

İSLAM HUKUK DOKTRİNİNDE KLASİK İCTİHAD TEORİSİNİN YARGI KARARLARININ GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ Ünal YERLİKAYA*

Öz

İslam hukukunun ağırlıklı olarak icthâd merkezli olması sebebiyle, yargı kararlarının geçerliliği, doktrinde, klasik icthâd teorisiyle ilişkilendirilerek ele alınmaktadır. Söz konusu ilişki çerçevesinde yargı kararları, genel olarak, bozulamaz nitelikte geçerli yargı kararları ve kesin olarak geçersiz kabul edilen yargı kararları biçiminde ikiye ayrılmaktadır. Bozulamaz nitelikte geçerli yargı kararlarını, nass veya icmâ yoluyla belirlenmiş, dolayısıyla icthâda kapalı alanda açığa çıkan yargı kararları; kesin olarak geçersiz kabul edilen yargı kararlarını ise nass ve icmâa aykırı yargı kararları temsil etmektedir. İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, icthâdî yargı kararları da, bozulamaz nitelikte geçerli yargı kararlarına dâhildir. Çoğunluk yaklaşımından farklı olarak hanefî hukukçular, icthâdî yargı kararlarını, bozulamaz nitelikte geçerli olanlar ve bozulabilir nitelikte olanlar biçiminde ikiye ayırmaktadırlar. Bu ayrıma bağlı olarak hanefî hukuk düşüncesinde, bozulamaz nitelikte geçerli yargı kararları, kesin olarak geçersiz yargı kararları ve bozulabilir nitelikteki icthâdî yargı kararları biçiminde üçlü bir tasnif ortaya çıkmaktadır. Son olarak, İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, müctehid hâkimin yargılama yetkisi, devlet başkanı tarafından belli bir mezhebe bağlı kalma yönünde sınırlandırılmaz; kimi İslâm hukukçusuna göre ise sınırlandırılabilir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Yargı Kararı, Hukukî Geçerlilik, Klasik İctihâd Teorisi.

The Effect of Classical Ijtihad Theory on Validity of Judicial Decisions in Islamic Law Doctrine

Abstract

Islamic law is mainly based on ijthad. Therefore, the problem validity of judicial decisions is discussed in relation to classical ijthad theory in legal doctrine. In the context of relationship judicial decisions are divided into two parts

* Yrd.Doç.Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı. unalyerlikaya@sdu.edu.tr

as irrevocable current judicial decisions and judicial decisions considered invalid precisely in general. Irrevocable current judicial decisions are represented by judicial decisions determined by nass and ijma. On the contrary judicial decisions precisely considered invalid are represented by judicial decisions that conflict with nass and ijma. According to the majority of Islamic legal scholars, judicial decisions obtained through ijihad are included in the scope of irrevocable current judicial decisions. Differently from the majority approach, hanafi scholars divide the judicial decisions obtained through ijihad into two parts as irrevocable current judicial decisions and revocable judicial decisions. Depending on this distinction in the hanafi legal thought judicial decisions are divided into three parts: irrevocable current judicial decisions, precisely invalid judicial decisions and revocable judicial decisions. Finally, according to the majority of Islamic legal scholars, jurisdiction of judge capable of ijihad can't be limited to adherence to a certain law school by president. According to the some of them, this authority can be limited.

Key Words: Islamic Law, Judgment, Legal Validity, Classical Ijtihad Theory.

Giriş

Yargı kararlarının geçerliliği, tüm hukuk sistemleri bakımından, hangi tür yargı kararlarının bozulabilir nitelikte, buna karşılık hangilerinin bozulamaz nitelikte nihai olarak geçerli olduğunu ifade etmektedir. Modern dönem yargılama hukukunda bu sorun, yargı kurumunun yapısı ve örgütleniş biçimi bakımından, tümüyle hiyerarşik bir yetki sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, belli bir uyumsuzluğa ilişkin yargı kararının, ilgili uyumsuzluk hakkında kanunda öngörülen genel norma uygun olması ve aynı zamanda muhâkeme hukukunda öngörülen usul çerçevesinde açığa çıkmış olması gerekmektedir. Hangi tür yargı kararının hukuka (kanunda öngörülen genel norm ve usule) uygun, hangisinin aykırı olduğunun tespiti ise, o kararı veren mahkemenin yetki düzeyiyle ilgilidir. Buna göre, modern yargı sisteminin *ilk derece mahkemeleri* ve *üst derece mahkemeleri* şeklindeki örgütleniş biçimine bağlı olarak, ilk derece mahkemesi tarafından verilen bir yargı kararı, ancak üst derece mahkemesi tarafından inceleme konusu edilmemesi durumunda nihai olarak geçerli olur. Söz konusu uyumsuzluğun üst derece/yüksek mahkeme tarafından incelenmesi durumunda ise, *onama* veya *bozma* şeklinde iki farklı sonuç çıkar. Yüksek mahkemenin, ilk derece mahkemesinin kararını onaması halinde, ilk derece mahkemesinin kararı, ilgili uyumsuzluk hakkında *kesin hüküm* halini alır. İlk derece mahkeme kararının yüksek mahkeme tarafından bozulması durumunda ise, yargılama, kanunda öngörüldüğü şekilde devam eder. Kısacası, modern yargılama hukukunda, herhangi bir uyumsuzluğa ilişkin yargı kararının nihai olarak geçerli olup olmaması, o kararı veren mahkemenin yetki düzeyiyle doğrudan ilgilidir.

Modern yargılama sisteminden farklı olarak klasik İslam hukuk doktrinde yargı kararlarının geçerliliği sorunu, belli bir yargı kararının ilahi iradeyi hangi düzeyde temsil ettiği sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Belli bir uyumsuzluğa ilişkin hükmün/ilahi iradenin tespiti ise, ya doğrudan nass ya da icmâ ve ictihâd yoluyla yapılabilmektedir. Nassların sınırlı, olayların ise sınırsız ve değişken bir yapıya sahip olduğu göz önüne alındığında, İslâm hukukunun ağırlıklı olarak ictihâd merkezli bir yapı olduğu ve dolayısıyla bu yapının bir parçasını teşkil eden yargılama faaliyetinin de ictihâd merkezli olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü yargılama özünde, uyumsuzluk konusuyla ilgili hükmü (şer'î hükmü) keşfedip açığa çıkarmaktan ibarettir. Bu ise, İslâm hukuku bakımından yargılama faaliyetinin, müsbit-ihdâsî değil, ızhârî bir karaktere sahip olduğu, bir diğer ifadeyle ictihâd faaliyetinin bir parçası olduğu anlamına gelmektedir.¹

İctihâd faaliyetinin bir parçasını teşkil etmesi sebebiyle klasik doktrinde yargı kararlarının geçerliliği sorunu, daha çok, klasik ictihâd teorisi (benimsenen temel ilkeler veya yaklaşım farklılıkları) ile ilişkilendirilerek ele alınmaktadır. Bu sebeple elinizdeki bu çalışmada, söz konusu ilişkiyi örnekleme amacına matuf olarak, doktrinde geçerlilik kriteri bakımından yargı kararlarının nasıl tasnif edildiği; *geçerliliği hususunda ihtilaf açığa çıkan yargı kararları (ictihâda açık yargı kararları)* tabiri ile neyin kastedildiği; *şer'î hükmü bakımından ictihâda açık olup olmadığı hususunda ihtilaf açığa çıkan uyumsuzluklara ilişkin yargı kararlarının bozulamaz nitelikte geçerli olup olmadığı ve yargılama yetkisini kullanan hâkimin müctehid olup olmaması ile yargı kararlarının geçerliliği arasında ne tür bir ilişki olduğu sorunları inceleme konusu edilmektedir. Bu arada, kararın açık nass ve icmâ hükmüyle çeliştiğinin belirlenmesi; hâkimin kasıtlı olarak yanlış karar verdiğinin tespit edilmesi; şahitlerin yalancı şahitlik yaptıklarının ortaya çıkması veya şahitlerin, şahitlik ettikleri hususta şahitliklerinden dönmeleri gibi yargı kararlarının geçerliliğini etkileyen diğer unsurların bu çalışmanın kapsamına dâhil edilmediğini belirtmemiz gerekmektedir.*

I. Uyumsuzluk Konusunun İctihâda Açık Olup Olmaması Sorunu

İslâm hukuk doktrinde, klasik ictihâd teorisiyle ilişkisi esas alınarak yargı kararları, geçerlilik kriteri bakımından *kesin olarak geçersiz kabul edilen yargı kararları*, *kesin olarak geçerli kabul edilen yargı kararları* ve *geçerliliği konusunda ihtilaf açığa çıkan yargı kararları* biçiminde üç kısımda ele

¹ İslâm hukukunda yargılama faaliyetinin mahiyeti hakkında özet bir açıklama için bkz. Türçan, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2001, 200-201.

alınmaktadır.² Söz konusu tasnifte, *uyuşmazlığa sebep olan hususun ictihâda açık olup olmaması* temel bir ölçüt işlevi görmektedir.

Kesin olup bozulamaz nitelikte geçerli kabul edilen yargı kararları iki kısımdan müteşekkildir. Onlardan ilk kısmını, *nass ve icmâ yoluyla açığa çıkan yargı kararları* temsil etmektedir. Buna göre, hükmü nass ve icmâ yoluyla açık bir biçimde belirlenmiş olan uyuşmazlıklar hakkında, ilgili nass ve icmâ hükmüyle çelişik olarak açığa çıkan yargı kararları kesin olarak geçersizdir. Çünkü herhangi bir uyuşmazlığa ilişkin hükmün açık nass ve icmâ yoluyla belirlenmesi, ilgili uyuşmazlık hakkında ictihâd edilemeyeceği ve dolayısıyla hâkimin, nass ve icmâda öngörülenin dışında bir hüküm veremeyeceği anlamına gelmektedir. Buna göre, nass ve icmâ yoluyla açığa çıkan yargı kararı kesin olarak geçerli; buna karşılık nass ve icmâa muhalif olarak açığa çıkan yargı kararı ise kesin olarak geçersizdir.

Kesin olup bozulamaz nitelikte geçerli kabul edilen yargı kararlarının ikinci kısmını ise, *ictihâda açık olduğu hususunda ihtilaf bulunmayan uyuşmazlıklar hakkında açığa çıkan ictihâdî yargı kararları* temsil etmektedir.³ İslâm hukuk doktrininde, *ehlinden sâdir olması, açık nass ve icmâ hükmüyle çelişmemesi koşuluyla her bir ictihâdî hükmün (diğer ictihâdî hükümlerden bağımsız bir biçimde) geçerli olduğu* prensibine⁴ bağlı olarak, ictihâda açık olduğu hususunda ihtilaf bulunmayan uyuşmazlıklar hakkında açığa çıkan ictihâdî yargı kararlarının bozulamaz nitelikte kesin olarak geçerli olduğu kabul

² İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz, *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr*, I-XIII, Dirâse, Ta'lik ve Tahkik: Âdil Ahmed Abdulmevcûd ve Ali Muhammed Muavvid, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1423/2003, VI, 458; Ali Haydar, Hoca Emîn Efendizâde, *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003, IV, 687-689.

³ Burada *ictihâda açık olduğu hususunda ihtilaf bulunmayan uyuşmazlıklar* kaydını özellikle vurgulamamız gerekmektedir. Çünkü, ileride bahsedileceği üzere, bir uyuşmazlık konusunun hükmü hakkında sonradan açığa çıkan icmân aynı konuda daha önceden açığa çıkmış farklı ictihâdî yaklaşımları ortadan kaldırıp kaldırmadığı ve dolayısıyla ilgili uyuşmazlık konusunun hükmünün ictihâda açık olup olmadığı İslâm hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur.

⁴ es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *Kitâbu'l-Mebsût (el-Mebsût)*, I-XXX, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut ty, XVI, 84; el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi'*, I-X, Tahkik ve Ta'lik: A. M. Muavvid ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, IX, 109; er-Râfî, Ebû'l-Kâsım Abdülkerim b. Muhammed b. Abdülkerim el-Kazvîni, *el-Azîz Şerhu'l-Vecîz*, I-XIII, Tahkik ve Ta'lik: A. M. Muavvid ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, I, 452; el-Karâfî, Şihâbuddîn Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs, *ez-Zahîra*, I-XIV, Thk. Muhammed Haccî, Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, Beyrut 1994, X, 122, 281; İbn Nuceym, Zeynuddîn b. İbrâhîm b. Muhammed, *el-Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik*, I-IX, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, VII, 17; Ali Haydar, I, 34.

edilmiştir.⁵ Geçerliliği icmâ ile sabit olması sebebiyle⁶ bu tür yargı kararlarını, ikinci bir hâkimin bozma yetkisi de bulunmamaktadır.⁷ Buna göre, belli bir somut uyuşmazlık hakkında açığa çıkan ilk ictihâdî yargı kararı kesin olarak geçerli; aksi yönde açığa çıkan ikinci karar ise, geçerliliği icmâ ile sabit olan karara muhalif olması sebebiyle, kesin olarak geçersizdir. İctihâdî yargı kararlarının geçerliliği konusunda benimsenen bu prensip, hukukun düzen fonksiyonuyla doğrudan ilgilidir. Şöyle ki, belli bir uyuşmazlık hakkında açığa çıkan ictihâdî yargı kararının ikinci bir ictihâdî yargı kararıyla bozulabileceği kabul edilirse, aynı şekilde ikinci kararın da üçüncü bir ictihâdî kararla bozulabileceği zorunlu olarak kabul edilmiş olur. Böyle bir durumda ise uyuşmazlıkların hükme bağlanması imkânsız hale gelir. Dolayısıyla hukuk, tanımına öncelikli ve zorunlu olarak dâhil olan *düzen* fonksiyonunu yerine getiremez bir yapıya dönüşür.⁸ Son olarak, *nass veya icmâ yoluyla açığa çıkan yargı kararları ile ictihâdî yargı kararları* arasında, onların ileriye dönük işlevleri bakımından şu şekilde bir ayırım yapmak gerekmektedir: Nass veya icmâ yoluyla açığa çıkan yargı kararı, tek bir somut uyuşmazlığa özgü olmayıp, benzer türden tüm uyuşmazlıklar için ortak geçerli bir karar niteliği taşır. Buna karşılık ictihâdî yargı kararı ise, yalnızca ilgili olduğu somut uyuşmazlığa özgü bir karar niteliği taşır. Bir diğer ifadeyle ictihâdî yargı kararının bozulamaz nitelikte geçerli olma özelliği, ilgili olduğu somut uyuşmazlıkla sınırlıdır. Dolayısıyla benzer türden daha sonra meydana gelen uyuşmazlıklar hakkında, ister aynı müctehid hâkim tarafından olsun ister farklı bir müctehid hâkim tarafından olsun, farklı ictihâdî kararlar verilebilir.⁹

Geçerlilik kriteri bakımından ictihâdî yargı kararlarını hanefiler, çoğunluk yaklaşımından farklı olarak ve kendine özgü bir biçimde, *geçerliliği icmâ ile sabit olan ictihâdî yargı kararları* ve *geçerliliği konusunda ihtilaf açığa çıkan ictihâdî yargı kararları* şeklinde ikiye ayırarak ele almaktadırlar. Söz konusu ayırmda hanefiler, öncelikle *belli bir uyuşmazlığa ilişkin hükmün, hukuk tekniği bakımından yargı kararı özelliği taşıyıp taşıyamamasını* bir ölçüt olarak almaktadırlar. Onlara göre, hukukî bir yargılamanın *davacı, davalı ve dava/uyuşmazlık konusu* olmak üzere üç temel unsuru vardır. Bir yargılama işleminde söz konusu üç temel unsurun bir arada bulunup bulunmaması, o yargılama sonucunda açığa çıkacak hükmün, *yargı kararı-fetvâ ayırımı*nda yargı kararına mı yoksa fetvâya mı denk düşeceğini belirlemede temel bir ölçüt işlevi

⁵ el-Kâsânî, IX, 133.

⁶ es-Serahsî, XVI, 84; el-Kâsânî, IX, 133; İbn Nuceym, VII, 16.

⁷ el-Kâsânî, IX, 133; İbn Mâze, Burhânuddîd Ebu'l-Ma'âlî Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî fi'l-Fıkhi'n-Nu'mânî*, I-IX, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2004, VIII, 70; İbn Nuceym, VII, 16.

⁸ el-Kâsânî, IX, 133; İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed el-Makdisî, *el-Muğni*, I-XV, Thk. Abdullâh b. Abdilmuhsin et-Türkî, Abdulfettâh Muhammed el-Hulv, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1417/1997, XIV, 36.

⁹ es-Serahsî, XVI, 84; el-Kâsânî, IX, 109; İbn Mâze, VIII, 52; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIV, 36.

görmektedir.¹⁰ Hanefî hukuk literatüründe, yargı kararı özelliği taşıyıp taşımadığı konusunda ihtilaf açığa çıkan bu tür kararlar, *geçerliliği konusunda ihtilaf açığa çıkan icthâdî yargı kararları* kapsamında değerlendirilmektedir. Belli bir kararın bizatihi geçerliliği konusunda ihtilaf açığa çıkması demek, o kararın ilgili olduğu uyumsuzluk hakkında bozulamaz nitelikte nihai olarak geçerli bir yargı kararını değil; ikinci bir hâkimin icthâdına açık bir kararı temsil ettiği anlamına gelmektedir. Bu sebeple sözü edilen türdeki kararlar, ikinci hâkimin onama veya bozma kararına (icthâdına) bağlı olarak, ya bozulamaz nitelikte geçerli ya da kesin olarak geçersiz bir hale gelir.

Belli bir uyumsuzlığa ilişkin hükmün bizatihi kendisine (نفس القضاء) değil, sebebine (سبب القضاء) dönük yaklaşım farklılıklarını ise hanefiler, o hükmün geçerliliğini etkileyen bir unsur olarak görmemektedirler. Bir başka deyişle, sebeplerinin hukukî meşruiyeti konusunda ihtilaf bulunan yargı kararları, geçerliliği icmâ ile sabit olan ve bu sebeple ikinci bir hâkim tarafından bozulamayan yargı kararlarına dâhildir. Örneğin, kazf suçu işlemesi sebebiyle kendisine kazf haddi uygulanan kimsenin şahitliği, hanefilere göre kesin olarak (ebediyyen) geçersiz;¹¹ şâfiîler başta olmak üzere çoğu İslâm hukukçusuna göre ise, -tevbe etmiş olması koşuluyla- geçerlidir.¹² Sebeplerde açığa çıkan meşruiyet/geçerlilik tartışmasının, hükmün geçerliliğini doğrudan etkileyen bir husus olmadığı düşüncesiyle hanefiler, herhangi bir uyumsuzluk konusu hakkında, kazf suçu işlemesi sebebiyle kendisine kazf haddi uygulanan kimsenin şahitliğine bağlı olarak açığa çıkan yargı kararının da, ikinci bir hâkim tarafından bozulamaz nitelikte geçerli bir yargı kararı niteliği taşıdığını belirtmektedirler.¹³ Bizatihi hükmün hukukiliğinin ihtilafa konu olması-hükmün sebebinin ihtilafa konu olması ayrımının doktrinde önemli bir ayrıntıyı ve özgün bir yaklaşımı temsil ediyor olması sebebiyle, nispeten detaylı olarak incelenmesi önem arz etmektedir.

Yargı Kararlarının İctihâda Açık Olması ve Hukukî Geçerliliğe Etkisi

¹⁰ el-Merğînânî, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelil, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî* (Fethu'l-Kadîr içinde), I-X, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003, IX, 267; İbn Nuceym, VII, 17; İbn Âbidîn, VI, 733.

¹¹ el-Kudûrî, Ebu'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Hanefî, *Muhtasarü'l-Kudûrî fi'l-Fıkhü'l-Hanefî*, Tahkîk ve Ta'lik: Kâmil Muhammed Uveyda, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, 220; es-Serahsî, XVI, 64; el-Kâsânî, IX, 269; Ali Haydar, IV, 358.

¹² eş-Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Umm*, I-XI, Tahkîk ve Tahrîc: Rifat Fevzi Abdulmuttalib, Dâru'l-Vefâ', Mansûra 1422/2001, VII, 517; Sahnûn b. Saîd et-Tenûnî, *el-Mudevvenetu'l-Kubrâ*, I-V, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994, IV, 23; İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed el-Makdisî, *el-Kâfî*, I-VI, Thk. Abdullâh b. Abdilmuhsin et-Türkî, Hicr li't-Tibâa ve'n-Neşr, Cize 1417/1997, VI, 211; el-Muğnî, XIV, 188.

¹³ İbn Âbidîn, VIII, 79; Ali Haydar, IV, 689.

Hanefî hukuk doktrinde, *bizatihi hükmün/yargı kararının (القضاء) icthâda açık olmasıyla*, herhangi bir uyuşmazlık hakkında açığa çıkan *yargı kararının geçerliliğinin ihtilafa konu olması (المجتهد فيه نفس/نفس القضاء مختلف فيه)* ¹⁴ kastedilmektedir. Daha açık bir ifadeyle *icthâda açık olan yargı kararı (ihtilafa konu olan yargı kararı)* tabiri hanefî doktrinde, *hukuken geçerli bir yargı kararı niteliği taşıyıp taşımadığı hususunda ihtilaf açığa çıkan hükmü/kararı* ifade etmek üzere kullanılmaktadır. İcmâ-ictihad ilişkisi açısından bakıldığında, hukuken geçerli bir yargı kararı olduğu konusunda icmâ oluşmamış icthâdî yargı kararları, *icthâda açık yargı kararlarını* temsil etmektedir. Belli bir yargı kararının, hukuki geçerlilik bakımından ihtilafa konu olmasını ise hanefiler, farklı sebeplere dayandırmaktadırlar.

Söz konusu sebeplerden ilki, herhangi bir uyuşmazlığın hangi şartların varlığına bağlı olarak yargı konusu edilebileceğine ilişkindir. Hanefî hukuk düşüncesine göre, herhangi bir uyuşmazlığın yargı konusu edilebilmesinin temel şartlarından biri, uyuşmazlığın tarafı olan davacı (المدعى) ve davalıdan (المدعى عليه) her birinin veya en azından onların hukukî temsilcilerinin hâkim huzurunda hazır bulunmasıdır.¹⁵ Çünkü Hz. Peygamber'in "Taraplardan her ikisini de dinlemedikçe onlardan biri lehine hüküm verme."¹⁶ biçimindeki sözü, yargılama hukuku bakımından bahse konu şartın/ilkenin benimsenmesini zorunlu kılmaktadır. Kaldı ki özellikle davalı tarafın veya onun hukukî temsilcisinin yargılama esnasında hâkim huzurunda hazır bulunmaması, ispat hukuku (ispat-inkâr) bakımından bir belirsizliğin (cehâletin) açığa çıkmasına sebep olur ki, bu da hâkimin ilgili uyuşmazlık konusunda hüküm vermesine engel teşkil etmektedir. Çünkü davalı tarafın, kendi aleyhine ortaya konan delilleri çürütme ihtimali vardır. Sadece davacı tarafın ortaya koyduğu ispat vasıtalarına bağlı olarak hüküm vermek ise, davalı tarafın delilleri çürütme ihtimalini en baştan yok saymak anlamına gelir ki böyle bir durumda âdil yargılamadan (القضاء بالحق) bahsedilemez.¹⁷ Kısacası hanefilere göre, sözü edilen usul çerçevesinde yapılan yargılama, *bizatihi yargılamanın varoluş amacına aykırı düşen bir uygulamadır* ve böyle bir yargılama sonucu açığa çıkan karar da, geçerli bir yargı kararı özelliği taşıyıp taşımadığı ihtilafı olması sebebiyle, bozulamaz nitelikte geçerli bir yargı kararı niteliği taşımaz. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre ise, kul hakkının

¹⁴ es-Serahsî, XI, 42; el-Kâsânî, IX, 134; el-Merğînânî, IX, 267; İbn Mâze, VIII, 75; İbnu'l-Humâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *Fethu'l-Kadîr*, I-X, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003, VII, 284; İbn Nuceym, VII, 24; İbn Âbidîn, VIII, 80.

¹⁵ es-Serahsî, XVII, 39; el-Kâsânî, VIII, 412-414.

¹⁶ Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî el-Mervezî, *el-Musned*, I-XLV+V, Müessesetür'r-Risâle, Beyrut 1995-2001, II, 387 (hadis no: 1211); Ebû Ya'lâ, Ahmed b. Ali b. el-Mevsilî, *Musnedu Ebi Ya'lâ*, I-VI, Dâru'l-Kible, Cidde 1988, I, 211 (hadis no:367); el-Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Huseyn b. Alî, *es-Sunenu'l-Kubrâ*, I-XI, Thk. Muhammed Abdulkâdir Atâ, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003, X, 232 (hadis no: 20469).

¹⁷ el-Kâsânî, VIII, 413; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIV, 94.

ihlali sonucu açığa çıkmış uyuşmazlıkların¹⁸ yargı konusu edilebilmesi için her iki tarafın da mahkemede hazır bulunmaları şart değildir.¹⁹ Onlara göre, *beyyine külfeti davacıya, yemin külfeti ise davalıya aittir* ilkesinin bir gereği olarak, ilgili uyuşmazlık konusunda hâkimin karar verebilmesi için, iddiaya/davaya konu olan hususun davacı tarafından, hukukun öngördüğü çerçevede ispatlanmış olması yeterlidir. Sadece davacı tarafın ortaya koyduğu delillere bağlı olarak yapılan yargılama usulünün, İslâm yargılama hukuku bakımından meşru bir yöntem olduğunu savunan İslâm hukukçuları, Hz. Peygamber'in şu uygulamasını referans almaktadırlar: Hz. Âişe'den rivâyet edildiğine göre, Ebû Süfyan'ın hanımı (Hind), kocasının, kendisinin ve çocuğunun nafakasını karşılanmadığından bahsedip kocasından habersiz olarak onun malından alıp alamayacağını sorunca Hz. Peygamber ona, örfe göre kendisi ve çocuğu için gerekli olan miktarı alabileceğini belirtmiştir.²⁰ Hz. Peygamber'in, huzurunda olmayan koca aleyhine hükmetmesi göstermektedir ki, taraflardan her ikisinin mahkemede hazır bulunmaları, herhangi bir uyuşmazlığın yargı konusu edilebilmesinin zorunlu bir ön koşulu değildir.²¹ Dolayısıyla böyle bir yargılama sonucu açığa çıkan karar, ilgili olduğu konuda bozulamaz nitelikte geçerli bir yargı kararını temsil etmektedir.

Hanefilere göre, Hz. Peygamber'in, miktarını belirlemeksizin Ebû Süfyan aleyhine nafakaya hükmetmesi, yargı kararı değil, fetvâ niteliğinde bir tasarruftur.²² Dolayısıyla uyuşmazlık konusunun, taraflardan yalnızca birinin hâkim huzurunda bulunmasıyla hükme bağlanabileceği hususunda delil niteliği taşımaz. Hanefilerin bu eleştirisine karşılık el-Mâverdî, Hz. Peygamber'in söz konusu tasarrufunun niçin fetvâ değil de bağlayıcı bir yargı kararı olarak görülmesi gerektiğini farklı yönleriyle izah etmeye çalışmaktadır.²³ Görüldüğü üzere, muhakeme usulüne ilişkin yaklaşım farklılığına bağlı olarak, hanefiler

¹⁸ Gâib kimse aleyhine karar verilebileceğini savunan İslâm hukukçuları bunu, kul haklarına dönük uyuşmazlıklarla sınırlı tutmaktadırlar. Çünkü İslâm yargılama hukukunda Allah hakkı olarak öngörülen yaptırımların şüphe sebebiyle düşürülmesi; buna karşılık kul hakkı ihlalleri için öngörülen yaptırımların ise şüpheye rağmen düşürülmemesi/uygulanması temel bir prensiptir (Bkz. el-Mâverdî, Ebi'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Bağdâdî, *el-Hâvi'l-Kebîr fî Fıkhî Mezhebi'l-İmâm eş-Şâfiî ve Huve Şerhu Muhtasari'l-Müzenî*, I-XVIII, Tahkik ve Ta'lik: A. M. Muavvid ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994, XVI, 300; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIV, 95).

¹⁹ el-Mâverdî, XI, 417; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIV, 93-94.

²⁰ el-Mâverdî, XVI, 298; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIV, 94.

²¹ el-Mâverdî, XVI, 298; İbn Ruşd, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, *Bidâyetü'l-Muctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, I-IV, Thk. Abdullâh el-Abbâdî, Dâru's-Selâm, Kahire 1416/1995, IV, 2313; er-Râfiî, XII, 511; eş-Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Maânî Elfâzi'l-Minhâc*, I-IV, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1418/1997, IV, 541.

²² Hz. Peygamber'in söz konusu tasarrufunun mahiyeti hakkında bir değerlendirme için bkz. el-Kâsânî, V, 160.

²³ el-Mâverdî'nin izah biçimi hakkında bkz. el-Mâverdî, XVI, 298.

tarafından yargı kararı olarak görülmeyen bir karar, diğer İslâm hukukçuları tarafından ilgili olduğu konuda nihai/kesin bir yargı kararı olarak görülmektedir. Hanefî hukuk literatüründe, *ictihada konu olan hüküm/yargı kararı (hukuken yargı kararı niteliği taşıyıp taşımadığı hususunda ihtilaf açığa çıkan hüküm/karar)* tabiriyle, geçerliliği konusunda icmâ oluşmamış bu tür yargı kararları kastedilmektedir.

Hanefilere göre, geçerliliği hakkında icmâ oluşmamış bu tür yargı kararları, ancak ikinci bir hâkimin ilgili konuda benzer bir karar vermesiyle nihai olarak geçerli bir yargı kararı niteliği kazanır. İkinci hâkimin aksi yönde karar vermesi halinde ise, hukuken geçersiz (yok hükmünde) bir karar haline dönüşür. Daha açık bir ifadeyle, ilgili konuda ikinci hâkimin verdiği karar, ilk hâkimin verdiği kararın geçerliliğini veya geçersizliğini belirlemede temel bir ölçüt işlevi görür. Aynı konuda üçüncü bir hâkimin, ikinci hâkimin verdiği kararı bozma yetkisi bulunmamaktadır.²⁴ Çünkü ikinci hâkimin, ilgili uyuşmazlık konusunda verdiği karar (ilk kararı bozma veya onama kararı) nihai bir yargı kararı niteliği taşımaktadır. İkinci hâkimin verdiği kararın, ilgili uyuşmazlık hakkında nihai kararı temsil ediyor olması da, yine klasik ictihad teorisi çerçevesinde izah edilmektedir. Şöyle ki, ilk hâkimin verdiği karar ictihada açık bir karar niteliği taşıyınca, aynı uyuşmazlık hakkında ikinci hâkimin verdiği onama veya bozma kararı, ictihada açık bir alanda açığa çıkmış kabul edilir.²⁵ İctihâda açık bir konuda müctehid hâkimin verdiği karar ise, yukarıda zikredildiği üzere, hukukî geçerliliği icmâ ile sâbit olmuş bir yargı kararı niteliği taşır. Esasen ilgili uyuşmazlık konusu hakkında, üçüncü bir hâkimin, ikinci hâkimin verdiği kararı bozma yetkisinin bulunmaması da, *geçerliliği konusunda icmâ gerçekleşmiş bir yargı kararının bozulamayacağı* ilkesine dayanmaktadır.

Herhangi bir hükmün geçerli bir yargı kararı niteliği taşıyabilmesi için, davacı ve davalı taraflardan her birinin veya onların hukukî temsilcilerinin mahkemede hazır bulunmasını zorunlu bir ön şart olarak görmelerinin tabii bir sonucu olarak hanefiler, gâib kimse aleyhine verilen yargı kararının bozulamaz nitelikte geçerli bir karar olmadığını; bu tür bir yargı kararının ancak ikinci bir hâkimin benzer yönde karar vermesiyle bozulamaz nitelikte geçerli bir yargı kararı niteliği kazanabileceğini belirtmektedirler. Örneğin hanefilere göre, hâkim, ister nafaka için olsun ister başka bir sebeple olsun, gâib kimsenin bozulma ve zayi olma riski taşımayan menkûl veya gayr-i menkûl mallarının satışına hükmedemez.²⁶ Çünkü hâkim, gâib kimsenin aleyhine değil, yalnızca lehine olan tasarruflara yetkilidir. Daha açık bir ifadeyle hâkimin, yalnızca gâib kimsenin

²⁴ es-Serahsî, XXIV, 184; İbnu'l-Humâm, VII, 284; İbn Âbidîn, VI, 458; Ali Haydar, IV, 689.

²⁵ es-Serahsî, XXIV, 184; İbnu'l-Humâm, VII, 284; İbn Nuceym, VII, 24; İbn Âbidîn, V, 457; Ali Haydar, IV, 689-690.

²⁶ İbnu'l-Humâm, VI, 133; İbn Âbidîn, VI, 459.

mallarını yine onun adına koruma ve muhafaza etme yetkisi vardır.²⁷ Bu yetkiye dayanarak hâkim, gâib kimsenin yalnızca bozulma ve zayi olma riski taşıyan mallarının satışına, bu malların bedelini yine gâib kimse adına muhafaza etme amacıyla karar verebilir.²⁸ Bozulma ve zayi olma riski taşımadığı halde, nafaka sebebiyle veya başka bir sebeple hâkim, gâib kimsenin mallarının satışına karar verirse, bu karar ancak ikinci bir hâkimin aynı yönde karar vermesi durumunda bozulamaz nitelikte geçerli bir yargı kararı niteliği kazanır. Bunun aksine olarak ikinci hâkim, ilk hâkimin verdiği satış kararını uygun bulmayarak iptal ederse, ilk hâkimin verdiği karar kesin olarak geçersiz olur. Bu konuda üçüncü bir hâkimin, ikinci hâkimin verdiği kararı bozma yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü ikinci hâkimin kararı (onama veya iptal kararı), geçerliliği konusunda icmâ gerçekleşmiş olması sebebiyle, ilgili konuda nihai yargı kararını temsil etmektedir.

Yargı kararlarının geçerliliğine ilişkin benzer bir durum, gâib kimse aleyhine açılan davalar bakımından da söz konusudur. Şöyle ki, bir kimse gâib bir kimseden alacağı olduğu veya gâib kimsede emânet malı (vedîa) bulunduğu iddiasıyla mahkemeye başvurursa, hâkim, gâib kimse aleyhine karar verme yetkisine sahip olmaması sebebiyle, davacı lehine ve davalı (gâib) aleyhine hükmedemez. Çünkü davacı ve davalı taraflardan her birinin hazır bulunmadığı yargılamada hâkimin karar verme yetkisi bulunmamaktadır.²⁹ Hanefî hukuk düşüncesinde genel yaklaşım bu olmakla birlikte kimi hanefî hukukçular, bir maslahat görmesi durumunda hâkimin, mahkemede hazır bulunmayan gâib kimse aleyhine hükmedebileceğini ve bu hükmün de ikinci bir hâkimin benzer yönde bir karar vermesine bağlı olmaksızın hukuken geçerli olacağını belirtmektedirler.³⁰ Öyle ki, ikinci hâkimin, maslahat düşüncesine dayalı olarak ilk hâkimin verdiği kararı iptal etme yetkisi de yoktur. Çünkü ilk hâkimin verdiği karar, hukukî geçerliliği icmâ ile sabit olmuş bir karardır. Buna karşılık kimi hanefî hukukçulara göre ise, hangi gerekçeyle olursa olsun, gâib kimse aleyhine verilen karar, ancak ikinci bir hâkimin benzer yönde karar vermesi halinde bozulamaz nitelikte geçerli bir karar niteliği kazanır.³¹ Gâib aleyhine verilen kararın hukukî geçerliliği konusunda hanefî hukukçuların farklı yaklaşımlar ortaya koymaları, söz konusu durumda ictihada açık olan hususun ne olduğu sorunuyla doğrudan ilgilidir. Maslahat düşüncesine dayalı olarak ilk hâkimin gâib kimse hakkında verdiği kararın kesin olarak geçerli olduğunu savunan hanefî hukukçulara göre, burada ictihada açık olan husus, bizatihi yargı kararı değil, bu kararın sebebidir. Daha açık bir ifadeyle, ihtilaf, *gâib kimse aleyhine ortaya konan delillerin, hukuken*

²⁷ İbn Âbidîn, VI, 459.

²⁸ es-Serahsî, XI, 39; İbnu'l-Humâm, VI, 133; İbn Âbidîn, VI, 459.

²⁹ es-Serahsî, XI, 42; İbn Mâze, V, 457.

³⁰ es-Serahsî, XI, 41-42; İbnu'l-Humâm, VI, 133; İbn Âbidîn, VI, 459.

³¹ İbn Âbidîn, VI, 459.

geçerli bir ispat vasıtası niteliği taşıyıp taşımadığına dönüktür.³² Sebeplerin (ispat vasıtalarının) geçerliliği konusunda açığa çıkan ihtilaf ise, yargı kararlarının geçerliliğini etkileyen bir husus değildir. Karşı görüşte olan hanefî hukukçulara göre ise, burada ihtilafa konu (ictihada açık) olan, bizatihi yargı kararının geçerliliğidir. Çünkü gâib kimse aleyhine karar veren hâkim, yetkilendirilmediği bir konuda karar vermiştir. Dolayısıyla gâib kimse aleyhine verilen kararın, iptal edilemez bir yargı kararı niteliği kazanabilmesi, ancak ikinci bir hâkimin benzer yönde bir karar vermesine bağlıdır.³³ Görüldüğü üzere, gâib kimse aleyhine verilen yargı kararının, geçerlilik bakımından hangi düzeyde bir yargı kararını temsil ettiği konusunda açığa çıkan farklı yaklaşımlar, tümüyle klasik ictihad teorisi çerçevesinde şekillenmektedir.

Hanefilere göre, herhangi bir hâkimin sefih kimse hakkında verdiği kısıtlılık (hacir) kararı, ancak ikinci bir hâkimin aynı yönde/benzer bir karar vermesi durumunda bozulamaz nitelikte geçerli bir yargı kararı niteliği taşır. Bunun aksine ikinci hâkim, ilgili kişi/sefih hakkında kısıtlılığa gerek olmadığını düşünür ve ilk hâkimin verdiği kısıtlılık kararını bozarsa, sefih hakkındaki kısıtlılık kararı da kesin olarak ortadan kalkmış olur. Çünkü ilk hâkimin verdiği karar, hukukî geçerliliği ihtilafa konu olmuş bir yargı kararıdır. Dolayısıyla bu konuda nihai karar, ikinci hâkimin verdiği karardır.³⁴ Sefih kimse hakkında ilk hâkimin verdiği kararı ihtilafli ve dolayısıyla ictihâda açık hale getiren husus ise, Ebû Hanife ile diğer İslâm hukukçularının, sefih kimse hakkında kısıtlılık kararı verilip verilemeyeceği konusunda ortaya koymuş oldukları yaklaşım

³² es-Serahsî, XI, 41-42; İbnu'l-Humâm, VI, 133.

³³ Bahsi geçen tartışmada ictihâda açık olan hususun (yargı kararının sebebine değil) bizatihi yargı kararının geçerliliğine ilişkin olduğunu savunan kimi hanefî hukukçulara göre, karşıt görüşü savunanların yaklaşımları tutarlı gözükmemektedir. Çünkü gâib kimse hakkında yapılan yargılamada ictihâda açık olan hususun, yargı kararının sebebine (ispat vasıtasının hukukî geçerliliğine) ilişkin olduğu kabul edildiğinde, *ictihâda açık mesele/sebep-ictihâda açık yargı kararı* ayrımı yapmak anlamsız olur (Bkz. İbn Nuceym, V, 275).

³⁴ el-Kâsânî, IX, 134; İbnu'l-Humâm, VII, 284; Ali Haydar, IV, 689-690. Hanefî hukukçu es-Serahsî, sefih kimse hakkında ilk hâkimin verdiği kısıtlılık kararının niçin (ictihâda açık konularda müctehid bir hâkimin verdiği karardan farklı olarak) nihai olarak geçerli bir yargı kararı niteliği taşımadığını ve dolayısıyla bozulabileceğini şu şekilde izah etmektedir: “Bizatihi ictihada konu olan bir yargı kararı, ikinci bir hâkimin onayına bağlı olarak (bozulamaz nitelikte) geçerli bir yargı kararı niteliği kazanır. İkinci hâkim, ilk hâkimin verdiği kararı iptal ederse, bu karar yok hükmündedir (bâtil olur). Esasen ilk hâkimin verdiği karar, (bozulamaz nitelikte) geçerli bir yargı kararı niteliği taşımaz. Çünkü hukuken geçerli bir yargı kararının varlığından bahsedilebilmesi için, lehine ve aleyhine hükmedilen tarafların bulunması zorunludur. Hâlbuki sefih hakkında verilen kısıtlılık kararında (sadece aleyhine karar verilen taraf bulunduğu için) böyle bir durum söz konusu değildir. es-Serahsî, XXIV, 184. Sefih kimse hakkında verilen kısıtlılık kararının niçin nihai olarak geçerli ve dolayısıyla bozulamaz nitelikte bir yargı kararı niteliği taşımadığı hakkında benzer bir izah için bkz. İbn Mâze, VIII, 84-85; İbnu'l-Humâm, VII, 284.

farklılıklarıdır. Ebû Hanîfe'ye göre, her ne kadar malını dinin/şer'in ve aklın öngördüğü çerçevede değil, amaçsız ve maslahatsız biçimde sarf ediyor olsa da, sefih kimse hakkında kısıtlılık kararı verilemez.³⁵ Çünkü ona göre, sefih kimse hakkında kısıtlılık kararı verilmesi, o kimsenin insan olma özelliğinin yok sayıldığı anlamına gelir. Maslahat-mefsedet ilişkisi açısından düşünüldüğünde, kişiliğin yok sayılması sonucu açığa çıkan mefsedet, savurgan davranma sonucu açığa çıkan mefsedetten daha fazladır. Dolayısıyla daha az mefsedet içeren bir durumu önlemek için daha fazla mefsedet içeren bir durumu önleyici bir tedbir olarak devreye sokmak, hukuken meşrû bir yöntem değildir.³⁶ Ebû Hanîfe dışındaki diğer İslam hukukçuları ise, kişiliğin yok sayılması anlamına gelmediği, aksine kişiyi koruma ve kollama amacına matuf bir karar olduğu gerekçesiyle, sefih kimse hakkında verilen kısıtlılık kararının hukuken geçerli olduğu fikrini benimsemişlerdir.³⁷

Hanefi hukuk düşüncesinde *ictihâda açık mesele/sebep-ictihâda açık yargı kararı* ayırımına gerekçe teşkil eden durumlardan biri de hâkimin taşıması gereken özelliklere ilişkindir. Bir diğer ifadeyle, devlet başkanına tahsis edilmiş yargılama yetkisinin hangi özellikleri taşıyan kimseler bakımından temsil edileceğine ilişkin yaklaşım farklılıkları, yargı kararlarının geçerliliğini doğrudan etkileyen bir husustur. Şöyle ki, yargılama yetkisinin kimler tarafından kullanılabilmesi konusunda, şahitlik için öngördükleri şartları temel birer ölçüt kabul etmelerinin³⁸ doğal bir sonucu olarak hanefiler, kendisine kazf haddi/cezası uygulanan kişilerin hâkim olamayacağını belirtmektedirler.³⁹ Buna karşılık çoğunluğa göre ise, tıpkı şahitlik konusunda olduğu gibi, bir kimseye kazf haddinin uygulanmış olması (tevbe etmiş olması koşuluyla) o kimsenin yargılama yetkisini kullanmasına engel değildir. Kısacası kendisine kazf haddi uygulanmış kişinin yargılama yetkisini kullanıp kullanamayacağı İslâm hukukçuları arasında tartışma konusudur. Bu tartışmaya bağlı olarak hanefiler, herhangi bir uyuşmazlık hakkında, kazf suçu işlediği sabit olan hâkimin verdiği kararın, ancak ikinci bir hâkimin ilgili konuda benzer yönde bir karar vermesi halinde bozulamaz nitelikte geçerli bir yargı kararı niteliği kazanacağını; aksi durumda (iptal kararı vermesi durumunda) ise kesin olarak geçersiz (bâtıl) olacağını belirtmektedirler.⁴⁰ Çünkü onlara göre, daha önceden kazf suçu işlediği hukuken sabit olan hâkimin verdiği kararın, geçerli bir yargı kararı özelliği taşıyıp taşımadığı, İslâm hukukçuları arasında ihtilafa konu olmuştur. Hanefilere göre benzer bir durum kadın hâkimin

³⁵ el-Kudûrî, 95; es-Serahsî, XXIV, 157; el-Merğînânî, IX, 265.

³⁶ el-Merğînânî, IX, 266-267.

³⁷ Sefih kimsenin kısıtlılığı konusunda açığa çıkan yaklaşım farklılıkları hakkında özet bilgi için bkz. Apaydın, Yunus, "Hacir", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1996, C. XIV, ss. 513-517, s. 516.

³⁸ el-Kâsânî, IX, 86; el-Merğînânî, VII, 234.

³⁹ İbn Mâze, VIII, 77; İbn Nuceym, VI, 433.

⁴⁰ es-Serahsî, XI, 42; İbn Mâze, VIII, 77; İbnu'l-Humâm, VI, 133; İbn Âbidîn, VI, 733.

had ve kısâs suçlarına ilişkin verdiği yargı kararları bakımından da söz konusudur. Had ve kısâs suçlarının ispatında şahitlik yetkisi bulunmaması sebebiyle kadın hâkimin, bu suçlarda yargılama yetkisi de bulunmamaktadır.⁴¹ Bir diğer ifadeyle kadın hâkimin, had ve kısâs suçları hakkında verdiği karar, bozulamaz nitelikte geçerli bir yargı kararı niteliği taşımaz. Bununla birlikte, ikinci bir hâkimin, ilgili uyuşmazlık konusu hakkında aynı yönde karar vermesi halinde kadın hâkimin kararı (geçerliliği icmâ ile sabit olması sebebiyle) bozulamaz nitelikte geçerli bir yargı kararı niteliği kazanır. İkinci hâkimin aksi yönde karar vermesi halinde ise, kesin olarak geçersiz olur.

Yargı Kararlarının Geçerliliğine Etkisi Bakımından İctihâd-İcmâ İlişkisi

Klasik İslâm hukuk doktrinde yargı kararlarının geçerliliği sorunuyla doğrudan ilgili hususlardan bir diğeri de, şer'î hükmü bakımından belli bir dönem boyunca (icmâa değil) ihtilafa konu olan bir uyuşmazlık hakkında sonraki dönemde/dönemlerde açığa çıkan fikir birlikteliğine icmâ işlevi yüklenip yüklenemeyeceği ve dolayısıyla ilgili konuda önceki dönemde açığa çıkmış olup mevcut fikir birlikteliğine muhalif icthâdî görüşlerin geçersiz olup olmayacağı meselesidir.⁴² Bu tartışma aynı zamanda, önceki dönemde ihtilafa konu olan bir hususun sonraki dönemde/dönemlerde icmâa konu edilip edilemeyeceği; bir diğer ifadeyle önceki dönemde icmâa konu olmamış bir hususta sonraki dönemde icmân gerçekleşme imkânının bulunup bulunmadığı sorununu da beraberinde getirmektedir.⁴³

⁴¹ Klasik İslam hukuk doktrinde kadının yargıçlığı sorununa ilişkin olarak üç farklı yaklaşım açığa çıkmıştır. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, ister hukuk davaları bakımından olsun ister ceza davaları bakımından olsun, kadının yargılama yetkisi bulunmamaktadır. Hanefilere göre kadın, ceza davaları dışındaki diğer tüm davalarda yargılama yetkisi üstlenebilir. Üçüncü bir yaklaşıma göre ise, ister ceza ister hukuk davası biçiminde olsun, kadın yargıç tüm uyuşmazlıklara bakma yetkisine sahiptir (Kadının yargıçlığı konusunda açığa çıkan yaklaşımlar ve bu yaklaşımların nasıl temellendirildiği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koşum, A. "İslâm Hukukunda Kadının Yargıçlığı Problemi", *SDÜİFD*, S:10, ss. 63-75).

⁴² Söz konusu tartışmanın daha çok, sahâbe döneminde ihtilafa, buna karşılık tâbiûn döneminde icmâa konu olan somut örnekler üzerinden yapılıyor olması, icthâd-icmâ ilişkisine dönük bu tartışmanın ağırlıklı olarak sahâbe dönemi ile sahâbe sonrası dönem çerçevesinde yapıldığı izlenimi vermektedir (Bkz. el-Cassâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *el-Fusûl fi'l-Usûl*, I-IV, Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt 1994, III, 339; es-Sem'ânî, Ebu'l-Muzaffer Mansûr b. Muhammed Abdilcebbar, *Kavâtiu'l-Edille fi'l-Usûl*, I-II, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997, II, 30; el-Kâsânî, V, 409-411; IX, 134; İbn Mâze, VIII, 72; İbn Âbidîn, VI, 733).

⁴³ Bkz. el-Pezdevî, Ebu'l-Usr Fâhru'l-İslâm Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Huseyn, *Kenzu'l-Vusûl ilâ Ma'rifeti'l-Usûl*, I-IV (Abdülazîz el-Buhârî'nin Keşfu'l-Esrâr'ı ile birlikte), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997, III, 367; es-Sem'ânî, II, 30; Sadruşşerîa, Ubeydullâh b. Mes'ûd b. Mahmûd, *et-Tavdîh li Metni't-Tenkîh fi Usûli'l-Fikh*, I-II (et-Taftâzânî'nin et-Telvîh'i ile birlikte), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1996, II, 96.

Bahse konu tartışma, benimsenen yaklaşım farklılığına bağlı olarak, *yargı kararlarının geçerliliği ile klasik icthâd teorisi arasındaki ilişkinin* kavranmasında da belirleyici bir etkiye sahiptir. Şöyle ki, belli bir uyumsuzluğun hükmü hakkında sonraki dönemde açığa çıkan fikir birlikteliğinin icmâi temsil ettiği ve dolayısıyla aynı konuda önceki dönemde açığa çıkmış olup mevcut fikir birlikteliğine/icmâa muhalif icthâdî yaklaşım farklılıklarını tümüyle geçersiz kıldığı kabul edildiğinde, hâkimin söz konusu uyumsuzluk hakkında kesin olarak sonraki dönemde oluşan icmâa göre karar verme zorunluluğu vardır.⁴⁴ Bunun aksine olarak, önceki dönemde açığa çıkmış olup sonraki dönemde oluşan icmâa muhalif icthâdî görüşe göre karar vermesi durumunda ise, onun bu kararı geçerli bir yargı kararı niteliği taşımaz. Çünkü bu durumda hâkim bir taraftan icmâa aykırı karar vermiş, diğer taraftan da icthâha açık olmayan alanda icthâd etmiş olur.⁴⁵ Hâlbuki üzerinde icmâ gerçekleşmiş bir konuda, müctehid hâkimin icthâd etme yetkisi bulunmamaktadır. Belli bir uyumsuzluğun hükmü hakkında sonraki dönemde açığa çıkan fikir birlikteliğinin, ilgili olduğu konuda icmâi temsil etmediği ve dolayısıyla aynı konuda önceki dönemde açığa çıkan icthâdî yaklaşım farklılıklarını (ihtilafları) geçersiz kılmadığı kabul edildiğinde ise, hâkimin, ilgili uyumsuzluk konusu hakkında sonraki dönemde oluşan fikir birlikteliğine muhalif görüşü esas alma yetkisi vardır. Çünkü söz konusu durumda hâkim, icthâda açık bir alanda icthâd etme yetkisini kullanmıştır.⁴⁶ Şer'î hükmü bakımından icthâda açık bir uyumsuzluk hakkında açığa çıkmış olması sebebiyle söz konusu karar, bozulamaz nitelikte geçerli bir yargı kararı niteliği taşır.

Geçerliliği icmâ ile sâbit yargı kararı-geçerliliği konusunda ihtilaf açığa çıkan yargı kararı (icthâda açık yargı kararı) ayrımına bağlı olarak kimi hanefiler, belli bir uyumsuzluk hakkında, sonraki dönemde oluşan fikir birlikteliği paralelinde değil, önceki dönemde açığa çıkmış olup mevcut fikir birlikteliğine muhalif icthâdî görüşlerden biri doğrultusunda verilen yargı kararını, icthâda

⁴⁴ Kaynaklarda, her ne kadar Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un, *sonradan açığa çıkan icmâm sahâbe dönemi ihtilaflarını ortadan kaldırdığı* yönünde bir yaklaşıma sahip oldukları nakledilse de, hanefi hukuk düşüncesindeki yaygın görüşün aksi yönde (sonradan açığa çıkan icmâm, ilgili konuda sahâbe döneminde var olan ihtilafları ortadan kaldırdığı ve dolayısıyla o konunun icthâda kapalı olduğu yönünde) olduğu belirtilmektedir (Bkz. el-Cassâs, III, 339; el-Kâsânî, II, 612; V, 411; Sadruşşerîa, II, 96; İbn Emîrî'l-Hâcc, Muhammed b. Muhammed el-Halebî, *et-Takrîr ve't-Tahbîr*, I-III, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1999, III, 114).

⁴⁵ İbn Mâze, VIII, 73; Abdulazîz el-Buhârî, Alâuddîn b. Ahmed, *Keşfu'l-Esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, I-IV, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, III, 367; İbnu'l-Humâm, VII, 283; İbn Nuceym, IV, 453.

⁴⁶ Şâfiî fakihlerin çoğunluğuna göre, sonraki dönemde açığa çıkan icmâ, ilgili konuda sahâbe döneminde açığa çıkan yaklaşım farklılıklarını ortadan kaldırmaz. Dahası sahâbe döneminde ihtilafa konu olan bir hususun sonraki dönemde icmâa konu olması söz konusu değildir. Çünkü belli bir konunun hükmü hakkında sahâbenin ihtilaf etmiş olması, aynı konunun sonraki dönemde icmâa konu edilmesinin önünde bir engel teşkil etmektedir (Bkz. el-Mâverdî, XVI, 116; es-Sem'ânî, II, 30).

açık yargı kararları kapsamında değerlendirmektedirler. Dolayısıyla bu tür bir yargı kararının, bozulamaz nitelikte bir yargı kararı niteliği kazanabilmesi, aynı konuda ikinci bir hâkimin benzer yönde bir karar vermesine bağlıdır. İkinci hâkimin aksi yönde karar vermesi durumunda ise bu karar (icmâa muhalif görüş paralelinde verilen karar) kesin olarak geçersiz olur.⁴⁷ Yukarıda bahsi geçtiği üzere söz konusu durumda ikinci hâkimin kararının, icmâa muhalif icthâdî görüş paralelinde verilen ilk kararın geçerliliği veya geçersizliği/iptali konusunda belirleyici bir işlev görmesi, *icthâda açık mesele/sebep-icthâda açık yargı kararı* ayrımının bir sonucudur. Çünkü bu durumda, ikinci hâkimin kararı, icthâda açık bir karar üzerinde açığa çıktığı için, geçerliliği icmâ ile sabit olmuş bir yargı kararı niteliği taşır. Hanefilerden farklı olarak İslâm hukukçularının çoğunluğu, sonraki dönemde açığa çıkan icmâa muhalif görüşlerden biri doğrultusunda verilen yargı kararının, ikinci bir hâkimin onayına (aynı yöndeki kararına) ihtiyaç duymaksızın doğrudan geçerli olacağını savunmaktadırlar. Onlara göre söz konusu yargı kararı, icthâda açık bir alanda açığa çıktığı için doğrudan geçerlidir. Öyle ki ikinci bir hâkimin, icthâda açık bir alanda açığa çıkmış olması sebebiyle, söz konusu yargı kararını bozma yetkisi de bulunmamaktadır.⁴⁸ Özetle; sonraki dönemde gerçekleşen fikir birlikteliğine/icmâa muhalif bir icthâdî görüş paralelinde verilen yargı kararının geçerliliği konusunda üç farklı yaklaşım ortaya çıkmıştır: Bu tür kararları *kesin olarak geçersiz gören yaklaşım*, *kesin olarak geçerli gören yaklaşım* ve *ikinci bir hâkimin icthâdına açık (bozulabilir nitelikte) gören yaklaşım*.

Önceki dönemde açığa çıkan icthâdî yaklaşım farklılıkları-sonraki dönemde/dönemlerde açığa çıkan fikir birlikteliği/icmâ ilişkisini bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; ümmü'l-veledin (efendisinden çocuk doğuran cârîye) satım akdine konu edilip edilemeyeceği konusunda sahâbe döneminde farklı yaklaşımlar ortaya çıkmış;⁴⁹ ancak tâbiûn dönemine gelindiğinde ise ümmü'l-veledin satım akdine konu edilemeyeceği yönünde icmâ gerçekleşmiştir.⁵⁰ Sonraki dönemde oluşan icmân, ümmü'l-veledin satımı konusunda yegâne geçerli hükmü temsil ettiği ve dolayısıyla önceki dönemde (sahâbe döneminde) açığa çıkan muhâlif icthâdî görüşleri tümüyle geçersiz kıldığını düşünen İslâm hukukçularına göre, herhangi bir hâkimin satıma onay veren kararı, icmâa muhalif (ve dolayısıyla icthâda kapalı bir alanda) olması sebebiyle bozulamaz nitelikte geçerli bir yargı kararı niteliği taşımaz.⁵¹ Karşıt görüşte olan İslâm hukukçularına

⁴⁷ İbn Mâze, VIII, 73; İbn Nuceym, IV, 453.

⁴⁸ İbn Mâze, VIII, 72; Abdülazîz el-Buhârî, III, 367; İbnu'l-Humâm, VII, 283.

⁴⁹ Kaynaklarda, sahâbenin çoğunluğunun görüşünden farklı olarak Hz. Ali, Hz. Câbir ve diğer bir kısım sahâbinin, ümmü'l-veledin satım akdine konu edilebileceği yönünde bir yaklaşım ortaya koydukları nakledilmektedir (Bkz. el-Kâsânî, V, 411; Abdülazîz el-Buhârî, III, 366).

⁵⁰ es-Serahsî, XIII, 5; Abdülazîz el-Buhârî, III, 366-367; İbnu'l-Humâm, VII, 283; İbn Âbidîn, VIII, 88.

⁵¹ es-Serahsî, XIII, 5; İbnu'l-Humâm, VII, 283; İbn Âbidîn, VIII, 88.

göre ise, ictihâda açık bir alanda ictihâd etme yetkisini kullanmış olması sebebiyle, hâkimin ümmü'l-veledin satımına onay veren kararı, bozulamaz nitelikte geçerli bir yargı kararı niteliği taşır.⁵² *Önceki dönemde açığa çıkan ictihâdî yaklaşım farklılıkları-sonraki dönemde/dönemlerde açığa çıkan fikir birlikteliği/icmâ ilişkisi* hakkında son olarak söylemek gerekir ki; bu tartışma, yargı kararlarının geçerliliği sorununun dışında, klasik icmâ teorisine ilişkin diğer bir takım temel yaklaşım farklılıklarının da açığa çıkmasına zemin hazırlamaktadır. Özel olarak incelenmeyi hak edecek düzeyde önemli olduğunu düşündüğümüz söz konusu yaklaşım farklılıklarını ve bu farklılıkların temellendiriliş biçimini, müstakil bir çalışmaya havale ediyoruz.

II. Hâkimin Müctehid Olup Olmaması ve Yargı Kararlarının Geçerliliğine Etkisi

İslâm hukukunun ağırlıklı olarak ictihâd merkezli bir yapıyı temsil ediyor olması, bu yapı içerisinde ictihâd etme yetkisine sahip olan müctehid hâkime de, yargı kararlarının geçerliliği bağlamında önemli bir alan açmaktadır. Nitekim klasik doktrinde, yargılama yetkisini elinde bulunduran hâkimin müctehid olup olmamasının, bir diğer ifadeyle müctehid veya mukallid olmasının, yargı kararlarının geçerliliğine doğrudan etki eden bir unsur olduğu açıkça ortaya konmaktadır. Bu çerçevede öncelikli olarak klasik doktrinde, müctehid hâkime yargılama alanında tanınan ictihâd yetkisinin, mutlak bir yetkiyi mi yoksa kendi mezhebinde daha önceden açığa çıkmış görüşlerden birini tercih etme şeklinde sınırlı bir yetkiyi mi temsil ettiği ve mukallid bir hâkimin, kendi mezhebi dışında başka bir mezhebin görüşünü esas alarak karar verme yetkisinin bulunup bulunmadığı sorunları ele alınmaktadır.

Doktrinde ağırlıklı olarak benimsenen yaklaşıma göre, hükmü nass ve icmâ yoluyla belirlenmemiş uyuşmazlık konusu hakkında müctehid hâkimin verdiği karar, mensubu olduğu mezhebin görüşüyle uyumlu olsun ya da olmasın, bozulamaz nitelikte kesin olarak geçerlidir.⁵³ Dahası ilgili uyuşmazlık konusu hakkında müctehid hâkimin, mensubu olduğu mezhep içerisinde daha önceden açığa çıkmış görüşlerle uyumlu olsun ya da olmasın, kendi ictihâdî doğrultusunda karar verme zorunluluğu vardır. Bir diğer ifadeyle, müctehid hâkimin ilgili konuda kendi görüşünü terk edip bir başka müctehidin görüşünü esas alarak karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, devlet başkanının, müctehid hâkimi, belli bir mezhebin görüşleri çerçevesinde hüküm vermeye zorlama yetkisi de bulunmamaktadır.⁵⁴ Çünkü müctehid hâkimin kendi ictheadına bağlı olarak

⁵² es-Serahsî, XIII, 5; İbnu'l-Humâm, VII, 283; İbn Âbidîn, VIII, 88.

⁵³ el-Mâverdi, XVI, 161; el-Kâsânî, IX, 104; İbn Nuceym, VII, 16.

⁵⁴ el-Mâverdi, XVI, 25; eş-Şîrâzî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf, *el-Mühezzeb fi Fıkhı'l-İmâmi's-Şâfiî*, I-III, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1416/1995, III, 379; *Kitâbü'l-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb*, I-XXIII, Mektebetü'l-İrşâd, Cidde t.y., XXII, 326; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, VI, 90; *el-Muğni*, XIV, 91; el-Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. İdrîs,

verdiği karar, biçimsel olarak/zâhiren Allâh'ın (Şâri'in) o konudaki kararını (âdil kararı) temsil etmektedir⁵⁵ ve bu kararı, geçerliliği icmâ ile sabit olması sebebiyle, bir başka hâkimin bozma yetkisi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla müctehid hâkimin, kendi görüşü dışında bir başka görüşü referans alarak verdiği karar, geçerli bir yargı kararı niteliği taşımaz.

Müctehid hâkimin verdiği kararın geçerliliğine ilişkin genel yaklaşım bu olmakla birlikte, kimi İslâm hukukçuları, özellikle mezheplerin teşekkül edip kurucu imamları ve yapısı itibariyle kurumsal bir yapıya kavuşmalarını takip eden süreçte, müctehid olsa bile, herhangi bir hâkimin kendi mezhebi dışında başka bir mezhebin görüşünü referans alarak yargılama yapamayacağı; yapması halinde ise verdiği kararın hukuken geçersiz olacağı fikrini benimsemişlerdir.⁵⁶ Yine kimi kaynaklarda, müctehid hâkimin kendi bireysel görüşüne göre hareket etme yetkisinin sınırsız olmayıp *uyuşmazlıkları belli bir mezhebin görüşleri çerçevesinde karara bağlama* şeklinde devlet başkanı tarafından sınırlandırılabilceği ifade edilmektedir.⁵⁷

Söz konusu soruna ilişkin olarak hanefî fıkhî kaynaklarında yer alan, müctehid bir hâkimin, uyuşmazlık konusu hakkında kendi görüşünü terk ederek İslâm hukuk bilgisi bakımından kendisinden daha yetkin olan bir başka müctehidin (أفقه) görüşünü -delillerini incelemeksizin- esas alıp alamayacağı tartışmasına da kısaca değinmek gerekmektedir. Hanefî hukukçu el-Kâsânî (ö. 587/1191)'nin belirttiğine göre, söz konusu tartışmaya ilişkin iki farklı yaklaşım açığa çıkmıştır. İlk yaklaşıma göre, müctehid bir hâkimin, belli bir uyuşmazlığı, kendi görüşüne göre değil, kendisinden daha yetkin bir müctehidin görüşüne göre karara bağlama yetkisi vardır. Çünkü İslâm hukuk bilgisi bakımından daha yetkin olma, aynı zamanda ictihâda açık alanda doğru karara daha yakın olma anlamına gelmektedir. Doğruya yakınlık ise, kimi durumlarda, ilgili konuda ortaya konan delillerden bağımsız olarak, müctehidin yetkinliğiyle ilgili bir husustur. Bu tıpkı, Ebû Hanîfe'nin yaptığı gibi, belli bir konuda sahâbe ictihâdını, sahâbe dışında bir müctehidin kıyas ictihâdı yoluyla elde ettiği görüşe öncelemek gibidir.⁵⁸ İkinci yaklaşıma göre ise, farklı ictihâdî görüşler arasında yapılan tercih işlemi, ictihâdî

Keşşâfu'l-Kınâ' an Metni'l-İknâ', I-V, Thk. Muhammed Emîn ed-Dinnâvî, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1417/1997, V, 255.

⁵⁵ el-Kâsânî, IX, 104.

⁵⁶ el-Mâverdi, XVI, 24, 162; es-Suyûtî, Ebû'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî eş-Şâfiî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî Kavâidi ve Furûi Fıkhî's-Şâfiyye*, Mektebetu Nizâr Mustafa el-Bâz, Riyad 1997, I, 169.

⁵⁷ İbn Âbidîn, V, 456. Mecelle şerhi *Dureru'l-Hukkâm*'da, müctehid-mukallid ayrımı yapılmaksızın, hâkime verilen yargılama yetkisinin devlet başkanı tarafından, *belli bir mezhebin görüşünü esas alarak karar verme* şeklinde sınırlandırılabilceği, Osmanlı dönemi uygulamaları da örnek gösterilerek ifade edilmektedir (bkz. Ali Haydar, IV, 602-603).

⁵⁸ el-Kâsânî, IX, 107.

yapan müctehidlerin yetkinliğiyle değil doğrudan ortaya konan delillerin niteliğiyle ilgili bir sorundur. Çünkü bir hükmün meşrûiyeti sorunu, o hükmün delillerinin meşrûiyeti sorunuyla doğrudan ilgilidir.⁵⁹ Dolayısıyla bir müctehidin, kendisinden daha yetkin olan başka bir müctehidin görüşünü esas alarak karar verebilmesi, ancak onun delillerini kendi delillerinden daha güçlü görmesi durumunda mümkün olabilir. Aksi durumda ise verdiği karar, hukuken geçersiz olur.

Müctehid bir hâkimin, benzer bir uyuşmazlık hakkında (aynı konuda) farklı zamanlarda verdiği farklı kararların, birbirinden bağımsız olarak hukuken geçerli olup olmayacağı sorunu da, hâkimin müctehid olması ile yargı kararlarının geçerliliği arasındaki ilişki çerçevesinde ele alınmaktadır. Daha açık bir ifadeyle bahse konu sorun, müctehid hâkimin aynı konuda farklı zamanlarda verdiği farklı kararlardan sonrakinin öncekini geçersiz kılıp kılmayacağı sorundur. İslâm hukuk doktrininde, *ehlinden sâdır olması, açık nass ve icmâ hükmüyle çelişmemesi koşuluyla her bir ictihâdî hükmün (diğer ictihâdî hükümlerden bağımsız olarak) geçerli olduğu* prensibine bağlı olarak, müctehid bir hâkimin aynı konuda farklı zamanlarda verdiği yargı kararlarından sonrakinin öncekini geçersiz kılmayacağı ve dolayısıyla her iki kararın, birbirinden bağımsız olarak geçerli olacağı kabul edilmiştir.⁶⁰ Öyle ki aynı müctehid hâkimin, zaman içerisinde ikinci görüşünden dönerek benzer bir uyuşmazlık konusu hakkında tekrar ilk görüşüne göre karar vermesi halinde bile, ikinci görüşüne göre verdiği karar ilgili uyuşmazlık konusu hakkında geçerliliğini korumaya devam eder.⁶¹ Bu uygulama, meşruiyetini, Hz. Ömer'in benzer yöndeki uygulamalarından almaktadır. Kaynaklarda nakledildiğine göre, Hz. Ömer, benzer uyuşmazlıklar hakkında farklı zamanlarda farklı kararlar vermiş ve kendisine bu durum sorulduğunda "O (ilk) olayın hükmü, o zaman verdiğimiz hüküm gibi; bu (ikinci) olayın hükmü ise, şu an verdiğimiz hüküm gibidir"⁶² diyerek, her iki hükmün de, ilgili uyuşmazlıklar hakkında birbirinden bağımsız olarak geçerli olduğunu belirtmiştir.

İslâm hukuk doktrininde, müctehid hâkimden farklı olarak mukallid hâkime, mensubu olduğu mezhebin mevcut görüşlerinden sarfınazar edip başka bir mezhebin görüşünü esas alarak karar verme yetkisi tanınmamıştır. Buna göre, müctehid olmayan hâkimin mensubu olduğu mezhebin dışında başka bir mezhebin görüşünü esas alarak verdiği karar hukuken geçersizdir. Çünkü mukallid hâkim, belli bir mezhebe mensup olmakla, o mezhebin şer'î-amelî konulardaki görüşlerinin, doğru (âdil) hükmü/hakikati temsil etme noktasında

⁵⁹ el-Kâsânî, IX, 106.

⁶⁰ es-Serahsî, XVI, 84; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIV, 35; er-Râfî, I, 452.

⁶¹ el-Kâsânî, IX, 109.

⁶² es-Serahsî, XVI, 84; el-Kâsânî, IX, 109; İbn Mâze, VIII, 52; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIV, 35-36.

diğer mezheplere nispetle daha öncelikli bir konumda olduğunu en baştan kabul etmiş bulunmaktadır. Mensubu olduğu mezhep dışında başka bir mezhebin görüşünü esas alarak belli bir uyuşmazlığı karara bağlaması durumunda ise, kendi yaklaşımına göre zâhiren yanlış olduğunu (âdil olmadığını) düşündüğü görüş doğrultusunda karar vermiş olur. Hâlbuki Kur'ân-ı Kerîm'de hakkı (âdil olanı) esas alarak hükmedilmesi istenmektedir (Nisâ, 4/58; Sâd, 38/26). Hak ve âdil olan da, müctehid hâkim bakımından kendi icthâdî sonucu ulaştığı hüküm/karar; mukallid hâkim bakımından ise, mensubu olduğu mezhebin ilgili konudaki görüşünü esas alarak verdiği karardır.⁶³ Bu konuyla ilgili olarak hanefî kaynaklarda şöyle bir ayrıma yer verilmektedir: Mukallid hâkimin, farkında ve bilinçli olarak başka bir mezhebin görüşü doğrultusunda verdiği karar, tartışmasız olarak geçersizdir. Çünkü bu durumda, zâhiren âdil olmayan görüşün bilinçli olarak tercihi söz konusudur. Mukallid hâkimin, farkında olmayarak başka bir mezhebin görüşü doğrultusunda verdiği karar ise, Ebû Hanîfe'ye göre geçerli; Ebû Yûsuf ve İmâm Muhammed'e göre geçersizdir.⁶⁴

Sonuç

İslam hukuk sisteminin ağırlıklı olarak icthâd merkezli bir yapıyı temsil ediyor olması sebebiyle, *yargı kararlarının geçerliliği sorunu* ile *klasik icthâd teorisi* arasında doğrudan bir ilişki söz konusudur. Bu ilişki İslâm hukuk biliminde *icthâda açık bir alanda ehlinden sâdir olması koşuluyla her bir icthâdî hükmün, eşit düzeyde ilâhî iradeyi ve dolayısıyla ilgili olduğu konuda âdil hükmü temsil ettiği* kabulüne dayanmaktadır. Esasen yargılamanın nihai amacı da, ilgili uyuşmazlık hakkında ilâhî iradeyi/âdil hükmü tespitten ibarettir.

Geçerlilik kriteri ve klasik icthâd teorisiyle ilişkisi esas alındığında, İslam hukuk doktrinde yargı kararları, genel olarak, *bozulamaz nitelikte geçerli yargı kararları* ve *kesin bir biçimde geçersiz yargı kararları* şeklinde iki kısımda değerlendirilmektedir. Bu ayrımda nass ve icmâ yoluyla açığa çıkan yargı kararları, bozulamaz nitelikte geçerli yargı kararlarını; nass ve icmâ muhâlif yargı kararları da kesin olarak geçersiz yargı kararlarını temsil etmektedir. Doktrindeki ağırlıklı yaklaşıma göre, icthâd yoluyla açığa çıkan yargı kararları da, tıpkı nass ve icmâ yoluyla açığa çıkan kararlar gibi, ilgili oldukları uyuşmazlıklar hakkında bozulamaz nitelikte geçerli yargı kararlarını temsil etmektedir.

Genel yaklaşımdan farklı olarak hanefiler, icthâdî yargı kararlarını, kendine özgü bir biçimde, *geçerliliği icmâ ile sabit (bozulamaz nitelikte geçerli) olan icthâdî yargı kararları* ve *bozulabilir nitelikte olan icthâdî yargı kararları* şeklinde iki kısma ayırmaktadırlar. Onlara göre, gâib kimse aleyhinde verilen

⁶³ el-Kâsânî, IX, 108; eş-Şirbînî, IV, 506.

⁶⁴ el-Kâsânî, IX, 108-109.

kararlar ile kendisine kazf haddi uygulanmış hâkimin verdiği kararlarda olduğu gibi, hukuk tekniği açısından bakıldığında, bir yargı kararı özelliği değil daha çok fetvâ özelliği taşıyan kararlar ile yargılama yetkisini kullanıp kullanamayacağı hususunda ihtilaf açığa çıkan hâkimlerin verdiği ictihâdî kararlar, bozulamaz nitelikte geçerli ictihâdî yargı kararları kapsamına dâhil değildir. Bu tür kararlar, ilgili uyumsuzluk hakkında ikinci bir hâkimin benzer bir karar vermesi durumunda kesin olarak geçerli; aksi durumda kesin olarak geçersizdir. İctihâdî yargı kararlarının geçerliliği konusunda benimsenen söz konusu yaklaşım farklılığı, anlaşıldığı kadarıyla, yargı kararı-fetvâ ayrımının hanefiler ile çoğunluk tarafından farklı biçimde kavranıyor ve temellendiriliyor olmasından kaynaklanmaktadır. Kimi hanefi hukukçulara göre, belli bir uyumsuzluk hakkında, sonraki dönemde oluşan fikir birlikteliği/icmâ paralelinde değil, önceki dönemde açığa çıkmış olup mevcut fikir birlikteliğine muhâlif ictihâdî görüşlerden biri doğrultusunda verilen yargı kararları da, bozulabilir nitelikteki yargı kararları, bir diğer ifadeyle *ictihâda açık yargı kararları* kapsamına dâhildir.

İctihâda açık bir konuda ve ehinden sâdir olması koşuluyla her bir ictihâdî hükmün eşit düzeyde ilâhî iradeyi temsil ettiği prensibine bağlı olarak, doktrinde, benzer uyumsuzluklar hakkında farklı müctehid hâkimlerin verdiği farklı kararlardan her birinin (birbirinden bağımsız olarak) geçerli olacağı; dahası aynı müctehid hâkimin benzer uyumsuzluklar hakkında farklı zamanlarda verdiği farklı kararların da, aynı şekilde birbirinden bağımsız olarak geçerli olacağı anlayışı genel kabul görmüştür. Bununla birlikte kimi İslâm hukukçuları, müctehid hâkimin yargılama yetkisinin mutlak olmadığı ve dolayısıyla devlet başkanı tarafından, uyumsuzlukları belli bir mezhebe göre karara bağlama yönünde sınırlandırılabilmesi fikrini benimsemişlerdir.

KAYNAKÇA

Abdulazîz el-Buhârî, Alâuddîn b. Ahmed (ö. 730/1330), **Keşfu'l-Esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî**, I-IV, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997.

Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî el-Mervezî (ö. 241/855) **el-Musned**, I-XLV+V, Müessesetür'r-Risâle, Beyrut 1995-2001.

Alî Haydar, Hoca Emîn Efendizâde (ö. 1334/1915), **Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm**, I-IV, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003.

Apaydın, Yunus, "Hacir", **Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)**, Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1996, C. XIV, ss. 513–517.

el-Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Huseyn b. Alî (ö. 458/1066), **es-Sunenu'l-Kubrâ**, I-XI, Thk. Muhammed Abdulkâdir Atâ, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1424/2003.

el-Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. İdrîs (ö.1051/1641), **Keşşâfu'l-Kınâ' an Metni'l-İknâ'**, I-V, Thk. Muhammed Emîn ed-Dinnâvî, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut 1417/1997.

el-Cassâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (ö. 370/981), **el-Fusûl fi'l-Usûl**, I-IV, Vizâretü'l-Evkâf ve'ş-Şuûni'l-İslâmiyye, Kuveyt 1994.

Ebû Ya'lâ, Ahmed b. Ali b. el-Mevsilî (ö. 307/919), **Musnedu Ebî Ya'lâ**, I-VI, Dâru'l-Kible, Cidde 1988.

İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdilazîz (ö. 1252/1836), **Reddu'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr**, I-XIII, Dirâse, Ta'lik ve Tahkîk: Âdil Ahmed Abdulmevcûd ve Alî Muhammed Muavvîd, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1423/2003.

İbn Emîri'l-Hâcc, Muhammed b. Muhammed el-Halebî (ö. 879/1475), **et-Takrîr ve't-Tahbîr**, I-III, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1999.

İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed el-Makdisî (ö. 620/1223), **el-Muğnî**, I-XV, Thk. Abdullâh b. Abdilmuhsin et-Türkî, Abdulfettâh Muhammed el-Hulv, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1417/1997.

_____ **el-Kâfî**, I-VI, Thk. Abdullâh b. Abdilmuhsin et-Türkî, Hicr li't-Tibâa ve'n-Neşr, Cize 1417/1997.

İbn Mâze, Burhânuddîd Ebu'l-Ma'âlî Mahmûd b. Ahmed b. Abdilazîz el-Buhârî (ö. 616/1219), **el-Muhîtu'l-Burhânî fi'l-Fıkhî'n-Nu'mânî**, I-IX, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2004.

İbn Nuceym, Zeynuddîn b. İbrâhîm b. Muhammed (ö. 970/1562), **el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dakâik**, I-IX, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997.

İbn Ruşd, Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed (ö.595/1199), **Bidâyetü'l-Muctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid**, I-IV, Thk. Abdullâh el-Abbâdî, Dâru's-Selâm, Kahire 1416/1995.

İbnu'l-Humâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid (ö. 861/1457), **Fethu'l-Kadîr**, I-X, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003.

el-Karâfî, Şihâbuddîn Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs (ö. 684/ 1285), **ez-Zahîra**, I-XIV, Thk. Muhammed Haccî, Dâru'l-Ġarbi'l-İslâmî, Beyrut 1994.

el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd (ö. 587/1191), **Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'**, I-X, Tahkik ve Ta'lik: A. M. Muavvîd ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997.

Koşum, A. "İslâm Hukukunda Kadının Yargıçlığı Problemi", *SDÜİFD*, S.10, ss. 63-75.

el-Kudûrî, Ebu'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed el-Hanefî (ö. 428/1037), **Muhtasarü'l-Kudûrî fi'l-Fıkhî'l-Hanefî**, Tahkik ve Ta'lik: Kâmil Muhammed Uveyda, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997.

el-Mâverdı, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-BaĠdâdî (ö.450/1058), **el-Hâvi'l-Kebîr fi Fıkhı Mezhebi'l-İmâm eş-Şâfî ve Huve Şerhu Muhtasari'l-Müzenî**, I-XVIII, Tahkik ve Ta'lik: A. M. Muavvîd ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994.

el-Merğînânî, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl (ö. 593/1197), **el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî** (Fethu'l-Kadîr içinde), I-X, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003.

en-Nevevî, Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref Ebî Zekerîyyâ ed-Dîmeşkî (ö.676/1277), **Ravdatu't-Tâlibîn ve Umdetu'l-Muftîn**, I-VIII, Thk. Âdil Ahmed Abdulmevcûd ve Alî Muhammed Muavvîd, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1423/2003.

el-Pezdevî, Ebu'l-Usr Fahru'l-İslâm Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Huseyn (ö. 482/1089), **Kenzu'l-Vusûl ilâ Ma'rifeti'l-Usûl**, I-IV (Abdülazîz el-Buhârî'nin Keşfu'l-Esrâr'ı ile birlikte), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997.

er-Râfî, Ebû'l-Kâsım Abdülkerim b. Muhammed b. Abdülkerim el-Kazvînî (ö.623/1226), **el-Azîz Şerhu'l-Vecîz**, I-XIII, Tahkîk ve Ta'lik: A. M. Muavvîd ve A. A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997.

Sadrüşşerîa, Ubeydullâh b. Mes'ûd b. Mahmûd (ö. 747/1347), **et-Tavdîh li Metni't-Tenkîh fî Usûli'l-Fıkh**, I-II (et-Taftâzânî'nin et-Telvîh'i ile birlikte), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1996.

Sahnûn b. Saîd et-Tenûnî (ö. 240/854), **el-Mudevvenetu'l-Kubrâ**, I-V, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994.

es-Sem'ânî, Ebu'l-Muzaffer Mansûr b. Muhammed Abdilcebbâr (ö. 489/1096), **Kavâtiu'l-Edille fî'l-Usûl**, I-II, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997.

es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, (ö. 483/1090), **Kitâbu'l-Mebsût (el-Mebsût)**, I-XXX, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut ty.

es-Suyûtî, Ebû'l-Fazl Celâlüddîn Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayrî eş-Şâfî (ö. 911/1505), **el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî Kavâidi ve Furûi Fıkhî's-Şâfîyye**, Mektebetu Nizâr Mustafa el-Bâz, Riyad 1997.

eş-Şâfî, Muhammed b. İdris (ö. 204/820), **el-Umm**, I-XI, Tahkîk ve Tahrîc: Rifat Fevzî Abdulmuttalib, Dâru'l-Vefâ', Mansûra 1422/2001.

eş-Şîrâzî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf (ö. 476/1083), **el-Mühezzeb fî Fıkhî'l-İmâmi's-Şâfî**, I-III, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1416/1995.

_____ **Kitâbü'l-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb**, I-XXIII, Mektebetü'l-İrşâd, Cidde t.y.

eş-Şîrbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb (ö. 977/1570), **Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Maânî Elfâzi'l-Minhâc**, I-IV, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1418/1997.

Türcan, Talip, **Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri**, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2001.