İnsanların mülkiyeti üzerinde takdir yetkisinin kullanılmasına kararlı muhalefetimi itiraf etmeliyim. Bu ilke, hukuk mahkemelerinden getirilmiştir. Mahkemenin salonundan ziyade kadı konağına benzer. “Yerinde takdir”, kurullarla belirlenmiş takdir yetkisidir. Aksi halde, ancak kararı isteyen tarafın istediği gibi karar verdiğinizde yerinde olur. Ve dolayısıyla uygulamada bu, onu uygulayan hakimin sezgileri, hevesleri veya kararsızlığı anlamına gelecektir.

The Margaret v. The Connestoga, 16 F. Cas. 716, 718-19 (E.D. Pa., 1851).

<sup>167</sup> *Bkz.* 11 Feb. 1887, 310 PARL. DEB., H.C. 1264 (3d Ser.) (1887) (U.K.) (Bay Sexton'ın, *Address in Answer to Her Majesty's Most Gracious Speech: Agrarian Affairs, Ireland* (Feb. 11, 1887) kaydeden), Bay Parnell'in, İrlanda'daki arazi kiralarnı düzenleyen yasada reform yapılması çağrısında bulunduğu bir değişikliğin tartışıldığı:

Efendim, Hakim Curran'ın bir palmiye ağacının gölgesinde adaleti dağıtan Doğulu bir Kadı'ya benzetilmesinden neden rencide olundu? Mahkemeyi kuran ve sonuçlandıran bir Kadı'nın yargısal alışkanlıklarını tezyif edici olduğunu düşünüyorum. Palmiye ağacının gölgesinden kalktıktan ve taraflar gittikten sonra kendi kararlarını gözden geçirme işine girişen bir Kadı hiç duymadım.

\* ÇD: terimin orijinali “*frieze*”dir. Bina cephesinde korniş ve sütun baştabanı (arkitav) arasında yer alan kısımdaki alınlık süslemeleridir.

birkaç adil yasa koyucudan biri olarak bir frizde\* sergilemişlerdi.<sup>168</sup> Aynı dönemde Amerikan eyalet mahkemesi hakimleri de *qāḍī*'yi adalet timsali olarak gördüklerini işaret ettiler. Kuzeybatıdaki bu hâkimlerin birçoğu (özellikle Montana, Oregon ve Utah), İslam'ın ikinci halifesi Ömer'in (634-644) ilk kadı Ebu Musa el-Eş'arî'ye (ö. 662-663) verdiği talimatlara olumlu yollamalarda bulundu.<sup>169</sup> Örneğin, Montana Yüksek Mahkemesi Başkanı Callaway, meslektaşlarından birinin, yeniden görülen bir davadaki delilleri inceledikten sonra fikrini değiştirdiğini olumlayarak kaydetti:

Davanın yeniden görülmesi talebi üzerine ve yetkililer tarafından yapılan kapsamlı bir inceleme sonucunda, hâkimlerden biri [ilk derece mahkemesinin üçe iki kararının bozulması konusunda] fikrini değiştirdi; halihazırda hükmün onanması gerektiği görüşündedir. Bu sonuca varırken o, mamafih bin yıl önce Halife Ömer tarafından ifade edilen ve ilk Kadısına şu talimatı veren övgüye değer adli hareket tarzını takip etti: “Bugün, dünden farklı bir şekilde hüküm vermeyi uygun görüyorsan, hakikati gördüğün vech ile takip etmekten çekinme; çünkü hakikat ölümsüzdür ve yanlışta ısrar etmektense hakikate dönmek daha iyidir.”<sup>170</sup>

<sup>168</sup> *Bkz. Symbols of Law: Information Sheet*, SUPREME COURT (May 23, 2002), available at <http://www.supremecourt.gov/about/symbolsoflaw.pdf>, archived at <http://perma.cc/T8TV-NPCX> (resimleri gösteren).

<sup>169</sup> Bu talimatları içeren mektubun belli başlı çevirileri ve yorumları için *bkz.* R. B. Serjeant, *The Caliph Umar's Letters to Abū Musā al-Ash'arī and Mu'awīya*, 29 J. SEMITIC STUDS. 65 (1984); TYAN, *supra* note 79; D.S. Margoliouth, “Omar's Instructions to the Kadi,” J. ROYAL ASIATIC SOCIETY OF GREAT BRITAIN AND IRELAND 307 (1910). Diğer on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıl ele almışları için *bkz.* Serjeant, *supra*, 65-66'da (William MacGuckin de Slane, *Notices et extraits*, partial trans., LES PROLÉGOMÈNES D'IBN KHALDOUN xix, 449 (1934-1938) [Fr.]'e atfen); RICHARD J. H. GOTTHEIL, THE HISTORY OF THE EGYPTIAN CADIS vii (1908); JOSEPH FREIHERR VON HAMMER-PURGSTALL, ÜBER DIE ÜBERLIEFERUNG DES WORTES MOHAMMEDS. ALS FORTSETZUNG DES AUSZUGES AUS DEM COMMENTAR DES MESNEWI 206-207 (1852) [Ger.].

<sup>170</sup> *McManus v. Fulton*, 278 P. 126, 127 (Mont. 1929); *ayrıca bkz.* *Judson v. Bee Hive Auto Serv. Co.*, 297 P. 1050, 1051 (Or. 1931) (işten çıkarılmanın uygun olduğunu ifade eden). *Judson* mahkemesi belirtti:

Davalı, kararı destekleyecek delillerin bulunduğunu ileri sürerek hata yapıldığını ileri sürdü. Kanaatin azametinin hatanın düzeltilmesini engellememesi gerektiğine inanarak, bu davayı bir kez daha dikkatle ele alacağız, böylece kadim bir yasa koyucunun öğüdünü takip edeceğiz: “Bugün, dünden farklı bir şekilde yargılamayı uygun görüyorsan, gördüğün gerçeğin peşinden gitmekten çekinme; çünkü gerçek ezeli ve ebedidir ve yanlışta ısrar etmektense gerçeğe dönmek daha iyidir.”

*Judson*, 297 P. 1051'de. İkinci bir Oregon Yüksek Mahkemesi davasında, mahkeme belirtti:

Kent (yönetimi, *ç.n.*) bir kez daha bu mahkemeye ... söz konusu kanunun şehirlere uygulanan yerel bir kanun olduğunu ve dolayısıyla Oregon Anayasası'nın 11. maddesinin 2. Paragrafının (sınırları, *ç.n.*) aştığının önemini tüm samimiyetiyle anlatmaktadır ... Bu gerçekten çok önemli bir meseledir ve önceki karara ve kararın verilmesinden bu yana geçen süreye bakılmaksızın mahkeme, doğru bir şekilde çözüme kavuşturuluncaya kadar hiçbir sorunun çözülmüş sayılmaması gerektiğinden hareketle konuyu bir kez daha değerlendirecektir ... Kanaatin azameti, asla bir mahkemeyi hata itirafından caydırmamalıdır. Eski bir kanun

Yeniden, *qādi*'ların *kadjustiz* ile çelişen bu alternatif görüşleri, hukuk eğitimi ile İslam hukuku hakkındaki hukuki bilgi arasında bir bağlantı olduğunu düşündürmektedir. İlmî görüşün Weberci görüşten farklılaştığı dönemlerde hâkimler, *qādi* adaletine farklı amaçlarla başvurmuşlardır. O dönemde Weber ve Schacht'ın popülerleştirdiği *kadjustiz* mefhumu henüz mahkemeleri yönlendiren literatüre hâkim olmamıştı.<sup>171</sup>

## NETİCE

*Kadjustiz*, acınası argümanın ve yabancı hukuka olumsuz atfın simgesidir. *Kadjustiz* karikatürleriyle ilgili olarak ortaya çıkan bu sorun, Greene'nin bazı acınası karşı oy gerekçelerinde fark ettiği argüman müphemliğinin belirli bir türüdür. Yüksek Hâkim Scalia'nın kaleme aldığı, ve *Roe v. Wade* kararını *Dred Scott* kararını kaleme alan Yüksek Hâkim Roger Taney ile karşılaştıran *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>172</sup> kararının gerekçesini düşünün:

Harvard Hukuk Fakültesi'nde asılı olan Emanuel Leutze'nin resmettiği bir portre çok canlı bir şekilde aklıma geliyor: Roger Brooke Taney, 1859'da resmedildi, hayatının 82nci yılı, Mahkeme Başkanlığı'nın 24üncü yılı, *Dred Scott* gerekçesini kaleme aldıktan sonra yapılan ikinci portresi. Tamamen siyahlar içinde, gölgeli kırmızı bir koltukta oturuyor, sol eli kucağındaki bir kâğıt destesinin üzerinde, sağ eli ise sandalyenin iç kolunun yanında gevşek, neredeyse cansız bir şekilde asılı duruyor. İzleyiciye dönük oturuyor ve doğrudan bakıyor. Yüzünde ve çukur gözlerinde derin bir üzüntü ve hayal kırıklığı ifadesi var gibi görünüyor. Belki de en mutlu fikirler üzerinde

---

koyucunun ifade ettiği gibi: “Bugün, dünden farklı bir şekilde yargılamayı uygun görüyorsan, gördüğün gerçeğin peşinden gitmekten çekinme; çünkü gerçek ezeli ve ebedidir ve yanlışta ısrar etmektense gerçeğe dönmek daha iyidir.”

City of Portland v. Welch, 59 P.2d 228, 231 (Or. 1936) (en banc). Her iki Oregon kararı da Hakim Belt tarafından, hem *qādi*'dan atıf yapılmadan hem de Ömer'e açık bir atıf yapılmadan yazılmıştır—bu kaynaktan alıntı neş'et etmiştir. Aynı bölgeden bu temaya daha yeni bir atıf Scarborough v. Granite School District davasında ortaya çıktı:

Kanunlarımızın amaçlarını gerçekleştirmek ve adaleti teşvik etmek için liberal bir şekilde yorumlanması gerektiği gerçeği göz önüne alındığında, [kanunun] şartlarını zımnen genişletmeyeceğim ... Şu anki mesele, Halife Ömer tarafından ilk Kadısına M.S. 900 civarında verilen talimatların hatırlanmasına yol açıyor: “Bugün, dünden farklı bir şekilde yargılamayı uygun görüyorsan, gördüğün gerçeğin peşinden gitmekten çekinme; çünkü gerçek ezeli ve ebedidir ve yanlışta ısrar etmektense gerçeğe dönmek daha iyidir!”

531 P.2d 480, 483 & n.5 (Utah 1975).

<sup>171</sup> Bu Makalenin kapsamı dışında olsa da, onların hukuk eğitimine tam olarak nelerin dahil olduğu daha fazla araştırmaya değer bir konudur.

<sup>172</sup> 505 U.S. 833, 998, 1001 (1992) (Scalia, J., kısmen çoğunluğa iştirak eden ve kısmen karşı oy) (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)'te, kadınların fetüsün yaşama kabiliyeti noktasından önce—o zaman (hamileliğin, *ç.n.*) üçüncü üç aylık dönemi olarak yorumlandı—kürtaj yaptırabilme hakkını bozmadan Pensilvanya'nın kürtaj düzenlemelerini yerinde bulan).

dururken bile hep böyle görünüyordu. Ancak, onun muteber Mahkeme Başkanlığının parılısının *Dred Scott* tarafından nasıl gölgede bırakıldığını bilen bizler, onun bu davaya—bu davanın Mahkeme açısından halihazırda belirgin sonuçlarına ve yakın zamanda ortaya çıkacak sonuçlarına—kafa yorduşuna inanmaktan kendimizi alamıyoruz. Sanırım o da iki yıl önce “ulusal çekişmelerin çatışan taraflarını, kökleri Anayasa’ya dayanan ortak bir yetkiyi kabul ederek ulusal ayrılmaya son vermeye çağırıldığını” düşünmüştü.<sup>173</sup>

Greene’in müşahede ettiği üzere Yüksek Hâkim Scalia “anayasal kürtaj hakkını onaylamanın, kölelerin federal bölgelerde tutulmasına ilişkin anayasal hakkı onaylamaya benzediğini” öne sürüyor gibi görünüyor.<sup>174</sup> Ancak, bir adım daha ileri giderek:

“argümanın kalın bir pathos katmanı altında gizlendiğini de gözlemliyor. Bir belagat ustası olan Yüksek Hâkim Scalia, Amerikan anayasal anlattısındaki kötû adam olan Roger Taney’nin çehresini müşterek [çoğunluk] görüşle karşılaştırmak istiyor. Kürtajın köleliğe benzediğini ve *Roe*’nun *Dred Scott*’a benzediğini anlatmak yerine bunu göstermenin ahlaki mesajı canlandırdığını ve rakibinin pozisyonunu sadece yanlış değil aynı zamanda utanç verici yaptığını da biliyor.”<sup>175</sup>

Bu acınası argüman örneği, Yüksek Hâkim Scalia’nın iddiasının ardındaki gerçek nedenler konusunda okuyucuyu belirsiz bırakıyor. *Roe*’nun yanlış olduğunu mu, maddi anlamda adil yargılanmaya\* güvenmenin yanlış olduğunu mu, kürtajın yanlış olduğunu mu veya başka bir şeyi mi iddia ediyordu?<sup>176</sup> Ve neden?

Benzer şekilde, tartışmalı değerlere doğrudan meydan okumak ve bunları açıklığa kavuşturmak yerine, *kadijustiz*’i karşıt argümanları reddetmek için genel bir “gerekçe” olarak gösteren hâkimlerin kendileri, görüşleri için somut gerekçeler sunma konusunda başarısız olmaktadır. Bu hâkimler okuyucuyu şaşkına çevirirler ve tam da eleştirdikleri *kadijustiz* kavramını yansıtacak şekilde argümanlarını zayıflatırlar.

<sup>173</sup> *Id.* 1001-02’de (orijinalde değişiklik) (kararına “ilkesiz duygusal tepkiler” verme potansiyelini de kınayan ortak görüşten alıntılanan).

<sup>174</sup> Greene, *supra* note 15, 1420’de.

<sup>175</sup> *Id.*

\* ÇD: *Substantive due process*, maddi anlamda adil yargılanma hakkı kavramı, bir kişinin hayatından, özgürlüğünden veya mülkiyetinden mahrum bırakılmasının yeterli ve meşru bir amaçla haklı gösterilip gösterilmediği sorusuna (bkz. [https://www.law.cornell.edu/wex/substantive\\_due\\_process](https://www.law.cornell.edu/wex/substantive_due_process)); *procedural due process*, usulî anlamda adil yargılanma hakkı kavramı ise yaşamın, özgürlüğün veya mülkiyetin tamamen veya kısmen sınırlandırılmasında gerekli, yeterli ve uygun süreçlerin izlenip izlenmediği sorusuna (bkz. [https://www.law.cornell.edu/wex/procedural\\_due\\_process](https://www.law.cornell.edu/wex/procedural_due_process)) cevap arar. Her iki kavram, Beşinci ve On Dördüncü Değişiklikler’de zikredilen *due process* kavramında kaynağını bulur.

<sup>176</sup> *Id.* 1422-23’te. Karşı oylar ile çoğunluk görüşüne iştiraklerde acınası argümanın dahil olduğu anayasa hukuku kararlarına ilişkin daha ayrıntılı değerlendirmesi için, bkz. onun faydalı grafiği *id.* 1443’te.

Greene'e göre acınası argümanların tamamı istenmeyen bir durum değildir ve bunların bir kısmı, argümanın sıradan bir unsuru olarak pekâlâ kaçınılmaz olabilir.<sup>177</sup> Yani, Amerikan *anayasa hukuku* benzersiz bir metne, yapıya, tarihe ve saireye bağlı iken, Amerikan *anayasal argümanı* mantığa (logos), karaktere (ethos) ve duygulara (pathos) hitap eden konular hakkındaki evrensel ikna tarzlarının bir devamıdır.<sup>178</sup> Şurası muhakkak ki çoğu hâkim ve yorumcu, sonucusunu -acınası argümanı- anayasal yorumda gayrimeşru bularak reddeder.<sup>179</sup> Ancak Greene, acıklı argümanın en azından yasa yapımı için gerekli olduğu kadar kimi zaman uygun da olduğunu, çünkü duygunun kamu ahlakı için zaruriyet arz ettiğini ileri sürer.<sup>180</sup> Greene'e göre bu tür bir argüman—müstakbel başvurular için öğretiler oluşturmayı, müzakerenin teşvikini ve muhalefet yoluyla reform için ajitasyon yapmayı ihtiva eden—belirli bağlamlarda yararlı olabilir.<sup>181</sup>

Yabancı hukuka olumsuz atıf bağlamında daha az olumlu bir bakış açısı benimseyerek *kadijustiz*'e başvurulmasının, arzu edilmeyen ve tamamen kaçınılabılır bir acınası argüman örneği olduğunu ileri sürmekteyim.<sup>182</sup> Yabancı hukuka bu tür olumsuz atıf yapılması istenmeyen bir durumdur, çünkü yargısal karar vermeye dair temel bir sorunu ortaya koymaktadır. Yani *kadijustiz*'e yapılan atıflar, belirli nedenler sunmak yerine nedenini ortaya koymadan, bir dizi hukuki değeri diğerine göre ayrıcalıklı kılan gerekçeli kararlara *karşı* okuyucuda bilinçli olarak duygu uyandırmak için tasarlanmıştır. *Kadijustiz*'e atıf kaçınılabılırdır de. Tatbikat, bu alandaki tarihçilerin Yüksek Hâkim Frankfurter'in zamanından beri giderek daha fazla ele alarak ortaya koyduğunun aksine, İslam hukukunun keyfi ve usul kurullarından yoksun olduğu yönündeki çorak Weberci mefhumları suiistimal etmektedir.<sup>183</sup> İslamî mahkemelerin ve yargılama usullerinin tarihi tamamlanmış değildir. Ancak tarihi kayıtlar, hakimler için, İslam hukukunu karşılaştırmak veya kıyaslamak isterlerse gerekçesini izah etmekten ziyade gölgeleyen gayrisahih *kadijustiz* mefhumlarına başvurmaksızın İslam

<sup>177</sup> Greene, *supra* note 15, 1393, 1395'te.

<sup>178</sup> *Id.* 1394-95'te.

<sup>179</sup> *Id.* 1407'de (“Duygulara alenen başvurulması, dava/duruşma avukatlığı eserlerinde yaygın olduğu kadar hüküm kurmada da bir o kadar skandaldır.”). Cf. PHILIP BOBBITT, *CONSTITUTIONAL FATE* 95 (1984) (acınası argümana yalnızca “nevi şahsına münhasır, kişisel özelliklere” hitap ettiği gerekçesiyle itiraz eden); ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, *MAKING YOUR CASE: THE ART OF PERSUADING JUDGES* 31-32 (2008) (avukatların; ilgisiz, doğrudan duygusal taleplerde bulunmak yerine, duygu uyandırmak ve ikna etmek için “hâkimin adalet duygusuna” hitap eden gerçekleri kullanması gerektiğini savunan).

<sup>180</sup> Greene, *supra* note 15, 1446-69'da.

<sup>181</sup> *Id.* 1394, 1460-69'da.

<sup>182</sup> Weber'in kavramlarından ziyade İslamî mahkemelerdeki adli uygulama ve usulün tarihsel tatbiki olan *kadijustiz*'in aksine, “kadı adaleti” olarak adlandırılan şeyi tarif eden İslam hukuku bilimindeki nispeten yeni ilerlemelerin ardından kaçınılabılır bir argüman için, *bkz. supra* Part II.C.

<sup>183</sup> *Bkz. supra* Part II.C.



tarihinin çeşitli dönemleri esnasında mahkemelerin iç işleyişini kavrayabilmeleri için yeterince sağlamdır.<sup>184</sup>

Bu Makale'nin başından sonuna kadar, *kadijustiz*'e başvurulmasının, gerekçeye muhalif kalan hakimlerin aksi görüşlere karşı konumlarına umumiyetle işaret ettiğini savundum. Bilhassa, bu hakimler *kadijustiz*'i çeşitli bağlamlarda esas usule yeğlemeyi kötölemek için kullandılar; takdir yetkisini uygunsuz ve yargısal aktivizmi ise metinciliğe, federalizme ve federal kurumların muhtariyetine olan bağlılıklarını ihlal edecek şekilde uyguladılar.

Fakat sorunlu bir şekilde bu hakimler, karşıt hukukçuların veya okuyucuların neden (kendileri ile, *ç.n.*) aynı görüşte olması gerektiğine dair belirgin nedenler sunmaksızın, bu değerlere olan bağlılıklarını *kadijustiz* kisvesinin ardına sakladılar. Bu şekilde konuşlandırılan *kadijustiz*, etkili bir karşılaştırmalı hukuk çabasını veya yabancı hukuka faydalı atıflar yapılmasını gölgeler ve acınası argümanın yararlı olabileceği değerlerin hiçbirini karşılamaz.<sup>185</sup> Başka bir deyişle, *kadijustiz* doktrini açıklığa kavuşturmaz, ancak yerleşik öğretiyi mütecanis bir şekilde kınar. Müzakereyi teşvik etmez, daha ziyade yerleşik ve yeni ortaya çıkan tarihsel izahatla çelişen İslamî yargılama usulüne ilişkin doğru olmayan mefhumları somutlaştırır. Ve muhalefet yoluyla reform için etkili bir şekilde kamuoyunu harekete geçirmez. Eğer *kadijustiz* temelinde herhangi bir reform yapıldıysa da bu benim dikkatimden kaçmıştır.

*Kadijustiz* nereye? Çözüm muhtemelen çift uçludur. Birincisi, eğer hukuk eğitimi ile yargısal bilgi arasındaki bağlantı görüldüğü kadar sağlam ise hukuk fakültelerinde İslam hukukunun karşılaştırmalı ve akademik tetkikini ve tahsilini desteklemektir. İkincisi, diğer karşılaştırmacıların bu daha büyük münazarada iddia ettiği gibi, hâkimleri yabancı hukuka doğru ve bunun arkasındaki nedenleri de içeren atıflar yapma konusunda teşvik etmek olabilir. Yabancı hukuka yapılan tüm bu olumsuz atıflar, hem derslikte hem de mahkeme salonunda gerçekten tehlikede olan değerlerin daha zayıf ve daha az şeffaf şekilde müdafaasına neden olmuştur.

---

<sup>184</sup> Bkz. örneğin Jed Rubinfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, 79 N.Y.U. L. REV. 1971 (2004) (Amerikan ve Avrupalı anayasacılık anlayışlarının, öğretilerini kolay benimsenmeye uygun olmayan hale getirme yollarında farklılaştığını savunan); Ernest A. Young, *Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 HARV. L. REV. 148, 153 (2005). Young ifade etti:

« Mahkemenin yabancı tatbikatın ardındaki gerekçeleri ihmal etmesinin basitçe özensiz kanaat yazımı olmadığını ileri sürmekteyim. Yüksek hakimler yenilikçi doktriner formüller ya da Amerikan söyleminde bulunmayan yeni argümanlar için yabancı mahkemelerin görüşlerini aramıyorlar (her ne kadar baksak pekala bunları bulabilir isek de). *Roper*'da Vicki Jackson'ın yabancı kaynaklarla hiçbir 'münasebeti' olmadığı gibi Mahkeme, Jeremy Waldron'un 'ius gentium'undaki haliyle yabancı hukuku bir ortak bilgelik deposu olarak da kullanmadı. Aksine, Mahkemenin analiziyle en alakalı olan şey tam olarak yabancı tatbikat vakıasıdır. Tümüyle farklı bir odağa sahip, farklı bir yöntemdi.»

Young, *supra*, 153'te.

<sup>185</sup> Greene, *supra* note 15, 1460-69'da.

## ÇEVİRENİN NOTLARI:

### Makalenin künyesi aşağıdaki gibidir:

Rabb, Intisar A., Against Kadijustiz: On the Negative Citation of Foreign Law (May 7, 2015). Suffolk University Law Review, Vol. XLVIII, No. 343, 2015, Harvard Public Law Working Paper No. 15-11, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2603715>

1) İşbu Makalenin çevirilmesi ve yayımlanması hususunda hem müellifin hem de Makalenin yayımlandığı derginin halihazırdaki baş editörünün (yazılı) muvafakati temin edilmiştir, kendilerine teşekkür ederim. Çeviriden kaynaklı tüm hatalar ve yanlışlar münhasıran çevirene aittir. I would like to take this opportunity to thank both Professor Rabb and Ms. Sara Levien (PhDc), *editor-in-chief* of Suffolk University Law Review for graciously allowing me to embark on this seminal work, which I trust will help the Essay's message reach a wider audience. All mistakes and errors in the translation (English to Turkish) solely belong to the translator.

2) Çeviriyi inceleyerek gözden geçiren ve değerli yorumlarını paylaştan Efe Orhun Şahin'e teşekkür ederim.

3) Makalenin yayımlandığı dergideki sayfa numaraları kaldırılmıştır. Ancak baştaki İçindekiler (*Table of Contents*) kısmı muhafaza edilmiştir.

4) Müellif, dipnotlarda atıfta bulunduğu eserler veya kararların hemen arkalarına parantez içinde kısa bir cümle ile ilgili eser veya karara atıf yapılmasını gerektiren meseleyi özetlemektedir.

5) Çeviren tarafından yer yer bazı kavramların izahı amacıyla dipnotlar eklenmiştir. Makalenin kendi iç atıf düzenini bozmamak için Çevirenin Dipnotları numaralama ile değil, tek yıldız (\*) ile yapılmıştır. Dipnotların başına Çevirenin Dipnotu anlamına gelmek üzere iki nokta üst üste işareti tarafından takip edilen ÇD: kısaltması kullanılmıştır.

6) Çeviri içerisinde anlamı verebilmek veya pekiştirebilmek için parantez içinde çeviren tarafından yapılan eklemelerden hemen sonra çevirenin notu anlamına gelmek üzere italik ç.n. kısaltması kullanılmıştır.

7) Kavramların seçiminde ve kullanımında çeviren tarafından özellikle aşağıdaki eserlerden yararlanılmıştır:

- Alexander Hamilton, James Madison, Jones Jay, *Federalist Yazılar*, çevirenler Tolga Şirin, Necdet Umut Orcan, Runik Kitap, İstanbul 2021, 620 sayfa.

- Gordon Marshall, *Sosyoloji Sözlüğü*, çevirenler Osman Akınhay, Derya Kömürcü, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2020, 917 sayfa.

- Ahmet Cevizci, *Büyük Felsefe Sözlüğü (2 Cilt)*, Say Yayınları, İstanbul 2021, 2112 sayfa.

- Efe Orhun Şahin, *Anayasa Yargısında Orijinalizm ve Dinamik Yorum Anlayışları ile Temel Hakların Korunmasına Etkileri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2023, 213 sayfa.

8) Kadı kavramı ve kelimesi Türkiye literatüründe bilindiği için kadı hali tercih edilmiştir. “*Qādi*” ve “*qādi*” şeklinde yazılan yerlerde, kadı yerine bu orijinal hali korunmuştur.

9) Keza *common law* kelime öbeğinin ve Latince ibarelerin tercümesi yapılmayıp olduğu şekliyle kullanılmıştır.

10) Aynı cümle içerisinde iki veya daha fazla dipnot var ise, çeviri nedeniyle bu dipnotların sıralaması değişebilmektedir.

11) Çeviride atıf (*citation*) ile alıntı (*quotation*) ve Hakim (*Judge*) ile Yüksek Hakim (*Justice*) arasındaki farklara dikkat çekilmiştir.

12) Makale metninde kullanılan ifade dili ile dipnotlarda izlenen yöntemin/teknikğin çeviriyi kolaylaştırmadığını önemle belirtmek gerekir. Müellifin devrik cümleler ile bezenmiş ve konuşma diline yaklaşan tarzı ile Amerikan federal siyasi yapısının ve hukuk sisteminin kendine özgü kavramları, çeviriyi zorlaştıran unsurlar arasında sayılmalıdır.

13) Okuyucunun konuyu anlamasında yardımcı olması bakımından, bu tartışmada oynadığı önemli role dikkat çekilen Yüksek Hâkim Frankfurter’in biyografisi üzerinde durmak gerekir. Bu amaçla bkz. Murphy, Bruce Allen; Owens, Arthur (2003), “Felix Frankfurter (1882–1965)”, in Vile, John R. (ed.), *Great American Judges: An Encyclopedia*, vol. 1, Santa Barbara: ABC–CLIO, ISBN 978-1-57607-989-8.

14) Konunun Türkiye bağlamını anlamak bakımından aşağıdaki makale ile blog yazısına bakılabilir:

- Cem Tecimer, *The Use of Foreign Law in Turkish Constitutional Adjudication*, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 2, (2019), s.111–154.

- Cem Tecimer, Commentary: Kadıjustiz in Turkish Constitutional Adjudication: Islamic Law as an Aversive Model?, posted on July 16, 2019 by islamiclawblog, available at <https://islamiclaw.blog/2019/07/16/kadijustiz-in-turkish-constitutional-adjudication-islamic-law-as-an-aversive-model/>

15) *Administration of justice* kavramı, adliyenin asli unsurları olan, başta mahkemeler olmak üzere kurumların idaresi anlamını taşıdığı kadar kimi yerlerde adaletin uygulanması, tatbik edilmesi gibi bir anlam da taşımaktadır. Çeviride yer yer bu nüansa dikkat edildi. [https://en.wikipedia.org/wiki/Administration\\_of\\_justice](https://en.wikipedia.org/wiki/Administration_of_justice)

16) Makalede geçen Amerikan anayasal sistemine özgü bazı kavramların izahı yapılmıştır. Bu yapılırken bir *glossator*’a (muhaşşi) veya *commentator*’a (müşerrih) dönüşmekten özenle kaçınılmıştır. Agency deference, moot order, rules of decisions, Erie doctrine, aversive constitutionalizm (*karş.* aspirational constitutionalizm), substantive due process gibi kavramlar izah edilmiştir. Bu yapılırken başlıca:

- Cornell Law Legal Information Institute sayfasındaki bilgi bankasından yararlanılmıştır: [https://www.law.cornell.edu/lii/about/about\\_lii](https://www.law.cornell.edu/lii/about/about_lii)

- Amerikan adalet teşkilatı için ise Federal Adalet Merkezi’nden (Federal Justice Center) istifade edilmiştir: <https://www.fjc.gov/>

- Kongre Kütüphanesi’nin (Library of Congress) hazırlayıp çevrimiçi erişime sunduğu açıklama/şerhli anayasadan (Annotated Constitution) yararlanılmıştır: <https://constitution.congress.gov/about/constitution-annotated/>