

Keyifli Okumalar Dileriz

Binlerce kategoride milyonlarca PDF e-kitap, ders kitapları, dergiler ve romanlara platformumuz üzerinden ücretsiz ulaşabilirsiniz.

RESMİ WEB SİTEMİZ

<https://rantey.org>

Yedek ve Duyuru Kanallarımız

Sitemize erişim engeli gelmesi veya adres değişikliği durumunda aşağıdaki kanallardan güncel giriş adresine erişebilirsiniz:

- Telegram: <https://t.me/birkitapbir>
- WhatsApp Kanalımız : <https://whatsapp.com/channel/0029VbDHv8uE50Us4lvMoc0Y>

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ (İSLAM HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA İDARENİN YARGI DENETİMİ

DOKTORA TEZİ

Şahban YILDIRIMER

ANKARA – 2007

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ (İSLAM HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA İDARENİN YARGI DENETİMİ

DOKTORA TEZİ

Şahban YILDIRIMER

DANIŞMANI:
Doç. Dr. Selahaddin EROĞLU

ANKARA – 2007

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
ÖNSÖZ.....	V
KISALTMALAR	VII
GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN AMACI	2
II. KONUNUN ÖNEMİ.....	2
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	4
IV. KONUNUN SUNULMASI.....	4
V. KONU İLE İLGİLİ KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	5
VI. ÇALIŞMADA UYGULANAN YÖNTEM	7
BİRİNCİ BÖLÜM.....	9
KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNİN İSLAM HUKUKUNDAKİ YERİ VE UYGULANMASI	9
I. KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ	10
II. İSLAM HUKUKUNDA KUVVETLER ARASI İLİŞKİLER	12
A. <i>YASAMA ERKİ</i>	16
1. Yasama Meclisinin Oluşturulması	19
2. Yasama Meclisinin Yetki Alanı	23
3. İçtihadın Kanun Düzeyine Çıkması	25
B. <i>YÜRÜTME ERKİ</i>	29
C. <i>YARGI ERKİ</i>	33
İKİNCİ BÖLÜM.....	36
MEZÂLİM MAHKEMESİ VE İDAREYİ DENETİM GÖREVİ.....	36
I. MEZÂLİM KURUMU	37
A. <i>MEZÂLİM KAVRAMI</i>	37
1. Sözlük Anlamı.....	37
2. Terim Anlamı	37

3. Günümüz Hukuk Terminolojisi İle Karşılaştırma.....	38
4. Ombudsman* ve Mezâlim Kurumu	39
<i>B. KURUMUN TARİHÇESİ, GELİŞİMİ VE DEĞİŞİMİ.....</i>	<i>41</i>
1. Kurumun Tarihçesi.....	41
2. Kurumun Gelişimi ve Değişimi	45
3. Kurumun Yapısı	47
4. Atama Yetkisi.....	49
II. MEZÂLİMİN GÖREVLERİ	50
<i>A. YARGIYA İLİŞKİN GÖREVLERİ.....</i>	<i>50</i>
1. Adli Yargı	50
a. İslam Hukukunda Kanun Yolu.....	51
b. Kanun Yolları ve Mezalim Kurumu	53
c. Olağanüstü Kanun Yolu Olarak “Karardüzeltilme”nin İslam	
Hukukundaki Temelleri	57
2. Yüce Divan.....	59
3. İdari Yargı	59
<i>B. YARGI DIŞINDAKİ GÖREVLERİ.....</i>	<i>60</i>
1. Mahkeme Kararlarının İcrası	60
2. Muhtesib’e Yardımcı Olmak.....	61
3. Bazı Dini Emirlerin Denetlenmesi	61
4. Kamu Vakıflarının Denetlenmesi	61
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	62
İDARENİN YARGI TARAFINDAN DENETİMİ	62
I. İDARENİN YAPISI VE YETKİLERİ.....	63
<i>A. İDARENİN YAPISI.....</i>	<i>63</i>
1. İdare Kavramı.....	63
a. Teşkilat Anlamında İdare	63
b. Faaliyet (Fonksiyon) Anlamında İdare	64
2. Yürütme Organı	64
a. İslam Hukuk Düşüncesinde Yürütme	65
b. İlk Dönemlerde Yürütme Organının Yapısı.....	69

b.1. Yürütme Yasama İlişkisi.....	70
b.2. Yürütme Yasama İhtilafı.....	71
b.3. Yürütme Yargı İlişkisi.....	76
B. <i>İDARENİN YETKİLERİ</i>	77
1. İdare Kudreti ve Egemenlik	77
2. İdarenin Suç ve Ceza Koyma Yetkisi (Ta'zir Suç ve Cezaları).....	84
3. İdarenin Takdir Yetkisi	90
4. İdarenin Düzenleme Yetkisi (Kural Tasarrufları)	91
II. <i>İDARENİN YARGI TARAFINDAN DENETİMİ</i>	97
A. <i>İDARE HUKUKUNUN TANIMI</i>	97
B. <i>BAŞLICA İDARİ YARGI TİPLERİ VE MEZÂLİM KURUMU</i>	101
1. Kuruluş Bakımından İdari Yargı Tipleri.....	101
a. Danıştay Tipi.....	101
b. Mahkeme Tipi	103
2. Görevleri Bakımından İdari Yargı Tipleri	103
a. Geniş Görevli İdari Yargı Sistemi	103
b. Dar Görevli İdari Yargı Sistemi:.....	103
C. <i>İDARİ TASARRUFLARIN YARGI TARAFINDAN DENETİMİ</i>	104
1. İdarenin Kural Tasarruflarının Denetimi	104
2. İdarenin Sübjektif Tasarruflarının Denetimi.....	105
a. İdarenin Mali Tasarruflarının Denetimi	105
b. İdarenin Takdir Yetkisinin Denetimi	106
D. <i>YARGI DENETİMİ DIŞINDA KALAN İDARİ TASARRUFLAR</i>	108
1. Siyasi Tasarruflar ve Siyaseten Katil	109
a. Siyasi Tasarruflar	109
b. Siyaseten Katil	110
2. Mukabele bil Misil	113
3. Farklı Dinden Vatandaşlarla İlgili Bazı Tasarruflar.....	114
III. <i>DİĞER DENETİM YOLLARI</i>	118
A. <i>KAMUOYU DENETİMİ</i>	118
B. <i>DOKTRİN DENETİMİ (FAKİH)</i>	121
C. <i>İDARENİN İÇ DENETİMİ</i>	124

<i>D. KENDİ KENDİNİ DENETİM</i>	<i>125</i>
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	127
İDARENİN SORUMLULUĞU	127
I. MEDENİ HUKUK VE İDARE HUKUKU AÇISINDAN SORUMLULUK	128
A. <i>MEDENİ HUKUKTA SORUMLULUK</i>	<i>128</i>
1. Sübjektif Sorumluluk (Kusur Teorisi)	128
2. Objektif Sorumluluk	129
3. Objektif Sorumluluk Lehinde Gelişmeler	131
B. <i>İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK.....</i>	<i>132</i>
1. Şahsi Kusur	133
2. Hizmet Kusuru	134
3. Kusursuz Sorumluluk.....	137
II. DEVLETİN DİĞER FONKSİYONLARINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU	138
A. <i>YASAMA FAALİYETİNDEN DOLAYI SORUMLULUK.....</i>	<i>138</i>
B. <i>YARGI FAALİYETİNDEN DOLAYI SORUMLULUK.....</i>	<i>140</i>
SONUÇ.....	143
BİBLİYOGRAFYA.....	150
SUMMARY.....	166
ÖZET	167

ÖNSÖZ

Kişiler arasındaki ihtilafların giderilmesinde en etkili ve objektif yol yargı kurumlarının devreye girerek anlaşmazlıkları halletmeleridir. İdare ile idare edilenler arasında çıkan anlaşmazlıkların giderilmesinde de en etkili ve objektif yol yargı kurumlarının devreye girerek idarenin eylem ve işlemlerini yargı denetimine tabi tutmalarıdır.

Demokratik bir toplumda, idarenin, kendini hukuk kuralları ile kayıtlayıp sınırlaması, bu kuralların dışına çıktığında, kendini bir müeyyide karşısında bulması hukuk devleti anlayışının zorunlu bir sonucudur.

İslam hukukunun pozitif uygulama alanında, hukuk devleti anlayışından bahsedilebilmesi için idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması gerekir. Bu nedenle idarenin eylem ve işlemlerinin teorik, pratik ve kurumsal olarak yargı denetimine tabi olup olmadığının incelenmesinin, İslam hukukunun bu yönünü bilimsel olarak aydınlığa kavuşturacağı düşüncesiyle bu konuyu ele alıp elimizden geldiğince incelemeyi amaçladık.

İncelemekte olduğumuz bu konu, kamu hukukunun bir dalı olan idare hukuku ile ilgilidir. İslam hukukunda özel hukuk dallarına ait eserlerin fazla oluşu ve bu alan ile ilgili konularının ayrıntılı olarak işlenmesine karşın kamu hukukuna ait eserlerin hem sayı hem içerik hem de sistematik açıdan bu düzeyde olduğunu söylemek zordur. Bu hukuk dalının yeterince gelişmemiş olması İslam hukukunda bu hukuk dalının olmadığı kanaatlerinin oluşmasına da sebep olmuştur.

Yaptığımız bu çalışmanın İslam kamu hukuku alanına küçük de olsa bir katkı sağlayacağını ümit etmekteyiz. Tez konusunun belirlenmesinde ve bilimsel çalışmalarında katkılarını esirgemeyen değerli hocalarım, Doç. Dr. Selahattin

EROĞLU ve Prof Dr. Şamil DAĞCI'ya teşekkürü bir borç bilirim. Ayrıca Fransızca eserlerin çevirisinde yardımlarından dolayı meslektaşım Mustafa KIRDAL'a da şükranlarımı sunarım.

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
A.Ü.H.F.D.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Ü.İ.F.D.	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
A.Ü.S.B.F.D.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
c	: Cilt
Çev.	: Çeviren
ç.y.	: Çeviren yok
ed.	: Editör
İ.H.F.M.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İ.Ü.H.F.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: Madde
m.y.	: Matbaa yok
s.	: Sayı
T.D.V.	: Türkiye Diyanet Vakfı
t.y.	: Tarih yok
y.y.	: Yer yok

GİRİŞ

I. KONUNUN AMACI

Bireyin haklarının devlet ya da idare tarafından ihlal edilmesi durumunda idarenin yükümlülüklerini yerine getirmesi, hukuk devleti anlayışının bir sonucu olarak değerlendirilmektedir. Bu anlayışı hem kuramsal hem de kurumsal olarak İslam hukuku açısından araştırmayı amaçladık. İdarenin, yargı denetiminin İslam hukukundaki uygulamalarını ortaya çıkarmaya çalıştık.

II. KONUNUN ÖNEMİ

İnsanlar, en ilkel çağlarda bile toplu halde ve bir düzen içinde yaşamayı arzu etmişlerdir. Toplu halde yaşamamanın en önemli unsuru ise güven içinde yaşamaktır. İnsanların güven ve düzen içinde yaşamalarını hiç şüphesiz hukuk kuralları sağlamaktadır.

Çağımızda çokça zikredilen “Hukuk Devleti” anlayışı ile insanların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması zorunlu olan kurallara devletin uyması gereken kurallar da eklenmiştir. Böylece idarenin tüm işlemlerinin yargı denetimi altında olması hukuk devleti anlayışının bir sonucu olarak kabul edilmiştir. Hz Peygamberin Medine’de oluşturduğu Site devletinde, bu anlayışa rastlanabileceğini iddia etmek abartı değildir.

İnsanlar, bazen yönetimleri altına girdikleri oluşumlara kutsiyet atfetmişlerdir. Kimisi dini amaçları gerçekleştirdiği için, kimisi yöneticileri Tanrı’nın gölgesi olarak gördüğü için, kimisi de herkesin boyun eğeceği psikolojik bir zorlama olması için devleti kutsal bir konuma oturtmuştur.

Bazı yöneticiler ise, insanların devlete yükledikleri bu kutsallığa kendilerini de dahil etmek istemişler ve yaptıkları işlemlerde “mutlak sorumsuzluk” konumunda

kalmak istemişlerdir. Bazen de yaptıklarından dolayı uhrevi sorumluluğu ön planda tutarak dünyevi sorumluluk ve denetimden kaçınmaya çalışmışlardır.

İslam toplumlarında da bu anlayışlara az da olsa rastlanması nedeniyle, müslümanların devlet ve idare karşısında, Tanrı karşısında olduğu gibi bir “kul” konumunda olduğu ve hiçbir hakkı olmadığı düşünceleri yaygınlaşmıştır. Ayrıca müslüman yöneticilerin sadece Tanrı’ya ve vicdanlarına karşı sorumlu oldukları ve hiçbir tasarruflarının denetime tabi olmadığı kanaatleri yaygınlaşmıştır.

Tarihsel hatalı uygulamalar esas alınarak İslam hukuku için bir eleştiri zemini oluşturulmuş, hatta hukuka kaynaklık eden İslam dini bu uygulamaların sebebi gibi gösterilmeye çalışılmıştır.

Oysa ayet ve hadisler, her müslümanın yaşadığı toplumda katılımcı olmasını ve yöneticilerinin eylem ve işlemlerini denetlemesini emretmiştir. Bu anlayış Hz. Peygamber ve Halifeler döneminde uygulamaya konmuş ve yöneticilerin hukuk sınırları içinde kalmaları sağlanmıştır. Bu sivil denetim dönem içerisinde kurumsal bir yapıyı meydana getirmiştir. Dönemi itibariyle ileri sayılabilecek bu kurumsal yapı, idarenin denetimini gerçekleştirirken sistemin sadeliği nedeniyle farklı fonksiyonları da icra etmiştir.

Bugünkü kuramsal ve kurumsal yapıda olmasa da ilk dönem itibariyle İslam toplumunda hukuk devleti anlayışının varlığından söz etmek mümkündür. Bu anlayışın ürünü olan kurumsal yapı, kendinden sonraki dönemlere ışık tutmuştur. Gerek teoride ve gerekse pratikte “İdari Tasarrufların Yargı Denetimi”nin sistematik bir şekilde incelenmeye değer olduğu kanaatindeyiz.

Ayrıca İslam hukuku ile ilgili tüm araştırmalar gibi bu çalışmanın da Türk Hukuk Tarihine katkısını Ali Fuat Başgil’in şu ifadeleriyle teyit etmek isteriz. “İslam

Hukuk ve Devlet telakkileri bilinmeden ne Hukukumuz, ne de Devlet Teşkilatı tarihimize dair sağlam bir bilgi edinmek ve şimdiki Anayasamızın tarihi kaynaklarını hakkıyla anlamak kabil olmaz. Çünkü Türkiye'mizin şimdiki Cumhuriyet devrine takaddüm eden uzun ömürlü bir imparatorluk devrinin Hususi Hukuku gibi, Amme Hukuku ve Devlet Teşkilatı da esasında İslami olmuştur.”¹

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Konumuz İdarenin yargı denetimi olduğundan, idarenin diğer kurumlar tarafından denetimine ayrıntılara inmeyerek kısaca değindik. İdari Yargı görevini ifa eden Mezâlim kurumunun İslam kültürüne farklı kültürlerden geçtiği iddiaları, kurumun yapısı ve diğer görevleri üzerinde fazla durmadık. Kurumun yargıya ilişkin görevleri üzerinde yoğunlaştık. Diğer görevlerine ise yeri geldikçe değindik. Ayrıca kurumun Selçuklu ve Osmanlı dönemlerindeki gelişim ve değişimini araştırmamız dışında tuttuk.

Araştırmamızda İslam hukukunun şekillendiği dönem olan Hz. Peygamber ve Halifeler dönemini esas aldık. Bu dönemlere ait sınırlı örneklerin dışında zorunlu olmadıkça tarihi malumat ve uygulamalara ilişkin örneklere yer vermedik.

IV. KONUNUN SUNULMASI

Çalışmamızın ilk bölümünde İslam hukukunda kuvvetler arası ilişkiler üzerinde durduk. İdarenin yargı tarafından denetiminden bahsedebilmek için bu

¹ Ali Fuat Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, Baha Matbaası, İstanbul 1960, I/64.

erklerin ayrı ve bağımsız çalışması gerekir. Bu nedenle İslam hukuku açısından kuvvetler ayrılığı prensibini tahlil ettik.

İdari yargı görevini gerçekleştiren kurumun yapısını inceledik. İslam kültürüne ait böyle bir kurumun yeterince incelenmediğini gördük. İdari yargıya ilişkin görevin yeterince incelenmemiş olmasını önemli bir eksiklik olarak tespit ettik.

İdari yapının şekli ve yürütmenin diğer erklerle ilişkisi üzerinde durduk. İslam hukuku açısından önemli bir konu olan İdarenin Suç ve Ceza Koyma yetkisi ve bu yetkinin sınırları üzerinde durduk.

Mezalim kurumunun idari yargıya ilişkin görevinin net olarak tanımlanabilmesi için genel idari yargı türleri üzerinde durduk.

Mezalim kurumunun adli ve idari davalar için ilk derece mahkeme olarak görev ifa etmesine rağmen genellikle üst mahkeme olarak görev yaptığını tespit ettik. Ancak İslam hukukunda üst yargı kurumlarının olmadığı yolunda mevcut iddia ve kanaatlerden dolayı konuya İslam hukukunda Kanun Yolu ile ilgili temel açıklamalarla başladık.

İslam hukukunda yargı denetimi dışındaki tasarruflar olarak mütalaa edilebilecek uygulamalar üzerinde durduk. Bu arada idarenin diğer denetim yollarına ilişkin kısa bilgiler sunduk.

İdari sorumluluk, şahsi kusur ve hizmet kusuru üzerinde durduk. Sonuç bölümünde ulaştığımız genel kanaatleri belirttik.

V. KONU İLE İLGİLİ KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kamu hukuku ile ilgili araştırma yapanların başvurduğu temel kaynaklardan Mâverdî ve Ebû Ya'lâ gibi kamu hukukçularının eserlerini esas aldık. Bunun sebebi ise Fazlurrahman'ın ifade ettiği gibi Mâverdî'nin "el-Ahkâmu's-Sultâniyye"de teşkil

ettiği model, siyaseti şer’iyye olarak bilinen islami yönetim sistemine dair kapsamlı ve sistematik ilk yaklaşım olduğu içindir. Ahlaki nitelikteki siyaset-name ve nasihat-name gibi eserlere araştırmamızda yer vermedik.

Ancak böyle önemli ve temel bir eserin “el-Ahkâmu’s-Sultâniyye” nin müellifi hakkında, İslam bilginlerinden Şirvani, oldukça ilginç eleştiriler getirmiştir. “Mâverdî’nin siyasi fikirlerine göz atacak olursak onun daima geçmişin harikuladeliğine ıstırapla baktığını görürüz. Bu durum, onun kendi zamanının önemini layıkıyla kavramasına engel olmuştur. Devletteki büyük değişikliklerden haberdar olmasına rağmen imparatorluğun yapısını, teşkilatını, takriben, yüz elli yıl evvelinden beri mevcut olmayan şekliyle tasvir edişi hakikaten garip görünür.”²

Mâverdî’nin bu yaklaşımını bir bakıma Aristo’vârî bir tarz olarak niteleyen Şirvani şöyle devam eder. “Zira büyük Yunan siyasi filozofu büyük bir haz ile tasvir ettiği müesseselerin arkasından yazı yazdığı zaman o müesseselerin çoktan beri hiçbir manası kalmamıştı. Aynı şekilde Mâverdî’nin tarzının temelini teşkil eden müesseselerin ruhu Türkistan ve İran’dan gelen kasırgalarla silinip süpürülmüş, kendi zamanındaki idari yapıyla, eski İslam devletinin idari yapısı arasında pek az bir münasebet kalmıştı.”³

Bu eserlerden sonraki dönemlerde yazılanların bunları nakletmekten öte şerh ve haşiye türünden bir katkı bile yapmadıkları görülür. Yaklaşık üç asır sonra Nuveyrî’nin ansiklopedik tarzda yazdığı eserinin çok az farkla bunlarla aynı olması bunu doğrular niteliktedir.

² Harun Han Şirvani, İslâmda Siyasi Düşünce ve İdare, (Çev. Kemal Kuşçu) Gaye Matbaası, Ankara 1965, 139

³ Şirvani, 140

Günümüzde gerek Türkçe gerek yabancı dilde akademik düzeyde yapılan çalışmalarda İslam Âmme Hukuku genel olarak işlenmiş, incelemekte olduğumuz konuya ise çok az değinilmiştir. Bu isim altında örnek alabileceğimiz herhangi bir çalışmanın bulunmaması nedeniyle doğrudan doğruya kaynaklardaki malzemeyi kendimiz değerlendirerek sonuçlara ulaşmaya çalıştık.

Konuyla ilgili ikinci derecedeki kaynakları inceleyerek istifade ettiysek de kaynakçada bu kaynakların tümüne yer vermedik.

VI. ÇALIŞMADA UYGULANAN YÖNTEM

Çalışmamızda konu başlıklarını günümüz hukukunu esas alarak belirledik. Başlıkların altında önce günümüz hukukundaki uygulamalara kısaca değindik. Daha sonra İslam hukukunda konu ile ilgili benzer ve farklı yönleri karşılaştırmalı olarak inceledik. Kurumsal olarak da karşılaştırmalara yer verdik.

Başta devlet başkanı olmak üzere yürütme tasarrufları ile idari tasarrufları birlikte değerlendirdik. Bundan dolayı “idari tasarruf” kavramını her ikisini kapsayacak şekilde kullandık.

İslam hukukunda konumuzla ilgili doktrinde var olan görüşlere ilave olarak yeri geldikçe kendi görüşümüzü de ifade ettik.

Tarihi uygulamalardan ziyade teorik olarak çalışmamızı sistematize ettik. Ancak İslam hukukunun şekillenme dönemleri olan Hz. Peygamber ve halifelerden Hz. Ömer dönemi uygulamalarına ise yeri geldikçe atıfta bulunduk. Bu döneme sık atıfta bulunmamızın sebebi, bu dönemde idari sistemin birçok alanlarında yeni kaidelerin konduğu dönem olması nedeniyledir. Bu dönem üzerine çalışmalarda bulunan Temmavi, Abbas Mahmud el-Akkad’ın şu düşüncesine katıldığını ifade

eder.” İslam devletinin idari sisteminde Hz Ömer’in kaide koymadığı hiçbir husus yoktur.”

BİRİNCİ BÖLÜM
KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNİN İSLAM
HUKUKUNDAKİ YERİ VE UYGULANMASI

I. KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

Kuvvetler ayrılığı denince, akla hemen Montesquieu gelir.¹ Oysa bu konuda devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları arasındaki farkı ilk olarak ima eden Aristo olmuştur.² Aristo'ya göre her devlette üç fonksiyon vardır;

Müzakerede bulunan fonksiyon

Kumanda makamı

Adalet fonksiyonu

Aristo'nun ileri sürdüğü ikinci ve üçüncü fonksiyonların az çok bugünkü yürütme ve yargı erklerine tekabül etmesine mukabil, birincisi, bugünkü yasama erkine nazaran çok daha geniştir. Ancak Aristo'nun devlet dahilindeki muhtelif fonksiyonları birbirinden ayırmış olması ve bu sebeple zamanının çok üstüne yükselmiş bulunması kendisine “Kuvvetler Ayrılığı” prensibini müjdeleyen kişi vasfını verecek mahiyettedir.³

Kuvvetlerin ayrılması prensibinin ustaca izahını John Locke yapmıştır.⁴ Locke, doktrinini ayrıntılı olarak açıklamış olması takdire layıktır. Sonradan Montesquieu tarafından tekrar ele alınmış olan Kuvvetler ayrılığı nazariyesinin taslağını çizmiştir.⁵

Aslında Montesquieu'nun Kuvvetler ayrılığı hakkındaki nazariyesi de kendinden önce ileri sürülmüş olan fikirlerin bir özetinden ibarettir. O da bütün

¹ Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine (Çev. Fehmi Baldaş), Milli Eğitim Basımevi, Ankara 1963, I/294 vd.

² Giorgio Del Vecchio, Hukuk Felsefesi Dersleri (Çev. Suut Kemal Yetkin) Maarif Matbaası, İstanbul 1940, 31

³ İlhan Akipek, Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasına Amil Olan Fikirler (A.Ü.H.F.D.) Çankaya Matbaası, Ankara 1953, IX/168-169

⁴ Akipek, 179

⁵ Del Vecchio, 67

doktrinlerde olduğu gibi kendinden önce yazılmış ve söylenmiş şeylerden fazlasıyla istifade etmiştir.⁶

Kuvvetler üçlü olarak ele alındığında kimi hukukçular, yasama ve yürütmeyi yargıya oranla daha önemli saymışlar,⁷ kimileri ise haklı olarak yasamanın ve yürütmenin eylemlerinin yargı denetimine tabi olmasını ve yargı kararlarının yasama ve yürütmeyi bağlamasını delil göstererek yargının, eşitler arasında daha üstün olduğunu ifade etmişlerdir.⁸

Muhammed Abduh, kuvvetler arasında, görece, yani yardımlaşmalı bir ayırımın varlığına dayalı ilişki üzerinde önemle durmuştur. Bütün hükümet işlerini, kanun yapan yasama organının ve kanunların yürürlüğünün sağlanması konusunda şura meclisi üyelerinin bakanları sorumlu tutmak üzere kanunların yürürlüğünü sağlamakla yükümlü yürütme organının üstlendiğini düzenleyen bir anayasa bulunmasının zorunluluğunu belirtmiştir. İslam devletinin temel prensiplerinden biri olan ve asırlar boyunca İslam siyasi düşünürlerinin ilgisini çeken adaletin önemini vurgulayarak, yargılamanın idareden ayrı olmasını ileri sürmüştür. Kısacası, yardımlaşmalı kuvvetler ayırımını ve halk idaresine dayalı anayasalı ve parlamentolu hükümetin kurulması zorunluluğunu savunmuştur.⁹

⁶ Akipek, 181
⁷ Tarık Zafer Tunaya, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, Evrim Matbaacılık, İstanbul 1982 (5.Basım), 390
⁸ Ferman Demirkol, Yargı Bağımsızlığı (Doktora tezi), Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1991, 19
⁹ Huriye Tevfik Mücahit, Farabi'den Abduh'a Siyasi Düşünce, İz Yayıncılık, İstanbul 1995, 247

II. İSLAM HUKUKUNDA KUVVETLER ARASI İLİŞKİLER

İslam Anayasa Hukuku açısından devletin bir hukuk devleti olması esastır. Bu, devletin İslama göre teşkilatlanıp İslam hukukuna bağlı kalması demektir. Tüm devlet organları, faaliyetlerini önceden konulan hukuk kurallarına göre yürütürler. Bu hukuk kuralları, biri Kur'an ve Sünnet'te açıkça belirtilen kurallar, öteki de hukukçuların içtihatlarıyla ortaya konan kurallar olmak üzere ikiye ayrılır.¹⁰

Hz. Peygamber döneminde yasama, yürütme ve yargı erki onun elinde olmuş¹¹ ve devlet kuvvetler birliği ilkesine göre yönetilmiştir.¹² Anayasa hukukunda kuvvetler birliği ilkesinin keyfi bir rejime, diktatörlüklere, despotluğa götüren bir yol olduğu genellikle savunulurken Hz Peygamber (s.a.s.) devrinde böyle bir yönetim bulunmadığı, İslam devletinin ve faaliyetlerinin adalet prensiplerinin ışığında geliştiği görülür.¹³

İslamda siyasi yapıyı inceleyen günümüz hukukçularından Beyâtî'ye göre, hukuk devleti anlayışından henüz bahsedilmediği dönemlerde oluşturulan siyasi yapıda, hukuk devleti anlayışının varlığından bahsetmek abartı değildir. Hatta oluşturulan Medine Anayasasında, "Azınlık" haklarının dahi gündeme gelecek kadar ileri olduğu görülecektir. Üstelik bu siyasi sistem kendinden önce benzeri olmayan bir özelliğe sahiptir. Anayasaya herkesin boyun eğmesi gerektiği kuralının özellikle

¹⁰ Şükrü Karatepe, Osmanlı Siyasi Kurumları, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1989, 47

¹¹ A'tiyye Mustafa Müşrife, el-Kadâ fi'l-İslâm, Matbaatü'l-İ'timâd, (yy) 1939, 87 Hasan Gümüşoğlu, İslam'da İmamet ve Hilafet, Selmat Matbaacılık, İstanbul 1999, 314

¹² Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, I/69, Demirkol, 25, Orhan Aldıkaçtı, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, (İ. Ü. H. F. Y.) Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, 21

¹³ Aldıkaçtı, 21-22

vurgulandığı görülecektir. Hatta asırlar öncesinden bunu bir “Sosyal Sözleşme” olarak kabul etmek dahi mümkündür.¹⁴

Bazı araştırmacılar, İslamdaki kanunlaştırma hareketlerini Hz Peygamber dönemiyle başlatırlar. Bu hareketi kamu hukuku ve özel hukuk olarak ikiye ayırarak, kamu hukukundaki kanunlaştırmayı İslam devletinin doğuşuyla başlatırlar. Özellikle yeryüzünün ilk anayasası olarak ifade ettikleri metni, İslam devletinde kamu hukukunu oluşturan ilk çekirdek olduğunu belirtirken,¹⁵ bazıları ise, bu belgede bir devlet olma iradesinin var olduğu ancak bu metni mevcut haliyle, anayasa olarak nitelemenin, bu kavramı çok genişletmek olacağını iddia etmişlerdir. Fakat tarihi bakımdan sıhhati tartışılmayan bu sözleşmeyi, yeni ve siyasi bir toplum kurmak üzere yapılmış, dünyanın ilk ve özgün, yazılı toplumsal sözleşmesi olarak değerlendirmek mümkündür.¹⁶

İslam’ın civar bölgelere yayılışı nedeniyle Hz Peygamber buralara valiler atamış bu valileri tüm işlerin yanı sıra yargıyla da görevlendirmiştir.¹⁷ Bazen de huzuruna gelen davaların çözümünü arkadaşlarına bırakmıştır. Örneğin A’mr b. el-

¹⁴ Munîr Hamîd el-Beyâtî, en-Nizâmu’s-Siyâsiyyi’l-İslâmî, Dâru’l-Beşîr, Ürdün 1994, 33, 366, 370 (Hz Peygamberin en büyük başarısı belki ortaya çıkardığı hukuk devleti olmuştur. Kan davalarının yaygın olduğu, kuvvetlilerin zayıfları ezdiği bir dönemde ortaya çıkmış ve bu sorunları kurduğu hukuk devletiyle kısa zamanda halletmiştir. Evrensel değerler olarak şunları yerleştirmiştir. Kanunsuz ceza verilemeyeceği ve bir kişinin suçunun başkasına yüklenemeyeceği prensibini getirmiştir. Cezalarda eşitliği sağlamıştır. “Suç işleyen kızım Fatıma da olsa affetmem” diyerek adaletle bağlı kalacağını açıklamıştır. Kendisi de hukuka saygısını ifade etmiş, her zaman yaptıklarından dolayı hesaba açık olduğunu bildirmiştir. Macit, 152-153)

¹⁵ Niyazi, 142

¹⁶ Nevzat Kösoğlu, Devlet (Eski Türkler’de İslam’da ve Osmanlı’da) Özener Matbaası, İstanbul 1997, 67

¹⁷ Muhammed b. Halef b. Hayyan Vekî’, Ahbâru’l-Kudât, Matbaatu’l-İstikâme, Kahire 1947, I/101

Â's, Hz Ebu Bekir, Hz Ömer ve Hz Ali gibi sahabilerin Hz Peygamberin huzuruna gelen davaları çözüme kavuşturdukları bilinmektedir.¹⁸

Hz Peygamberin yönetici atamalarında duygusal ve zayıf olunmamasını önemli kriter olarak belirlediği görülür. Ebu Zer; bana bir yöneticilik görevi vermeyecek misin dediğinde “Ey Ebu Zer! Sen zayıf ve duygusal birisin, bu görev ise bir emanettir. Kıyamet gününde de bu görevi hakkıyla yerine getirenler müstesna, bir zillet ve pişmanlıktır.”¹⁹

Hz Peygamber yargı makamına atayacağı hakimlerin hukuk tekniği ve bilgi düzeyini ölçmek için adayları sınavdan geçirmiştir. Mua'z b. Cebel'i Yemen'e hakim olarak tayin ettiğinde aralarında şöyle bir konuşma geçer. Hz Peygamber Mua'z'a “mahkemelerde ne ile hükmedeceksin?” Mua'z'ın cevabı “Allah'ın kitabına göre, “Peygamber devamla;” onda bir hüküm bulamazsan?” Peygamberin sünneti ile diyerek karşılık verir. Peygamber devamla “peki onda da bulamazsan?” “Kendi içtihadımla hükmederim.”²⁰ cevabına çok sevinen Hz Peygamber, Allah'a hamd etmiştir.²¹

Hz. Ömer dönemine gelindiğinde Anayasa hukuku alanında çok önemli değişikliklere yol açabilecek uygulamalar olmuştur. Önce “Kuvvetler Ayrılığı” kuralının İslam devletinde, batıdan on asır önce gerçekleşmesine imkân verecek bir

¹⁸Zârif el-Kâsimî, Nizâmu'l-Hukm fi'ş-Şeria' ve't-Târfihî'l-İslâmî, Dâru'n-Nefâis, Beyrut 1987, II/97- 98

¹⁹Ebu'l-Huseyn Müslim b.el-Haccac b.Müslim el-Kuşeyrî, Sahihu Müslim bi Şerhi'l-İmami'n- Nevevî, Dâru'l-Fikr (y.y) 1981, XII/209

²⁰A. Fuat Başgil, bu mülakatın Medeni Kanunun birinci maddesine benzerliğine şöylece işaret etmiştir. “Türk Medeni kanunun birinci maddesini süsleyen modern hukukun en büyük kaidesi asırlar evvel İslam hukukunda vazedilmiştir. Bu günkü dilimizde bu demektir ki: Hakim bir meseleye hükmetmek için evvela kanunun metnine, orada hüküm bulamazsa ruhuna müracaat eder. Orada da hüküm bulamazsa, örf ve âdete bakar. Orada da bulamazsa “kendisi vâzı kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiye ona göre hüküm verir.” Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, I/70)

²¹Ebu Davûd Süleyman b.Eş'as es-Sicistani, es-Sünen ve Şerh Hattâbî, Dâru'l- Hadis, Hıms 1973, IV/18

düzenin kurulması için çabalar görülmüştür. Yargı kuvveti, yürütme kuvvetinden ayrılmış ve büyük bir yenilik olarak “Şura meclisleri”²² kurulmuştur. Şura meclislerine kabilenin ileri gelenleri ve halk katılır, yürütme işleri ile ilgili kararlar alınırdı.²³

Hiz. Ömer, Şura toplantılarına katılanların, temsili rejimin temsilcileri gibi hiçbir şeyden çekinmeden düşüncelerini serbestçe açıklamalarını sağlayacak şekilde şura toplantılarını düzenlemiştir.²⁴ Bu durum, İslam devletinde yasama dokunulmazlığı müessesesinin ilk belirtileri olarak görülmüştür.²⁵

Halife Ömer, günlük idari işler için yalnız Muhacirlerin katıldığı Şura Meclisini Mescidi Nebevî’de toplar ve sorunları müzakere ederdi. Ancak çok önemli ve ender karşılaşılan problemleri görüşmek için ise, eski Muhacir ve Ensâr’ın yanı sıra bütün ümmetin saygınlığını kazanmış beşi Evs ve beşi Hazreç’ten olmak üzere on ileri gelen şahıstan oluşan büyük meclisi toplardı. Meclis oturumları günlerce sürer, üyeler en geniş hürriyet içerisinde korkusuzca konuşurlardı.²⁶

Şura, ilk dört halife döneminde, Emeviler dönemine kadar gayri resmi olarak işlemeye devam etti. Bu dönemde hanedan yönetiminin başlamasıyla birlikte, şuranın yerini rejimin desteklediği klikler aldı. Şura gelişim sürecini sürdürebilseydi, gerek

²² Bu meclisin yetkileri genel olarak şu şekilde belirlenmiştir: Yasama faaliyetlerinde görüş belirtmek, idareyi denetlemek, idari işleri halife ile ele almak, gerektiğinde onu sorgulamak, valiler ve halife yardımcılarını denetlemek, yine gerektiğinde Müslümanların seçimine sunmak üzere, seçildiğinde kendisine biat edilebilecek nitelikte bir halife adayı tespit etmektir. Fehmi Ced’an, Çağdaş Arap Dünyasında İslami Yönetim Tartışmaları (Çev. Mehmet Yolcu) Bayrak Matbaası, İstanbul 1989, 56

²³ Aldıkaçtı, 24

²⁴ Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, I/69

²⁵ Aldıkaçtı, 24

²⁶ Şiblî Numanî, Bütün Yönleriyle Hz Ömer ve Devlet İdaresi, (Çev. Talip Yaşar Alp), Otağ Matbaası, (y.y.) 1975, II/30

siyasi gerekse dini, İslam tarihi çok daha farklı olur ve gayri müslim dünya için de önemli sonuçlar getirirdi.²⁷

Hz. Peygamberin vefatından sonra “İcma-i ümmet” müessesesi yoluyla, devlet başkanlığından ayrıldığı görülen yasama kuvveti ile yargı ve yürütme kuvvetleri de ayrı iradeler tarafından düzenlenmiştir. Kimi hukukçular bunu demokrasiye giden yolun başlangıcı olarak görmüşlerdir.²⁸

Kuvvetler arası ilişkileri inceleyen hukukçuları yasama, yürütme ve yargı organları arasında bir ayırımın bulunduğunu ifade etmişlerdir. Yürütmenin başı sıfatıyla Halife, yasama yetkisine sahip değildir. Şartları kendisinde mevcut olduğu zaman, diğer müçtehitler gibi, içtihat hakkına sahiptir. O, içtihat yaptığı zaman halife sıfatıyla değil, müçtehit sıfatına dayanarak yapmaktadır. Hakim ise her ne kadar yürütme organı tarafından atanıyorsa da görevini yürütürken tamamen bağımsızdır.²⁹

A. YASAMA ERKİ

İslam hukukçuları yasama anlamında “et-teşrî” kelimesini kullanmışlardır. Hukukçuların çoğunluğu, şari’-i hakiki’nin Allah olduğunu titizlikle belirtirler. Ancak bu kural, ana kaynaklara aykırı olmayan kanun ve yönetmeliklerin bile çıkarılamayacağı anlamına gelmez. Sadece değişmez hükümlerin varlığını ve bu

²⁷ Fazlurrahman, İslam ve Siyasi Aksiyon (İslam’da Siyaset Düşüncesi) (Çev. Kazım Güleçyüz) Paşahan Matbaası, İstanbul 1995, 12

²⁸ Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, I/68, Aldıkaçtı, 24 Aldıkaçtı bu uygulamaları demokrasiye giden yolun başlangıcı olarak görmesine rağmen bu gelişmelerin sürmesi halinde bile bunun hiçbir zaman gerçek bir demokrasi olamayacağını çünkü farklı inançta olanların farklı statüye tabi tutulacaklarını, bunun ise müslümanlara has bir demokrasi olacağını ifade etmiştir. Aldıkaçtı, 26

²⁹ S. Muhammed Temmavi, Hz Ömer ve Modern Sistemler, Bayrak Matbaası , İstanbul 2004, 328

hükümlere aykırı kanunlar çıkarılamayacağını, bu hükümlerin de hiçbir zaman ilga edilemeyeceğini gösterir.³⁰

Ancak uzun zaman İslam dünyasında kanun koyucunun Allah olduğu, beşerin herhangi bir şekilde kanun yapamayacağı kanaatleri yaygındı. Bu anlayışın İslam dünyasında kanunlaştırma hareketlerini geciktirdiği iddia edilmiştir.³¹

Bilindiği gibi Kur'an, cüzî ve teferruat kabilinden bütün meselelerin hükümlerini açıklayan geniş nass'ları, her zaman getirmemiş, çoğu durumlarda küllî hükümleri koymak ve genel ilkeleri belirlemekle yetinmiştir. Bu küllî hükümler ve genel ilkeler ise haklı olarak yasamanın genel kuralları ve bu yasamanın belirgin özelliklerini temsil eden ana çizgileri, yasamaya egemen olan bağlayıcı unsurları olarak değerlendirilir.³²

Bu kurallara bağlı kalmak suretiyle teşrî'in yapısını tamamlamak ve bu ana çizgilerin –hikmet gereği bırakılmış- iç boşluklarını doldurmak müçtehitlere ve devlet başkanına bırakılmıştır. Böylelikle onlar bu yasamanın inceliklerini ve ayrıntılarını, islamın getirmiş olduğu ilke ve kuralları sınırları içerisinde kalarak açıklığa kavuştururlar.³³

Ancak İslam hukukçularının içtihatlarının belirli bir zaman veya belirli bir toplumsal yapıyı yansıttığı gerçeği göz önünde bulundurulmalı, bu içtihatları mutlak doğrular olarak kabul etmek ve onlara sonsuza kadar geçerli olma özelliği yüklemek

³⁰ Hüseyin Hâtemî, İslâm Hukuku'nda Devlet Yapısı, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1970, 119

³¹ Yüksel Macit, İslam Anayasa Hukukuna Giriş, Albayrak Matbaası, Tavas 1990, 110

³² Abdülkadir Udeh, İslam ve Siyasi Durumumuz, (Çev. Beşir Eryarsoy) Yıldızlar Matbaacılık, İstanbul 1989, 224

³³ Udeh, İslam ve Siyasi Durumumuz, 224

doğru değildir. Çünkü içtihat eden kişi yetiştiği ortamdan etkilendiği gibi sosyal ve siyasal konularda çağına kadar biline gelen tarihi bilgilerin tümünden de etkilenmektedir. Bu nedenle bütün içtihatların, sonradan gelen nesillerin içtihatlarını sınırlandıramayacağı ve aynı hükümlerin yeni içtihatlara açık olduğu gerçeği de unutulmamalıdır.³⁴

Ancak ilahi vahyin değiştirilmesi mümkün değildir. Çünkü vahyin getirdiği bütün hükümler, insanın doğuştan getirdiği karaktere ve bütün çağ ve zamanlar içerisinde insanlığın ihtiyaçlarına hiçbir zaman aykırı düşmemektedir. Şari' uzun ve etraflı hükümler yerine genel kurallar koymakla yetinmiş, gerisini insanların yorumuna bırakmıştır, işte içtihat edilmesi gerekli alan burasıdır.³⁵

İslam hukukçuları, yasamanın bir devlet fonksiyonu olmasının gerekliliğini ve yasanın uygulanmasının bir devlet yaptırımına bağlanmasının zorunluluğunu ifade etmemişlerdir. Oysa bu iki özellik yasamanın işlevsel sonucu olan pozitif hukuk kurallarını diğer yargı içeren sosyal (ahlak, örf-adet) kurallardan ayıran özelliklerdir.³⁶

Kur'an içtihada çok geniş bir alan bırakmıştır. Böylece her devlet, şartların gerektirdiği şekilde siyasal ve hukuksal yapılanmasını ve kanunlarını kendisi düzenlemek durumundadır. Bu, devletin tabii ve zorunlu görevidir. Gerek Hz. Peygamber ve gerekse Raşit halifeler kendi dönemlerinde devlet yönetimiyle ilgili

³⁴ Muhammed Esed, İslam'da Yönetim Biçimi, (Çev. M. Beşir Eryarsoy), Bayrak Matbaası, (y.y.) 1995, 55,76

³⁵ Esed, 55

³⁶ İzzet Sargın, İslam Hukuk Tarihinde Devlet ve Fonksiyonları, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Basılmamış doktora tezi), Erzurum 2001, 161

olarak hem kurumsal yapılanma, hem de hukuk normları koyma açısından tasarruflarda bulunmuşlardır.³⁷

Muhafazakar islami çevrelerce laik biri olarak tanınan, Ahmed Naim, yasama ile ilgili farklı bir yaklaşımda bulunur. O, “Şeriat’ın temel kaynağı olan Kur’an ve Sünnet’in Medine dönemine ait metinleri yerine Mekke dönemi metinleri yasamada esas alınmadıkça insan hakları öğretisine uygun bir İslam hukukunun geliştirilemeyeceğini, böyle olunca da insan hakları ihlallerinin engellenmesinin zor olacağı” kanaatindedir.³⁸

Oysa Mekke dönemi ayetlerin daha ziyade muhatapların inanç problemlerini düzeltmeye yönelik olduğu, toplumun sosyal yapısını düzenlemeye yönelik ayetlerin ise Medine döneminde nazil olduğu bilinmektedir.

1. Yasama Meclisinin Oluşturulması

Hz Peygamber döneminde teşri’ O’nun şahsında toplanmıştı. Halifeler dönemindeki yasama faaliyetlerinin Yasama Meclisi niteliğindeki Şûra ile yürütüldüğünü iddia eden Macit; bu kurumun, günümüz Millet Meclisine tekabül ettiğini ifade etmiştir.³⁹ Bunları ehlü’l-hall ve’l-akd olarak da tanımlar.⁴⁰ İlk dönemlerde bunlar için pratikte bir seçim yapılmamıştı. Bunlar herkesin güvenini

³⁷ Sargın, 165

³⁸ M.Hayri Kırbaoğlu, Ahmed en- Naim’in “Şeriat’ın Reformasyonu” Projesi, İslâmiyât, (c.I, s.4) (Şeriat Dosyası) Özkan Matbaacılık, Ankara 1998, 209 (Müellifi tanıtım cümlesi Kırbaoğlu’na aittir.)

³⁹ Macit, 111

⁴⁰ Macit, 116

kazandıkları için ayrıca bir seçim yapmaya ihtiyaç görülmemiştir. Ancak temsilcilerine razı olduğu için, halkın zımni bir seçiminden bahsedilebilir.⁴¹

Yasama Meclisinin oluşturulmasında sorumluluk halka aittir. Zira konuyla ilgili ayet “Onların işleri aralarında şura ilerdir.” bu görevi ifa etmeyi toplumun bir bölümüne tahsis etmemiş, tüm toplumun katılmasını istemiştir. Ancak tüm toplumu bir yere toplamanın güçlüğü nedeniyle temsil (vekalet) zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Toplum, Yasama Meclisinin oluşturulmasında temsilcilerini tayin etmek için açık veya kapalı usûlle genel bir seçim yapabilir. Her yöreden bir temsilcinin seçilebilmesi için ülke muayyen küçük bölgelere ayrılabilir.⁴²

Müslüman bilginlerden Mevdudi, bu tür konularda modern çağların ihtiyaç ve şartlarını göz önünde tutarak mümkün ve müsait tüm metotların denenebileceğini, böylece kitlelerin büyük ölçüde güvenini kazanmış kişilerin seçilebileceğini ifade eder.⁴³

Muhammed Esed, ilgili ayette geçen “beynehum: aralarında” lafzının toplumun tümüne işaret ettiğini bundan dolayı Şûrâ meclisinin, kadın-erkek toplumun tümünü temsil etmesi gerektiğini ifade etmiştir . Böyle bir temsil ise, hür ve genel bir seçim yolundan başka bir yolla gerçekleşmez. Yani erkek ve kadın herkesin oylarını mümkün olan en geniş şekliyle açıklayabilmeleri için, Şûrâ Maclisi üyelerinin seçim yoluyla işbaşına gelmeleri gerekiyor. Seçme hakları, seçmen ve adaylarda bulunması gerekli şartlar, Kur’an ve Sünnet tarafından açıklanmayan şekilde kalan inceliklerdir.

⁴¹ Macit, 114

⁴² Abdullah el-A’rabî, 112

⁴³ Mevdudî, 48

Bu nedenle bu tür durumlar toplumun takdirine bırakılmıştır. Toplum bunları, çağının şartlarına ve gereklerine göre ele alıp inceler.⁴⁴

Devlet Başkanının halk tarafından seçildiği düşünüldüğünde, Yasama Meclisinin devlet başkanı tarafından oluşturulmasının halkın iradesini yansıtacağı düşünülebilir. Ancak tarihi uygulamalarda bağımsız kurumların daha özgür ve fonksiyonel oldukları görülmüştür.⁴⁵

İslam toplumunda yaşayan gayri Müslim vatandaşların siyasi hakları konusunda ise farklı düşünceler ortaya çıkmıştır. Kimi hukukçular, bunların hem seçme hem de seçilme haklarının olmadığını ifade ederken, bazıları da sadece seçme haklarının olabileceği kanaatindedirler. Bu görüşleri kısaca şu şekilde sunabiliriz.

Mevdudi'ye göre; İslam, nizamını taşıma yükünü Müslüman vatandaşların omuzlarına yüklemiş, devletini müdafaa için onlardan her türlü fedakarlığı istemiştir. Bu devletin, başkanını seçme hakkını ve Şura işlerini yürüten meclisine iştirak hakkını da sadece ona vermiştir. Bu fikri devletin siyasetini temel prensiplere uygun yürütmek için başlıca önemli makamları da sadece ona bırakır. Ne Peygamber ne de halifeler döneminde Şura azalığına, devletin herhangi bir yüksek makamına (hakim, vezir, ordu komutanı vs.) ehl-i zimmet'ten birinin seçildiği görülmemiştir. Ayrıca devlet başkanının seçiminde onların rey izhar etmelerine müsaade edilmemiştir. Eğer böyle bir hakları olsaydı şüphesiz Peygamber ve arkadaşları haklarını teslim ederlerdi.⁴⁶

⁴⁴ Esed, 105

⁴⁵ Abdullah el-A'rabî, 113

⁴⁶ Mevdudî, İslam Anayasası, 57-58

İdeolojik hedefleri olan bir yönetim, bu hedeflerini ancak ona gönülden inanan mensuplarının fedakarlıklarıyla gerçekleştirebilecektir. Bu fedakarlığı farklı düşünen insanlardan beklemek gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. İslamın ideolojik hedeflerini Müslüman olmayan birinin gerçekleştirmeye çalışmasını beklemek doğru değildir. Hiçbir sistem-ister din temeli üzerine ister başka fikri temeller üzerine yükselsin-ayakta tuttuğu düşünceyi kabul etmemiş bir kişinin eline, idari işlerinin anahtarlarını bırakmaya rıza göstermemiştir.⁴⁷

Hamidullah'a göre; Hz Peygamber döneminde site-devlet oluşturulurken Medine çevresinde bulunan bağımsız Yahudi köylerinin kendi hür iradeleriyle bu konfederal devlete katılmış olmaları ve Hz Peygamberi kendilerine devlet başkanı olarak tanımış olmaları, en azından, memleketin siyasi hayatında İslam devletinin reisi seçilirken gayri Müslim tebaanın bu seçime katılma haklarının var olduğunu kabul etmeyi gerektirir.⁴⁸

Hmidullah'ın bu görüşüne şöyle bir itiraz gelebilir. Gayrimüslim çevre kabilelerin Hz Peygambere biat etmeleri seçime katılmaktan ziyade seçilen bir devlet başkanının otoritesini kabul etmektir.⁴⁹

İslam toplumlarında ilk görüşün kabul görmesi nedeniyle tam laik ve demokratik bir ortamın oluşturulamadığı iddia edilmiştir. Hz Ömer'in Şûra meclisini kurması ile, Müslümanlara mahsus bir demokrasi düzenini gerçekleştirecek sistemin içine girildiği, ancak bunun sürmesi halinde bile hiçbir zaman tam bir demokrasi ile

⁴⁷ Esed, 99

⁴⁸ Hamidullah, İslam Anayasa Hukuku, 212-213

⁴⁹ Macit, 115

sonuçlanamayacağı ifade edilmiştir. Bunun sebebi olarak da, kaide koyma fonksiyonunun Müslümanlara has bir yetki olarak görülmesi ve toplum içinde Müslüman olmayanlara hareket kaidesi koyma yetkisi -sistem gelişip seçim yolu ile temsilcilerin tayini kabul edilse bile- verilmeyecek olmasıdır. Bu iddia sahiplerine göre İslam hukuk anlayışı, gelişme devamlı olsaydı bile ancak Müslümanlara has bir temsili rejim oluşturabilirdi.⁵⁰ İslam yönetim anlayışında halkın din esasına göre ayrılmasını eleştiren çağdaş yaklaşımların bir kompleksin eseri olduğuna işaret eden Esed, Müslüman bunu hazım edemiyorsa Müslüman olmayan vatandaşın memnuniyetinin zor olacağını ifade eder.⁵¹

Bu günkü uygulamada yürütme organı hazırladığı kanun taslaklarını yasama organına sunar. Bundan esinlenerek teori oluşturmaya çalışanlar; Şura Meclisi'nin de teknik olarak aynı tarzda çalışabileceğini ifade ederler. Öncelikle yasa taslaklarını hazırlamakla görevli uzmanlardan oluşturulan bir komisyonun hazırlayacağı kanun taslakları, müzakere için genel kurula gelir. Tartışılıp, düzeltildikten sonra yasalaşarak, yürürlüğe konur. Çünkü hiçbir kanun tasarısı, "Şura Meclisi" tarafından görüşülüp onaylanmadan yürürlüğe giremez.⁵²

2. Yasama Meclisinin Yetki Alanı

İslam hukukunun temeli vahye dayalıdır. Nasslar sınırlı, olaylar ise sınırsızdır. Sınırsız olayların hükmünü bu sınırlı nassların lafzından ve ruhundan çıkarabilmek

⁵⁰ Aldıkaçtı, 17, 19

⁵¹ Esed, 98

⁵² Esed, 135

müçtehitlerin görevidir. Bu görevi yerine getiren kişi ya da kurumların yetki sınırları şu şekilde belirlenmiştir.

a) Kur'an ve Sünnette hükümleri açıkça belli olan konularda yasama organı değişiklik yapamaz. Bunların uygulanması gayesi ile kanunlar ve kurallar yapmaya ilgili hükümleri düzenlemeye ve bunları fasıllar haline getirmeye yetkilidir. Ancak, hiçbir zaman nassların lafzına ve ruhuna aykırı kanun koyamaz. Bunu yasaklayan ayet şöyledir. "Allah ve peygamberi bir işe hükmettiği zaman, gerek mü'min olan bir erkek, gerek mü'min olan bir kadın için (ona aykırı olarak) işlerinde tercih hakları yoktur."⁵³

b) Kur'an ve Sünnet'teki hükümlerin birden fazla manası varsa yasama organı bu manalardan hangisinin kanunda yer alacağını gösterir. Bu nedenle bu işi yapacak kimselerin Kur'an ve Sünnet'i çok iyi bilmeleri ayrıca bunların lafzına ve ruhuna hakim olmaları şarttır. Bu durum yasama organının, çeşitli manalardan birini tercih etmek ve onu kanun haline getirmeye yetkili olduğunu gösterir.

c) Kur'an ve Sünnet'te hükümleri açıklanmayan konularda, yasama organı, İslam hukukunun ruhuna uygun olarak her türlü kanunlar çıkarabileceği gibi önceki içtihatlardan birini de tercih edebilir.⁵⁴

İslamın kabul ettiği içtihadın iki bakışı vardır. Bunlar, toplu bakış ve şahsi bakıştır. Toplu bakış; Devlet başkanının belli bir konuyu çağının müçtehitlerine arz etmesine, müçtehitlerin de yaptıkları araştırma sonucu oy birliği ile bir görüşe varmalarına denir.

⁵³ Ahzâb suresi, 36

⁵⁴ Mevdudî, 29-30

Şahsi bakış gelince; İctihat şartlarını kendisinde toplayan her müslümanın içtihat etme hakkı vardır. Ancak onun içtihadı başkaları için bağlayıcı değildir. Hiç kimsenin de onu taklit etmesi zorunlu değildir. Bu kaide, ancak kamu hizmetinde çalışmayan müctehitler için geçerlidir. Müctehit şayet kamu hizmetinde halifelik, bakanlık, hakimlik gibi bir görevde çalışıyorsa kendisine arz edilen meselelere göre ve içtihadıyla varmış olduğu sonucu dikkate alarak hükmeder. O zaman görevinin kapsadığı bölgedekiler için onun içtihadı zorunlu olur.⁵⁵

Teorik olarak tartışıldığında, Yasama meclisinin aldığı kararları, oy birliği ile alması her zaman mümkün değildir. Böyle bir durum, dünyadaki diğer yasama meclislerinin durumu gibi olacaktır. Kararların oy çokluğu ile alınması yeterli olacaktır. Ancak tarih azınlığın verdiği doğru kararların örnekleriyle doludur diye bir itiraz geldiğinde ise, yanıt olarak, yasama kurullarında çoğunluğun görüşünü kabul etmek ilkesi yerine başka bir alternatif göstermek mümkün değildir, şeklinde olacaktır. Burada şöyle bir handikapla karşılaşıyoruz. Azınlığın ya da çoğunluğun görüşünün doğru veya yanlışlığına hangi kurum karar verecektir.⁵⁶

3. İctihadın Kanun Düzeyine Çıkması

Bir içtihadın kanun seviyesine çıkabilmesi ve bağlayıcı bir nitelik kazanabilmesi için;

-Şura Meclisi (Yasama Meclisi) tarafından çıkarılmış olması, ya da

⁵⁵ Temmâvî, 148-149

⁵⁶ Esed, 110-111

-İslam toplumlarında kabul görmüş Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerinden birinin içtihatlarından bir tanesinin tercih edildiğinin açıklanması gerekir.

Değişik ilim adamları tarafından yapılan içtihatlar, birer fetva olmaktan ileri gidemezler. Üzerinde görüş birliği sağlanmayan içtihatlar kesin olmayıp bağlayıcılıkları yöneticilerin ve hakimlerin tercihinine bağlıdır. Eğer devlet başkanı üzerinde görüş birliği sağlanmayan içtihatlardan birisini benimser ve hükmün ona göre verilmesini kabul ederse, o zaman kural; yöneticileri, hakimleri ve öteki hukuk uygulayıcılarını bağlayıcı hale gelir.⁵⁷ Aynı şekilde mahkemede hakimlerin verdikleri hükümler de, kendilerine tevdi olunan davalarda geçerli olmalarına ve birer emsal teşkil etmelerine rağmen gerçek manada kanun sayılmazlar.

İslam hukukunun ilk devirlerinde insanları hukuki bir birliğe uygun davranmaya ve topluma istikrar kazandıracak başka bir otoriteye ihtiyaç duyulmuştur. İcma' teorisinin sosyolojik açıdan böyle bir ihtiyaçtan doğmuş olduğu iddia edilmiş,* İcma' sayesinde hiç değilse bazı alanlarda herkesin aynı şekilde davranması sağlanmış ve bir ölçüde hukuk birliği sağlanmaya çalışılmıştır.⁵⁸

İlk dönemlerde devlet başkanlarının, yasamaya, hukukçu olmaları ve ilmi liyakatleri dolayısıyla İslam hukukunun kendilerine verdiği yetki çerçevesinde önemli ölçüde katkıları olmuştur. Halifeler devlet başkanı ve hukukçu konumlarıyla

⁵⁷ Karatepe, 47-48

* Bu anlamda bazı İslam hukukçuları, “alimler ve hukukçular üzerinde icma etmedikçe, hukuki içtihadın ümmet için bağlayıcı olmayacağını” ifade etmişlerdir. (Muhammed Faruk en-Nebhan, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, (Çev. Servet Armağan), Sönmez Neşriyat Matbaası, İstanbul 1980, 372

⁵⁸ H. Yunus Apaydın, İslam Hukukunun Sistem ve Terminoloji Problemi, (Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu, 27-30 Haziran 1989), Samsun 1989, 494

hukuk metodolojisi ve pozitif hukuk alanlarında büyük ölçüde fonksiyonel olmuşlardır.

Devlet başkanlarının yasama faaliyetine katılmaları bir yönüyle içtihatlarına bağlayıcılık kuvveti kazandırmıştır. Çünkü içtihadın bağlayıcılık sıfatı olmadığı müddetçe ona yasama kuvveti özelliği verilmesinin mümkün olmadığına işaret etmek gerekir. Bağlayıcılık özelliği, onu, mücerret içtihadî görüşten, bağlayıcı hakka sahip organdan çıkan hukuki içtihada nakletmektedir.⁵⁹ İslam hukukçuları nassların doğrudan değinmediği ve insanların anlayışına terk ettiği konularda Kur'an ve sünnetin yasama modelini de dikkate alarak yasama faaliyetinde bulunmuşlardır.⁶⁰ Böylece yasamanın, Kur'an ve Sünnetteki ebedi hükümlerin yörüngesinde dönmesi şarttır. Bu durum, re'y ehlinin ayrıntılı hükümleri Kur'an ve Sünnetten iktibas etme hürriyeti, çağdaş devletteki kanun koyucular arasında esaslı bir fark oluşturmaktadır.⁶¹

Günümüz hukukçularından Onar; İslam hukukunun teokratik esaslara dayandığını, İslam devletlerinde bir teşri' organı ve teşri' fonksiyonunun olmadığını iddia etmiştir.⁶² Aldıkaçtı ise, Kur'an ve sünnetten başka bir esas olarak, icma'ın yasamaya kaynaklık etmesi ve yasama faaliyetinin hukukçular eliyle

⁵⁹ Nebhan, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, 367

⁶⁰ Sargın, 168

⁶¹ Temmâvî, 148

⁶² Sıddık Sami Onar, İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye'nin İdari ve Hukuki Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durumu,(Tahir Taner'e Armağan), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1956, 268

gerçekleştirilmesi, İslam hukukunda yasama kuvvetinin teokratik bir nitelikten uzaklaştığı şeklinde yorumlamıştır.⁶³

Kur'an'dan ve Sünnetten alınan hükümler ve kaideler Allah'ın iradesinin yorumu olarak direkt veya dolaylı bir yolla ebedilikle isimlendirilir ve hiçbir zaman değiştirilemez. Çünkü bu kurallar bir gurup Müslüman tarafından ortaya konmamıştır, dolayısıyla değiştirilmesi mümkün değildir. Kur'an ve sünnetin dışında, başka kaynaklardan re'y adı altında toplanan prensipler ise normal yasama sistemine denk olarak görülebilir.⁶⁴

İslamda idarenin yapısı ile ilgili paradigma oluşturmaya çalışan çağdaş düşünürler, Kur'an ve Sünnette hükmü bulunmayan konularda yasama yetkisinin Şurâ Meclisi'nde olduğu tezini ileri sürmüşlerdir. Ancak, Meclis üyelerinin, Kur'an ve Sünneti iyi bilmelerinin yeterli olmadığı ayrıca dünyanın durumuna vakıf olmalarının şart olduğunu ifade etmişlerdir.⁶⁵ Senhurî daha da ileri giderek bu kanunların medeniyet ve çağın ruhuyla uyum arz edecek şekilde, İslam fıkından hareketle çıkarılmasının gereğine işaret eder.⁶⁶

Yasama ile ilgili görüş belirten hemen tüm hukukçular, çıkarılacak kanunların, İslam hukukunun genel ilkeleri ve teşri' ruhuna uygun olmasını şart koşmuşlardır. Ancak, bu uygunluğu denetleyecek kişi veya kurum konusuna bir açıklık getirmemişlerdir. Konuyla ilgili teorik yaklaşımlarda bulunan el-Arabî, Şurâ Meclisi tarafından hazırlanan kanunların devlet başkanının onayına sunulacağını, devlet

⁶³ Aldıkaçtı, 17

⁶⁴ Temmâvî, 145

⁶⁵ Abdullah el- Arabî, 117

⁶⁶ Ced'an, 64

başkanının uygun görmemesi halinde veto edeceği, uygun görmesi halinde ise yürürlüğe konulacağını ifade etmiştir.⁶⁷

B. YÜRÜTME ERKİ

Hız. Peygamber (s.a.v.) Medine'ye göç edinceye kadar siyasi bir lider olmaktan ziyade dalâlete sapmış insanları doğru yola sevk eden dini mürşit vasfı ile mücehhez bulunmaktaydı. Bu süre zarfında Mekke'de nazil olan ayetlerde, İslam cemaatinin siyasi hayatını düzenleyen âmme hukuku esaslarına tesadüf edilmemektedir. Daha ziyade o zamana kadar putlara tapan, dalâlete sapmış müşrik Arapları hak dine davet etmek, Allah'ın bir olduğuna, öldükten sonraki hayata inanmaları hususunda ikna eylemek gayesi mevcuttu.⁶⁸

Fakat Hız Peygamber (s.a.v.) ve arkadaşları Medine'ye hicret ettikten sonra durum değişti. İslam âmme hukuku bakımından bu hicret bir dönüm noktası teşkil etti. Bu dönemde, o zamana kadar ahlaka ve ibadete ait kaideleri tesis etme yoluna girmiş olan İslam dininin âmme hayatını düzenleyecek olan ilkeler belirlemeye başlamıştır.⁶⁹

Hız Peygamber (s.a.v.) siyasi bir lider ve organizatör olarak Medine'de teşkilatçı dehasını, siyasi zekasını, derin ve isabetli görüşlerini meydana çıkarmış, henüz kuruluş halinde olan İslam siyasi teşekkülünün yani İslam devletinin ve bunun

⁶⁷ Abdullah el-Arabî, 118

⁶⁸ A. Selçuk Özçelik, İslamda Devlet Müessesesinin İnkişafı, (İ.H.F.M.) (s.1-4) İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955, XX/4

⁶⁹ Özçelik, 4

beşeri unsurunu teşkil eden İslam cemaatinin ilk temellerini atmış; ve bu fikri inananların vicdanlarına aşılamağa başlamıştır.⁷⁰

Başlangıçta gerek fiziki, gerek beşeri unsur bakımından çok fakir olan İslam camiasının siyasi teşkilatı ve âmme hukukuna ilişkin kaideleri çok basitti. Bu siyasi teşkilatın bütün işleri bizzat Peygamber tarafından ifa ediliyordu. İslam siyasi teşekkülünün fiziki unsuru genişlemeye ve buna paralel olarak beşeri unsuru da artmaya başlayınca bir şahsın bütün faaliyetleri yalnız başına ifa etmesi zorlaşınca Hz Peygamber kendi namına vazife görmek üzere bazı arkadaşlarını tayin etti.⁷¹

Hız Peygamber dönemi istisna edilirse* ilk dönemlerden itibaren İslam düşüncesinden üç türlü yönetim modeli ortaya çıkmıştır. Hz. Peygamber (sav)’ın vefatından sonra özellikle Hulefa-i Raşidîn dönemi tarihi tecrübeyi esas alan “Hilafet modeli” İslam öncesi ve sonrası Arap düşüncesini temsil eden “Saltanat modeli” Şii İslam düşüncesinden de “İmamet modeli” ortaya çıkmıştır.⁷² Sünnî hukuk literatürü ve kamu hukuku eserlerinde oluşturulan teorilerde “Hilafet modeli” esas alınmıştır.

⁷⁰ Özçelik, 4

⁷¹ Özçelik, 5 (Ali Abdurrâzık, Hz Muhammed’in siyasal makamının peygamberlik makamının bir parçası olmadığını iddia etmiştir. Ancak o, Müslümanların uzun bir süre saygı duyduğu bir kuruma karşı tavrından dolayı değil, daha çok, İslamda siyasetle dinin ayrılmazlığını inkarından dolayı suçlanır. Özçelik, Abdurrâzık’ın görüşlerine şöyle cevap verir. “Hz Muhammed zamanında toplum, sosyolojik olarak *Devlet* vasıflarının tümünü haiz olduğu iddia edilemezse de, bu camianın asla siyasi bir mahiyet arz etmediği mülahazasını kabul edemeyiz. Hz Muhammed devrindeki İslam camiasından “alelâde bir topluluk” olarak bahsetmeye imkan yoktur.”)

* Bu dönemin iki istisnâî özelliği vardı:

- a) Peygamberin vahiy alma sürecinin devam etmesi,
- b) Peygamberin hatalı içtihatlarının ilahi irade tarafından düzeltiliyor olması.

⁷² Nevin Abdulhalık Mustafa, İslam Siyasi Düşüncesinde Muhalefet, (Çev. Vecdi Akyüz), İz Yayıncılık, İstanbul 1990, 127, ‘Şia’, ‘imamlık makamını’ “peygamberlik makamıyla” kıyaslamış, bundan sonra da “imam”ın –Nebi ve Resuller- gibi hatadan masum olduğunu, hatta onun yalnız masumluk özelliği ile ümmetin diğer fertlerinden ayrı özellik arz ettiğini, din ve dünya işlerinde hata etme düşüncesini ortadan kaldırmayı güvenceye almak için zorunlu bulunduğunu karara bağlamıştır. Zira onlara göre top yekun ümmet hata edebileceği gibi, küfür ve sapıklık üzerinde de oybirliği sağlayabilir. Dolayısıyla bu noktada bizzat imamın kendisinden başka masum olan yoktur. (Muhammed Ammara, Laiklik ve Dini Fanatizm Arasında İslam Devleti, (Çev. Ahmet Karababa- Salih Barlak) Doğan Ofset, İstanbul 1991, 35)

Bu modellere bir daha tekrarlanmayacak seçkinliği ve belirginleşmeyi temsil eden bir model olarak “Hz. Peygamberin liderliğini” de eklememiz gerekir. İslam düşüncesi bu liderliğe örnek ve uygulamalarda esas alınacak bir kaynak olarak bakar.⁷³ Bu dönemde yasama, yürütme ve yargı erki onun elinde olmuş,⁷⁴ devlet kuvvetler birliği ilkesine göre yönetilmiştir.⁷⁵

Hiz. Ömer dönemine gelindiğinde Anayasa hukuku alanında çok önemli değişikliklere yol açabilecek uygulamalar olmuştur. Önce “Kuvvetler Ayrılığı” kuralına göre bir düzenin kurulması için çabalar görülmüştür. Yargı kuvveti, yürütme kuvvetinden ayrılmış ve büyük bir yenilik olarak “Şurâ Meclisleri” kurulmuştur. Şurâ Meclislerine kabilelerin ileri gelenleri ve halk katılır, yürütme işleri ile ilgili noktalarda karar alınırđı. Böylece yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri ayrı iradeler tarafından düzenlenmiştir.⁷⁶

Yürütme fonksiyonunun başında devlet başkanı bulunur. Bu fonksiyonun gereğini yerine getirmek yalnızca ona aittir. Yürütmeyi ilgilendiren bütün işleri bizzat ya da atadığı bürokratlar eliyle gerçekleştirmek onun görevidir. Bu genel ifade kapsamına çeşitli özel konular da girmektedir. Bu özel konuların en önemlileri, görevli kimseleri atama, denetleme, yönlendirme ve görevden alma, orduya kumandanlık etmek, savaş ve barışa karar vermek, anlaşmaların yapılmasına karar vermek, cezaların uygulanmasını sağlamak, namaz ve hac gibi ibadetlerin usulüne

⁷³ Abdulhalık Mustafa, 127

⁷⁴ Atıyye Müşrife , 87

⁷⁵ Demirkol, 25

⁷⁶ Aldıkaçtı, 24; (Aynı müellif, bu dönemdeki bu uygulamaları demokrasiye giden yolun başlangıcı olarak görür.)

uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak, ayrıca çıkartacağı yönetmelik, emir ve genelgelerle halkı sağlıklı bir şekilde İslama yöneltmesi... gibi hususlardır.⁷⁷

Devlet başkanları yürütme ile doğrudan sorumlu, yasama ve yargı fonksiyonlarının işler olmasıyla dolaylı olarak sorumlu olmuşlardır. Bu görevlerinde, genel bir şekilde ümmetin bütün fertlerine özel bir şekilde de Şura Ehline karşı sorumludurlar.⁷⁸ Günümüz hukukçularına göre, yönetimde “istişare”yi, “ihtiyari” olmaktan çıkarıp mecburi hale getirmek gerekir. Devlet başkanının, bütçenin onaylanması, savaş ilanı, ve hakimlerin atanması gibi önemli konularda yetkilerinin Şura Meclisi’nin yetkileriyle sınırlamak gerekir.⁷⁹

Şûra’yı emreden ayetlere ve sünnetteki bir çok uygulamaya rağmen nedense istişare uygulamada gönüllü bir emir olarak algılanmıştır. Kurtubî, konuyla ilgili ayetin tefsirinde, İbn A’tıyye’nin “istişareyi terk eden Devlet Başkanının görevden alınması vaciptir ” görüşünü açıkladıktan sonra “bu tartışılmaz bir gerçektir” diyerek kendi kanaatlerini de açıklamıştır.⁸⁰

Devlet başkanının, bunların dışında, ibadetleri icra ettirmek gibi bir görevi de vardır. Bu itibarla Halifenin yürütme fonksiyonu modern anayasa hukukunun devlet başkanına tanıdığı yürütme kuvvetinden daha şümullüdür. Ancak, ibadetleri icra ettirme görevi ona ruhani liderlik özelliği kazandırmaz.⁸¹

⁷⁷ Udeh, İslam ve Siyasi Durumumuz, 221-222

⁷⁸ Udeh, İslam ve Siyasi Durumumuz, 223 Abdullah el- Arabî, 122

⁷⁹ Hâtemî, 112

⁸⁰ Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed Ebû Bekr el-Kurtûbî, el-Cami’ li Ahkâmi’l-Kur’an, Dâru’l-Kutub’i’l-İlmiyye, Beyrût 1993, IV/161

⁸¹ Gümüšoğlu, 314

Bu konuyla ilgili olarak Mevdudi'den ilginç bir yorum gelmiştir. Ona göre; namaz Müslüman ile Allah arasında özel bir konu değildir. Devletin Müslümanlara namazı düzenli olarak kıldırmak sorumluluğu bulunmaktadır. Çünkü Kur'an'ın ilgili ayeti, devlete, otoritesini, halkın ibadetlerini organize bir şekilde yerine getirmelerini sağlamak için kullanmasını emir vermektedir.⁸²

C. YARGI ERKİ

İdari tasarrufların yargı denetiminden söz edebilmek için öncelikle yargının yürütme karşısında bağımsız olması gerekir. Yürütmenin bir parçası haline gelmiş ya da yürütmenin etkisi altındaki bir yargının tarafsızlığı hakkında şüpheler oluşacaktır.

Yargı bağımsızlığına karşı en büyük tehlike, devamlı surette yürütme organından gelmiştir. Bu nedenle yargı kararlarının yürütme ve idare tarafından yerine getirilmesinin zorunluluğu ve bağlayıcılığı, bağımsız yargının temeli olarak kabul edilmiştir. Bundan dolayı yürütme, yargı kararlarını yerine getirip getirmeme takdirine sahip değildir.

İslam hukukunda yargı fonksiyonu “kadâ” ve “hükm” terimleriyle ifade edilmiş, bu işleri yapanlara da “kâdî” veya “hakim” denilmiştir.⁸³ Yargı görevi tarih boyunca tüm peygamberlerin ifa ettikleri kutsal bir görev olarak düşünülmüş ve ibadet olarak kabul edilmiştir.⁸⁴ Hz. Peygamber ve Halifeler anlaşmazlıkların çözüm

⁸² Enis Ahmed, Mevlânâ Seyyid Ebû'l-A'lâ el-Mevdûdî, (Çev. Mehmet İbrahim Şaban), İslâmiyât, (c.I, s.4) (Şeriat Dosyası), Özkan Matbaacılık, Ankara 1998, 168 (İlgili Ayet, Hacc Suresi'nin 41.ayetidir; “O kimseler ki; kendilerine yer yüzünde iktidar, mevki versek namazı dosdoğru kılarlar, zekatı verirler, iyiliği emrederler ve kötülükten men ederler...” Müellifin ayetin yorumunda uzak bir ihtimali tercih ettiği görülmektedir.)

⁸³ Ebu'l-Vefâ İbrahim b. Şemsiddîn b. Ferhûn, Tabsıratu'l-Hukkâm, Matbaatu'l-Âmire, Mısır 1301, I/8

⁸⁴ Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl es-Serahsî, el-Mebsût, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1986, XVI/59-60

yeri olarak mescitleri kullanmışlardır.⁸⁵ Bu durum adaletin kutsallığını göstermiş, sonraları özel mahkeme salonları kurulmuşsa da adaletin bulunduğu her yere bu kutsallık onunla beraber gitmiştir.

Hız. Peygamber, islamın civar bölgelere yayılışı nedeniyle atadığı valilerinden idari işlerin yanı sıra yargı görevini de ifa etmelerini istemiştir.⁸⁶ Hız. Ömer dönemine gelindiğinde yargı görevi için valinin dışında bir kişinin atandığı görülür.⁸⁷

Bu dönemde yargı bağımsız olarak işliyordu. Devlet başkanı dahil herkes hakimin verdiği karara saygısını ifade etmiştir. Hız Ömer işlerinin yoğunluğu nedeniyle, Medine'deki yargı görevini Ebu'd-Derda'ya bırakmıştı. Ebu'd- Derda bir olayda taraflardan biri aleyhine karar vermişti. İlgili kişi durumu halifeye şikâyet ettiğinde “Ben Ebu'd- Derda'nın yerinde olsaydım; senin lehinde karar verirdim.” demesi üzerine o kişi “Ey müminlerin emiri, ne var siz öyle hükmediniz.” deyince, “Re'ylere muhteremdir, bir görüşün diğeri üzerine rüchan ve meziyeti yoktur. İsabetin görüşlerin hangisinde olduğu mutlak malum değildir. İşte bunun için davaya tekrar bakmam .” diyerek, onun hükmüne saygısını ifade etmiştir.⁸⁸

Bu olayda yargıç bağımsızlığı ilkesinin iki unsurunun gerçekleştiğini görmekteyiz. Biri yargıcın yürütmeye karşı bağımsızlığı, diğeri de yargıcın bir başka yargıç karşısındaki bağımsızlığıdır. Çünkü hiçbir yargıç bir başka yargıcın amiri değildir.

⁸⁵ Kemâlüddîn Muhammed b. Abdulvahid b. el-Hümâm, Fethu'l-Kadîr, Matbaatu'l-Kubrâ, Mısır 1316, V/465

⁸⁶ Vekî', I/101

⁸⁷ Abdulvahhâb Hallâf, es-Siyâsetu's-Şeriyye ev Nizâmü'd-Devleti'l-İslâmiyye, Matbaatu's-Selefiyye, Kahire 1350, 48

⁸⁸ Ali Himmet Berki, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Güney Matbaacılık, Ankara 1948, 101 İslamda Kaza Tarihi, (A.Ü.İ.F.D.) Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1971, 157-158

Abbasiler döneminde “Kadi’l-Kudât”lık makamı ortaya çıkmıştır. Kadi’l-Kudât bir yargıç olmasının yanı sıra hakimlerin atanması, denetlenmesi ve görevden alınması gibi işlerde söz sahibiydi. Harun Reşid dönemine kadar başkentteki ve eyaletlerdeki hakimler aynı statüye sahip olup aralarında bir hiyerarşi bulunmuyordu. Harun Reşid, başkentteki hakimın unvanını Kadi’l-Kudât’a çevirerek adalet işlerinin yönetiminde onu yetkili kıldı.⁸⁹ Böylece yargıda başlı başına işleyen kurumsal bir yapı ortaya çıkmıştır.

İslamda idari yapı ile ilgili teorik yaklaşımlarda bulunan bazı çağdaş düşünürler, yargının denetim görevinin de Şurâ Meclisinde olduğunu ifade etmişlerdir.⁹⁰

⁸⁹ Joseph Schacht, İslam Hukukuna Giriş (Çev. Mehmet Dağ-Abdulkadir Şener), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1986, 61; Zârif el-Kâsımî, II/123 Ebu Hanife’nin öğrencisi, Kitabı’l-Harac’ın müellifi Ebu Yusuf, Harun Reşid devrinde “Kadi’l-Kudât” olarak tayin edilen ilk kişidir. (Muhammed Sellam Medkur, el-Kada fi’l-İslam, el-Matbaatu’l-Â’lemiyye, Kahire (ty), 49 Taha Abdülbâki Sürûr, Kur’an Devleti, (Çev. Mehmet Keskin) Erenler Matbaası, İstanbul 1977, 191

⁹⁰ Abdullah el-Arabî, 118

İKİNCİ BÖLÜM
MEZÂLİM MAHKEMESİ VE İDAREYİ DENETİM GÖREVİ

I. MEZÂLİM KURUMU

A. MEZÂLİM KAVRAMI

1. Sözlük Anlamı

Mezâlim, mazleme kelimesinin çoğul şekli olup, zaleme fiilinden türetilmiştir. Zulâme kelimesinin de eş anlamlısı olup,¹ zulümden şikâyet,² zulümler, haksızlıklar, kıyımlar³ ve bir kimseden haksız olarak alınan şey⁴ ya da zalimde bulunup talep ettiğin sana ait şey anlamlarına gelir.⁵

2. Terim Anlamı

Mezâlimin terim anlamı, kurum olarak ifa ettiği görev esas alındığından farklı şekillerde tarif edilmiştir.

Devlet içinde yetki ve nüfuz sahibi kimselerin bireylere karşı işlediği, fakat normal mahkemelerin bakmak ve çözüme kavuşturmak imkânı olmayan zulüm vakalarına bakan yüksek yargı yetkisidir.⁶

Yürütme ve yargı gücüyle donatılmış, mazlumların şikâyetleri üzerine hukuki anlaşmazlıkları çözümleyen yüksek bir yargı organıdır.⁷

¹ Emile Tyan, *Historie de L' Organisation Judiciaire en Pays D'İslam* (m.y), Lübnan 1960, 436

² M.I.Khalil, *Wali al-Mazalim or the Muslim Ombudsman*, JICL, 6, 1976, pp. 1-9 (Bu makale yazar tarafından Nisan 1976 da, İslam hukuku üzerine uluslar arası seminer için hazırlanmıştır.), 3, Corci Zeydan, *İslam Medeniyeti Tarihi* (Sadeleştiren, Mümin Çevik), Fatih Yayınevi Matbaası, İstanbul 1976, I/330

³ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları (m.y), İstanbul 1998, 300

⁴ Muhammed Ravvâs Kalâ'cî –Hamid Sâdık Kuneybî, *Mu'cemu Luğati'l-Fukahâ, Dâru'n-Nefâis*, Beyrut 1985, 437

⁵ Ebu'l-Fadl Cemaluddîn Muhammed b. Mukerrem b. Manzûr, *Lisânu'l-A'rab, Dâr-u Sadr – Dâr-u Beyrut*, Beyrut 1956, XII/374-375

⁶ Muhammed Fâruk en-Nebhân, *İslam Hukukunda Olağan Üstü Yetkili Bir Mahkeme Velâyetü'l-Mezâlim* (Çev. Servet Armağan) (Hıfzı Timur'un anısına Armağan) Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, 99

⁷ Ahmet Akgündüz, *Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası*, Timaş Yayınları (m.y), İstanbul 1991, 33

Yargıçlardan ve diğer üst düzey kamu görevlilerinden yakınanların başvurdukları Yargıtay ve Danıştay konumundadır.⁸

Kadınların yürüttükleri adli kaza dışında hükümet edenler (halife, vali, emir, vezir gibi) tarafından yürütülen ve daha çok yönetici ve nüfuzlu kimseler arasındaki davalara bakan mahkemedir.⁹

İslam devletlerinde, adaletli bir toplum düzeni kurmak amacıyla, genel idarenin merkez ve taşra teşkilatlarında yer alıp, hem siyasi, hukuki ve iktisadi alanlarda, hem de idari ve adli yargı alanlarında devletin yüksek memurlarının katıldığı bir kurul halinde görev yapan bir devlet organıdır.¹⁰

3. Günümüz Hukuk Terminolojisi İle Karşılaştırma

Günümüz hukukçuları, bu kurumun mukabili olan kurumlar hususunda farklı görüşler ileri sürerler. Kimileri İdari yargı veya Yüksek mahkeme,¹¹ Yargıtay ve Danıştay,¹² Dilekçe komisyonu, Danıştay, İcra Daireleri ve Belediye zabıtası,¹³ Temyiz mahkemesi,¹⁴ İstinaf mahkemesi¹⁵ olarak tanımlarken kimileri de Mezâlim valisini esas alarak Müslüman Ombudsman olarak tanımlamıştır.¹⁶

⁸ Coşkun Üçok, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, 111

⁹ Erdoğan, 300

¹⁰ Vecdi Akyüz, İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim -Divân-ı Mezâlim-, Yıldızlar Ofset, İstanbul 1995, 19

¹¹ Nebhan, Velâyetü'l-Mezâlim, 99; Muhammed Abdurrahman el-Bekr, es-Sultâtu'l-Kadâiyye ve Şahsiyetü'l-Kâdî fi'n-Nizâmi'l-İslâmî, (m.y), Kahire 1988, 525

¹² Üçok, 111

¹³ Nebhan, Velâyetü'l-Mezâlim, 97

¹⁴ Schacht, 194, Haşim Cemil Abdullah, İslam Hukukunda Yargı Kararlarının Temyizi (Çev. H. Yunus Apaydın), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (s.III, 1989), 387 (Bu makale "Mecelletü'l-İmâmi'l-A'zam" adlı derginin 1978 yılında çıkan IV. sayısında "Mebdeu Temyizi'l-Ahkamil Kadâiyye" başlığıyla yayımlanan makalenin tercümesidir.) Mehmet Aykaç, Abbasi Devletinin İlk Dönemi İdari Teşkilatı Divanlar, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1997, 62

¹⁵ Zeydan, I/330

¹⁶ Khalil, 1

4. Ombudsman* ve Mezâlim Kurumu

Bu kelime İsveç’çe olup delege, temsilci, arabulucu, koruyucu anlamlarına gelir. Modern yapı biçimiyle ilk kez 1809 Anayasası ile, yasaların ve düzenleyici işlemlerin uygulanmasını gözeterek tüm kamu idarelerini ve mahkemeleri denetlemek; memurların ve yargıçların hatalı, keyfî tutumlarından zarar gören haksızlığa uğrayan vatandaşların şikayetlerini dinlemek; alınması gerekli tedbirleri önermek ve hatta memurlar ve yargıçlar aleyhine her türlü davayı açmak görevlerini yüklenmek ve yürütmek amacıyla İsveç’te kurulmuştur.¹⁷

Yeri gelmişken Prof. Khalil’in kurumla ilgili görüşlerine değinmek isteriz. “Bu kurum mevcut haliyle 1809, İsveç’te olduğunu biliyoruz. Ancak çok az sayıda hukuk öğrencisinin bilebileceği bir gerçek vardır ki, o da bu kurumun VIII. yüzyıla kadar uzandığı hadisesidir. Çok benzer bir kurum İslam devletlerinin idari yapısında o zamandan beri mevcuttur.¹⁸” Çağımızda kendisiyle çokça övünülen “idari yargı”, İslam devletinin ilk dönemlerinden beri varolan Mezalim kurumunun yenilenmesinden başka bir şey değildir.¹⁹

Kökeni İskandinav ülkeleri olan,²⁰ adapte eden her ülkenin kendine uygun bir isim verdiği bu kurumun üç ortak noktası vardır.

Ombudsman, idareyi yasama adına denetleyen bağımsız bir memurdur.

* Yılmaz Altuğ, Vatandaş İdarenin Yetki Tecavüzlerine Karşı Koruyan “Ombudsman” Müessesesi, Yargıtay Yüzüncü Yıl Dönümü Armağanı, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1968 (159–172) Muammer Oytan, Ombudsman Eli ile İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme, (Osman F. Berki’ye Armağan) Sevinç Matbaası, Ankara 1977 (595–627)

¹⁷ Oytan , 598

¹⁸ Khalil, 2

¹⁹ Ahmet Şelebi, et-Teşri’ ve’l-Kadâ fi’l- Fikri’l-İslâmî, Mektebetu’n-Nahdati’l- Mısıriyye, Kahire 1989, 319

²⁰ Altuğ, 159

Bu kurumun soruşturma açmak, tenkit etmek, idarenin aksayan yönlerini kamu oyuna açıklamak yetkisi vardır. Fakat bu kötü davranış ve işleyişleri düzeltmek yetkisi yoktur.

Ombudsman, haksızlığı, adaletsizliği, idarenin kötü işleyişini dile getiren özel şikayetleri izlemektedir.

Ayrıca Ombudsman bir yargıç değildir. Hatta hukukçu olması da zorunlu değildir. Ombudsman faaliyetlerinde hiçbir yöntemle bağlı değildir. Bir yönü de hiçbir şikayette bulunulmasa da re'sen harekete geçip, soruşturma, kovuşturma yapabilmesi, bir meseleyi inceleyebilmesidir.

Mezâlim kurumu, yapı ve görevleri itibariyle sürekli değişim içinde olan bir kurum olmuştur. Ancak kurumun ilk dönem yapısı ile Ombudsman kurumuyla benzerlikleri olduğunu ifade edebiliriz.

Yukarıda görevlerini ifade ettiğimiz Ombudsman ile daha önce görevlerini açıkladığımız Mezâlim kurumu arasında benzerlikler görülmektedir.

Kurumun ilk dönem yapısını tanımlayan Mâverdi, Ebu Yâ'lâ gibi hukukçular kurumun başındaki kişi için “Sahibu'l-Mezâlim, Velayetu'l-Mezâlim, Vâli el-Mezâlim gibi idari sıfatlar kullanılmışlardır. Bu hukukçular kurumun başındaki kimsenin hukukçu olmasının zorunlu olmadığını ifade etmişlerdir.²¹ Ombudsman'ın da hukukçu olma şartı yoktur.

Ancak Mezâlim kurumunun görevlerinin giderek yargı alanında yoğunlaşıp, diğer görevlerinin yerine getirilmesinin başka müesseselere bırakılması ve kuruma

²¹ Şelebi, 248

bir yargıç olan “Kadi’l-Kudât’ın” başkanlık etmesi ve kurumun bir kurul halinde işlemleriyle yargıya ilişkin sıfatlar kullanılmaya başlamıştır.

Ombudsman, yasama organı tarafından atanan ve parlamentoya karşı sorumlu iken, Mezâlim kurumunun başındaki kişi, (Vali el- Mezâlim) ya devlet başkanının bizzat kendisi ya da devlet başkanı tarafından atanan ve ona karşı sorumlu olan bir kimse idi.²²

Mezâlim hakimi ve Ombudsman re’sen harekete geçebilmeleri yönleriyle de benzerlik taşımaktadır.

Mezâlim kurumunun ilk dönemlerinde bir kişi tek başına bu görevi ifa ediyordu. (Bu kurum, sonraki dönemde bir kurul halinde görev yapmaya başlamıştır.) Ombudsman olağan üstü yetkili bir kişi olması yönüyle de benzerlik taşımaktadır.

B. KURUMUN TARİHÇESİ, GELİŞİMİ VE DEĞİŞİMİ

1. Kurumun Tarihçesi

Hukuk tarihi açısından böyle önemli bir kurumun* çıkış dönemine konumuz açısından kısaca değinmemiz gerekir.

Bazı İslam hukukçuları ve tarihçiler “Velâyetü’l-Mezâlim” kurumunu İslamdan önceki dönemle irtibatlandırır. Bu kurumun işlevini Hz. Peygamberin de

²² Şelebi, 248

* Bu kurum Osmanlı devletindeki Divan-ı Humâyûn gibi önemli bir kuruma kaynaklık etmiştir. (Ahmet Mumcu, Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Humâyûn, Sevinç Matbaası, Ankara 1976, 14)

üyesi olduğu “Hılfu’l-Fudûl” cemiyeti ile özdeş görürler.²³ Bunun, dinlerin ortak hedefi olan “Emr bi’l-ma’rûf ve nehy ani’l-munkar” düşüncesinden doğduğunu söylerler.²⁴

Hukuk Tarihçisi Ahmet Mumcu kurumun kaynağı olarak Emeviler dönemini zikrederken,²⁵ Joseph Schacht ise Emevilerin son dönemleri veya Abbasilerin ilk dönemlerinde Sasanî hükümdarlarının idari geleneklerinden alınan bir kurum olduğu iddiasındadır.²⁶

Konu ile ilgili ilk bilgi kaynağı olan ve kendisinden sonra konu ile ilgili yazarların atıfta bulunduğu İslam hukukçularından Mâverdî satır aralarında kurumun amacı olan zulmün kaldırılması ve adaletin tesis edilmesi anlayışının İranlılarca mülkün temel esaslarından görüldüğünü belirtir.²⁷ Bu bilgi birçok kişiyi kurumun İran (Sasanî) kaynaklı olduğu düşüncesine taşımıştır.

Oysa Mâverdî, Mezalim kurumunu, Hz Peygamber dönemi öncesinden başlatır ve Hz Peygamber döneminden de örneklerle sürdürür. Peygamber dönemine ait şu olayı ise buna örnek gösterir. Hz. Peygamberin halasının oğlu olan Zübeyr b. Avvâm ile Ensardan bir adam bahçe sulama hususunda anlaşmazlığa düşerler. Ensardan olan kişi hasmının peygamberin akrabası olduğunu gerekçe göstererek peygamberin

²³ Saî’d el-Hakîm, er-Rekâbe a’lâ A’mâli’l-İdâre fi’ş-Şeria’ti’l-İslâmiyye ve’n-Nuzumi’l-Vadi’yye (m.y), Kahire 1987, 484; Abdulhamid er-Rifâî, el-Kadâu’l-İdârî Beyne’s-Şeria’ ve’l-Kânûn, el-Matbaatu’l-İlmiyye, Dimeşk 1989, 80; Kâsimî, 557, Abdurrahman Abdulaziz el-Kasım, Medâ Hakkı Veliyyi’l-Emr fî Tanzîmi’l-Kadâ ve Takyîdih, (my), (ty), 209

²⁴ Câbir er-Râvî, Damânetu Hukûki’l-İnsan fi’l-Kânûni’l-Vadi’ ve’s-Şeria’ti’l-İslâmiyye, el-Mecelletu’s-Sekâfiyye, el-Câmiatu’l-Urdûniyye, Amman 1984, 50

²⁵ Mumcu, Divân-ı Hümâyûn, 14

²⁶ Schacht, 61

²⁷ Ebu’l-Hasan Ali b. Muhammed el-Mâverdî, el-Ahkâmu’s-Sultâniyye ve’l-Vilâyâtü’d-Dîniyye, Matbaatu Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Kahire 1973, 78 ebû Ya’lâ Muhammed b. Huseyn b. el-Ferrâ, el-Ahkâmu’s-Sultâniyye, Metâbiu’ Mektebeti’l-A’lâmi’l-İslâmî, (y.y), 1406, 75

hükümünde adaletli davranmadığını söyler. Bu haksız ithama kızan Peygamber hükümün biraz daha ağırlaştırılarak uygulanmasını ister.²⁸

İslam hukukçularının bir kısmı bunun normal bir dava olduğu kanaatindedirler.²⁹ Biz de aynı kanaati paylaşıyoruz. Zira Hz. Peygamber ve Raşit halifeler kendilerine intikal eden davalarda ayırım yapmaksızın çözüme kavuştururlardı. Bu dönemlerde henüz belirgin bir ayırım yapılmamıştır.

Mâverdî'nin bu olayı Mezâlim'e örnek göstermesinin sebebi kanaatimizce taraflardan birinin devlet başkanı olan Hz. Peygamber'in akrabası olması nedeniyledir.

Bazı hukukçular ise bir kamu görevlisi olan Halid b. Velid'in hatalı tasarrufunun Peygamberin emriyle devlet bütçesinden tazminat ödenerek karşılanmasını idari bir dava olarak Mezâlîme örnek gösterirler.³⁰

Bu görüşleri değerlendirecek olursak; öncelikle kurumun “Hılful-Fudûl” ile irtibatının zayıf olduğunu belirtmek isteriz. Ancak kurumun İran (Sasani) geleneğinden alındığı düşüncesine de katılmıyoruz. Çünkü bunu iddia edenler Mâverdî'nin ifadelerine dayanırlar. Oysa Khalil'in de haklı olarak ifade ettiği gibi, Mâverdî'nin görüşü dikkatli olarak incelendiğinde kurumun İran (Sasani) kaynaklı değil Peygamber dönemi öncesiyle başlayan ve Peygamber dönemi, Emevi ve Abbasi dönemleriyle sürüp gittiğini ifade eder.³¹ Saray ve idare teşkilatının oluşumunda Emevilerin Bizans, Abbasilerin İran (Sasani) geleneğinden etkilendiği

²⁸ Mâverdî, 77; Ebû Ya'lâ, 74

²⁹ Râvî, 72

³⁰ Abdurrahman ed-Dahiyyân, er-Rekâbetü'l-İdâriyye, Dâru'l-İlm, Cidde 1414, 79

³¹ Khalil, 8-9

görüşleri,³² İslam toplumunda İran (Sasani) etkisinin çok sonraları olduğunu göstermektedir.

Kurumu ısrarla İslam toplumundan uzaklaştırmaya çalışan Tyan³³ ve Schacht'ın³⁴ çabalarını ve görüşlerini haklı ve anlamlı bulmamaktayız. Kurumun VIII. yüzyılda İslam toplumunda fonksiyonel olarak varlığının tespiti,³⁵ kurumun İslam kültürü kaynaklı olduğu çabalarını da çok anlamlı kılmamaktadır.

Müslümanlar tarih içinde farklı kültürlerden etkilenmiş olabilirler. Ancak, “Hakikat mü'minin yitik malıdır nerede bulursa orada alır.” gerçeğinden hareketle aldıkları kurumları kendi bünyelerine uydurmuşlar ve en önemlisi de bu kurumları daha da geliştirerek ihtiyaca cevap verecek düzeye çıkarmışlardır. Özçelik'in ifadesiyle “İslamiyet karşılaştığı yabancı müessese ve örfleri İslamlaştırmaya çalışmak suretiyle onlara islami renk vermiş, İslam damgasını vurmuştur.”³⁶

Kurumun tarihçesi üzerine yazılan eserlerde, Mezâlîme konu olacak türden idari davalar için ayrı oturumlar gerçekleştiği ile ilgili tarihi bilgiler bulunmakla beraber, bu davalar için özel olarak Mezâlîm kavramının ilk kez kullanılmaya başlandığı tarihle ilgili bilgilere rastlayamadık.

³² Ignaz Goldziher, İslam Hukuku (Çev. M. Fuad Köprülü) (W. Barthold'un İslam Medeniyeti Tarihi'ne ek) Semih Ofset Matbaacılık, Ankara (t.y), 301

³³ Tyan, 519-523

³⁴ Schacht, 61

³⁵ Khalil, 2

³⁶ Özçelik, 11

2. Kurumun Gelişimi ve Değişimi

Hiz. Peygamber ve halifeler, yürütmenin yanında yargı görevini de ifa etmeleri nedeniyle gelen davalara ayırım yapmaksızın bakıyorlardı. Hiz. Ömer'in her yıl hac mevsiminde halkı toplayıp onların kamu görevlileri ile ilgili şikâyetlerini dinleyip soruşturduğu bilinmektedir.³⁷ Ve yine kamu görevlilerinin hukuk dışı uygulamalarını incelemek üzere bir büro kurduğu ve bu büronun başına Muhammed b. Meslemetu'-l-Ensâri'yi tayin ettiği rivayetleri mevcuttur.³⁸ Ayrıca Mezâlim için oturum yapanların ilki olarak Ali b. Ebî Talib'i gösteren bilgilere de rastlanmaktadır.³⁹ Mezâlim için belli bir gün tahsis eden ilk kişinin Emevi hükümdarı Abdülmelik b. Mervan (705–715) olduğu rivayet edilmiştir.⁴⁰

Abdülmelik b. Mervan, Mezâlîme bakmak için bir gün tahsis etmiş, davalara bizzat kendisi baktığı gibi bazen içinden çıkamadığı davaları kadısı İdris Ezdi'ye sevk etmiştir.⁴¹ Ömer b. Abdulaziz (717–720) ise Mezâlim yargısının oluşmasında ve gelişmesinde önemli yeri olan prensipler koymuştur. Hukuk dışı uygulamaların iptali ve zararların tazmin edilmesinde uyulması gerekli prensipleri peygamberin uygulamalarını esas alarak ortaya koymuştur.⁴² Hatta kendisinden önceki Emevi

³⁷ Ahmed b. Dâvud el-Mezcâci, er-Rekâbe fi'l-İdâreti'l-İslâmiyye, Mecelletu's-Şeria' ve'd-Dirâseti'l-İslâmiyye, Ağustos 998, sayı 35, (Câmia'tu'l-Kuveyt, Külliyyetu's-Şeria' ve'd-Dirâseti'l-İslâmiyye), 114-115

³⁸ Munîr A'clânî, A'bkariyyetu'l-İslâm fi Usûli'l-Hukm, Dâru'n-Nefâis, Beyrut 1988, 264, Abdullah Mursi, Siyâdetu'l-Kanûn Beyne's-Şeria'ti'l-İslâmiyye ve's-Şeraii'l-Vadi'yye, el-Mektebetu'l-Mısriyyi'l-Hadis, İskenderiye 1972, 373 Neşet Çağatay, İslam Tarihi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1993, 354

³⁹ Abdullah, 388 ;Zeydan, I/300 Nebhan, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, 101 Servet Armağan, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Gaye Matbaacılık, Ankara 1992, 17

⁴⁰ Abdurrahman Abdulaziz el-Kasım, el-İslam ve Taknînu'l-Ahkâm, Matbaatu's-Saa'de, Riyad 1977, 314 Hakîm, 486 Zeydan, I/330

⁴¹ Zeydan, I/331

⁴² Ahmed Saï'd el-Mevmenî, Kadâu'l-Mezâlîm (el-Kadâu'l-İdâriyyi'l-İslâmî), Dâru'l-Beşîr, Ürdün (Amman)1991, 76 Bekr, 528

halife ve valilerinin hukuka aykırı tasarruflarını iptal etmiş ve onlardan doğan zararların karşılanması sağlamıştır.⁴³ Böylece kamu görevlilerinin hatalarından doğan zararların devlet bütçesinden tazmin edilmesi Peygamber döneminde olduğu gibi bu dönemlerde de gerçekleşmiştir.⁴⁴

Kurumun Abbasiler döneminde daha da gelişme gösterdiği, özellikle halife Mehdî (775–785) döneminde kurumun özel bir ilgi içerisinde olduğu görülür. Dava dosyaları şikâyet sırasına göre düzenlenip duruşmaya alınmıştır.⁴⁵

İlk dönemlerde Mezâlim Kurumu gücünü yargısal bir otorite olmasından değil idari ve icraî bir güç olmasından almaktaydı. Bu nedenle normal mahkemelerin bakamadıkları veya çözüme kavuşturamadıkları davalar bu kuruma intikal ederdi. Normal mahkemelerin bakamama sebebi olarak; zanlının üst düzey bir kamu görevlisi olması veya bu yetkileri kullanan bir yakınları olması ya da toplum içinde ekonomik ve sosyal yönden itibarlı kimseler olması gösterilmiştir.

Ayrıca yargıçların şahsı dava konusu olduğunda Mezâlim mahkemesi ilk derece mahkeme olarak görev yapardı. Yani yargıçlar ve üst düzey kamu görevlileri şikâyet konusu olduğunda dava normal mahkemelere götürülmeksizin doğrudan Mezâlîme intikal ederdi. Böylece ilk derece mahkeme olarak görev icra ederdi.⁴⁶

⁴³ Şihabuddin Ahmed b. Abdilvehhab en-Nüveyrî, Nihâyetü'l-Ereb fi Funûni'l-Edeb, Matbaatu Dâri'l-Kutubu'l-Misriyye, Kahire 1926, 269 H. F. Amedroz, The Mezâlim Jurisdiction In The Ahkam Sultaniyya of Mawardi, (JRAS, 1910, 635–674), 636 Mevmenî, 83

⁴⁴ Aclânî, 265

⁴⁵ Aclânî, 266

⁴⁶ “Danıştay alt idare yargı mercilerinin kararlarına karşı temyiz merciidir. Başka bir idari yargı yeri bulunmayan idari davalarda ise ilk ve son merciidir.” Tahsin Bekir Balta, İdari Teşkilat-İdari Kaza (Ders Notları), 164 Danıştay’ın kimi durumlarda ilk derece mahkeme olarak görev yapması Mezâlîm kurumuyla benzerlik taşımaktadır.

Mezâlim kurumu ilk dönemlerde yargı fonksiyonu dışında kalan çeşitli alanlarda da faaliyet göstermiştir. Bu nedenle ilk dönem itibariyle onu yalnızca bir yargı kuruluşu olarak görmek isabetli olmayacaktır. Ancak kurumun, gelişim sürecinde yargı alanı dışında kalan görevleri, başka kuruluşlara devredilmek suretiyle giderek uygulamadan kalkmış ve Mezâlim adeta sırf bir yargı kuruluşuna dönüşmüştür.⁴⁷

3. Kurumun Yapısı

Mezâlim kurumunun başında ilk dönemlerde, bir çok yetki ile donatılmış bir kişi bulunurdu. Bu kişi için “Nâzıru’l-Mezâlim” (Mezâlime bakan), “Sâhibu’l-Mezâlim” (Mezâlimin sahibi) gibi tanımlamalarda bulunulmuştur. Bu kurum sonraları bir kurul halini almış ve kurulda şu görevliler yer almıştır.

Güvenlik görevlileri: Bunların görevi tarafları duruşmaya çağırmak, gelmeyenleri zorla getirmek ve duruşmanın düzenini sağlamak.

Hakimler: Görevleri davaları sonuçlandırarak taraflara bildirmek.

Fakihler (sivil hukukçular): Danışman hukukçu olarak görev yaparlar.

Kâtipler: Sekreteryâ görevini icra ederler.

Şahitler: Dava üzerinde gerektiğinde şahitlik etmek.⁴⁸

Ayrıca vezirler gibi devlet ricalinin de gerektiğinde bu mahkeme komisyonunda görev alabilecekleri ifade edilmiştir.⁴⁹

⁴⁷ Akyüz, 20

⁴⁸ Mâverdî, 80; Ebû Ya’lâ, 76; Hakîm, 497

⁴⁹ Akgündüz, 84

Türk Hukuk ve Kültür Tarihi üzerine araştırmalarıyla tanınan Uriel Heyd,⁵⁰ İslam tarihinde, kadıların önleyemediği bazı resmi görevlilerin işledikleri zulmü kontrol etmek, adaletten kaçanların eylemlerini düzeltmek ve haksızlık yapanlara engel olmak için halifeler tarafından Mezalim Mahkemelerinin kurulduğunu, bu mahkemelerin hükümdar, vezir, vali veya saray erkânından bir kişinin başkanlığında işleyen laik kurumlar olduğunu ve onların dini hukuka göre hüküm verilen normal hukuk mahkemelerinden farklı olduklarını ifade eder.⁵¹

Bu fevkalade yargı organlarının, şeriatın katı ceza hukuku ve cezai dava usulü kaidelerinden uzak olup, genelde örfî hukuk, kamu yararı ve özellikle idari ve siyasi maslahatın gereğine göre hüküm verdiklerini ileri sürer.⁵²

Kurumun laik yapısına vurgu yapan sadece Heyd değildir. Oryantalist İslam hukukçusu ve hukuk tarihçisi Noel J. Coulson da “İslami devlette teorik olarak tüm fonksiyonlar dini tabiata dayanıyor olmasına rağmen Mezalim ve Şeriat mahkemelerinin aralarındaki fark neredeyse seküler ve dini mahkemeler arasındaki farka eşittir.” şeklindeki ifadesiyle kurumun laik yapısına işaret eder.⁵³

Coulson, siyasal otoritenin yargı kurumu üzerindeki müdahalesi ve baskısı nedeniyle mahkemelerin, İslam hukuk ilkelerine değil, dönemin hukuk uygulamalarına dayanmak zorunda kaldığını ifade etmiştir. Bunun sonucu olarak da, ikili bir yargı sisteminin oluştuğunu, bu ikili sistemin bir yanında seküler

⁵⁰ Uriel Heyd, Türk Hukuk ve Tarihi Üzerine, (Çev.Ferhat Koca) Özkan Matbaacılık, Ankara 2002,18

⁵¹ Uriel Heyd, Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat, (Çev. Selahaddin Eroğlu) (A.Ü.İ.F.D.) Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1983, XXVI/633

⁵² Heyd, Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat, 634

⁵³ Noel J. Coulson A History of Islamic Law , Edinburg at the University Press ,1964, 128-129

mahkemeler yer alırken diğer yanında da dini yargı kurumlarının yer aldığını iddia etmiştir.⁵⁴

Coulson yargıda düalist bir yapının olduğunu iddia ederken, IX. yüzyılda Mısır'da kadı mahkemesinde yargıcın bulunmaması durumunda onun yerine bakan Mezalim yargıcı, camiye mahkeme olarak kullanan kadının aksine duruşmayı cami dışında bir yere nakletmesini bu duruma örnek gösterir.⁵⁵ Ayrıca devlet başkanının, herhangi bir kadı mahkemesine başkanlık yapmak istediğinde o mahkemenin Mezalime dönüştüğünü ifade eder. Bu durumu yargıya bir müdahale olarak tanımlar.⁵⁶

Duruşmanın cami dışına taşınması onun seküler niteliğine yorumlanamaz. Ayrıca duruşmalarda devlet başkanının yargıç olarak görev almasının mahkemenin niteliğini değiştirdiğine dair ne bir ayırım ve ne de böyle bir tanımlamaya kaynaklarda rastlamadığımızı ifade edelim.

4. Atama Yetkisi

Mezâlîm Mahkemesine başkanlık edecek kişinin atama ve gerektiğinde görevden alınması ile ilgili farklı yaklaşımlar olmuştur. Mezalim Hakiminin, Devlet Başkanı ve Kâdî'l-Kudât (Baş kadı) tarafından atanacağı ancak bunlar tarafından

⁵⁴ Muharrem Kılıç, İslam Hukukunun Doğasına Klasik Oryantalist Bir Bakış:N. J. Coulson Örneği, Marife, yıl. 2, sayı.3, Sebat Ofset Matbaacılık, Konya 2003, 128

⁵⁵ Coulson, 128-129

⁵⁶ Coulson, 122

görevden alınamayacağı ifade edilmiştir. Bu konuda yetkili kurumun Mezalim Mahkemesi olduğu belirtilmiştir.

Mezalime başkanlık edecek kişinin atanması idari yetkiye sahip biri tarafından gerçekleşse de görevden alınması yargısal nitelikli ve olağanüstü yetkili bir mahkeme olan Mezalim Mahkemesine ait olması ayrıca yargı bağımsızlığı açısından da uygunluk arz etmektedir.

II. MEZÂLİMİN GÖREVLERİ

A. YARGIYA İLİŞKİN GÖREVLERİ

Mezâlîm kurumunun görev alanı devir ve şartlara göre bazen daralmış, bazen genişlemiştir. Her devirde ağırlıklı görev alanı da farklı olmuştur. Ancak görevler nihayet yargı alanında toplanmıştır.⁵⁷ Kurumun “Divânu’l-Mezâlîm” yerine “Mezâlîm Mahkemesi” olarak isimlendirilmesi de bu yüzdendir. Günümüz yazarlarının da kurumu yalnız bir yargı kuruluşu olarak görmelerine sebep yine bu gelişmedir.

Mezâlîm kurumunu yargılama alanındaki görevleri adli yargı, idari yargı ve yüce divan sıfatıyla yaptığı görevler olarak üç grupta ifade edilebilir.

1. Adlî Yargı

Mezâlîm kurumunun yargı alanındaki görevlerinden biri de adli ihtilafları ilk ve üst dereceli mahkeme olarak karara bağlamaktır. Aslında adli ihtilafların çözümü kadı mahkemelerinin görev alanına girer. Ancak, Mezâlîm mahkemesinde görülen

⁵⁷ Akyüz, 136–137

adli ihtilaflar, genellikle davalının devlet memuru veya mahkemelerin yargılamaktan çekindiği bir kimse olması dolayısıyla kadı mahkemelerinin görüm ve çözümünde yetersiz kaldığı ihtilaflardır.⁵⁸ Bu durumda Mezalim Mahkemesi ilk derece mahkeme olarak görev yapabilmektedir.

Ancak, adaleti sağlamada en yüksek bir otorite olarak Mezâlîm Mahkemesinin alt mahkemelerin verdiği kararları tekrar gözden geçirdiği görülmektedir.⁵⁹ Bundan dolayı günümüz yazarlarından birçoğu Mezâlîm kurumunu, Yargıtay’a (Temyiz mahkemesi)⁶⁰ karşılık olarak görmüşlerdir. Kimi yazarlar ise Danıştay’a⁶¹ benzetmiş, kimisi de İsti’naf mahkemesi⁶² olarak değerlendirilmiştir.

Bu durumda çokça tartışılan, İslam hukukunda ilk derece yargı kararlarının bir üst yargı kurumu tarafından değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu gündeme gelmektedir.

a. İslam Hukukunda Kanun Yolu

İslam hukukunda ilk derece mahkeme kararlarının bir üst yargı kurumunda veya eşit düzeydeki bir mahkemede tekrar değerlendirilmeyeceği kanaati yaygındır. Aslında bu kanaatleri çağrıştıracak prensip* ve uygulamaların varlığı da bir gerçektir. Oysa ister tek başına ister toplu olarak hakimler de birer insandırlar. Ne

⁵⁸ Akyüz, 127, 184

⁵⁹ Akyüz, 134

⁶⁰ Schacht, 194 Abdullah, 387, Aykaç, 62

⁶¹ Üçok, 111

⁶² Zeydan, I/330

* Bu görüşte olanlar genellikle “İctihatla İctihat nakz olunmaz” prensibini delil olarak ileri sürmüşlerdir.

kadar bilgili ve tecrübeli olurlarsa olsunlar, onların da yanılabilirliğini olağan saymak gerekir.

Nitekim Hz. Peygamber de bu gerçeğe işaret ederek şöyle buyurmuştur: “Siz bana anlaşmazlıklarınızı getiriyorsunuz, olur ki bazılarınız delilini bazılarınızdan daha güzel (düzgün ve ustalıkla) dile getirir. Ben de onun lehinde karar veririm. Ancak kimin lehinde, kardeşinin hakkından bir şeye hükmedersem sakın ondan bir şey almasın, ben bununla ancak ona ateşten bir parça kesip vermiş olurum.”⁶³

Hz. Peygamber bu hadisinde yargı kararlarının her zaman hata ihtimali taşıdığına işaret etmiştir. Ayrıca Hz. Ömer de Ebu Musa el-Eşâ’ri’ye yazdığı tavsiye mektubunda bu gerçeği şöyle dile getirmiştir: “Daha önce verdiğin bir hükmün hatalı olduğunu anlar ve doğru bir hal çaresi bulur isen hiçbir şey seni hakka dönmekten alıkoymasın. Şunu bil ki hakka dönmek batılda devam etmekten daha hayırlıdır.”⁶⁴ Bundan dolayı İslam hukukçuları hatalı olduğu anlaşılan bir kararın düzeltilmesinin bir zorunluluk olduğunu ifade etmişlerdir.⁶⁵

İçtihadın, hata ihtimali bulunan galip bir zandan ibaret bulunduğu kabul edildiğine ve yanlış içtihattan dönmenin hatada ısrardan hayırlı olacağı ilkesi de benimsendiğine göre yanlışlığı iddia edilen bir hükmü, aynı mahkemenin veya aynı

⁶³ Müslim, XII/5-6

⁶⁴ Serahsi, XVI/61-67, Alaüddin Ebû Bekr b. Mesud el Kâsânî, Bedaiu’s-Senâi’ fî Tertîbi’s-Şerâi’, Matbaatu’l-Cemaliyye, Mısır 1328, VII/9 Muhammed Hamidullah, Mecmua’tu’l-Vesaiki’s-Siyâsiyye lil A’hdî’n-Nebevi Ve’l-Hilâfeti’r-Râşide, Dâru’n Nefâis, Beyrut 1985, 427-428

⁶⁵ Kasım, 322

derecedeki diğer bir mahkemenin gözden geçirebilmesi yetkisini kabulden başka çıkar yol yoktur.⁶⁶

Hakimlerin verdikleri kararlar her bakımdan doğru olsa bile, davayı kaybetmiş olan taraf, onların yanılmış olabileceğini düşünmekte kendisini haklı sayabilir. İşte genel anlamıyla kanun yolu terimi, bir mahkeme kararının yanlış olması veya yanlış sayılması halinde baş vurulacak kanuni imkanları ifade etmektedir. Mahkeme kararlarına karşı tanınan kanuni imkanlar için kanun yolu terimiyle beraber “hukuki çareler” terimi de kullanılmaktadır.

İslam hukukunda “İsti’naf ve Yargı Kararlarının Denetimi” konulu makalesinde günümüz hukukçularından Nu’mân Çağım, Yargı kararlarının beş sebepten tekrar incelenebileceğini ifade etmiştir.

Muhakeme Usulüne aykırılık durumunda,

Hakimin yürürlükte olmayan bir yasa ile hükmetmesi,

Hakimin takdir yetkisini aşması,

Yetkili olmayan bir mahkemenin karar vermiş olması,

Hakimin, taraflardan biriyle şahsi probleminin olduğunun tespit edilmesi durumlarıdır.⁶⁷

b. Kanun Yolları ve Mezalim Kurumu

Kanun yolları iki grupta toplanır:

⁶⁶ Necip Bilge, Karardüzeltilmenin İslam Hukukundaki Dayanağı,(Kemal Fikret Arık’a Armağan) Sevinç Matbaası, Ankara 1973, 75

⁶⁷ Nu’mân Çağım, el-İsti’naf ve’r-Rekabe a’la Ahkami’l-Kudat fi Nizami’l-Kadai’l-İslami, ed-Dirasati’l-İslâmiyye sayı 3 cilt 34.İslamabad (Pakistan) 1998, 20

1- Normal kanun yolları (Olağan kanun yolu); İslam hukukunda ilk derece yargı kararlarına karşı kanun yolu olarak yapılan itirazlar için iki farklı kavram (temyiz–isti’naf) kullanılmıştır. Üst yargı kurumu olarak Mezalimin temyiz ve isti’naf görevlerinden hangisini yerine getirdiği konusunda ise hukukçular farklı yorumlarda bulunmuşlardır.⁶⁸ Önce temyiz ve isti’naf kavramlarını açıklayarak Mezalimin icra ettiği fonksiyonu açıklayalım.

Temyiz; hüküm ile hükmün müstenit olduğu muhakemenin hukuki cihetten, bir defa daha tetkikini mümkün kılan kanun yoludur.⁶⁹ Esasen temyiz yolu, taraflara hak, adalet dağıtmak için değil, adalet dağıtan olay mahkemelerinde örnek hukuka uygun kararı gerçekleştirmek içindir; kişilerden çok hukukta güvenlik ve dolayısıyla toplum yararı içindir.⁷⁰ Yargıtay hukuki derece mahkemesidir ve yasa kurallarının ülke çapında aynı biçimde uygulanmasını sağlar.⁷¹ Yargıtay, (bozma mahkemesi) olay yargılaması yapmadığı ve bu olanak elinde olmadığı için kanı yargısı oluşturamaz; ilk mahkemenin kanı yargısının sadece gerekçesini inceler.⁷² Yargıtay yargıcı; davanın değil, kurulan hükmün yargıcısıdır.⁷³

⁶⁸ Mezalim kurumuna başkanlık edecek kimsenin hukukçu olmasının zorunlu olmadığına binaen bu kurumun sadece temyiz makamı olabileceği ifade edilmiştir. (Hakim, 564) Kurumun ilk dönem yapısının böyle olmasına karşın 770 yılından itibaren bir yargıç olan Kadi'l-Kudat'ın kuruma başkanlık etmesi ve bir kurul halinde görev yapması durumunda üyeleri arasında hem hakim hem de fakihlerin bulunmasının zorunlu olması, daha geniş görevleri icra edebileceğini göstermektedir.

⁶⁹ Türk Hukuk Lügati, Maarif Matbaası, Ankara 1944, (Hazırlayan Türk Hukuk Kurumu) 335

⁷⁰ Sami Selçuk, Özlenen Hukuk Yaşanan Hukuk, Semih Ofset (yy) 2002, 144

⁷¹ Selçuk, 125

⁷² Selçuk, 149

⁷³ Selçuk, 153

İsti'naf ise ilk mahkemeler tarafından nihai bir hüküm ile neticelendirilen davanın ikinci derecede, yüksek mahkemede yeniden görülmesi için müracaat edilen kanun yoludur.⁷⁴

Temyiz, mahkeme tarafından verilen hükmün bir üst mercide kanun tatbiki bakımından kontrol edilmesidir. İstinaf'ta ise bu kontrol hem hukuk bakımından hem de vakıa bakımından yapılmaktadır. Başka bir ifadeyle; kanun hükmünün vakıaya tatbikinin incelendiği durumda temyiz; hem vakıanın tespit ve tavsifinin hem de kanunun tatbikinin kontrol edildiği durumda ise istinaf söz konusudur.⁷⁵ İstinaf yolu asla temyiz yolunun boşluğunu dolduran bir yol değildir.⁷⁶ İstinafın amacı içtihat birliğini sağlamak değil, maddi olayların yeniden duruşmayla incelenmesini gerçekleştirmektir. Temyizin amacı ise, içtihat birliğini sağlamaktır.⁷⁷

İslam hukukunda ilk derece yargı kararlarına karşı normal kanun yolu olarak, Mezalim kurumunun duruma göre hem temyiz hem de istinaf görevlerini yerine getirdiğini görmekteyiz. Nitekim Hz. Peygamber de uygulamada yargı ile ilgili görevlerinin bir kısmını arkadaşlarına devretmiş kendisi temyiz ve istinaf yetkilerini kullanmıştır.⁷⁸ Hatta bazı hukukçular, Kur'an'da ifadesini bulan Davud Peygamberin* iki kişi arasındaki bir anlaşmazlıkta verdiği kararın Allah tarafından

⁷⁴ Türk Hukuk Lügati, 172

⁷⁵ Mustafa Şentop, Şeri'yye Mahkemelerinde Temyiz ve İsti'naf (Basılmamış yüksek lisans tezi) İstanbul 1995, 8-9

⁷⁶ Selçuk, 181

⁷⁷ Selçuk, 182

⁷⁸ Muhammed Hamidullah, İslam Peygamberi (Çev. M.Said Mutlu – Salih Tuğ) Ahmet Sait Matbaası, İstanbul 1969 II/183, 187

* Sad Suresi, (38) 21-26

düzeltilmesini, temyizın bizzat Allah tarafından uygulandığı şeklinde yorumlamışlardır.⁷⁹

2- Olağanüstü Kanun Yolları; üst yargı kuruluşu kararlarına karşı olan kanun yollarıdır. Üst yargı kuruluşunun üstünde, onun kararlarını inceleyecek, hukuka aykırı kararlarını bozabilecek bir yargı yeri yoktur. Ancak bu kuruluşun da vereceği kararlarda hataya düşmesi yahut verdiği kararların açık olmaması veya bir kimsenin haklı olmasına rağmen elinde olmayan sebeplerle davasını üst mahkemede kaybetmiş bulunması mümkündür. Bu gibi sakıncaları bir dereceye kadar önlemek için bazı yollar öngörülmüştür. Türk Danıştay'ının kabul ettiği kanun yolları; açıklama, yanlışlıkların düzeltilmesi, kararın düzeltilmesi ve yargılamanın iadesidir.⁸⁰

İslam hukukunda üst mahkeme için kabul edilmiş kanun yolları ise; karar düzeltme ve yargılamanın iadesidir.⁸¹

Mezalim kurumu hem adli hem idari davalar için ilk derece mahkeme olarak görev yaptığı⁸² ancak çoğunlukla Temyiz vb. üst yargı kuruluşu olarak fonksiyon icra ettiği görülür.⁸³ Adli ihtilafların Mezalim mahkemesine intikalinin sebebi

⁷⁹ Abdullah, 391

⁸⁰ Gözübüyük, Türkiye'nin İdari Yapısı, 371

⁸¹ Akyüz, 170 Mehmet Nuri Güler, İslam İdare Hukukunun Ortaya Çıkışı (Basılmamış doktora tezi) Kayseri 1995, 237-238 (Güler'in bu görüşüne destek olarak sunduğu, Hz. Ali'nin Kadı Şureyh'in kararını yeniden ele alması örneğinde isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira Şureyh bir üst yargı kurumunun başında değil normal bir ilk derece mahkemesinde yargıçtır.)

⁸² Türk hukuk sisteminde de Temyiz mahkemesinin bazı durumlarda ilk derece mahkemeleri olarak görev yaptığını ifade etmemiz yerinde olacaktır. (Bakınız. Kemal Demiroğlu, Hukukta Tashihi Karar Nazariyatı-Tatbikatı ve Temyiz İçtihatları, Başvekalet Devlet Matbaası, Ankara 1945, 32)

⁸³ Cevdet Yavuz, (T.D.V) İslam Ansiklopedisi, "Dava" Maddesi, Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul 1994, IX/14

davalının devlet memuru veya güçlü bir kişi olması dolayısıyla kadı mahkemelerinin görüm ve çözümünde yetersiz kalması nedeniyledir.⁸⁴

Olağan kanun yolu olarak Temyiz ve İstinaf, olağanüstü kanun yolu olarak da Karardüzeltme ve Yargılamanın iadesine⁸⁵ uygulamalarda rastlandığını ifade etmek isteriz.

c. Olağanüstü Kanun Yolu Olarak “Karardüzeltme”nin İslam Hukukundaki Temelleri

Bir hüküm mahkemesi tarafından verilen kararın tekrar gözden geçirilmesi olanağı hemen bütün hukuk sistemlerinde ve çeşitli biçimlerde öngörülmüştür; bu olanağa kanun yolu denilmekte veya benzeri adlar verilmektedir. Batı ülkelerinin yargılama mekanizmasında bulunmayan ve Osmanlı–Türk hukuk sistemine özgü bir kurum niteliğini taşıyan karar düzeltmenin dayanağı ve hukuki değeri tartışma konusu olmaktadır. Günümüz Türk hukukçularından Bilge ve Berki bu kurumun İslam hukuku kaynaklı olduğu konusunda müttefiktirler.⁸⁶

Bilindiği üzere, 1879 tarihli Usulü Muhakemei Hukukiye Kanunu Muvakkatı, Fransa’nın Napolyon devrinde çıkarılmış olan Medeni Yargılama Usulü Kanunundan iktibas suretiyle hazırlanmıştır. Fransa usul kanununda ise, karar düzeltmeye benzer bir kanun yolu kurumu yoktur. 1879 yılından itibaren 1927 yılına kadar 50 yıla yakın

⁸⁴ Akyüz, 127, 184

⁸⁵ Akyüz, 170

⁸⁶ Bilge, Karar düzeltmenin İslam Hukukundaki Dayanağı, 63 Ömer Berki, Karar düzeltme Müessesesi, (A.Recai Seçkin’e Armağan) Sevinç Matbaası, Ankara 1974, 145

bir süre yürürlükte kalmış olan bu kanundan önceki hazırlık devresine ait diğer yazılı mevzuatta da bu kanun yolunun izlerine rastlanmamaktadır.⁸⁷

O halde, ilk usul kanunumuzun kaynağı olan Fransa’da bulunmayan ve Tanzimat döneminin mahkemelerle ilgili ilk yazılı metinlerinde rastlanmayan bu kanun yolunun 1879 (1295) tarihli Usulü Muhakeme-i Hukukiye Kanunu Muvakkatine nereden ve nasıl girdiği sorusuyla karşılaşılır. Bu sorunun cevabının Tanzimat dönemi öncesi yargılama hukukumuzda aranması gerekmektedir.⁸⁸

Karar düzeltme yolu, hukuki bir kurum olarak batı ülkelerinde mevcut değildir. Türk hukukçularının hemen hepsi bu görüşte birleşmektedir.⁸⁹ Ayrıca Karardüzeltilme yolunun Türk hukukuna özgü bir yol olduğunu,⁹⁰ bunun batılı yabancı kaynaklarda benzerine rastlanmadığını ifade etmektedirler.⁹¹

Hukukçular karar düzeltmenin yabancı ve özellikle batılı kaynağa dayanmadığı düşüncesinde birleşmekte ve fakat bu kurumun dayanabileceği tarihsel kaynak ve karşılama durumunda olduğu ihtiyaç hakkında yeterli bir açıklama yapmamaktadırlar.⁹²

Türk milli hukuk dehasının icadı olarak ifade edilen karar düzeltmeye İslam hukukunun kaynaklık etmiş olması, hukuk tarihi açısından önemli olduğu kadar

⁸⁷ Bilge, Karardüzeltilmenin İslam Hukukundaki Dayanağı, 66

⁸⁸ Bilge, Karardüzeltilmenin İslam Hukukundaki Dayanağı, 67

⁸⁹ Karardüzeltilme kurumuna benzer bir kurumun İsviçre Federal Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda varlığını ifade eden Demiroğlu bu görüşüne taraftar bulamamış, aksine, başta Bilge olmak üzere bir çok hukukçu ifade edilen kavramın farklı bir anlama geldiğini belirtmişlerdir. (Necip Bilge, Medeni Yargılama Hukukunda Karardüzeltilme, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, 46) Demiroğlu’nun konuyla ilgili makalesindeki “Tashihi karar müessesesi sadece bizde ihdas edilmiş bir kanun yolu değilse de Türk milli hukuk dehasının ibdai bulunan bazı hususiyetleri de gösterdiği inkar olunamaz.” ifadeleri, onun kısmen de olsa kurumun özgün niteliğini kabul ettiğini göstermektedir. (Demiroğlu 9)

⁹⁰ Gözübüyük, Yürkiyenin İdari Yapısı, 372

⁹¹ Bilge, Medeni Yargılama Hukukunda Karardüzeltilme, 36

⁹² Bilge, Medeni Yargılama Hukukunda Karardüzeltilme, 44

İslam hukukunda olağanüstü kanun yolu olarak karar düzeltmenin uygulamada varlığını da göstermektedir.

2. Yüce Divan

Mezâlim kurumu üzerine akademik düzeyde çalışma yapan Akyüz; günümüz idare hukukundaki başbakana karşılık olan vezirin, Mezâlim Mahkemesinde yargılanması ile ilgili istisnâî uygulamalara dayanarak kurumunun nadiren de olsa Yüce Divan sıfatıyla görev yaptığını ifade eder.⁹³

3. İdari Yargı

Mezâlim kurumunun yargı ile ilgili görevlerinden en önemlisi, idari yargı kavramı içinde düşünülebilecek ihtilafların görülmesidir. Ancak modern hukuktaki idari dava kavramı, İslam hukukunda nazarî açıdan pek işlenmemiştir. Fakat Mezâlim mahkemesine götürülen ve devlet memurlarınca devlet adına yapılmış haksız tasarruf ve fiillere karşı açılan dava ve yapılan başvurular, İdari dava kavramına hayli yaklaşmaktadır. Pek tabiidir ki, bu modern hukuktaki kadar gelişmiş değildir, herhalde bundan normali de düşünülemez. Ayrıca Mezâlime götürülen davalar, bugünkü hukukta anlaşıldığı gibi gelişmiş ve adli davalardan kesin bir şekilde ayrılmış değildir.⁹⁴

Günümüz hukukçuları İslamdaki Mezalim sistemi ile modern anlamıyla idari mahkemeler arasındaki yakın benzerliği ifade etmişlerdir. Ancak bu sistemin asıl

⁹³ Akyüz, 136

⁹⁴ Akyüz, 118-119

kuruluş sebebi adli makamların, büyük devlet adamları ve valilerin hukuk devletine boyun eğmelerini sağlamaktan aciz olmaları halinde, bu otoritenin adliye yerine söz konusu olan durumu gerçekleştirmesi ve bunların kanuna boyun eğmelerini sağlamasıdır.⁹⁵

Mezalimin yetki alanının son derece geniş olduğu görülür. Bireylerin hak ve hürriyetlerine karşı kamu görevlilerinin ve valilerin herhangi bir saldırısı vaki olduğunda idarenin işlem ve eylemlerini denetlemeleri en başta gelen görevlerindendir. Ayrıca kamu görevlilerinin üstlendikleri idari görevlerinden kaynaklanan sorunlara da bakmakla görevlidir. Bu kurumun asıl hedefi, devleti hukuk kurallarına bağlı kılmak böylece meşruiyetini sağlamaktır. Bugünkü anlamıyla, hukuk devleti anlayışına ulaşmaktır.⁹⁶

B. YARGI DIŞINDAKİ GÖREVLERİ

1. Mahkeme Kararlarının İcrası

Hız. Peygamber ve halifeler döneminde meşruiyeti olmayan kişi ve grupların oluşmasına imkân olmamıştı. Emeviler ve Abbasiler dönemine gelindiğinde bunların varlığı görülmüştür. Bu kişi ve gruplarla ilgili davalara tanıklık edecek şahitler korkudan duruşmaya katılmıyordu. Hatta bazı mahkemelerdeki hakimler bunlar hakkında karar vermeye çekiniyordu. Normal yollardan yargılanamayan bu nüfuz sahipleri ile ilgili davalar Mezâlîm mahkemelerine intikal ettiği gibi bunlarla ilgili

⁹⁵ Temmavi, 312

⁹⁶ Beyâtî, 289, 386

uygulanamayan yargı kararlarının takibi de Mezâlim mahkemelerine intikal etmiştir.⁹⁷

2. Muhtesib'e Yardımcı Olmak

Belediyecilik hizmetlerini yürüten Hisbe kurumuna gerektiği durumlarda yardım etmek Mezâlim kurumunun görev alanı içinde zikredilmektedir.⁹⁸ Mezalim ile Hisbe arasındaki ortak özellik ihtisasları dahilinde olan bazı görevlerini kimsenin şikayetine gerek duymadan yerine getirebilmeleridir. Farklı yönleri ise Mezalimin hükmetme yetkisi olduğu halde Hisbe'nin hükmetme yetkisi yoktur. Onun görevi ve yetkisi, itiraf yoluyla haklar tespit edilmiş ise hakların ifa edilmesi için emretmekle sınırlıdır.⁹⁹

3. Bazı Dini Emirlerin Denetlenmesi

Mezâlim kurumunun bir görevi de hac, bayram ve cuma namazı gibi toplu olarak icra edilen ibadetlerin şartlarına uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini kontrol etmektir.¹⁰⁰

4. Kamu Vakıflarının Denetlenmesi

Gelirleri kamu hizmetlerine tahsis edilmiş kamu vakıflarının gelir ve giderlerinin kontrolü Mezâlim kurumunun görev alanı içinde zikredilmiştir.¹⁰¹

⁹⁷ Aclânî, 260-261

⁹⁸ Khalil, 5 Mevmenî, 92, Robert Mantran, İslamın Yayılışı Tarihi (Çev. İsmet Kayaoğlu), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1981, 189

⁹⁹ Temmavi, 324 Mücahit, 142

¹⁰⁰ Khalil, 5 Mantran, 189

¹⁰¹ Mâverdî, 82-83

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İDARENİN YARGI TARAFINDAN DENETİMİ

I. İDARENİN YAPISI VE YETKİLERİ

A. İDARENİN YAPISI

1. İdare Kavramı

Arapça “devr” kökünden dilimize giren idare kelimesi sözlükte; devretmek, bir şeyin kendi eksenini etrafında dönmesi, döndürmek, tekrarlamak, devr-i daim etmek, devam ettirmek, devamlı başa dönmek, evirip çevirmek, tutumluluk, yerinde harcamak, yetmek ve yönetmek anlamlarına gelmektedir.¹

İdare kavramı biri “dar” diğeri “geniş” olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda idare deyimi, devlet görevlerinden yalnız “yürütme” alanındaki idari kuruluş ve faaliyetleri içine alır. Buna karşılık, geniş anlamda idare deyimi, diğeri alandaki yani “yasama” ve “yargı” alanlarındaki idari kuruluş ve faaliyetleri de içine alan, geniş anlamlı bir deyimdir.² İdare sözü genellikle, biri “teşkilat” diğeri “faaliyet”(fonksiyon) anlamında kullanılır.

a. Teşkilat Anlamında İdare

Teşkilat anlamında idare, devlet teşkilatının kuruluşunu, yapısını ve organlarını ifade etmektedir. Bir başka tanımla idare, kamu hizmetleri ve faaliyetlerinin yürütülmesini sağlayan teşkilattır.³

¹ Fındıklı Remzi-Bilgiç Veysel, İdare Hukuku, Kalemdar Matbaacılık, Ankara 2006, 1

² A. Şeref Gözübüyük, Türkiye’nin İdari Yapısı, Sevinç Matbaası, Ankara 1976, 3

³ Fındıklı-Bilgiç, 3

b. Faaliyet (Fonksiyon) Anlamında İdare

İdare fonksiyonu, kamu yararını gerçekleştirmek için icra edilen günlük faaliyetler olarak tarif edilmiştir.⁴ Bir faaliyeti ifade ederken idare, maddi, teşkilatı ifade ederken de organik anlamında kullanılmaktadır. İdari fonksiyon kavramına en iyi yaklaşım, “kuvvetler ayrımı” denilen teori ve yaklaşımlardır. Bütün çağdaş anayasalar, devletin fonksiyonlarını yasama, yürütme ve yargı güçleri olarak üç gruba ayırmaktadır. Devlet, yasama fonksiyonuna dayanarak kanun yapmakta, yürütme fonksiyonuna dayanarak kanunları uygulamakta, yargı fonksiyonuna dayanarak uyuşmazlıkları çözümlemektedir.⁵

2. Yürütme Organı

Yürütme (icra), devletin yasama ve yargı fonksiyonu dışında kalan faaliyetleridir. İdare, yürütmenin tamamı değil, sadece belli bir kısmını oluşturmaktadır. İdare, devlet ve toplum düzeninin temel unsuru olup, bu düzenin varlığı ve devami, idarenin kesintisiz bir şekilde, işlemesine bağlıdır.⁶

Yürütme organının siyasal (hükümet etme) ve idari (kamu hizmeti yapma) olmak üzere iki temel işlevi vardır. Hükümet etmek; siyasi kararlar almak, siyasi tercih ve takdir yetkisi kullanmak; idare etmek ise, halkın günlük ihtiyaçlarını karşılamaktır. Hükümet, yürütme programları doğrultusunda bir siyaset yürütmekte, idare ise, hükümetin aldığı bu siyasi kararları fiilen uygulamaktadır. İdare, son

⁴ Onar, 49

⁵ Fındıklı- Bilgiç,3-4

⁶ Fındıklı- Bilgiç,6

zamanlarda teknik bir nitelik kazanmış ve hükümete olan bağımlılığı da azalmıştır. Siyasi nitelikteki hükümetler gelip geçici, ama adına bürokrasi denilen idare ise kalıcıdır.⁷

a. İslam Hukuk Düşüncesinde Yürütme

İslam düşüncesinde yönetim, beşeri bir faaliyet olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle devlet, bireylerin doğal, insani ilgi ve ihtiyaçlarını yerine getirmek için var olan, meşruiyetini, ereğini ve işlevini bu ilgi ve ihtiyaçlarda bulan insani bir kurumdur. Bu nedenle herhangi bir kutsallığının olmadığı kabul edilmektedir.⁸ İslam her yerde ve her zaman uygulanmasını istediği bir yönetim modeli belirlememiş,⁹ kendileri açısından en uygun hükümet şeklini seçmede Müslümanları serbest bırakmıştır.¹⁰ İslamiyet'in devletin yapı ve şekline ait somut bir taslak ortaya koymaması bütün insanlığa ve tüm zamanlara hitap etmesinde aramak gerekir.

⁷ Fındıklı- Bilgiç,7

⁸ İslam ve Laiklik, Gazeteciler ve Yazarlar Vakfı Abant Toplantıları I (I. Komisyonun Çalışma Raporu) (ed.Mehmet Gündem) Şan Ofset,(y.y.) 1998, 60

⁹ Abdumuteâl es-Saî'dî, en-Nazariyyetu'l-İslâmiyye fi'd-Devle, Dâru'n-Nehdeti'l-A'rabiyye (yy) 1977, 482 Mehmed Niyazi, İslâm Devlet Felsefesi, Özener Matbaası, İstanbul 1996, 48

¹⁰ Ali Abdurrâzık, İslamda İktidarın Temelleri,(Çev. Ömer Rıza Doğrul)(m.y), İstanbul 1995,111 (Ezher'in önde gelen 25 alimi tarafından oluşturulan mahkeme, Ali Abdurrâzık'ın adının Ezher ulema listesinden düşürülmesine, yargı ve idare ile ilgili tüm yetkilerinin elinden alınmasına karar vermiştir. Abdurrâzık, Müslümanların uzun bir süre saygı duyduğu bir kuruma karşı tavrından dolayı değil, daha çok, İslamda siyasetle dinin ayrılmazlığını inkarından dolayı suçlanır. Onun temel iddiası, Hz Muhammed'in siyasal makamının peygamberlik makamının bir parçası olmadığıdır. Bu görüş, yine bir Ezher bilgini olan Halid Muhammed Halid tarafından çeyrek yüzyıl sonra aynen tekrarlanır. Ced'an, 13-14 Kimi yazarlara göre Ezher, bu kararı dinsel bir kaygı ile değil siyasi bir amaç için almıştı. Amaç Kral Fuâ'd'ın Halifelik makamına oturma hevesine destek olmaktı. Bu nedenle soruşturmayı yürüten kurul, bu zatın küfrüne hükmetti ve yargı makamından azletmekle kalmayıp, doktora diplomasını da iptal ederek akademik unvanlarını geri aldı. Nasr Hâmid Ebû Zeyd bu düşüncesini, İslâmiyât Dergisi'yle yaptığı bir söyleşide ifade etmiştir. İslâmiyât, (c.I, s.4) (Şeriat Dosyası) Özkan Matbaacılık, Ankara 1998, 264)

Çünkü somut olan bir şey zaman ve mekanla sınırlı hale gelir, zaman ve mekan değiştikçe değişmek zorunda kalır.¹¹

Yönetim sistemleri, siyaset ilimleri ve İslam'daki siyaset teorilerinin ayrıntısına gelince, onlar bir kültür birikiminden ibarettir.¹² Ancak kimi çağdaş hukukçular “Başkanlık Sistemi”nin İslami sisteme daha yakın olduğunu ifade etmişlerdir.¹³ Bu sistemin “Parlamenteer Sistem”den daha çok İslamın gayelerini gerçekleştirebileceği iddia edilmiştir.¹⁴

İslam dininin siyaset olarak hedeflediği adalet, özgürlük ve insan onurunun korunması gibi değerler vardır. Ancak ne kuramsal olarak ne de tarihsel olarak bu değerlerin ne tür bir siyasal rejim ve yönetim rejimi altında aktüalize edilmesi gerektiğine ilişkin somut bir önerisi ve programı yoktur. Bu siyasal etik alanına ait değerlerin gerçekleştirilme tarzı, şekil ve yönetimi, insanların kendi bilgi ve tecrübelerine bırakılmıştır.¹⁵

İslam, din olarak Müslümanların yönetimi için belirlenmiş bir sistem getirmemiştir. Çünkü İslam dininin her zaman ve mekânda geçerli olması mantığı, yenilenmek zorunda olan sistemleri, insan aklının gelişmecilik hükmüne terk etmeyi gerektirir. Akıl, bu sistemleri toplum yararları uyarınca, bu dinin kararlaştırdığı külli kaideler ve genel tavsiyeler çerçevesinde biçimlendirir. Müslümanlara düşen görev,

¹¹ Niyazi, 49

¹² Ammara, 82

¹³ Temmâvî, 201 Macit, 111 Abdullah el-Arabî,119 (Müellif bu görüşünü temellendirmek için Parlamenteer sistemin İslam düşüncesine aykırılığını bu eserinde ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır.)

¹⁴ Esed, 131

¹⁵ İslam ve Laiklik, 61

toplumları için, kendilerini bu en üst düzeydeki örneği gerçekleştirmeye yaklaştıracak yönetim sistemlerini düzenlemeleridir.¹⁶

İslam'da devlet, yönetim şekli açısından teokratik değildir yani bir “din adamı” sınıfı tarafından yönetilmesi gerekmez. Hiçbir kişi veya zümre, ümmetin siyasi lideri olma hakkını direkt olarak haiz değildir. Bir kişiyi bir işe seçmek için gerekli ölçüt, o kişinin o işi yapabilme gücü ve ahlaki yapısının güçlülüğüdür. Bu tema Kur'an ve Sünnet tarafından sık vurgulanmıştır. İslam hukukçuları üst düzey siyasi makamlar için gerekli bir takım ahlaki ve akli şartları ortaya koymuşlardır. Bizatihi Halifelik makamı gerekli şartları taşıyan ve ümmet tarafından seçilmiş herkese açıktır.¹⁷

Ancak dini fanatizm karşısında İslamın kesin tutumuna rağmen yine de bu durum, İslam toplumlarında-ister düşünür, ister yönetici olsun-her ne kadar açık ve net bir şekilde ilan etmemişlerse de, şahıslarında dini otoritenin mevcudiyetini ileri sürenlerin varlığından kurtaramamıştır.¹⁸

Kimi düşünürler, Kur'an-ı Kerimin Müslümanlara ait siyaset ve yönetim sistemlerinin ayrıntısını vermekteki suskunluğunu, planlanmış ilahi bir pozisyon olduğu kanaatindedirler.¹⁹ Bu düşünürlerden Halefullah'a göre, Kur'an ilahi hikmet gereği, belirli bir devlet modeli getirmemiştir. Çünkü beşeri toplumlar sürekli değişim ve gelişim içindedir. Usul kaidesine göre, hükümler zamanın değişmesiyle

¹⁶ Ammara, 82 Esed, 71

¹⁷ et-Tayyib Zeynelabidin, İslamiyette Siyasi Haklar, (Çev. M. Fatih Taşar)(ed. M. Tanık Kureyşi, Bir Yaşam Biçimi Olarak İslam),(m.y),İstanbul 1991,178-179

¹⁸ Ammara, 27

¹⁹ Ammara, 83

değişebilir. Bu, devletin genel biçimini, zamanın ve mekânın şartlarına uygun düşecek bir seçim sonucunda belirleme noktasında, islami akla özgürce düşünüp karar verebilme imkânı bahşetmektedir. Aynı şekilde devlet başkanının seçilme işi de Müslümanlara bırakılmıştır. İlahi otorite bu hususa müdahale etmez.²⁰

Muhammed Esed'e göre, Kur'an ve Sünnet'te devletin şeklini öngören bir nass bulunmamaktadır. Hatta anayasal bir görüş için teferruatlı çizgiler de sunulmamaktadır. İslamın inananlara sunduğu siyasi temeller, sayıca sınırlıdır. Anayasayı hazırlamak, hükümeti kurmak ve bununla ilgili olarak değişen zamanın gereklerine uygun kanunlar koymak, her çağda Müslümanların içtihadına bırakılmış ve bunun için alan oldukça geniş tutulmuştur. Ancak, Kur'an ve Sünnet'ten çıkan siyasi düzenin bir hayal veya kuruntu olmadığını, temellerinin sağlam ve açık olduğunu da ısrarla vurgular. Buna rağmen, İslamın tarihi gelişme ve tekamül gerçeğini göz önünde bulundurarak devlet için tek bir yönetim şekli belirlemediği, zamanın ihtiyaçlarına göre içtihatlarıyla en güzel yönetim şeklini bulmanın Müslümanlar için bir görev olduğunu ifade etmiştir.²¹

Nitekim Raşit halifeler, yazılı bir anayasa olmamasına rağmen, Kur'an ve Sünnet'ten içtihat yoluyla, yönetim tekniği ve idare şekliyle ilgili ilkeler ve kurumlar oluşturmuşlardır. Elette bunlar dönemleri itibariyle meşru bulunmuş ve geçerli kabul edilmiştir. Her şeye rağmen bunların ebedi olduğu da zannedilmemelidir.²² Hatta bugün onların idari hususlarda benimsediği taslakları

²⁰ Ced'an, 72

²¹ Esed, 70-71

²² Esed, 72

aynen benimsemekle, onların ulaştığı meşruiyete ulaşmış olamayız aksine onların başlattığı yaratıcı gayretlere açıkça ihanet etmiş oluruz.²³ Ayrıca o günden bu güne insanlığın ulaştığı bilgi birikimi ve tecrübeyi dikkate almamış oluruz.

b. İlk Dönemlerde Yürütme Organının Yapısı

Yürütme, geniş anlamda ele alındığında, bir yanıla siyasal nitelikli hükümeti, öbür yanıla da teknik nitelikteki idareyi kapsar. Bu kavramın karşılığı olarak, Kur'an da "emir", bu işi üstlenen heyet ise "ulu'l-emr" olarak tanımlanmıştır. Hadislerde ise "umerâ" tabiri kullanılmaktadır.²⁴

Tarihte İslam düşüncesinden üç türlü yönetim modeli ortaya çıkmıştır. Hz. Peygamberin vefatından sonra özellikle Hulefa-i Raşidin dönemi tarihi tecrübeyi esas alan "Hilafet modeli", İslam öncesi ve sonrası Arap düşüncesinin açık bir anlayışını temsil eden "Saltanat modeli" ve Şii İslam düşüncesinden "İmamet modeli" ortaya çıkmıştır.²⁵ Hilafet modelinde, yürütmenin başı sıfatıyla devlet başkanının tüm işlemleri şu iki hususla sınırlıdır.

a) Kur'an, sünnet ve icma'da varit olan açık bir norma ters düşmemesi,

b) İcraatlarının İslam hukukunun, ruhu, gaye ve amaçlarıyla uyum sağlamasıdır.²⁶

²³ Esed, 80

²⁴ Ammara, 73

²⁵ Abdülhâlık Mustafa, 127 (Şia'nın "imamlık makamı"nı peygamberlik makamıyla kıyaslamasını şiddetle eleştiren Ammara, bu düşüncenin Katolik kilisesi din adamlarının anlayışıyla paralellik arz ettiğini açıklar. a.g.e. 35)

²⁶ Temmâvî, 246

Hız. Peygamber döneminde devlet, kuvvetler birliğı esasına göre yönetilmiş,²⁷ yasama, yürütme ve yargı erki onun elinde olmuştur.²⁸ Hız. Ömer dönemine gelindiğinde kuvvetler ayrımının ilk basit ayrışmaları gözlenmiştir. Halife Ömer, İslam dünyasında, yalnız cumhuri değil, hem de bütün vasıfları ve neticeleriyle, iyilik ve adalet üzerine kurulu, bir demokratik idare kurmuştur.²⁹

Halifeler döneminde, devlet başkanlarının sahip oldukları hukuk formasyonu nedeniyle yasama ve yargı faaliyetine katılmış olmaları yanılığlara sebep olmuş, bu faaliyetlere katılmanın devlet başkanlarının görevleri arasında olduğu kanaati yaygınlaşmıştır. Oysa devlet başkanı yürütmenin içinde yer alan ve yürütmeden doğrudan sorumlu olan, yasama ve yargıyı koordine eden ve bunlarla dolaylı olarak sorumlu olan bir konumdadır.

b.1. Yürütme Yasama İlişkisi

İlk dönemlerde sistemin sadeliğı ve devlet başkanlarının hukuk formasyonuna sahip olmaları nedeniyle, Halifeler yürütme faaliyeti ile birlikte yasama faaliyetine de katılmışlardır. Yasamanın bir devlet fonksiyonu olması ve pozitif bir nitelik taşıması için yürütme tarafından kabul edilip uygulanması önemlidir. Devlet başkanlarının yasama faaliyetine katılmaları yasamaya böyle bir nitelik kazandırmıştır.

²⁷ Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, I/69 Demirkol, 25 Aldıkaçtı, 21

²⁸ Müşrife, 87

²⁹ Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, I/68-69 (Başgil, Hız Ömerin şahsiyeti hakkında şu tespitlerde bulunur: Halife Ömer, siyaset sahnesinde benzerine az rastlanan yüksek siyret ve vasıfta bir devlet adamıdır. İslam tarihi Ömer gibi bir devlet adamını bir daha görmemiştir dersek hakikate uymayan bir şey söylemiş olmayız. Bu büyük insan, İslam dinin bütün faziletlerini nefsinde toplamış ve yalnız devlet adamı değil müstesna yaratılıştaki bir insan olarak da adını tarihe altın ile yazmıştır. a.g.e. 68)

İslam hukukundaki genel ilkeler hüküm koymada esas kabul edilirler. Onlar İslami yasamanın köşe taşlarıdır. İslam hukuku, devlet başkanına bu ilkeler çerçevesinde yasamayı tamamlama görevi verir. Böylece o, İslam hukukunun getirdiği ilkeler ve kuralların sağladığı haklar içerisinde yasamadaki incelikleri ve ayrıntıları açıklar.³⁰

Hz. Ömer dönemine gelindiğinde yasamanın Şura Meclisinin görevi olmak üzere yürütmeden ayrıldığı görülür. Fakat Hz Ömer, daha önce bir fiili suç sayan açık ve kesin bir hüküm olmadığı zaman yürütmenin başı sıfatıyla İslam hukukunda devlet başkanına tanınan ta'zir yetkisini kullanarak bu suça uygun cezayı takdir etmiş ve uygulanmasını sağlamıştır.³¹ Ancak ta'zir kapsamındaki suçların önceden kanunlaştırılması toplumun istikrarı için önemlidir. Bu suçlara uygun cezaların takdir edilmesi ise yargı makamlarına bırakılmalıdır. Çağdaş hukukçulardan bazıları bu suçları tespit yetkisinin yasama organı tarafından kullanılmasının uygun olacağını ifade etmişlerdir.³²

b.2. Yürütme Yasama İhtilafı

Şura Meclisinin seçim yoluyla oluşturulmasından sonra bu Meclisin oluşturacağı kararların yürütme organını bağlayıcılığı tartışılmaktadır. Konuyla ilgili ayet (..İş hususunda onlarla istişare et. Bir kere azm ettin mi de Allah'a güvenip

³⁰ Abdulkadir Udeh, Ümmetin Bilgisizliği ve Alimlerin Acizliği Arasında İslam (Çev.Ali Kuzudişli) Erkam Matbaacılık, İstanbul 1999, 24

³¹ Temmâvî, 186

³² Temmavi, 187

dayan...³³ incelendiğinde istişare sonucunda alınan kararın bağlayıcı olduğu görülmektedir.³⁴

Bazı İslam hukukçuları, bu ayetten, lider için görüş sahibi kimselerle istişare etmek gerektiği durumlarda, kamu menfaatinin gereklerine uygun gördüğü görüşü uygulamakta serbest olduğu sonucunu çıkarıyorlar. Bu ayetin, Uhud savaşından kısa bir süre önce indirildiği göz önünde bulundurulduğunda ve Hz Peygamberin –isabetli görüşüne rağmen-sahabilerin çoğunluğunun görüşünü kabul etmeyi kendisi için zorunlu görmesi uygulaması da değerlendirildiğinde bu görüşün, yorumda bir zorlama olduğu apaçık görülecektir. Oysa Hz Peygamberin bu savaştan önceki düşüncesi, Kureyş’in sayı ve silah üstünlüğü nedeniyle, Medine’de savunma yapmaktı. Sahabilerden bir kısmı Rasulullah’ın bu görüşünü desteklemelerine rağmen büyük çoğunluk Medine dışına çıkıp savaşma fikrinde ısrar edince- Peygamber bu görüşü doğru bulmamasına rağmen- onların görüşlerini kabul etti.³⁵

Şura kararlarının, icrayı bağlayıcı olduğu prensipte kabul edilmiştir. Ancak Şura kararlarının devlet başkanının görüşleriyle çatışması durumu teorik olarak tartışılmış ve bir takım önerilerle çözüm yolları aranmıştır.³⁶ Devlet başkanının “veto” hakkına sahip olduğu görüşünü savunanlar³⁷ olduğu gibi bu “veto” hakkının

³³ Ali İmran, 159

³⁴ Esed, 121

³⁵ Esed, 123 (Bu olaydan iki önemli sonuç çıkarılabilir. İlki; Hz Muhammed’in oluşturduğu demokratik ortamda, -vahiy kaynaklı olmadığı zaman- görüşlerinde ısrarcı olmaması ve sahabilerin buna alışık olması, ikincisi; Her zaman çoğunluğun görüşünün isabetli olamayabileceği gerçeğidir. Ancak ilahi iradenin suskunluk pozisyonu bu toplumun eğitiliyor olması şeklinde yorumlanabilir. Bir eğitimci olarak Hz Muhammed’in savaş sonrasında “ben size dememiş miydim?” şeklinde tekrar başa dönecek ifadelerden uzak tavrı da manidardır.

³⁶ M. Beşir Eryarsoy, İslam Devlet Yapısı, Buruc Yayınları, (y.y) 1988,248

³⁷ Ebûl-A'lâ el-Mevdudî, İslamda Devlet Nizamı, (Çev. Rasim Özdenören) Türkiye Basımevi Matbaası, İstanbul 1967, 37

bir kez daha görüşülmek üzere geri göndermekle sınırlı olması gerektiğini savunanlar da vardır.³⁸ Bu durumda Şura, kararında bir değişiklik yapıp yapmamakta hür olmalıdır. Şura üyeleri görüşünü değiştirirse sorun çözülmüş olur. Ancak Şura üyeleri kararında ısrar ederse, bu durumda Mevdudî, halkın görüşüne başvurmak üzere referanduma gidileceğini, halkın ret ettiği görüşten vazgeçilmesi gerektiğini ifade eder.³⁹

Devlet başkanının Şura Meclisini feshetme yetkisi tartışıldığında, devlet başkanına bu konuda mutlak bir yetkinin tanınamayacağı görüşü hakim olmuştur. Çünkü böyle bir yetkinin keyfiliğe yol açabileceği kanaati oluşmuştur. Ayrıca Şura Meclisini halkın seçtiği düşünüldüğünde bu yetkinin yine halk tarafından kullanılmasının uygun olacağı ifade edilmiştir.⁴⁰

İslam hukukçularından Zeydan ise, Devlet başkanı ile Şura meclisi arasında meydana gelebilecek anlaşmazlığa üç yöntemle çözüm teklifi getirmiştir.

Hakem Yolu: Bu yol, fakih, iyi görüşlü, devlet işlerini bilen, fikir ve görüşlerinin bağımsızlığı için gerekli teminata sahip kişilerden kurulu bir heyetin seçimini şart koşar. Bu heyet, başkanla meclis arasındaki ihtilaf konusunu tartışıp inceledikten sonra görüşünü bildirir ki buna uyulması her iki taraf için mecburidir. Konuyla ilgili çağdaş yaklaşımlarda bulunan el-Arabî, böyle bir anlaşmazlık durumunda, devlet başkanı ve Şura Meclisi arasındaki anlaşmazlığı ele alıp hükme bağlaması için Yüksek Mahkeme diyebileceğimiz tarafsız bir yargı organı meydana

³⁸ Eryarsoy, 248

³⁹ Mevdudî, 38

⁴⁰ Macit, 140

getirilmelidir. Bu Hakimler Kurulu, İslamın teşri' ruhuna aykırı kanun ve kararnameleri iptal edebilme yetkisine de sahip olmalıdır.⁴¹

Çoğunluğun Görüşünü Alma: Bu usule göre devlet başkanının, kendi görüşüne muhalif bile olsa, çoğunluğun görüşünü kabul etmesi gerekir.

Esas Kararı Devlet Başkanının Vermesi: Başkanın Şura meclisi ile görüştüktan sonra, çoğunluk veya azınlığın görüşü ile bağlanmaksızın kararını vermesidir.⁴²

Teorik olarak Yasama Meclisi ile Yürütme organı arasındaki çatışma ve gerilim alanı, yasama organı tarafından oluşturulan yasalara, devletin yüksek menfaatleri ile çatıştığı gerekçesi ile yürütmenin itiraz etmesi durumu veya yürütmenin, devletin yüksek menfaatlerini gerekçe göstererek yasal zeminin dışına ya da rutin dışına çıktığı alandır.

Yasama Meclisi tarafından kabul edilen yasalar ile Yürütme organının her türlü tasarruflarının İslam hukukunun genel ilkelerine uygunluğunu denetleyecek kurumun, bağımsız hakimlerden oluşan “Yüksek bir Mahkeme” olabileceği teorik olarak ortaya konmuştur. Bu kurumun, yalnız Anayasal davalara bakan tarafsız bir kurum olma özelliği vurgulandığı gibi; böyle bir mahkemenin ülkenin en büyük hukukçularından oluşması, bu hukukçuların İslam hukukunu çok iyi bir şekilde bilmekle kalmayıp, dünya meselelerini de çok iyi bilen kişilerden oluşmasının gereğine işaret edilmiştir. Çünkü, ancak böyle bir kurum, hem yasaların hem de idari tasarrufların İslam hukukunun lafzına ve ruhuna uygunluğunu denetleyebilecektir.

⁴¹ Muhammed Abdullah el-Arabî, İslamda İdare Nizamı (Kur'an Devleti) İkbal Matbaacılık, Ankara 1976, 129

⁴² Abdülkerim Zeydan, İslam'da Fert ve Devlet Münasebetleri,(ç.y.) Kerem Matbaacılık, İstanbul 1995,105-106

Ancak herhangi bir konuda, tüm üyelerin kararlarında ittifak etmeleri de beklenmemelidir. Kararların oy çokluğu ile alınması kesinleşmesi açısından yeterli olup, devletin tüm organları ve halk için bağlayıcı nitelik taşımaktadır.⁴³

Böyle bir kurulun hem yasama hem de yürütmenin ortak katılımı ile oluşturulması önemlidir. Teorik olarak yürütme organı tarafından hazırlanacak bir üye listesi yasama meclisine sunulur, ya da tam tersi yasama meclisi tarafından oluşturulan bir liste yürütme organının onayına sunulur. Tarafların ortak mutabakatı ile oluşturulan mahkeme görevine başlayabilir. Bu üyelerin görevlerini ifa etmeleri belli bir yaşla sınırlandırılabilceği gibi hayatlarının sonuna kadar üye olarak da kalabilirler. Üyelerin çalışma sürelerinin sınırlandırılması durumunda, görevlerini tarafsız bir şekilde yürütebilmeleri açısından emekli sonrası herhangi bir işte çalışmalarına izin verilmemelidir. Ancak ekonomik ve sosyal haklar bakımından da buna mecbur edilmemelidir. Kurul üyelerinin, sağlık sebebiyle görevlerinin gereğini yerine getirememesi ya da görevleriyle bağdaşmayacak bir tutum ve davranış içine girmesi durumunda görevine son verilir.⁴⁴

İlk dönemlerde hakimlere ödenen maaş onların mesleklerinin onurunu korumaları ve görevlerini herhangi bir beklenti içinde olmaksızın yerine getirmelerini sağlayacak kadar iyi idi. Halifeler döneminde hakimler en yüksek maaş alan devlet memurlarıydı. Hz Ömer döneminde hakimlerin maaşı bazı valilerin aldığı maaştan da yüksek olabiliyordu. Bunun sebebi ise, memurların işgal ettikleri makam,

⁴³ Esed, 139

⁴⁴ Esed, 141

yüklendikleri ek külfetler, medeni halleri ve bakmakla mükellef bulundukları kimselerin de göz önünde bulundurulmasıdır.⁴⁵

b.3. Yürütme Yargı İlişkisi

Hz Peygamberin arkadaşlarından hukuk bilgisi olanları zaman zaman yargıyla görevlendirmesi, yargının yürütmeden ayrı işlemesi olarak görülebilir. Hz. Ömer döneminde bu durum daha belirgin olarak görülür.⁴⁶ Abbasiler dönemimde⁴⁷ ise, kurumsallaşmanın gerçekleştiği, hakimlerin atanması, denetlenmesi ve gerektiğinde görevden alınmasından sorumlu “Kadi’l-Kudat’lık” kurumu meydana gelmiştir. Devlet başkanı, deneyim sahibi bir yargıcı bu göreve atıyor ve bu kişi tüm yargı faaliyetinden sorumlu oluyordu.⁴⁸ Devlet başkanı ise tüm ülkede adaletin gerçekleşmesini kontrol ediyordu.

Ümmetin naibi olmak sıfatıyla hakimlerin atanmasını devlet başkanı gerçekleştirebilir. Ancak hakimler, sırf devlet başkanı tarafından tayin edildikleri için devlet başkanının naipleri olarak değerlendirilmezler. Bu nedenle hakimler, devlet başkanının ölümü ya da görevden alınması durumunda görevden uzaklaştırılmazlar.⁴⁹

⁴⁵ Celal Yeniçeri, İslâm’da Devlet Bütçesi, Fatih Gençlik Vakfı Matbaa İşletmesi, İstanbul 1984, 306

⁴⁶ Saî’dî, 435

⁴⁷ Başgil, İslam Medeniyetinin bu dönemi için şu tespitte bulunur: İslamın ilim ,fen ve sanatta, hülâsa medeniyette gösterdiği harikulade inkişaf da, bilhassa Abbasiler devrinde vukua gelmiştir. Bağdat, Orta zamanlar dünyasının ilim ve medeniyet merkezi halini almış, bu arada “İslam hukuku” akla hayret verecek yüksekliğe erişmiştir. İslam hukukunun büyük simalarından biri olan “İmam-ı Âzam Ebu Hanife” yalnız islamın değil belki dünya hukuk tarihinin en büyüklerindendir. Başgil, 71)

⁴⁸ İlber Ortaylı, Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli ve Yargı Görevi, (A.Ü.S.B.F.D) XXX/119

⁴⁹ Udeh, İslam ve Siyasi Durumumuz, 227

Bu esasa göre yargı, kaynağı ümmet olan bağımsız bir fonksiyon olarak değerlendirilir. Devlet başkanı bu fonksiyonun uygulanışını gözetleme hakkına, ümmetin bir naibi olması dolayısıyla sahiptir.⁵⁰

Halifeler, yerel yöneticileri yargıya müdahale etmemeleri konusunda uyarmış, hakimlerin yargı dışında bir işle uğraşmalarını yasaklamışlardır. Hakimlerin ekonomik yönden sıkıntı çekmemeleri için kendilerine yeterli maaş bağlanmış, hatta hakimler, en yüksek maaş ödenen devlet memurları idi. Onlar arasında da sabit bir maaştan ziyade ihtiyaçları nispetinde ödenek sağlanmış, ihtiyaçları arttıkça maaşları da arttırılmıştır.

B. İDARENİN YETKİLERİ

1. İdare Kudreti ve Egemenlik

Devlet, yürütme işlevini egemenlikten kaynaklanan üstün kudretine dayanarak yerine getirir. Günümüz siyaset biliminde kabul edilen anlayışlardan biri de “devletin hakimiyeti” anlayışdır. Bu, devlette var olan farklı fonksiyonları bir araya getiren kuvvettir. Hakimiyet, ister bir kişide, ister bir heyette, ister somut ya da soyut olsun mutlaka bir tarafta mevcuttur. Devletin bütün aksamını bir arada tutan hakim kuvvettir. Bu kuvvet gerekirse kuvvet kullanarak ötekileri başı boş bırakmaz. Bu kudret, devletin tüm vatandaşları üzerinde dağılmış olsa da varlığı hissedilen bir özelliğe sahiptir.⁵¹

⁵⁰ Udeh, İslam ve Siyasi Durumumuz,227

⁵¹ Harun Han Şirvani, İslâmda Siyasi Düşünce ve İdare, (Çev.Kemal Kuşcu) Gaye Matbaası, Ankara 1965, 299

İslam hukuku açısından egemenliğin sahibi (suje) ve kaynağının tespiti konumuz açısından önemlidir. Çünkü bu yetkiyi kullananların hukuk sınırları içinde kalmaları ve bu yetkiye muhatap olanların hukuksuzluk halinde hak iddia edebilmeleri bu yetkinin insanüstü konumda olmamasıyla mümkün olacaktır. Bu yetkinin Tanrıya izafesi ya da Tanrı adına kullanılır olması onu kutsal kılacak ve denetim dışı kalacaktır.

İslam hukuk düşüncesinde egemenliğin Tanrıya ait olduğu, bu yetkiyi kullanan devlet başkanlarının Tanrı adına hareket ettikleri ve bu durumun yönetimde teokratik bir yapı oluşturduğu iddiaları mevcuttur. Bu durumun İslam toplumlarında halkı, Tanrı karşısında olduğu gibi yöneticiler karşısında da bir “kul” seviyesine indirdiği, bundan yararlanan yöneticilerin halka ve yargı kurumlarına karşı değil vicdanlarına ve Tanrıya karşı sorumlu oldukları ifade edilmiştir.

Bu anlamda “Hakimiyet yalnız Allah’ındır” ayetinin sloganlaştırılmasını eleştiren Ammara, bu ve benzeri söylemlerin amacının ümmetin insani iradelerini yok etmek, idarecileri ilahi bir hak sahibi yapmak ve siyasi otorite hakkında mahrum bırakmak olduğunu ifade etmiştir.⁵² Kimi hukukçular ise, bu anlayışın İslam toplumlarında devlet yönetimiyle ilgili bir “doktrin” oluşturulmasını engellediğini iddia etmiş; bugün bile İslam toplumlarında aynı görüşleri taşıyanların azımsanmayacak düzeyde olduğunu ifade etmişlerdir.⁵³

Egemenlik, bir devletin anayasal düzenini kuran ve ona yetkilerini kazandıran nihai bir gücü ve iradeyi göstermektedir. Egemenliğin, bir yetki olarak, sahibinin

⁵² Ammara, 47

⁵³ Macit, 111

(suje) ve o yetkiyi veren bir kaynak iradenin mevcudiyeti gereklidir. Zira yetkinin sahibi olmak, aynı zamanda onun kaynağı olmak anlamına gelmemektedir.⁵⁴

İslam hukukunda egemenliğin sahibi (sujesi) millet; kaynağı da ilahi iradedir.⁵⁵ Egemenlik bir hak mahiyetinde değil milletin objektif hukuktan kaynaklanan ve hukuk içinde sınırlı olan bir yetkisi niteliğindedir. Millet egemenliği ise vahyin temel ilkeleri ile bağlı hukuki bir yetki niteliğinde kabul edilmiştir. Böylece yönetenler, siyasi iktidar vasıtasıyla, devlete ait yetkileri millet adına, ona vekâleten ve onu temsilen kullanma hakkını elde etmektedir.⁵⁶

Burada milletin, hâkimiyetin kaynağı olmasına rağmen bu hakkının mutlak olmayıp Allah'ın mutlak hâkimiyeti ve toplum düzeni ile fertler hakkında buyurmuş olduğu hükümlerde beliren iradesiyle sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Bu sebepten de milletin hâkimiyeti, kendi başına buyruk, her şeyi yapabilme anlamında değildir.⁵⁷

İslam hukukçularından bazıları, Kur'an ayetlerinden hareketle, şer'i hükümleri uygulamaktan müslüman toplumun sorumlu olduğunu, toplumun omuzlarına yüklenmiş olan bu ağır sorumluluğun, yükümlüsü olduğu şeyleri yapabilmesi için, hâkimiyetin bizzat toplumun hakkı olması gerektiğini ifade etmişlerdir.⁵⁸ Çağdaş düşünürlerden İbn Badis'e göre ümmet, her türlü otoritenin kaynağıdır. Ümmete, ancak kendisine uygulanmasına razı olduğu ve idarecilerini uygulamakla yükümlü

⁵⁴ Talip Türcan, İslam Hukukunda Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri (Basılmamış doktora tezi), Isparta 1999, 276-277 Esed, 96

⁵⁵ Türcan, İslam Hukukunda Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri, 278

⁵⁶ Türcan, İslam Hukukunda Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri, 281-282

⁵⁷ Zeydan, 90

⁵⁸ Zeydan, 88

kıldığı kanunları uygulamak caizdir. Sorumluluk, yasal sınırlar çerçevesinde devlet ile vatandaş arasında müşterektir.⁵⁹

Ancak, toplumun, sahip olduğu hâkimiyeti bizzat kullanması, onun toplum olma özelliğinden dolayı tam olarak mümkün değildir. Çünkü bu pratikte imkânsızdır. Bu sebeple toplumun, hakkı olan hâkimiyeti kullanmasında “naiplik” – niyabet- teorisi ortaya çıkmıştır.⁶⁰ Devlet başkanı görevi itibariyle ümmetin vekilidir. Bu görevi ona ümmet vermiştir. Görevini kanunlara uygun olarak yaptığı takdirde ümmet kendisine itaat eder. Allah’ın çizmiş olduğu sınırların dışına çıkarsa, ümmet onu azleder.⁶¹

Bu tür ifadelere rağmen devlet başkanının görevden alınma işleminin nasıl gerçekleştirileceğine dair ciddi bir teori geliştirilememiştir. Gibb’in ifade ettiği gibi “Öyle görünüyor ki, bir halife hukuken görevden alınabilir, ama onu görevden almanın hukuki bir yolu mevcut değildir.” Fakat buna rağmen Mâverdî, belirsiz ve etkisiz bir şekilde de olsa, en azından halkın kötü halifeye karşı ayaklanma hakkını tanımaya cesaret etmişti. Sonraki düşünürler bunu dahi yapamadılar.⁶²

Çağdaş İslam düşüncesinde devlet ve devlet düzenine ilişkin teorik çalışmalara son yüzyılda sıkça rastlanmaktadır. Örneğin “Modern fakat İslami bir devletin anayasası, bütün Müslüman mezhep salıklarının ittifak edebilecekleri ne gibi prensiplere isnat etmelidir.” mevzuunu görüşmek ve bu prensipleri tespit etmek için

⁵⁹ Ced’an, 19 (Abdülhamit b. Badis, Cezayir Müslüman Alimler Cemiyeti’nin kurucusudur.)

⁶⁰ Zeydan, 88

⁶¹ Temmavi, 242

⁶² Muhibül Hasan Han, Ortaçağ İslam Siyasetinde Devlete Karşı Ayaklanma Teorileri, Derleme: İslamda Siyaset Düşüncesi, (Çev:Kazım Güleçyüz) İnsan Yayınları Paşahan Matbaası, İstanbul 1995,158

Karaçi’de Süleyman Nedvi başkanlığında toplanan ve içlerinde Mevdudi’nin de bulunduğu, otuz bir kişiden oluşan bir komisyon bir anayasa taslak çalışması yapmıştır.⁶³

Bu komisyonda yer almasına rağmen ne gariptir ki Mevdudi, İslami bir anayasa metni hazırlama çabalarını çok anlamlı bulmamaktadır. Mevdudi; salahiyesiz ve otoritesiz bir kişinin veya cemaatin İslam anayasasını hazırlamasını, bu hususta telkin ve teşvikte bulunmasını manasız bulduğunu ifade eder. Bu nedenle de konuyla ilgili yazdığı eserinde İslam anayasasının esaslarını maddeler halinde tespit etmemiş, ana hatlarıyla izahla yetinmiştir. Bu çalışmasıyla, İslami anayasanın tatbiki için telkin, teşvik ve propagandada bulunmadığını ve anayasa vazetmeğe çalışmadığını ifade etmiştir.⁶⁴

Oysa İngiliz şarkiyatçı Coulson, İslam hukukunu canlılığını muhafaza eden bir hukuk sistemi olarak kabul eder. Ona göre İslam hukuku, hem Müslümanların vicdanlarında mevcudiyetini muhafaza eden hem de İslam toplumlarında çeşitli şekillerde uygulanan bir sistem olarak canlılığını korumaktadır. O, bu görüşleriyle hocası Schacht’tan ayrılır.⁶⁵

Şüphesiz çağdaş düşünürleri bu tür çalışmalara yönelten sebeplerden biri de, İslam dünyasının geri kalışı, uygarlığının sınırlı boyutlara sıkışıp kalması, Müslüman

⁶³ Macit, 156

⁶⁴ Ebul-a'lâ el- Mevdudî, İslam Anayasası (Çev. İhsan Toksarı) Tan Matbaası , İstanbul 1969, 4

⁶⁵ Noel James Coulson, Coulson’un İslam Hukukuna Bakışı, (Çev.M. Kâmil Yaşaroğlu) Oryantalistlerin Gözüyle İslam-Örnek Metinler-(ed. Ahmet Yücel) Ayyıldız Matbaacılık,İstanbul 2003, 194-195 (J.Schacht, İslam hukukunu tarihin belli bir döneminde uygulanmış ancak daha sonra hayatiyetini kaybetmiş bir hukuk sistemi olarak hukuk tarihi bağlamında incelemeye değer olarak görmektedir. Ona göre bu açıdan inceme konusu olarak Roma hukuku ile İslam hukuku arasında benzerlik vardır. Öte yandan Schacht, Coulson’un İslam hukukuna yaklaşım tarzını eleştirerek onun bir “İslam araştırmacısı” yerine çağdaş bir “hukukçu” bakış açısıyla konuya yaklaştığını ifade eder. a.g.e. 194)

uluslarının ve devletlerinin acizliğidir. Bu durum, gayretli Müslüman düşünürlerin ister istemez pek çok konuda çeşitli rahatsızlıklar duymalarına yol açmıştır. Ancak İslam dünyasının bu geri kalmışlığının Müslümanlıklarından kaynaklanmadığını ve diğer insanların ilerlemelerinin de İslama bağlı olmamalarıyla bir ilişkisi bulunmadığını bilmek gerekir.⁶⁶

Mezalim Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla görev yaptığını ifade eden hukukçulara göre,⁶⁷ bu, Mezalim Mahkemesi adlı yargı heyetince çıkarılan yasal bir kararlar gerçekleşir. Görevden alınmayı gerektirecek bir hata ile gerektirmeyen bir hatayı bir birinden ayırt edebilecek yetkinliğe sahip olan yine bu mahkemedir. Devlet başkanı, Mezalim Mahkemesi'nin hükmüne boyun eğmediği zaman, Allah'ın hükmüne karşı gelmiş olur. Bu durumda Müslümanlar onu alaşağı edebilirler. Çünkü artık biatleriyle ona verdikleri taahhütleri yerine getirme zorunlulukları kalkmıştır.⁶⁸

Başka bir yaklaşım da Cezairî'den gelmiştir. Ona göre Devlet başkanını görevden almak “Hilafet Meclisi”nin görevidir. Müellifin bu kavramı, Şura Meclisi yerine kullandığı görülmektedir.⁶⁹ Ehl-i Hall ve Akd'i yasama meclisi olarak kabul edenler, bunların devlet başkanını görevden alma yetkisini haiz olduğunu, bu yetkiyi “Meclisin güven oyu” şeklinde yorumlamışlardır. Çoğunluğun güvenini alamayan

⁶⁶ Ced'an, 10, 20

⁶⁷ Akyüz, 136

⁶⁸ Ced'an, 57

⁶⁹ Ebubekir el-Cezairî, İslam Düsturû, (Çev.Harun Ünal)(my),(yy),(ty) 17-18 (Müellif, “Hilafet Meclisi”ni oluşturacak kişilerin özelliklerini şöyle belirlemiştir. “Her bakımdan değerli, tecrübeli, ilim adamları, seçkin asker kişiler, sanatçılar ve maliyeciler ile iktisatçılar bu meclise üye olarak alınmalıdır. Bunlar aynı zamanda “Ehl-i Hall vel Akd adını alırlar ki, bunlar seçme ehliyetini haiz değerli ve mümtaz alimlerden oluşmaktadır.”

devlet başkanının görevi bırakması gerektiğini ifade etmişlerdir.⁷⁰ Ancak, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, İslam hukukçularının çoğunun kabul ettiği görüşe göre bu yetki Mezalim Mahkemesi'nindir.

Nitekim Esed de böyle bir ihtilaf halinde, tarafsız “yüksek bir mahkeme”nin devreye gireceğini belirterek, Mezalim'in “yüce divan” olarak görev yapmasını çağrıştıracak ifadeler kullanmıştır.⁷¹ Ancak Şûrâ Meclisi ile devlet başkanı arasında, bu yüksek mahkemenin de çözümleyemeyeceği Anayasal bir sorun çıktığında ise referanduma gidilir. Devlet başkanının referandumu engellemesi durumunda yüksek mahkeme, görevinden düşürüldüğüne hükmeder.⁷²

Bununla beraber, hükümetin çalışmalarını kontrol etmek, tasarruflarını eleştirmek ve gerektiğinde onu düşürmek şeklindeki vatandaşlık hakları, hiçbir zaman bir veya birkaç kişi tarafından hükümet aleyhine girişilecek silahlı bir hareketle kullanılacağı şeklinde anlaşılmamalıdır.⁷³

Müslüman düşünürlerin yöneticilere itaati emrederken, halkın haklarını feda etmeye çalıştıkları da düşünülmemelidir. Onların yapmaya çalıştığı şey, otorite çözüldüğü takdirde insan haklarının da korunamayacağını ve ancak organize hükümet varsa dinin, namusun, canın ve malın güvenlikte olabileceğini vurgulamaktır. Sonraki hukukçuların halifeye sınırsız yetkiler bahşetmelerinin sebebi sadece idarecileri övmek istemeleri değil, kanun ve nizamı koruyup hukuku uygulamanın başka bir yolu olmadığını anlamalarıdır. Onlar yöneticilerin iktidarına

⁷⁰ Macit, 116

⁷¹ Esed, 139

⁷² Esed, 160

⁷³ Esed, 160

sınır koymayı istediler, ama tarihi sürecin gerçekleriyle karşılaşan pratik insanlar olarak, statükoya razı oldular.⁷⁴

Millet egemenliği ile siyasal iktidar arasında ki sözleşme “el-Akd” biçiminde nitelenmiştir. Bu sözleşmeye dayalı olarak İslam toplumlarında idare edilenlerin, idari faaliyetlerin bir objesi değil bir hukuk sujesi olmaları gerektiği ifade edilebilir.

2. İdarenin Suç ve Ceza Koyma Yetkisi (Ta’zir Suç ve Cezaları)

Hukuk tarihi incelendiğinde ceza kanunlarının içeriğinin gittikçe arttığı görülmektedir. Cezalandırma alanlarının bu gelişmesine karşı “suç durumundan çıkarma akımı” ortaya çıkmıştır.⁷⁵ Alman hukukçular bu düşünceyle “İdari Ceza Hukuku” ve “Genel Ceza Hukuku” ayırımına giderek, kabahatleri (cünha) ceza hukuku kapsamından çıkarmışlardır.⁷⁶

Bu sistemin temel amacı, ceza yaptırımlarının uygulanacağı alanın sınırlarını özenle çizmek, bu alana dahil edilecek eylemlerin sayılarını gereksiz yere çoğaltmamak böylece suça karşı verilecek mücadelelerin başarı oranını arttırmaktır. Ayrıca adalet örgütünün yasadışı bazı basit eylemlerin yargılanması ile meşgul edilmeyerek, gerçek suçlarla mücadele edilmesini sağlamaktır.⁷⁷

Bu sistemin iki önemli özelliği vardır: İdari ceza hukukuna konu olan “kabahat”lerde idari makama takdir hakkının tanınmış olması ve ceza

⁷⁴ Han, 159

⁷⁵ Köksal Bayraktar, Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı, (İ.Ü.H.F.M.), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, 1/200-201

⁷⁶ Kayıhan İçel, idari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, (İ.Ü.H.F.M.), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, 1/117

⁷⁷ İçel, 129

yargılanmasındaki “kanunilik ilkesi” yerine “maslahata uygunluk ilkesi”nin gözetilmesidir.⁷⁸

İslam hukukunda tanımlanmış suç ve cezaların dışında Ta’zir olarak isimlendirilen tayin ve tespiti yürütme ve yargı erkine bırakılmış kabahat türünden suç ve cezalar vardır. Kabahatlerin genel ceza hukuku dışında mütalaa edilmesi ile “idari ceza hukuku” ayrımı ve “suç olmaktan çıkarma akımı” ile anlayışta benzerlikler taşıdığı görülmektedir.

İslam hukuku açısından Ta’zir suç ve cezalarını Genel Ceza Hukuku’ndan ayrı olarak İdari Ceza Hukuku kapsamında tanımlayabilme imkanına geçmeden önce Ta’zir kavramının farklı şekillerde tanımlanması nedeniyle ortaya çıkan farklı sonuçlara değinmek gerekir. İslam hukukçuları Ta’zir kavramını şu farklı şekillerde tarif etmişlerdir.

Sınırları belirlenmemiş günahların terbiyesidir.⁷⁹

Hakkında hadd ve kefarete olmayan suçlar için gerekli cezalardır.⁸⁰

Hakkında hiçbir ceza tayin ve tespit edilmemiş suçlara verilen cezalardır.⁸¹

Hakkında muayyen bir ukubat, bir hadd-i şeri’ olmayan cürümlerden dolayı tertip ve tatbik edilecek te’dib ve cezalardan ibarettir.⁸² Bunun takdir ve tatbiki devlet başkanı ve onun naibi olan hakimlere ve bir kısım devlet memurlarına bırakılmıştır.⁸³

⁷⁸ İçel, 126

⁷⁹ Maverdî, 236; Ebu Ya’lâ, 279

⁸⁰ Şemsuddîn Ebî Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr İbn Kayyım el-Cevziyye, İ’lâmu’l-Muvakkî’ n a’n Rabbi’l-Â’lemîn, Daru’l-Kutubi’l-İlmiyye, Beyrut 1993, I/125

⁸¹ Abdulkadir Üdeh, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk, (Çev. Ruhi Özcan, Ali Şafak), Önder Matbaacılık, Ankara 1990, II/76

⁸² Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuki İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul 1985, III/24

Allah'ın ve Hz. Peygamberin belli ceza tayin etmediği fakat yasakladığı fiillerdir.⁸⁴

Hakkında had ya da kefarete bulunmayan bir suç ve günahattan dolayı gereken cezadır.⁸⁵

Had ve kısas cezaları dışında kalan, miktarı ve keyfiyeti Kur'an ve Sünnet tarafından tespit edilmeyen suç ve cezalara denmektedir.⁸⁶

İslam hukukunda önceden belirtilmemiş suçlara veya belirtilmiş olup da cezaları gösterilmemiş olan suçlara verilecek cezanın yargı tarafından tayinine denir.⁸⁷

Cezanın miktarı, şekil ve mahiyeti devlet başkanının ve hakimnin takdirine bırakılmış cezalara denir.⁸⁸

İslam Hukukunun tespit ve tayinini devlet başkanına bıraktığı cezalardır.⁸⁹

Günah işleyenleri caydırıcı bir ceza ile hakimnin cezalandırmasıdır.⁹⁰

Tüm bu tanımlar bir arada değerlendirildiğinde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

“Kur'an ve Sünnetin sınırlarını tayin ve tespit etmediği suç ve cezalar” şeklindeki tanımlamalara göre Peygamber dönemi sonrası ortaya çıkan suçlarla bunlar için tayin edilmiş tüm cezalar bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir ki, buna katılmak mümkün değildir. Çünkü tüm yeni suç tespit ve ceza tayinlerini ta'zir

⁸³ Bilmen, III/306

⁸⁴ Mustafa Cevat Akşit, İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, Kültür Basın Yayın Birliği (y.y.), (t.y.), 49-50

⁸⁵ Vehbe Zuhaylî, İslam Fıkıh Ansiklopedisi (Çev.Hamdi Arslan), Feza Yayıncılık, İstanbul 1994, VI/472
Abdur Rahman I. Doi, Şari'ah: The Islamic Law, Delux Press London 1984, 226

⁸⁶ Halil Cin, Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, Timaş Yayınları, İstanbul 1990, I/331

⁸⁷ Üçok, 67

⁸⁸ Celal Yeniçeri, İslam İktisadının Esasları, Şamil Yayınevi, İstanbul 1980, 376

⁸⁹ Rifat Uslu, İslam Hukukunda Devlet Başkanının Suç ve Ceza Belirleme Yetkisi (Basılmamış doktora tezi), Konya 1998, 75

⁹⁰ A'fif Abdulfettah Tabbâra, Rûhu'd-Dîni'l-İslâmî, (m.y.), Beyrut 1988, (28. Basım), 425

kapsamına almaya gerek yoktur. Zira İslam hukuku genel yasama faaliyeti içinde yeni suç ve ceza tespitine olanak tanımaktadır. Ayrıca “ta’zir cezalarının had cezalarını geçmeyeceği ilkesi”ne rağmen ta’zir kapsamında ölüm cezası verilebileceği kabul edilmiş olacaktır. Böyle ağır bir cezanın; takdir hakkı “gibi sübjektif bir durumun hakim olduğu ta’zir kapsamına alınması kimi zaman İslam hukuku için eleştiri zemini oluşturmuştur.

İslam hukukunda devlet başkanı ve hakimlerin takdirine bırakılmış, hadd ve kısas cezalarının dışındaki suç ve cezalar” şeklindeki tanımlamalarda ise devlet başkanı ya da yürütme organının yetki sınırı ile yargı organının yetki sınırlarında belirsizlik vardır.

3. Ta’zir; “genel ceza hukukunda belirlenmiş suç ve cezaların dışında “kabahat (cünha) türünden yasak fiiller”dir. Ta’zirin “kabahatler” türündeki basit suç ve cezalar şeklindeki bu tanımını uygun bulmaktayız. Çünkü Ta’zir’in üst ve alt sınırlarının belirlenmesi “suç ve cezalarında kanunilik” ilkesine de uygun düşmektedir. Burada yürütme (idare) ve yargı erkinin yetki sınırlarını ise şu şekilde ayırmamız mümkündür.

a) İdari ceza hukuku kapsamında kabahatler (cünha) türünden yasak fiiller için suç tespit ve ceza takdir yetkisi yürütme organı ile idari makamlara aittir. Yürütme erkinin başı sıfatıyla devlet başkanı şeri’ hükümlere aykırı olmamak üzere kamu yararı gözetilerek yeni bir takım emir ve yasaklar getirebilir.⁹¹ Bu yetki çerçevesinde

⁹¹ Sabri Şakir Ansay, Hukuk Bilimine Başlangıç, Türkiye Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Matbaası, Ankara 1956, 222

İslamın genel ilkeleri ve teşri' ruhuyla bağdaşır olması şartıyla bazı suçların yeniden tanımlanması ve güncelleştirilmesini sağlar.

b) Ta'zir cezalarında yargıcın takdir hakkını iki kısımda mütalaa edebiliriz

aa) Asli cezası belli olan fiillerde ilave olarak verilecek Ta'zir cezalarında hakimink takdir yetkisine sahip olması.⁹²

bb) Yargıya intikal eden, hakkında had ve kısas cezası bulunduğu halde, suçun unsurlarının tam gerçekleşmemesi sebebiyle Ta'zir cezası ile cezalandırılan fiillerde hakimink takdir yetkisine sahip olmasıdır.⁹³

İslam hukukunda, Ta'zir kapsamında hakime geniş bir takdir yetkisinin tanındığı⁹⁴ görölmektedir.* Hakimink takdir yetkisinin geniş tutulması günümüzde de olumlu bir durum olarak kabul görmüştür. Çünkü suçların işlenme şekli, işleyenink sosyal ve psikolojik durumu elbette farklılık arz eder. Bu nedenle hiçbir suçlu diğerkine, hiçbir suç başka bir suçta benzer denilemez. Tüm suçların aynı şart ve şekillerde işlenmesi, suçlularink da aynı psikolojik ve ekonomik şartlarda yetişmesi mümkün değildir. Bu nedenle cezayı suçlununk şahsına uydurmak gerekir. Çünkü uygulanacak ceza ile ona bir daha suç işletmemek için onu suçta iten kişisel nedenleri

⁹² Şamil Dağcı, İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Ajans Türk Matbaacılık, Ankara 1996, 25

⁹³ Cin, Akgündüz, I/333

⁹⁴ Doi, Abdur Rahman, 226

* Hakimink, takdir hakkını yerinde ve makul ölçüler içerisinde kullanmaması ve bu hakkink suiistimale açık olması eleştiri kaynağı olmaktadır. Hakimink kimi zaman takdirinde tezada düşebileceğı ifade edilirse de yargıcink takdirine daima aynı şekilde kullanma zorunluluğı olmadığı unutulmamalıdır. Hakimink takdir yetkisini kullanırken “keyfi” hareketine şu kurallarla sınır getirilmiştir. 1-Yargıç, takdir yetkisini kullanırken, yetki sınırlarını aşmamalıdır. 2-Takdir yetkisi için yasa bazı koşullarınink gerçekleşmesini ön görmüşse, yargıcink bu koşullara uyması gerekir. 3- Yargıç takdir yetkisini “gerekçeli” olarak kullanmalıdır. Gerektiğinde bunları açıklayabilmelidir. 4- Yargıç takdir yetkisini “hakkaniyet” sınırlarını içerisinde kullanmalıdır A. Şeref Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, 67-68

yok etmekten başka çare yoktur. Cezayı failin kişiliğine uydurmak için hakimın takdir yetkisi genişletilmiş ve sadece alt ve üst sınırlar belirlenmiştir. Sert kanunilik ilkesinden hakim lehine taviz verilmesi dolayısıyla hakim katı hukuk kurallarını sadece uygulayan bir araç olmaktan çıkartılmıştır.⁹⁵

Ta'zir'i gerektiren cezalarda mutlak kanuniliğin (formalizm) olmaması, hukukun değişen şartlara uyumunu kolaylaştırmakta ve Ta'zir cezalarının tabiatındaki esneklik, suçun ağırlığını ve işleniş şeklini de dikkate alarak suç failinin şahsına, sosyal ve mali durumuna uygun bir cezanın verilmesinde kısaca cezanın ferdileştirilmesinde ve hukukun hadiseye tatbikinde uygulayıcıya kolaylıklar sağlamaktadır.⁹⁶ Bu nedenle bu suçlarda uygun olan ceza ile cezalandırma hak ve yetkisi yargıcın takdirine bırakılmıştır.

Sonuç olarak, İslam hukukunda, genel ceza hukuku çerçevesinin dar olması (tekliflerinin azlığı) ve kabahat (cünha) türü suç ve cezalarda takdirin yürütme organı ve idari makamlara bırakılmış olması yönleriyle yukarıda ifade ettiğimiz hukuk akımlarıyla paralellliğini ve uygunluğunu ifade etmek isteriz. Ayrıca bu sistemlerin iki önemli özelliğini belirtmiştik. Bunlardan ilki idareye takdir yetkisinin verilmiş olması, ikincisi de “kanunilik” ilkesi yerine “maslahata uygunluk” ilkesinin gözetilmesidir. İslam hukuk düşüncesinde maslahata uygunluk çok önemli olmasına rağmen tanım çerçevesi açısından sübjektiflik taşıması nedeniyle Ta'zir suç ve cezalarında “kanunilik” ilkesini gözetmiş ve bu cezalar için üst sınır konmuştur.

⁹⁵ Doğan Soyaslan, İdarenin Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 1990, 27

⁹⁶ Dağcı, 35

Buna rağmen hem idarenin hem de hakimlerin takdir yetkisinin yargı denetimi sağlanmış, Mezâlim mahkemeleri bu tür davaların çözüm yeri olmuştur.

Kabahatler türündeki basit suç ve cezaların idari ceza hukuku içinde düşünülerek yürütme ve idari makamlara bırakılmış olması genel ceza hukukunun özelliklerinden olan “yükümlülüklerin azlığı” ilkesiyle de uygunluk arz etmektedir. Zira bununla “genel ceza hukukunun” sınırları daraltılmış ve mahkemeler basit kabahatlerle meşgul edilmeyerek gerçek suçlulukla mücadele imkânı sağlanmış olacaktır. Ayrıca bireylerin basit kabahatlerle suçluluk psikolojisi ile mahkemeye çıkarılması önlenmiş ve yüklü mahkeme masrafları da engellenmiş olacaktır.⁹⁷

3. İdarenin Takdir Yetkisi

İdareye belli bir davranışta bulunması veya belli bir görevi yerine getirmesi için az veya çok bir hareket imkanı verilmiş ise, yahut idarenin belli bir görevi yerine getirirken elinde birden çok hal tarzı varsa o zaman idarenin takdir yetkisinden söz edilir. İdare takdir yetkisini kullanırken aşağıdaki esaslara uymak zorundadır.

İdare takdir yetkisini kullanırken eşitlik ilkesine ve hukukun genel ilkelerine uymak zorundadır.

İdare takdir yetkisini, kamu yararı için kullanmak zorundadır.

İdare bütün kararlarında olduğu gibi, takdir yetkisini kullandığı kararlarda da gerektiğinde aldığı kararın gerekçesini açıklayabilmelidir.⁹⁸

⁹⁷ Dağcı, 25

⁹⁸ Gözübüyük, Türkiye'nin İdari Yapısı, 57-58

Tüm idari sistemlerde doğal olarak kullanılan takdir yetkisi ile ilgili sistemli bilgilere İslam hukuku ile ilgili eserlerde rastlayamadık. Ancak idarenin takdir yetkisi ile ilgili yukarıdaki esasların İslam hukukuna uygunluğunu ifade etmek isteriz.*

4. İdarenin Düzenleme Yetkisi (Kural Tasarrufları)

İdare, kendi görev alanına giren işleri yürütebilmek için düzenleme yetkisine sahiptir. İdare genel düzenleme yetkisine dayanarak kural tasarruflarda bulunur. Yürütme, karar alma ve bu kararları kamu gücüyle yerine getirme yetkisine sahiptir. Bu yetki yürütme gücünün mahiyetinde bulunan bağımsız bir yetkidir. Yürütme, tanzim salahiyetinin bağımsızlığını kendi özünden almıştır.

İslam hukukunda, değişmez hükümlerin sınırları içinde ve zamanın ihtiyaçlarını karşılamak üzere, örflerden ve içtihatlardan faydalanarak “kanunlar” oluşturma, zaman içinde devam eden ve mücerret “kaide-tasarruflar” çıkarma yetkisi de yürütmenin görevleri arasındadır.⁹⁹

Devlet başkanı, ta’zîr kapsamı dışında ümmetin maslahatına uygun hukuki kaideler koyabilir, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için hukuki düzenlemeler yapabilir. Siyaset-i şer’iyye çerçevesinde genel prensipler koyabileceği gibi müçtehitlerden birinin görüşünü tercih ederek, bütün Müslümanlardan bunun tatbikini isteyebilir. Görevlerini yerine getirirken idari, askeri ve mali konularda

* Tarihi uygulamalarda sistemin sadeliği nedeniyle icranın başı sıfatıyla devlet başkanlarının takdir yetkisini bizzat kullandıkları görülür. Ancak bu yetkilerini kimi zaman genişleterek kullanmaları İslam hukuku için bir eleştiri zemini oluşturmuştur. (Siddık Sami Onar, Hukuki Tasarruf ve Kazaî Murakabe (Cemil Bilsel’e Armağan), Kenan Basımevi, İstanbul 1939, 281

⁹⁹ Hâtemî, 112

kararlar alıp gerektiğinde yasal düzenlemeler yaparak kanuni boşlukları doldurur.¹⁰⁰

Ayrıca yasama organınca oluşturulan kanunları uygulamak için tüzük ve yönetmelikler çıkarıp Müslümanların işlerini düzene koyar.¹⁰¹

İslam hukukunda bu yetki, halk ile devlet başkanının beyat akdiyle devleti genel maslahata göre yürütme şartıyla verilmiş bir yetkidir. Bu yetkiyi “siyaseti şeri’yye” kapsamında bir yasama faaliyeti olarak değerlendirenler, ortaya konan hukuk kuralının Kur’an ve sünnet’e aykırı düşmemesini meşruiyet bakımından yeterli görmektedir.¹⁰²

İslam hukuku devlet başkanına düzenleme hakkını vermişse de, ona kayıtsız şartsız teslim etmemiştir. Devlet başkanının yasama hakkı, koyduğu kanunların İslam hukukunun genel ilkeleri ve İslam hukukunun ruhuna aykırı olmamasıyla sınırlıdır. Onun hakları yasamanın yalnızca iki çeşidi ile kısıtlıdır.

Uygulamaya yönelik yasama: Bununla İslam hukukunun uygulamasına giren şeyler kastediliyor. Bu yöndeki yasama bakanların, kanunların uygulanmasına yönelik yayınladıkları yönerge ve yönetmelikler gibidir.

Düzenlemeye yönelik yasama: Bununla da şer’î ilkeler çerçevesinde toplumu düzenleme, koruma ve ihtiyaçlarını karşılamayla ilgili yasama kastediliyor. Bunda devlet başkanı özel bir nass belirlemez. Burada her şeyden önce İslam hukukunun genel ilkeleri ve İslam hukukunun ruhuyla uygunluk arz etmesi şarttır.¹⁰³

¹⁰⁰ Gümüšoğlu, 312

¹⁰¹ Gümüšoğlu, 313

¹⁰² Türcan, İslam Hukukunda Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri, 279

¹⁰³ Udeh, Ümmetin Bilgisizliği ve Alimlerin Acizliği Arasında İslam , 25

İdare, kendine tanınmış olan düzenleme yetkisini kullanırken hukuk esaslarına ve maslahata uygun hareket etmek zorundadır. Bundan dolayı İslam hukukunda kural tasarruflar çerçevesinde çıkarılan muvakkat emir (kararname) lerin ümmetin menfaatine olacak şekilde düzenlenmesinin zorunluluğu vurgulanmıştır.¹⁰⁴ Hukuki denetime tabi tutulmak koşuluyla hükümetlere kanun hükmünde kararnameler çıkarma yetkisi verilebileceği ifade edilmiştir.¹⁰⁵

Ömer Lütfü Barkan, devlet başkanlarının takdir ve ta'zir yetkilerini âmme menfaatlerine uygun şekilde kullanma koşuluyla yeni nizamlar kurma imkanı bulmuş olmalarını hukukta düalist bir anlayışı yansıttığını ifade eder. “İslam hukukçuları, sultanları umumiyetle şeriatın esas hükümlerinin sarıh bir şekilde aksini emretmediği ve âmme maslahatının icap ettirdiği gibi mülahazalarla, örf ve adetlere uyarak veya bizzat kanun koyma yoluyla Devletin esas nizam ve teşkilatında ve idare usullerinde İmanın rey ve tedbiri için açık bırakılan sahalarda yenilikler yapmak hususunda serbest addetmektedir.” Barkan, bu ifadelerden sonra şu şekilde bir iddiada bulunur. “Bu suretle açık bırakılan bir takım kapıların arkasında İslam memleketlerinde şeriattan ayrı bir kanun koyma kuvveti ve yolu ile bir hukuk sahası teşekkül ve inkişaf edebilmişti.”¹⁰⁶

Barkan, devlet başkanlarının tazir ve takdir yetkilerine dayanarak oluşturdukları kanunların seküler niteliğine işaret etmektedir. Buradan hareketle

¹⁰⁴ Mustafa Ahmed es-Zerkâ, Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku (Çev. Servet Armağan), Timaş Yayınları, İstanbul 1993, I/45

¹⁰⁵ Macit, 140

¹⁰⁶ Ömer Lütfü Barkan, Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi, (İ.Ü.H.F.M.) (c.XI, s.3-4), Kenan Matbaası, İstanbul 1945, 203-205

İslam hukukunun bir âmme hukuku oluşturmakta yetersiz kaldığı sonucunu çıkarmaktadır. Bunun sebebini de Kur'an'ın bir hukuk metni olmaktan uzak olmasına bağlamaktadır. Ona göre Kur'an'da teşkilatlı bir devletin idaresi usullerine ve âmme haklarına ait hemen hiçbir sarîh prensip yok gibidir. Ayrıca bir din ve dua kitabı olan Kur'an'da çeşitli emirler arasında dağınık bir halde bazı hukuk kaideleri de vardır. Ancak bu haliyle Kur'an tam bir hukuk metni olmaktan uzaktır.¹⁰⁷

Klasik İslam anlayışına aykırı yaklaşımlarıyla tanınan, Fazlurrahman'da da bu anlayışa rastlanmaktadır. Ona göre “Kur'an bir hukuk kitabı değildir. O, koyduğu emirlere göre yaşanmasını istemekle birlikte, bunlar hukuki değil ahlakidirler. Onu soyut ama canlı genel ilkeler manzumesi olarak değil, somut emir ve yasaklar kitabı olarak almak, onu tarihe gömmektir.”¹⁰⁸

Kanunnamelerin seküler niteliğine işaret eden düşünürlerden biri de tarihçi İnalcık'tır. Ona göre “Osmanlı imparatorluğunu bir cihan imparatorluğu durumuna getiren Kanuni Süleyman bir kanunname yaymıştır. Bu kanunnameler, sırf sultanın iradesine dayanan kanunlar mecmuası, yasadır ve Şeri'atle bir ilgisi yoktur. Tamamen özel koşullar altında gelişen Osmanlı devleti, Şeri'ati aşan bir hukuk düzeni geliştirmiştir.” Müellif daha da ileri giderek bu günkü seküler yapıda Osmanlı'nın katkısı olduğunu ifade eder. “ Bugün Türkiye'nin, seküler siyasi sistemle yönetilen tek İslam ülkesi olması ve diğer İslam ülkelerinden farklı bir yol

¹⁰⁷ Barkan, 203-205

¹⁰⁸ Adil Çiftçi, Fazlur Rahman'ın Dinamik Şeriat Anlayışı, İslâmiyât, (c.I, s.4) (Şeriat Dosyası) Özkan Matbaacılık, Ankara 1998, 180

izlemesi olgusunun, büyük oranda Osmanlı geçmişinin deneyimine dayandığını söylersek, abartmış olmayız.”¹⁰⁹

Günümüz hukukçularından Başgil ve Tunaya’nın farklı fikirlerinin olduğunu görüyoruz. Başgil’e göre; “İslamda da bir esas kanun fikri vardır. Bilindiği üzere İslam yalnız vicdanlara hitap etmekle kalmamış; aynı zamanda cismani aleme ve içtimai münasebetlere dair kaideler ve müesseseler vermiştir. Başka bir deyişle, İslam hem mabet, hem de devlet işlerini tanzim etmiştir.”¹¹⁰ Tunaya’ya göre ise; “İslam dini kişi ve toplum sorununa çözümler getirmiştir. İslam din ve dünyaya ilişkin kurallar koymuştur. Bu kuralların tümü şeraiti oluşturur. Hem yönetilenlerin hem de yöneticilerin uyacakları kurallar Tanrı’nın kulları için koyduğu kurallardır.”¹¹¹

İslam hukukunda âmme hukukunun hususi hukuk kadar gelişmemiş olmasının sebeplerini ilgili bölümde ifade ettik. Ancak İslam hukukunun bir âmme hukuku oluşturmak için yeterli olmadığını ve Kur’an’ın yetersiz bir siyasi kaynak olduğunu ifade etmek ilmi gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Ayrıca devlet başkanlarının ta’zir ve takdir yetkilerini seküler bir nitelik olarak ifade etmelerine katılmasak da Ta’zir ve takdir yetkisine dayalı olarak oluşturulan kanun ve kararnamelerin bütünüyle İslam hukukuna uygunluğunu iddia etmek de mümkün değildir.¹¹²

¹⁰⁹ Halil İnalcık, Türk tarihinde Türe ve Yasa Geleneği, Doğu Batı dergisi, (s. 13), Cantekin Matbaacılık, (y.y.) 2000, 161, 166-167

¹¹⁰ Başgil, Esas Teşkilat Hukuku, I/39

¹¹¹ Tarık Zafer Tunaya, Türkiyede Siyasal Gelişmeler, Sena Ofset, İstanbul 2002, 120

¹¹² (Hâtemî’ye göre tarihi incelemelere girersek, İslam hukuku kurallarına aykırı “kanun” hükümleriyle karşılaşmamız mümkündür. Mesela “nizamı alem için karındaşların katlinin münasip” olması gibi. Hâtemî, 93)

İslam tarihinde, en azından belli bir dönemden sonra, yalnız sultanın mutlak yetkisiyle çıkarılan ve uygulanan kanunların varlığı tarihçiler tarafından iddia edilmiştir. Onlara göre sultan tarafından verilen hükümler, bazen şeriatla uyumlu görünmese bile, sivil otoritenin devamı, nihai olarak Müslümanların hayrı için zorunlu kabul edilerek bu hükümler fetvaların desteğiyle uygulama alanına konmuştur. Çoğu Osmanlı hukukçusu ve bürokratı, toplumun ve devletin ihtiyaçlarına cevap vermek için her zaman “maslahat” prensibine, yani Müslüman cemaatin genel menfaati ilkesine başvurmuştur.¹¹³

Örneğin, Osmanlı Şeyhu'l-İslamı Ebûssuûd, on altıncı yüz yılda Osmanlı toplumunda yaygın olarak yerleşmiş para vakıflarını onaylamıştır. Bunu yaparken onun gerekçesi, binlerce fakir insanın, ulemanın, öğrencilerin ve imaretlerin bundan yararlandığı ve para vakfının kaldırılması halinde Müslüman toplumun bundan büyük zarar göreceği gerekçesi idi. Böylece, toplumun faydası ilkesi, para vakıflarının şeriatça onaylanmasında kullanıldı. Oysa, aynı dönem İslam bilginlerinden olan, Mehmet Birgivi, para vakıflarının riba'ya bulaştığı ve dolayısıyla şeraite aykırı olduğu gerekçesiyle Şeyhu'l-İslam'ı şiddetle eleştirmiştir.¹¹⁴

Şüphesiz kanunnameler için sonradan çıkarılan fetvalarla meşruiyet arayışını şer'i hukuktan sapma ya da seküler bir anlayışa dönüş olarak mütalaa etmek de mümkün değildir.

¹¹³ İncılık, 164

¹¹⁴ İncılık, 163

II. İDARENİN YARGI TARAFINDAN DENETİMİ

A. İDARE HUKUKUNUN TANIMI

İdare hukuku; devlet idaresinin teşkilat ve işleyişini, kişilerin idareyle olan ilişkilerini ve idareyle olan anlaşmazlıklarını, kamu hizmetlerinin yürütülmesini düzenleyen hukuk kurallarının tümüdür.¹¹⁵ Devletin çıkarları ile ferdin çıkarları arasında bir uzlaşma ve adil bir dengenin sağlanması, hem kamu yönetiminin hem de idare hukukunun temel amacıdır. İşte, idare hukuku, idarenin haksız işlemlerine karşı fertleri hukuki yönden koruyarak devlet ile fertler arasında bir denge, uzlaşma ve uyum sağlamaya çalışmaktadır.¹¹⁶

Kamu hukukunun bir dalı olan idare hukukuna İslam hukuk düşüncesinde rastlanmadığı iddiaları mevcuttur. Bu iddiaların doğru olmadığı ifade etmek gerekir. İslam hukukunda Batı hukukunda olduğu gibi kesin bir hususi hukuk-âmme hukuku ayırımı olmadığı, İslam âmme hukukunun, tarihi sebeplerle İslam hususi hukuku ölçüsünde gelişemediği söylenebilir. Fakat bu vakıalar, İslamın yönetimle ilgilenmediği, sadece kişiyi ilgilendiren kurallar koyduğu iddiasını hiçbir zaman haklı çıkarmaz.¹¹⁷

İslam hukukunda özel hukukun son derece geniş ve sistemli olarak işlenmesine karşın, genel olarak âmme hukukunun aynı detay ve sistematik olarak işlenmemiş olmasının bu iddiaların temel nedenleri arasında olduğu kanaatindeyiz.

¹¹⁵ Şafak Ali-Bilgiç Veysel K. ,Hukuka Giriş, Erek Ofset,Ankara 2006, 82

¹¹⁶ Fındıklı- Bilgiç, 9

¹¹⁷ Hâtemî, 37

İslam kamu hukukuna ilişkin çalışmalar gerek nitelik (muhteva) gerekse nicelik bakımından tetkik edildiğinde, bu hukuk dalının, hukukun diğer alanlarına göre daha az işlendiği ve daha az geliştiği görülecektir. İslam hukukçuları bunun sebepleri konusunda farklı yorumlarda bulunmuşlardır.

Kimilerine göre bunun en önemli nedeni, devlet örgütlenmesi ve iktidara dair konular hakkında Kur'an ve Sünnet'te, az sayıdaki genel prensipler dışında düzenleyici kuralların yer almamış olmasıdır. Kur'an, insanlığın yeryüzünde istihlafi,¹¹⁸ yönetimde işin ehline verilmesi,¹¹⁹ yönetimde istişareye uyulması,¹²⁰ yöneticilere itaat edilmesi,¹²¹ gibi, olabildiğince genel düzeyde ve evrensel nitelikte hükümler sevk etmekle yetinmiştir. Sünnet'in de, hukukun öteki alanlarına yönelik bilinen yaklaşımının aksine, yönetime dair konularda Kur'an'ın yaklaşımını benimsemiş olduğu görülür.¹²²

Devlet başkanlığı (imamet) konusunun Fıkıh ilmi içinde değil de İslamın inanç disiplini olan Kelam ilmi içinde işlenmiş olması,* İslam hukukçularının kamu hukuku alanında bir "Devlet teorisi" geliştirmelerine büyük ölçüde engel olmuştur.¹²³

İlk dönem aşırı siyasi hareketlerin söyleminde siyaset, dinin hukuk boyutunda değil, inanç boyutunda aktif olarak yer almıştır. İslamdaki bir çok tartışmanın temeli

¹¹⁸ Bakara,30

¹¹⁹ Nisa,58

¹²⁰ Ali İmran,159

¹²¹ Nisa,59

¹²² Talip Türkan, Klasik İslam Kamu Hukukunun Kaynağı Olarak İcma, İslamiyat,V(2002),sayı II, Özkan Matbaacılık,Ankara 2002, 118

* Hanefî bilginlerinden Kemaluddin ibnu'l-Humâm (ö. 681)'ın "el-Musayere" adlı Kelam kitabına şerh yazan Ezher bilginlerinden Muhiyiddin Abdulhamid'in de haklı olarak ifade ettiği gibi, bu konu Kelam ilminin konusu olmamalıydı. (Kemaluddin ibnu'l-Humâm, el-Musayere fî İlmi'l-Kelâm, el-Matbaatu'l-Mahmûdiyyetu't-Ticâriyye, Mısır (t.y.), 155

¹²³ Türkan, Klasik İslam Kamu Hukukunun Kaynağı Olarak İcma,118

olan “imamet” veya “hilafet” tartışmaları hukuki düzlemde değil de inanç düzleminde cereyan etmiştir.¹²⁴

Bilindiği gibi Şii İslam düşüncesinde, yönetim ve siyaset, dinin ana ilkelerinden sayılmaktadır. Onların iddialarına cevap vermek isteyen ehl-i sünnet fırkaları bu konuları Kelam ve Usul kitaplarına koydular. Oysa onlar, bu konuları dinin temel ilkelerinden veya rükünlerinden bir rükün olduğunu reddediyorlardı. Ancak bu durum bir gelenek olarak sürüp gitmiştir.¹²⁵

Mâverdî, Sünni imamet teorisini itikadi tartışmadan uzaklaştırarak konuyu hukuki bakımdan ele alarak genel çerçevesini çizmiş, böylece kamu hukukunun gelişmesine önemli bir katkı sağlamıştır. el-Ahkâmu’s-Sultâniyye’sinden sonra kaleme alınan eserler kamu hukuku alanında dikkate değer bir katkı getirmemişlerdir.¹²⁶

Bu duruma en şiddetli eleştiri Ali Abdurrazık’tan gelmiştir. Ona göre hilafetin, dinin bir parçası olduğu, “Tevhit Akaidi”nden bir bölüm, dini bir mesele olduğu şeklindeki yanlış kanaatin halk nezdinde yaygınlaştırılması, padişahlar ve sultanların despotluklarını meşrulaştırmak amacıyla uydurdukları bir şeydir. Bu ise, Müslümanlar aleyhine pek çok tehlikeli sonuçlar doğurmuştur.¹²⁷

Şüphesiz Abdurrâzık’ın görüşlerine tamamen katılmamız mümkün değildir. Ancak onun şu tespiti önemlidir. “İslamın ilmi hareketler tarihinde siyaset ilminin,

¹²⁴ Muhammed Âbid El-Câbirî, Çağdaş Dünya da ‘Şeriat’ın Tatbiki’ Problemi, (Çev. Abdullah Şahin), İslâmiyât, (c.I, s.4) (Şeriat Dosyası) Özkan Matbaacılık, Ankara 1998, 30

¹²⁵ Ammara, 80

¹²⁶ Türcan, Klasik İslam Kamu Hukukunun Kaynağı Olarak İcma, 120

¹²⁷ Ced’an, 12

diğer ilimlerle karşılaştırıldığında hiçbir ilerleme ve gelişim gösteremediği açıkça ortaya koyulmuştur. Müslümanların bu konuyla ilgili yazdıkları ya da tercüme ettikleri herhangi bir eser yoktur. Müslümanların devlet biçimi ve siyaset metodu ile ilgili inceleme ve araştırmalarda bulunduklarını gösterecek hiçbir ize rastlamadık. Bu konuyla ilgili Müslümanların edindikleri bilgiler diğer ilimlerde gösterdikleri başarılarla oranla hiç sayılır.”¹²⁸

İmamet konusu, İslamın inanç disiplini olan “Kelam İlmi” içinde değil de hukuk ilmi olan “Fıkıh” içinde işlenseydi, bu durum bir eleştiri ve tartışma ortamı oluşturabilir ve Müslümanların bir “Siyaset Felsefesi” ya da “Devlet Teorisi” oluşturmalarına katkı sağlayabilirdi. İslam toplumlarında, kaynağı geçmişe dayanan bugünkü problemlerin oluşmasına engel olabilirdi.

Mezâlim kurumunun yargı ile ilgili görevlerinden en önemlisini, idari yargı kavramı içinde düşünülebilecek ihtilafların görülmesi meydana getirir. Burada, hemen belirtmeliyiz ki, Mezâlim kurumunda görülen idari davalar bugünkü hukukta anlaşıldığı gibi gelişmiş ve adli davalardan kesin bir şekilde ayrılmış değildir. Kadı mahkemeleri ile Mezâlim Kurumu arasında kesin bir görev ayrımı ve dağılımı olmamakla birlikte birçok konuda önemli ölçüde bir görev ayrımı ortaya çıktığını gözlemlemek mümkündür. İdari görev sahiplerinden birisinin yaptığı bir haksızlığın, kadı mahkemesi yerine Mezâlim kurumuna götürülmesi bunun açık bir işaretidir.¹²⁹

¹²⁸ Abdurrâzık, 42 (Müellifin bu görüşleri İslam dünyasında herhangi bir tepkiyle karşılanmamıştır. Asıl tepki onun “İslamın sırf manevi bir din olduğu ve Hz Muhammed’in siyasal makamının Peygamberlik makamından bir parça olmadığı” yönündeki görüşlerine olmuştur.

¹²⁹ Akyüz, 118

Modern hukuktaki idari dava kavramı, İslam hukukunda nazari açıdan detaylı işlenmemiştir. Ancak Mezâlim mahkemesine götürülen ve devlet memurlarınca devlet adına yapılmış haksız tasarruf ve fiillere karşı açılan dava ve yapılan başvurular, idari dava kavramına hayli yaklaşmaktadır. Pek tabiidir ki, bu modern hukuktaki kadar gelişmiş değildir, herhalde bundan normali de düşünülemez. Bununla birlikte, Mezâlim mahkemesinde bu gibi davaların görülmesi, devlet memurlarının hukuka uygun hareket etmesini sağlama açısından büyük değer taşıdığı da inkar olunamaz. İşte Mezâlim mahkemesindeki bu gibi gelişmeler bize, idari dava kavramının gerçekten de çekirdek sayılabilecek örneklerini vermiş olmaktadır.¹³⁰

B. BAŞLICA İDARİ YARGI TİPLERİ VE MEZÂLİM KURUMU

1. Kuruluş Bakımından İdari Yargı Tipleri

a. Danıştay Tipi

Bu yapıda idari yargı yerleri faal idarenin dışında yer almakla beraber, bazı idari görevleri de olan kuruluşlardır. Buna göre Danıştay yalnız idari uyuşmazlıkları gidermekle kalmaz, bunun yanında hükümete görüş bildirir ve kanunlarda gösterilen diğer idari görevleri yapar.¹³¹

Mezâlim kurumunun görevlerini yargıya ilişkin ve yargı alanı dışındaki görevleri olmak üzere iki grupta incelemiştik. Yargıya ilişkin görevleri idari yargı,

¹³⁰ Akyüz, 118

¹³¹ Gözübüyük, Türkiye'nin İdari Yapısı, 252 Balta, 139

adli yargı ve yüce divan olmak üzere üçe ayrılır. Yargı dışında birçok görevi icra etmiş ve görev alanı sürekli değişmiş sabit bir görünüm kazanmamıştır.¹³²

Mezâlim kurumunun yargı görevlerinin yanı sıra diğer bir takım idari görevlerinin olması yönleri ile Danıştay kurumu ile kısmi benzerliğinden söz edilebilir.*

Fransız idari yargısının şekillenme sürecinin ilk dönemlerinde devlet başkanları idari davalara bakmak ve bunları çözümlmek yetkisine sahipti. Çünkü Fransız Danıştay'ının kurulmasından hemen önce idari ihtilaflar için devlet başkanına müracaat ediliyordu.¹³³ Böylece idare kendi uyuşmazlıklarını kendisi çözmek zorunda kalmıştır. Devlet başkanı davaların artması nedeniyle Danıştay kurumunu oluşturarak davaları ona havale etti. Bu sisteme Fransız doktrini, idareci–yargıç (administration–juge) veya bakan–yargıç (minister- juge) denmiştir.¹³⁴

İlk dönemlerde Mezâlim kurumuna devlet başkanı başkanlık ediyordu. İhtilaflar için ona müracaat ediliyordu. Bu yürütme-yargı beraberliği, yukarıda ifade ettiğimiz idareci–yargıç tanımıyla benzerlik arz etmektedir. Adalet işlerinin Kadi'l-

¹³² Akyüz, 107-108

* Doktora tezi olarak, İslam Hukukuna Mezâlim Yargısı ile Fransa, Suriye, Mısır, Suudi Arabistan, İsveç Ombudsman kurumu ve Birleşik Arap Emirlikleri'nin İdari yargılarını karşılaştırmalı olarak inceleyen Abdulhamid er-Rifâi "İdari Yargı"nın kaynağının Fransa olduğu kanaatlerini reddederek ilginç bir tez ileri sürmüştür. İslam hukuk ekollerinden Maliki ekolünün Mısır'daki uygulamalarının Fransa medeni kanununu etkilediği gibi (Bu iddia ile ilgili geniş bilgi için bakınız; el-Mukâranatu't-Teşrii'yye Beyne'l-Kavânini'l-Vadi'yyeti'l-Medeniyye ve't-Teşrii'l-İslâmî, Seyyid Abdullah Ali Hüseyin, Dâr-u İhya-i Kutubi'l-A'rabiyye, Kahire 1947) aynı dönemde oluşturulan Fransız İdare Hukukuna İslam hukuku kaynaklı Mezâlim kurumunun kaynaklık ettiğini belirtir. Napoleon'un kurduğu Fransız Danıştay'ının bu kurumdaki ilham alınarak oluşturulduğunu ileri sürer. Ayrıca Endülüs uygulamalarının bu kurumun gelişimi üzerinde etkili olduğunu belirtir. Rifâi, 352-353

¹³³ Balta, 139

¹³⁴ Hazma Eroğlu, İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, 308

Kudât'a* devriyle beraber Mezâlim kurumuna da bir yargıç olan Kadi'l-Kudât başkanlık etmiştir. Bu ise bakan–yargıç tanımına benzemektedir.

b. Mahkeme Tipi

İdari yargı görevleri, adalet mahkemelerinin ve idarenin dışında yer alan ve tam mahkeme niteliğini haiz kuruluşlar eliyle yürütülür. İdare mahkemelerinin idare ile herhangi bir ilişkisi yoktur.¹³⁵

2. Görevleri Bakımından İdari Yargı Tipleri

a. Geniş Görevli İdari Yargı Sistemi

Bu sistemde ilke olarak idarenin idare hukuku alanından doğan anlaşmazlıkları, idari yargıda giderilir. Bu gibi anlaşmazlıklara istisnai olarak adli yargıda bakılır. Ülkemizde ve Fransa'daki uygulanan sistem budur.¹³⁶

b. Dar Görevli İdari Yargı Sistemi:

Bu sistemde idarenin idare hukukundan doğan her türlü eylem ve işlemleriyle ilgili anlaşmazlıklar, idari yargıda görülmez. Bunlardan idari işlemin iptalini sağlayanlar idari yargıda, maruz kalınan haksızlığın giderilmesini sağlayanlar ise adli yargıda açılacak davalar ile karara bağlanır.¹³⁷

* Harun Reşit dönemine kadar başkentteki ve eyaletlerdeki hakimler aynı statüye sahip olup aralarında bir hiyerarşi, bulunmuyordu. Harun Reşit, başkentteki hakim unvanını Kadi'l-Kudât'a çevirerek adalet işlerinin yönetiminde onu yetkili kıldı. (Schacht, 60 Kâsımî, II/123) (Kadi'l-Kudât kavramını bugünkü Adalet bakanına benzetenler olmuştur. Bakınız Nebhan, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, 564)

¹³⁵ Gözübüyük, Türkiye'nin İdari Yapısı, 253 Balta, 140

¹³⁶ Gözübüyük, Türkiye'nin İdari Yapısı, 253 Balta, 140

¹³⁷ Gözübüyük, Türkiye'nin İdari Yapısı, 253 Balta, 140

C. İDARİ TASARRUFLARIN YARGI TARAFINDAN DENETİMİ

İdarenin yargısal denetimiyle idarenin hukuka uygun davranması ve yine idarenin mali sorumluluğunun kabulünün sağlanması amaçlanmaktadır. İdarenin yargısal denetimi, idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı haksızlığa uğrayanların idari yargıya başvurarak söz konusu idari işlemin iptalini ve uğradıkları haksızlığın giderilmesini istemeleri şeklinde olmaktadır. İdarenin eylem ve işlemlerini denetlemede en etkili ve tarafsız denetim, bağımsız yargı mercilerince yapılan yargısal denetimdir.

1. İdarenin Kural Tasarruflarının Denetimi

İdari tasarrufları, kural tasarruflar ve sübjektif tasarruflar olarak ayırmıştık. İdare düzenleme yetkisine dayalı olarak çıkardığı kural tasarruflarının İslam hukukunun genel ilkeleri, Kur'an - Sünnet ve maslahata aykırı olmaması gerekmektedir. Abbasilerin ilk dönemlerinden itibaren kabul gören doktrine göre halife, İslam cemaatinin mutlak başkanı olduğu halde, yasama hakkına sahip değildi. O, sadece hukukun kendisine tanımış olduğu sınırlar içerisinde idari kurallar koyabiliyordu.

Konuya teorik yaklaşımlarda bulunan Hatemi'ye göre; Devlet başkanı, herhangi bir konuda kanun, tüzük v.s gibi bir "kural-tasarrufu", devlet seçeceği uzmanlara hazırlattıktan sonra, kanunlaşmadan, uyulması gereken bir tasarruf gücünü kazanmadan önce, henüz "tasarı" halinde iken, halkın seçtiği müçtehitler meclisine sunulacaktır. Meclis'in ana kaynaklara aykırı gördüğü tasarıları "veto" hakkı vardır. Böylece, bu günkü âmme hukuku terimleri ile ifade edersek, "kanunların Anayasaya uygunluğu"nun denetimi sağlanmış olacaktır. "Meclis bu konuda en yetkili kişilerden meydana geldiğine göre, kanun tasarılarını inceleyen ve

ana kaynaklara uygunluğunu denetleyen bir “Anayasa Mahkemesi” vazifesi de görür. Kanun tasarılarını hazırlatma ve Meclis’in incelemesine sunma yetki ve görevi ise, devlet başkanına aittir.¹³⁸

Sonuç olarak, önceden “Anayasa” ile belirtilen bazı çok önemli icraî tasarruflar ile, bütün “kaide tasarrufların” “Meclis”in tetkikinden geçmiş olması ve “Meclis”in bunları “veto” etmemesi gereklidir. Ayrıca “İçtihadı Birleştirme” mahiyetindeki kararları da devlet başkanının da katılmasıyla toplanan “Meclis” verir.¹³⁹

2. İdarenin Sübjektif Tasarruflarının Denetimi

a. İdarenin Mali Tasarruflarının Denetimi

Mezalim kurumunun görevleri arasında bütçenin denetimi de vardır. Bütçe hem idari, hem de yargısal bakımlardan denetime tabi tutulmuştur.¹⁴⁰ Bütçe gelirlerinin kanunlara uygun olarak tahsil edilip hukukuna uygun ve halkın menfaatine uygun harcanıp harcanmadığını denetleme Mezalim kurumunun görevidir. Ancak bu denetim, sürekli ve rutin olmayıp şikâyetlerin olması durumundadır.¹⁴¹ Çağdaş hukukçulardan Hatemi, Şura Meclisi’nin devletin gelir ve giderlerini denetim görevi olduğunu ifade etmiştir. Bu görev için Meclis’e bağlı uzmanlardan oluşan bir kurum da oluşturulabileceği teklifini de sunar.¹⁴² Bu fikirleri, Hatemi’nin kendi ifadesiyle “olan”dan ziyade, herhalde “olması gereken”ler gurubunda mütalaa etmek gerekir.

¹³⁸ Hâtemî, 113

¹³⁹ Hâtemî, 113

¹⁴⁰ Yeniçeri, İslâm’da Devlet Bütçesi, 421

¹⁴¹ Yeniçeri, İslâm’da Devlet Bütçesi , 417-418

¹⁴² Hâtemî, 114

Denetim sonucunda, maliye görevlilerinin fazla vergi alması, eksik maaş ödemesi ya da haksız istimlak ve gasp dolayısıyla hazineye haksız bir gelir temin edilmiş ise bunlar hazineden geri ödenirdi. Az vergi alınması ya da hazine gelirlerinde bir yolsuzluk yapılması halinde eksik vergiler tamamlattırılır, yolsuzluğa ise el konurdu.¹⁴³ Konuyla ilgili suçlu görülenler ise çeşitli cezalara çarptırılır, kamu personelinin haksız kazanç temin etmesi halinde de malına el konur ve gerektiğinde de hapis cezası verilirdi.¹⁴⁴

b. İdarenin Takdir Yetkisinin Denetimi

İdarenin takdir yetkisi yargı denetimine tabidir. Takdir yetkisi üzerindeki yargı denetimi şu sınırlar içinde gerçekleşir.¹⁴⁵

* İdare bu yetkisini kullanırken hukuka aykırı bir davranışta bulunmuş mudur?

* İdare takdir yetkisini kamu yararı için kullanmış mıdır?

İdarenin yetkisini kötüye kullandığı, takip ettiği maksat araştırılarak ortaya çıkar. Uygun olanı idarenin eylemlerini gerekçelere dayandırması ve gerektiğinde yargıya açıklamasıdır.¹⁴⁶

İslam hukukunda bir yargıcın içtihadında yanılması halinde bile içtihat faaliyetinden dolayı bir sevap kazanacağı bildirilmiştir. Bu yönüyle hakim, içtihadta bulunurken veya takdir yetkisini kullanırken sorumlu olacağı yönünde bir endişe taşımayacaktır. Uygulamada idari tasarruflardaki takdir yetkisi, hakimin takdir

¹⁴³ Yeniçeri, İslâm'da Devlet Bütçesi 419

¹⁴⁴ Yeniçeri, İslâm'da Devlet Bütçesi 422-423

¹⁴⁵ Gözübüyük, Türkiye'nin İdari Yapısı, 58

¹⁴⁶ Balta, 253

yetkisine benzetilmiş ve idari hatalar bir içtihat hatası olarak hüsnü kabul görmüştür.* Yargı mensuplarına tanınan bu toleransın idari personel için de varlığı ifade edilmiştir.

Oysa Hz. Peygamberin idari personelin hatalarına karşı tutumu farklı olmuştur. O'nun, ordu komutanı olan Halid b. Velid'in Cezîme kabilesi ile yaşadığı olay(ileride bahsi geçecek)da, hatalı davranışına karşı gösterdiği sert tepki bunun bir örneğidir. Bu olayı yorumlayan bazı hukukçular Halid'in içtihat ettiğini ve içtihadında yanılmış olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁴⁷ Oysa bu olayı duyan Hz. Peygamber son derece tepkili olarak üzüntülerini belirtmiş ve varsa muhtemel kusurunu Allah'ın bağışlaması için dua etmiştir.

Bazen de içtihada kutsallık ve “masumluk” özelliği atfedilmiştir. Oysa İslam böyle bir masumluğu sadece Resul'e tanır. Bu hakkı ise yalnız davetinin “dini” boyutları içerisinde kabul eder. Yoksa O, Kur'an'ın açık nassı'nın bulunmaması durumunda müctehit bir insan durumundaydı.¹⁴⁸

Hz Peygamber bu durumunu şöyle açıklamıştır.”Şüphesiz ben de sizin gibi bir insanım. Siz bana anlaşmazlıklarınızı getiriyorsunuz, olur ki bazılarınız delilini diğerinden daha güzel (düzgün ve ustalıkla) dile getirir. Ben de onun lehinde hükmederim. Ancak kimin lehinde, kardeşinin hakkından bir şeye hükmedersem

* İslam tarihinde, yöneticilerin bir çok zulmü birer içtihat hatası olarak maalesef sineye çekilmiştir.

¹⁴⁷ Dahıyyan, 86

¹⁴⁸ Ammara, 21-22

sakın ondan bir şey almasın. Ben -bununla- ancak ona ateşten bir parça kesip vermiş olurum.”¹⁴⁹

Peygamber, dini tebliğ noktasında, kendisine vahiy gönderilen bir insan, devlet yönetiminde ise içtihat bulunan ve istişare yapan bir beşerdi.¹⁵⁰ İslam tarihi ve kültür birikimi bu durumu tescil etmiş ve Peygamber’in sünneti, Rasul’ün kendi görüşünden ashabın görüşüne döndüğü birçok pozisyonlarla, ayrıca Kur’an-ı Kerim’in bazı sahabilerin görüşünü destekleyip Rasul’ün görüşünü eleştirerek inmesi esnasında Rasulullah’ın sünnetinin oluşturduğu siyasi ve dünyevi iki boyuta ait sivil karakteristik yapının vurgulandığı tavırlarla donanmıştır.¹⁵¹

D. YARGI DENETİMİ DIŞINDA KALAN İDARİ TASARRUFLAR

İdarenin yargı yoluyla denetimi yapılırken, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığı sorunu üzerinde durulur. Oysa uygulama alanında, idarenin bazı işlemlerinin yargı denetimi dışında tutulduğunu görmekteyiz. Bugün bile tartışılan konu nelerin yargı denetimi dışındaki idari tasarruflar olarak kabul edileceğidir. Hukuk devletinde uygun olan bu yetkinin sınırlarının belli olması ise de bir kısım tasarruflar vardır ki bunları önceden konulmuş kurallarla tespit etmek mümkün olmaz.

¹⁴⁹ Müslim, XII/5-6 Ebu Davûd, IV/14 , Muhammed Abdülbâki b.Yusuf ez- Zurkânî, Şerhu’z-Zurkânî a’lâ Muvatta, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, Beyrut 1990, III/484

¹⁵⁰ Ammara, 338

¹⁵¹ Ammara, 112

1. Siyasi Tasarruflar ve Siyaseten Katil

a. Siyasi Tasarruflar

İdarenin yargı yoluyla denetiminde yargı yerleri tarafından getirilen kısıntı için “hükümet tasarrufu”, “devlet tasarrufu”, “siyasi meseleler”, “devletin yüksek siyaseti” ve “devletin icraatı siyasiyyesi” gibi farklı kavramlar kullanılmıştır. Bütün bu kavramlar ile, işlemin niteliği ile bazen hükümet bazen de hükümet dışındaki idari kuruluşların, yargı denetimi dışında kalması istenen “üst siyasi yönetim faaliyetleri” ifade edilmek istenmektedir.¹⁵²

Günümüzde hükümet tasarrufları kategorisine giren tasarrufların diğer tasarruflardan tek farkı unsurlarının çoğunun hukuk kaideleriyle bağlanmayarak hükümetin takdirine bırakılmış olması ve böylece kanunla tayin edilmemiş olan sahalarda hükümetçe yapılan uygulamalar sebebiyle kanuna aykırılığın söz konusu edilmemesidir.

Yürütmeden sadır olan tasarruflar –memleketin yüksek menfaati icabı ise– bunlar hükümet tasarrufu olarak kabul edilmiştir. Ancak bu anlamda “hikmet-i hükümet” esası tarih boyunca idare edenlerin, kanunsuz ve keyfi hareketlerinin arkasına gizlendikleri bir hukuk prensibi gibi algılandığı da bir gerçektir.

Hikmet-i hükümet, “siyasette devletçilik” veya “devletçi siyasi felsefe”olarak tanımlanmıştır. Bu anlayışın siyasi düşünceye getirdiği en tehlikeli boyut, devlete aşkın / transandantal bir hüviyet kazandırması olmuştur. Bu durum devletin varlık ve bekası kaygısını adeta mistik bir saplantı haline dönüştürmekte ve onu siyasi

¹⁵² A.Şeref Gözübüyük, İdari Yargı, Sevinç Matbaası, Ankara 1973,17

topluluğun birinci amacı yapmaktır. Bu anlayış devlete izafe edilen veya onun adına yapılan her faaliyete ve onu yapanlara peşin bir sorgulanamazlık sağlamaktadır.¹⁵³

Siyasal kültürümüzde önemli bir yere sahip olan “hikmet-i hükümet”, devleti kurtarma misyonuyla da birleşince devlet seçkinlerinin elinde muhalif düşüncüyü bastırmak için kullanılan önemli bir silaha dönüşebilmektedir. Bir anlamda, “hikmeti hükümet” kavramının gölgesi altında olağanüstülüğün olağanlaştırıldığı bir siyasal ve toplumsal alanın yaratılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu kavram, çoklukla keyfilikleri “haklı” göstermek ve kişisel çıkarları gizlemek için arkasına sığınılan bir kavramdır.¹⁵⁴

b. Siyaseten Katil

İslam hukukunda yargı denetimi dışındaki idari tasarruflardan birisi olarak zannedilen ve bu hukuk için bir eleştiri zemini oluşturan “Siyaseten Katil’in” hukuki temellerinin araştırılması gerekmektedir. Öncelikle şunun belirtilmesi gerekir ki ne Hz. Peygamber* ne de halifeler döneminde “siyaset” gerekçesi ile devlet adına bir infaz vuku bulmamıştır. Bir hukuki kurum olarak ne zaman ortaya çıktığı asıl

¹⁵³ Mustafa Erdoğan, “Hikmet-i Hükümet”ten Hukuk Devletine Yol Var Mı? Doğu Batı Düşünce Dergisi s. 13 Cantekin Matbaacılık (yy) 2000 ,46,51

¹⁵⁴ Zühtü Arslan, Devletin Hukuku,Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı, Doğu Batı Düşünce Dergisi,s. 13 Cantekin Matbaacılık (yy) 2000, 76

* Konuyla ilgili Doktora çalışması yapan A.Mumcu “Bazı tarihçilerin Hz.Peygamberin Ka’b b. Eşref gibi İslam dinine hakaret edenler hakkındaki ölüm fermanını “Siyaseten Katil”in kaynağı gibi göstermeye çalıştıklarını, oysa bu dönemin İslam için ölüm-kalım mücadelesinin verildiği bir dönem olduğunu belirterek bundan dolayı bu görevi yerine getirenlerin İslam aleminde minnetle anıldıklarını ifade etmiştir.”(Ahmet Mumcu, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katil, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963,11)

konumuz olmamakla beraber kurumun Abbasiler döneminde İslama giren Türklerden geçtiği tarihçiler tarafından ifade edilmektedir.¹⁵⁵

Öncelikle devletin bekası gerekçesi ile masum olduğu halde potansiyel suçlu olarak kabul edilen bir kimsenin öldürülmesi İslam dininin cevaz vermeyeceği¹⁵⁶ bir konu olduğu için üzerinde durmayacağız.¹⁵⁷ Zira İslam hukukuna göre, açık bir delil olmaksızın, ihtimal veya şüphe üzere hüküm verilmesi mümkün değildir. Nitekim “kuvvetli bir delilden neşet etmeyen bir ihtimalin hiçbir ehemmiyeti yoktur” düsturu, bilinen fıkhi bir kaidedir.¹⁵⁸

Siyaseten katli devletin ve kamunun yararlarını ileri sürerek veya muhtemel bir iç savaş tehlikesini bahane ederek, “adaleti izafiye” (umumi zararlar yerine cüzi zararları tercih etmek) ya da “ehven-i şer” ilkesiyle açıklamak veya meşru ve makul görmek mümkün değildir.

Devletin çıkarları ve kamunun selameti uğruna şahısların feda edilebileceği şeklindeki “devletçi” anlayış* ile kamunun çıkarları için fertlerin haklarını küçümseyen, hatta hiçe sayan “toplumcu” anlayışı ve devletin politikası ve ideolojisi

¹⁵⁵ Mumcu, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, 21, Kurumun eski Türklerdeki uygulamaları için Süleyman Beyoğlu’nun, Tarih ve Düşünce Dergisi Temmuz 2000 çıkan “Tabii Seleksiyon” isimli makalesine bakılabilir.(sayfa 10-12)

¹⁵⁶ Yaman Ahmet, İslam Hukuku’nun Oluşum Süreci ve Sonrasında Siyaset-Hukuk İlişkisi, Bayrak Matbaası, İstanbul 1999, 179

¹⁵⁷ Fatih Kanunnamelerinde Kardeş katline cevaz verildiğine dair iddialar için Ali Himmet Berki’nin “Sultan Mehmet Han ve Adalet Hayatı” adlı eserine bakılabilir. Müellif böyle bir hükmün İslam hukuku açısından verilemeyeceğini ifadeden sonra böyle bir belgenin de asılsız olduğunu iddia etmektedir. Ali Himmet Berki, Sultan Mehmet Han ve Adalet Hayatı, Kutulmuş Basımevi, İstanbul 1953, (142-146)

¹⁵⁸ Ufuk Gülsoy, Caiziyet Caiz mi? Tarih ve Düşünce, Temmuz 2000, 30

* Bu siyasal anlayış, (ör.Hegelci gelenek) devleti kutsal bir zemine oturtmaktadır. Devleti kendi başına, ulvi bir “moral ve siyasi değer” olarak görmektedir. Devlet ve onu oluşturan “homojen” toplu, bireysel özgürlükler karşısında önceliğe ve üstünlüğe sahiptir. Devletin varlığı, hukuk karşısında da tartışmasız bir önceliğe ve üstünlüğe sahiptir. Devlet “kendini koruma hakkı” nı kullanarak hukuku askıya alabilir. Belirlediği “tehdit”ler konusunda onu sorgulamak da mümkün değildir .(Arslan,73-74)

gereği “cüzi zulümleri” önemsemeyen fikir ve icraatlar, İslam’ın adalet ve hukuk telakkisine tamamen aykırıdır.¹⁵⁹

Siyaseten Katlin, Ta’zir kapsamında devlet başkanının takdirine bırakılmış bir ceza şekli olduğu ifade edilmiştir. Oysa “Ta’zir cezaları had cezalarını geçemez” ve “Ta’zir cezalarında asıl olan te’diptir”¹⁶⁰ prensipleri beraberce düşünüldüğünde bu kapsamda ölüm cezasının verilemeyeceği bellidir. Tanım çerçevesi belli olmayan “siyaseten”, “sa’y bi’l-fesad”¹⁶¹ (kargaşa çıkarmaya çalışma) ve maslahat gibi sübjektif ifadelerle siyasi iradenin ölüm cezası vermesinin İslam’ın insani görüşüne aykırı olacağı kanaatindeyiz. Zaten fıkıh kitaplarında yer alan Ta’zir kapsamındaki ölüm cezalarına¹⁶² baktığımız zaman bunların siyasi iradenin takdirinde olmaması gerektiği açıkça görülecektir. Buna rağmen İslam tarihi siyasi iradenin böyle gerekçelerle masum insanları cezalandırdığı ile ilgili örnekler azımsanmayacak düzeydedir.¹⁶³

Sonuç olarak; ister “hikmet-i hükümet” kabilinden bir uygulama olsun isterse Ta’zir kapsamındaki yetkilerin hukuki sınırlarının aşılarak ulaşılan bir sonuç olsun, siyaseten katil, İslam hukuku kaynaklı olmayan bir infaz şeklidir. Hukuki temelleri olmayan ve hukuka aykırılığı tespit edilen böyle bir uygulamayı meşru kabul etmek ve yargı denetimi dışındaki uygulamalar olarak mütalaa etmek mümkün değildir.

¹⁵⁹ Gülsoy, 31

¹⁶⁰ Udeh, II/256

¹⁶¹ Serahsi, XXVI/124

¹⁶² “Suç işlemeyi adet haline getirmiş, şarap içmeye müptela olmuş, fitne çıkarmak için propaganda yapan, İslam devletinin güvenliği aleyhinde çalışan ve benzeri faaliyette bulunan kimselerin siyaset gerekçesi ile öldürülmeleri caizdir.” Zuhayli, VII/476

¹⁶³ Emevi dönemi valilerinden Ziyad b. Ebîhi Basra’da örf i idare (sıkıyönetim) ilan etmiş (h.45) suçlu olduğu gerekçesi ile huzuruna çıkarılan bir arabı dinledikten sonra; “Allah’a yemin olsun ki; senin dürüst olduğunu zannediyorum. Ancak seni öldürmem ümmet için faydalı (maslahat)dır, demiş ve ölüm emrini vermiştir. (Mevmeni, 74)

Çünkü “kutsallık” ve “hikmet-i hükümet” zırhını kuşanan devlet, keyfiliğe yönelebilir.

Günümüz hukukçularından Armağan, bu günkü idare hukukunda devletin yargı denetimi dışında kaldığı kabul edilen “hükümet tasarrufları”nın tümünün İslam hukukunda yargı denetimine tabi tutulduğunu ifade etmişlerdir.¹⁶⁴

2. Mukabele bil Misil

Misilleme, misliyle davranma, yapılan muameleye aynen cevap verme gibi anlamlara gelir.¹⁶⁵ Terim olarak; bir devletin, aslında meşru ve haklı fakat diğer bir devletin menfaatlerini ihlal edici hareketlerine karşı menfaatleri ihlal edilen devletin aynı suretle mukabelesidir.¹⁶⁶ Bir devlet tarafından diğer bir devlete veya onun tebaasına ait olan mallara el koymak veya tahrip etmek, sefirleri hapis, muhasım devlet arazilerini muvakkaten işgal etmek ve buna benzer şeyler bu cümledendir.¹⁶⁷

Hamidullah konuya Kur'an'ın şu ayetlerini delil getirir. ”...Dokunulmazlıklar da karşılıklıdır. O halde kim size saldırırsa, onun size saldırdığı kadar siz de onlara saldırın.”¹⁶⁸ “Kötülüğün karşılığı, onun dengi bir kötülüktür. Kim de affeder, barışı sağlarsa, onun mükâfatı Allah'a aittir. Doğrusu O, zulmedenleri sevmez. Kim de haksızlığa uğradıktan sonra ondan hakkını alırsa, işte bunlar aleyhine olacak bir yol yoktur.”¹⁶⁹

¹⁶⁴ Armağan, 148

¹⁶⁵ Erdoğan, 326

¹⁶⁶ Türk Hukuk Lügati, 240

¹⁶⁷ Hamidullah Muhammed, İslam'da Devlet İdaresi (çev. Kemal Kuşcu) Gaye Matbaası, Ankara (ty). 256

¹⁶⁸ Bakara Suresi, 194

¹⁶⁹ Şura Suresi, 40-41

Danıştay içtihatlarına göre hükümet işlemi telakki edilen işlemlerden biri de “mukabele bil misil kararları”dır. Bu işlemler kanunilik prensibinin istisnasını teşkil ederler ve yargı denetiminin tamamen dışında kalırlar. Devletin sorumluluğunu da doğurmazlar. Hükümet işlemleri hakimın müdahale edemediği, yetkili otoritenin tamamen takdirine bağlı bir alandır. Bu nevi işlemleri yargı denetimi dışında bırakmak hukuki bir gerekçeye dayanmamakta, siyasi sebep ve düşünce ile izah edilmektedir.¹⁷⁰

Gerek İslam devletler hukuku çerçevesinde yasak olan gerekse İslam hukukunda savaş suçu olarak kabul edilen fiiller* incelendiğinde “mukabele bil misil” için meşru kabul edilebilecek son derece dar bir alan kaldığı görülmektedir.

Çünkü “hıyanete sıdk ve iyilikle ile mukabele, hıyanete hıyanetle mukabeleden hayırlıdır” ilkesi tarih boyunca İslam toplumlarında yerleşik bir kural olarak uygulanmıştır. Kafirler Müslüman esirleri öldürse bile Müslümanlar ellerindeki esirleri “mukabele bil misil” anlayışına dayanarak öldüremezler. Çünkü karşı tarafın yaptığı hıyanet rehinelerin kanını mubah kılmaz.¹⁷¹

3. Farklı Dinden Vatandaşlarla İlgili Bazı Tasarruflar

İslam devleti, temeli İslam inancı üzerine kurulan fikri bir devlettir. O, ne coğrafik sınırlarla çevrili bir devlet; ne de renk, cins ve kavim sınırlarına mahkum

¹⁷⁰ Eroğlu, 111

* İslam hukukunda savaş suçu olarak kabul edilen fiillerden bazıları şunlardır: Rehinelerin mukabele bil misil gereği öldürülmesi, Elçilerin mukabele bil misil gereği öldürülmesi, Kimyasal ve biyolojik silahların kullanılması, Toplu katliam, Savaş esirlerine kötü muamele, Irza tecavüz, Tarım ürünlerinin yok edilmesi, Hayvanların telef edilmesi, Ormanların yok edilmesi, İşkence Haluk Kanca, İslam’da Devletler Arası Mukabele bil Misil Kuralı, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi). Sakarya 1997, 41-42

¹⁷¹ Ahmed Reşit Turnagil, İslamiyet ve Milletler Hukuku, Kaptan Ofset, İstanbul 1993,98-99

ırkçı bir devlettir. Bu devlet, İslam inancının ulaşabildiği noktalara kadar uzanıp dayanan bir fikir devletidir. Ülke, cins, renk ve kavim esaslarına bağlı imtiyazlara kendi sınırları içerisinde yeri yoktur. İslam devletinin bu karakteri kendisine çeşitli milletleri ve cinsleri içine alan evrensel bir devlet olma niteliğini kazandırıyor. İslam inancını benimseyen herkes için bu devletin vatandaşı olmak mümkündür.¹⁷²

Ulus devlet anlayışına dayalı bir yönetim içinde farklı ulus ve azınlıkların bulunması halinde bunların aleyhine olacak şekilde “devletin yüksek menfaatleri” gerekçe gösterilerek yargı denetimi dışında kalması istenen bir takım tasarruflar mevcuttur. Yabancı veya azınlıkların iskânı ile ilgili tasarruflar bu kabil tasarruflardandır.

Yönetimde dini duyarlılığın hakim olması nedeniyle islam toplumunda farklı din mensuplarına karşı aynı sorunun varlığını akla getirmektedir. Farklı din mensuplarından Zimmi ve Müste'menler¹⁷³ bir anlaşmayla İslam toplumunda yaşamaya hak kazanmışlar ve kamu görevi üstlenecek kadar toplumla bütünleşmişlerdir. Müslümanların sahip oldukları tüm haklara onlar da sahip olmuşlardır.¹⁷⁴

Zimmet anlaşması ile zimmilerin can ve mal dokunmazlıkları, vicdan ve ibadet özgürlükleri İslam devletinin teminatı altına alınır. Zimmi, İslam ülkesinde oturma hakkı kazanır. Düşmana karşı onu artık İslam halifesi koruyacaktır. Zimmi

¹⁷² Zeydan, 80

¹⁷³ Zimmi; görevleri, devletin veya ümmetin vicdan ve sorumluluğuna emanet edilmiş olanlar anlamına gelen Arapça ehlu'z-Zimme veya Zimmilere islam devletinin vatandaşı olma hakkı tanınmıştır. Onlara el-Muahidün, yani “sözleşme yapanlar” veya “bir sözleşmeye ortak olanlar da denir.

Müste'men: Geçici olarak bir müslüman ülkesinde bulunup kendisine eman verilmiş olan gayri müsleme denir. (Said Ramazan, İslam Hukuku, (çev. Bayram Can) Başaran Matbaası, (yy) 1988 154, 199

¹⁷⁴ Saî'dî, 204,480

Müslüman idareye bağlılık ve sadakat göstermek ve cizye adlı yıllık bir vergi ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık askerlik yapmaz.¹⁷⁵

Zimmilere, kendi sosyal ve dini yaşamlarını düzenlemelerine belli sınırlar içinde izin verilir. İslam topraklarında kendilerine tam bir hoşgörü gösterilen zimmiler kendi dini inanış geleneklerini sürdürmekte serbest oldukları gibi, İslam özel hukuku yalnız Müslüman olanlara uygulandığı için özel hukuk açısından da kendi toplulukları içinde geçerli olan dini hukuklarına tabidirler.¹⁷⁶

Günümüzde yargıç bağımsızlığının unsurlarından biri olarak kabul edilen, yargıcın kendi inanç, ideoloji ve dünya görüşü konusundaki bağımsızlığının Müslüman olmayan vatandaşların yargılanmasında gerçekleştiğini görmekteyiz. Çünkü yargıcın kendi inanç ve dünya görüşünün etkisinde kalarak karar vermesi hükmetmesi değil hükümet emesi olacaktır.

Müslüman olmayan vatandaşlar, anlaşma şartlarına¹⁷⁷ uydıkları sürece bu şartların ötesinde sebebi açıklanmayacak haksız bir davranış devletten beklenmediği için bu tür bir sorun söz konusu olmamaktadır. İslam toplumunda “devletin yüksek menfaatleri” gerekçe gösterilerek gayri müslim vatandaşlara karşı devletin meşru olmayan bir faaliyette bulunması yasaktır.

¹⁷⁵ Gülnihal Bozkurt, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, Türk Tarih Kurumu Basımevi Ankara 1996, 8

¹⁷⁶ Bozkurt,8

¹⁷⁷ Zimmilerin yerine getirmek zorunda oldukları genel yükümlülükler kısaca; İslam dinine saygısızlık etmemek, Düşmanlara yardım etmemek, Dinin aleyhinde propaganda yapmamak, Müslüman bir kadınla evlenmemek veya zinaya yaklaşmamak, Cana ve mala zarar vermemek vs.

Fakat Kur'an ve Sünnet'te yer almadığı halde tarihin bazı dönemlerinde anlaşma şartlarının ağırlaştırıldığı görülmektedir.¹⁷⁸ Bunların birer gelenek olduğu ve islamın geniş tolerans ruhunu yansıtmaktan uzak olduğunu İslam hukukçuları ifade etmişlerdir.¹⁷⁹

İslam bilginlerinden Hamidullah'a göre Kabe müslümanlara Kible olarak tahsis edilmiş olduğundan gayrı-müslimlere aynı çevre içinde putperestlik ayinlerinin icrasına müsaade edilmemiştir. Yoksa Ashabı Kiramın, Hristiyan bir doktorun Mekke'de bulunuşuna göz yummalarını örnek göstererek bunların müslümanlar lehine bir kamu hizmeti ifa etmeleri durumunda iskânlarına izin verilebileceğini ifade eder.¹⁸⁰ İslam devletinde gayrı-müslimlerin idari bir göreve atandıklarında müslümanlar gibi maaş alacaklarını belirtir.¹⁸¹

Hatta gayrı müslim vatandaşların yaşamları için zorunlu olan şeyleri sağlamak devletin görevleri arasında sayılmıştır. Devlet hiç kimseyi yiyeceksiz, giyeceksiz ve meskensiz bırakmaz. Bir Zimmi'nin dilendiğini gören Halife Ömer, önce onu Cizye'den muaf tuttu, sonradan ona maaş bağladı. Bu hakkı, yazılı hale getiren Halid b. Velid, Hiralı gayrı müslimlerle yaptığı bir anlaşmaya şöyle bir madde koymuştur. "Kim ihtiyarlar ya da bir derde uğrarsa veya yoksul düşerse ondan cizye alınmaz, kendisine ve ailesine devlet hazinesinden yapılacak yardımla bakılır."¹⁸²

¹⁷⁸ Ağırlaştırılmış tarihi şartlardan bazıları; Belirlenmiş bir elbiseyi giymek, Çan çalmamak, Yeni kilise yapmamak, Haç teşhir etmekten kaçınmak vs.

¹⁷⁹ İbrahim Çalışkan, İslam Ceza Hukukunda Gayr-i Müslimlerin Statüsü (Basılmamış Doktora Tezi) Ankara 1986, 72.

¹⁸⁰ Hamidullah, İslam'da Devlet İdaresi, 187-189

¹⁸¹ Hamidullah, age, 189

¹⁸² Mevdudî, 62-63

Sudanlı İslam hukuku uzmanı ve din bilimci Ahmed Naim, İslam hukukunun özellikle kamu hukuku alanlarının yeni bir versiyonuna ihtiyaç olduğunu vurgulayarak, oluşturduğu paradigmada, merkeze ulus-devlet anlayışını koymuştur. Ona göre; gayri Müslimler şu anda seküler/laik kamu hukuku ayarında bütün vatandaşlık haklarına sahiptirler ve bu sebeple İslam hukukunun kendilerine tanıdığı ikinci sınıf vatandaş statüsünü asla kabul etmeyecektir. İslam hukuku alanında yenilik yapılırken, ulus-devlet olgusunun göz ardı edilmemesi gerektiğini vurgular. İslam hukukunu yeniden şekillendirirken de İslamın temel esaslarından hareket etmek ne kadar zorunlu ise, aynı şekilde sivil hürriyetler, insan hakları ve uluslar arası hukuku göz önünde bulundurmak da o kadar zorunludur. İşte bu bakış açısıyla İslam hukukunda köklü bir yenilemeye gidebilmek için, klasik İslam hukukunun ‘nasih’ olarak kabul ettiği Medeni ayetlere dayanmak yerine, daha eşitlikçi ve özgürlükçü görünen Mekki ayetlere dayanmak gerekmektedir.¹⁸³

III. DİĞER DENETİM YOLLARI

A. KAMUOYU DENETİMİ

İslamın ilk dönemlerinde sistemin sadeliği nedeniyle, idarenin denetimi düşünüldüğünde öncelikle yürütmenin başı olan devlet başkanı (halife) nın denetimi akla gelmektedir.

¹⁸³ Kırbaçoğlu, 204-205 (Müellifin bu fikirlerini sunduğu yıllarda, dünya da ulus-devlet anlayışı revaçta idi. Ancak günümüzde küreselleşme olgusuyla bu anlayış önemini yitirmeye başladı. Din adına yenilik teklifleri olanların konjonktürün etkisinden uzak kalamadıkları görülmektedir.)

Halifeler döneminde Müslümanların her birinin otoriteyi denetleme hakkı olduğunu görüyoruz. Bu dönemde tenkit ve muhalefetten dolayı ortaya çıkacak herhangi bir ceza korkusu olmaksızın ifade için tam bir hürriyet ortamı vardı. Hatta ilk dört halife insanları, düzeltmeye yönelik tenkit ve muhalefet yoluna girmeye teşvik ediyor ve cesaret veriyorlardı.¹⁸⁴

Aslında bu davranış modeli, Allah'ın, islam toplumunda inananlardan her birine yüklediği bir görev idi. Zira Kur'an, mü'minlerin katılımcı birer birey olmalarını şöylece emretmiştir.

* Siz, insanların iyiliği için ortaya çıkarılmış en hayırlı ümmetsiniz; iyiliği emreder, kötülükten men eder ve Allah'a inanırsınız.¹⁸⁵

* Sizden, hayra çağıran, iyiliği emredip kötülükten men'eden bir topluluk bulunsun. İşte onlar kurtuluşa erenlerdir.¹⁸⁶

İlk dönemlerde devlet başkanları, şahsi icraatlarının halkın denetimine açık olduğunu deklare etmiş ve halkı hem dünya hem de ahiretteki sorumluluğa ortak olmaya çağırmışlardır. Hz. Ebubekir halife seçildiğinde bunu halka şöyle açıklamıştır.¹⁸⁷

-Ey insanlar, en hayırlınız ben olmadığım halde yönetici oldum. İyi iş yaparsam bana yardımcı olun. İyi olmayan bir iş yaparsam o zaman da beni doğru yola iletin.”

¹⁸⁴ Abdulhâlık Mustafa, 156

¹⁸⁵ Âli İmran suresi, (3) / 110

¹⁸⁶ Âli İmran suresi, 3 / 104

¹⁸⁷ Abdurrezzâk Ahmed es-Senhûrî, Fıkhü'l-Hilafe ve Tatavvuruhâ, (my)(yy) 1989, 227

Hız. Ebubekir “Allah’a ve Rasulüne itaat edersem bana itaat ediniz”¹⁸⁸ sözöyle yetkisinin sınırlarını belirtmiştir

Hız. Ömer döneminde ise bunun örnekleri sıkça görölmüştür.¹⁸⁹ Yönetime geçince hutbede şunları söyledi.

Kim bende bir eğrilik görürse onu doğrułtsun.” Öyle ki bir bedevi Arap kendisine şunları söyledi:

Allah’a yemin ederim ki eğer sende bir eğrilik görecek olursak, onu kılıçlarımızla düzeltiriz.”

Yöneticilerin güç kaynağı ümmettir. Ayrıca yöneticiler ümmetin naipleri olduğuna göre; ümmet yöneticilerin bütün işlerini kontrol etmek, her yanlışlıklarında onları doğruya çevirmek hakkına sahiptir. Ümmetin, yöneticileri kontrol etme ve doğruya yönlendirme yetkisine sahip olduğu tartışma götürmez. Çünkü konu ile ilgili bulunan nasslar, buna delil olma bakımından kesindir.

Ancak bu emirler maalesef birer tavsiye olarak algılanmış ve bu katılımcı ortamın özellikle saltanat modelinde sürdürölemediği görölmüştür. Denetim, tenkit ve muhalefet gibi demokratik hasletlerin yerini; baskı, tehdit ve korkutmanın aldığı görölmüştür. Bununla ilgili örnekler ne yazık ki İslam tarihinde azımsanmayacak düzeydedir.¹⁹⁰ Yöneticiler, işlerine karışmayan kitleler istemiş, icraatlarının -doğru ya da yanlış- onaylanmasını istemişlerdir.

¹⁸⁸ Senhûrî, 227 Hallâf, 58

¹⁸⁹ Senhûrî, 227

¹⁹⁰ Abdulhâlık Mustafa, 163

B. DOKTRİN DENETİMİ (FAKİH)

İslamın ilk dönemlerinden itibaren sivil hukuk otoriteleri hakimlerin verdikleri kararlar üzerinde sivil denetim gerçekleştirdikleri gibi devlet başkanı ve idari tasarruflar üzerinde de denetim gerçekleştiriyorlardı. Resmi bir görevleri olmadığından herhangi bir baskı altında olmaksızın görevlerini serbestçe gerçekleştirebiliyorlardı.

Klasik Oryantalist söyleme eleştirel bir yaklaşım sergileyen Wael B. Hallaq; ilk fetvaların büyük çoğunluğunun kaynağını müslüman toplumların karşılaştıkları aktüel gerçekliklerde bulduğunu ifade eder. Bu fetvaların büyük çoğunluğu ne hukuki spekülasyonun ürünüdür ve ne de hiçbir biçimde teorik ve hipotetiktir.¹⁹¹

Stephan Powers'a göre fetva vermek, devlet kontrolünden bağımsız bir biçimde özel bir etkinlik olarak başlamıştır. Büyük ölçüde hukuk bilginleri kendi etkinlik alanlarını ve mesleki standartlarını kendileri belirlemişlerdir. Bu etkinlik sonucunda ortaya çıkan ürün / fetva entelektüel bir metin olmanın yanı sıra, yerine göre etik ya da politik bir metin niteliğine de sahip olmuştur.¹⁹²

Kimi zaman hakim bir davaya ilişkin olarak müftüden görüş talebinde de bulunabilmektedir. Böyle bir amaca hizmet etmek düşüncesiyle Ahmed el-Venşerîsi iki yüz elli yıllık bir dönemde İfrikiyye, Mağrib ve Endülüs'ün büyük kentlerinde yaşamış olan yüzlerce müftünün yaklaşık olarak 600 fetvasından oluşan Kitâbu'l-

¹⁹¹ Muharrem Kılıç, Klasik Oryantalist Söylemin İslam Hukukuna Yaklaşımına Eleştirel Bir Bakış : Wael B. Hallaq Örneği, Oryantalizmi Yeniden Okumak; Batı'da İslam Çalışmaları Sempozyumu, TDV Yayın Matbaacılık, Ankara 2003, 360

¹⁹² Muharrem Kılıç, Klasik Oryantalist Geleneğe Eleştirel Bir Bakış :David Stephan Powers Örneği, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 4,2004, Şelale Matbaa ve Cilt, Konya 2005, 181

Mi'yâr adında bir koleksiyon hazırlamıştır. Venşerîsî, yargısal hükümlerden oluşan koleksiyonunun hakimlerin pratik kullanımları için olduğunu ifade etmektedir. Böylece hakimin hüküm verirken karşılaşıacağı zor bir olayda daha önce verilmiş benzer bir olaya ilişkin fetvaya başvurabilmesine imkan tanımak istemiştir.¹⁹³

Müftüler, yargıçlardan tutun da sultan ve buna benzer siyasi otoritelere varıncaya kadar toplumun her kesiminin geniş yelpazedeki hukuki sorunları ile ilgili fetvalar vermişlerdir.¹⁹⁴

Bu fakihlerin verdikleri kararların yaptırım gücü ve kararlarında siyasi otoritelerden çekinmedikleri ile ilgili şöyle bir olay nakledilir. “Halife Mansur halifelikten önce ikinci bir eş almamak koşulu ile bir kadınla evlenmişti. Mansur devlet başkanı olunca dalkavuklar ikinci bir eşle evlenmesinin bir sakıncası olmayacağını, çünkü Kur'an'a aykırı bu şartın fasit olduğunu ifade ederler. Devlet başkanı bu durumu civardaki tüm fakihlere sordu. Fakihler ise “Müslümanlar şartlarına bağlıdır,” ilkesinden hareketle şartın geçerli olduğunu ifade ederler. Bu fetvayı beğenmeyen Mansur, peş peşe tüm Bağdat, Mekke, Medine ve diğer bölge fakihlerinden fetva ister. Ancak hiç biri bu şartın geçersizliği yönünde fetva vermedi. Bunun üzerine Mansur, ilk karısı sağ iken ikinci bir evlilik yapamadı.¹⁹⁵

Her zaman başvuru alan aktif bir bilgi ve danışma kaynağı konumunda olan bu hukukçular bulundukları yerlerde mahkemeye intikal etmeyen davaları fetva yoluyla çözümlüyorlardı. Bu hukukçuların fetvalarından oluşan fetva mecmuaları günümüz

¹⁹³ Kılıç, Klasik Oryantalist Geleneğe Eleştirel Bir Bakış :David Stephan Powers Örneği, 182

¹⁹⁴ Kılıç, Klasik Oryantalist Geleneğe Eleştirel Bir Bakış :David Stephan Powers Örneği, 183

¹⁹⁵ Hamidullah, İslam Anayasa Hukuku, (Çev. Vecdi Akyüz) Umut Matbaacılık (yy) 1995, 63

Yargıtay içtihatlarını çağrıştırmaktadır. Halkın her zaman müracaat edebileceği sivil hukukçuların bulunması, birer kamu görevlisi olan hakimleri bir ölçüde hukuka uygun hareket etmeye zorlamıştır diyebiliriz. Neticede sivil hukukçuların varlığı hukukun düzenli işleyişinde önemli rol üstlendiği ortadadır.¹⁹⁶

Daha önce işaret ettiğimiz gibi, çoğunlukla bir hukuki spekülasyon ürünü olmayan ve hiçbir biçimde teorik ve hipotetik olmayan ilk fetvaların kaynağı, müslüman toplumların karşılaştıkları aktüel gerçeklikler olmuştur. Hukuk ekollerinin fûrû çalışmalarına giren fetvalar, hukuk ekolünün doktrinindeki gelişim ve değişimi yansıtır. Böylece fetva, pozitif hukuku güncelleme ve tadil etmede bir araç olarak ortaya çıkmıştır. İslam hukukunda doktriner gelişim ve değişimin baş aktörü fetva olmuştur. Klasik oryantalist söylemde fiili gereksinimler ve yargısal uygulamaların ürettiği bir hukuk değil, hukuk bilginlerinin hukuku olarak nitelendirilen İslam hukuku, gerçekte müftülerin hukuku olarak karakterize edilebilir.¹⁹⁷

Yargı kararlarının ve idarenin tüm tasarruflarının birer hukukçu olan fakihler tarafından denetimi “sivil yargı denetimi” şeklinde yorumlanabilir. Bu durum özellikle merkeze uzak bölgelerde yerel yöneticilerin denetimi açısından da son derece önemlidir. Yasama fonksiyonunun birer üyesi konumundaki müçtehit hukukçular, idari kararların da birer deneticisi olmuşlardır. Nitekim mezhep imamlarının hayatları bunun örnekleri ile doludur.

¹⁹⁶ Nâsî Aslan, Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetva ve Kazâ Münasebeti, Dini Araştırmalar , Mayıs-Ağustos, 1999 (c.2, s.4) 99

¹⁹⁷ Kılıç, İslam Hukukunun Doğasına Klasik Oryantalist Bir Bakış:N. J. Coulson Örneği, 134

Hz Ömer dönemini inceleyen Numanî, iftâ kurumunun resmi nitelikte bir kurum olduğunu ifade eder. Bu kurumu, “adli istişare” olarak tanımlar. Kanunlar konusunda bilgi sahibi olmayanların başvurduğu bu merkez, aynı zamanda hukuki bir mesele hakkında malumat sahibi olmak isteyenlerin sık ziyaret ettikleri bir yerdi. Halkın kanunu bilmediğini bahane etmemesi için bu kurum sürekli yayınlar yapardı. Müellif, kanunların halk tarafından bilinmesi için tedbir olarak ihdas edilen bu kurumun İslam toplumunda bir ilk olduğunu ifade eder.¹⁹⁸ Bu kurumun resmi niteliği ile ilgili olarak inceleyebildiğimiz kadarıyla kaynaklarda bir bilgiye rastlamadık. Genel kabul görmüş olan anlayış ise bu kurumun bağımsız nitelikte olduğu yönündedir.

C. İDARENİN İÇ DENETİMİ

Bir kuruluştaki, görevlilerin ast-üst biçiminde örgütlenmesine “hiyerarşi” denilmektedir. Bir kuruluştaki üstün ast üzerindeki denetimine hiyerarşik denetim denir. Genel olarak üstün ast üzerindeki denetimi için, yasal bir dayanağa ihtiyaç yoktur. Üstün astlarını denetlemesi, üstün idari görevi içindedir. İslam idaresinde hiyerarşik denetimin, idarenin vazifesi, yani kamu velayetlerini düzenli bir biçimde ve İslam hukukunun belirlediği kurallara göre gerçekleştirmeye yönelik olduğu söylenebilir.¹⁹⁹

İslam toplumunda, idareciler ve üst düzey yöneticiler kamuda çalışanların tasarruflarını gözetlemişler, hukuka aykırı olanları düzeltmiş ve iptal ettirmişlerdir.

¹⁹⁸ Numanî, II/99

¹⁹⁹ Güler, 229

Bu konuda herhangi bir şikayet olmaksızın kendiliğinden (resen) yapmışlardır. Hz Ömer Şam'dan dönerken Cizye'lerini ödemeyenlere işkence yapıldığını görünce duruma müdahale eder. Cizye'nin ödenmeme sebebini sorar. Müslüman olmayan bu vatandaşların fakirlikten dolayı Cizye'lerini ödeyemediklerini öğrenince yöneticilere şu talimatı verir. "İnsanları güçlerinin yetmeyeceği şeylerle sorumlu tutmayınız."²⁰⁰

D. KENDİ KENDİNİ DENETİM

Kendi kendini denetim, İslam idare cihazına mensup bir kimsenin kendiliğinden iş ve tasarruflarındaki yanlışlığı keşfetmeye çalışmak için kendi kendisine bakması şeklindeki bir denetimdir. Bu, kişiye amirleri tarafından gelen emir ve talimatların İslam hukuku açısından yasal olup olmadığını denetlemek veya kendi tasarruflarının, İslamın hüküm ve kaidelerine uygunluğunu şahsen denetlemek şeklinde gerçekleşebilir.²⁰¹

Şüphesiz bir müslümanın kendini kontrol etmesinde Allah korkusu ve ahiret inancının önemli bir yeri vardır. Müslüman için önemli olan ahiret hayatıdır. Bu dünya, o hayattaki ebedi saadete nail olmak hususunda, bir vasıta, bir geçitten başka bir şey değildir. Her hakiki Müslümanın kalbinde Allah korkusu ve ahiretteki hesap önemli bir yer işgal etmekte ve bu düşünce onların dünya daki hareket tarzlarını frenlemekte, onların iyilik ve adalet yani islamın gösterdiği sınırlar dairesinde yol aşmasını temin hususunda önemli rol oynamaktadır. İşte bu manevi duygu, tüm Müslümanların dünya hayatlarını etkilediği gibi devleti yönetenleri de aynı şekilde

²⁰⁰ Ebû Yûsuf, 290

²⁰¹ Güler, 228

etkilemiş, kullandıkları devlet üstün iktidarını (âmme velayeti) sınırlamakta etkili olmuştur.

Ahiret hayatına inanmanın, inanan insanın yaşamın her alanındaki etkisini Başgil şöyle açıklar; İslamın hak fikri ve devlet nazariyesi esas bir telakkiyi daima muhafaza etmiştir. Bu telakkiyi şöyle ifade edebiliriz: İslamda hak ve hakikat birdir. Dünya ve ahiret için ayrı hak ve hakikat yoktur. Binaenaleyh devlet işi, din işinden ayrılmaz. Zaten dünya hayatı ebedi hayata bir geçit ve hazırlıktır. Başka bir tabir ile “dünya ahiretin tarlasıdır”. Burada ne ekilirse ahirette o toplanır. Şu halde dünya işi haddi zatında ahiretteki mukadderatımızı tayin eder. Dünya hayatı ahiretteki ebedi hayata geçitten başka bir şey değildir.²⁰²

İslam, din olarak, mensuplarının yaptığı her işte Allah’a karşı hesap vereceğini düşünerek kendi kendilerini denetlemesini ister. Yetiştirmek istediği birey tipi ve oluşturmak istediği toplum modelinde bu çok önemli bir düzeydir. Ancak bu hedefe ulaşıldığı zannedildiğinde bile, hiçbir zaman kurallar ve kurumlar aracılığı ile denetim ortadan kalkmamalıdır. Vicdani olarak ne düzeyde olursa olsun hiç kimse sadece vicdanı tarafından denetimle baş başa bırakılmamalıdır.

²⁰² Başgil, 57

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
İDARENİN SORUMLULUĞU

I. MEDENİ HUKUK ve İDARE HUKUKU AÇISINDAN SORUMLULUK

A. MEDENİ HUKUKTA SORUMLULUK

Genel olarak, hukuka aykırı davranışlar, sorumluluğu gerektirir. Bu sorumluluk “mali” olabileceği gibi “cezai” de olabilir. Burada medeni hukuk alanındaki “mali sorumluluk” ele alınacaktır. Mali sorumluluğa “hukuki sorumluluk” da denir. Kısaca belirtmek gerekirse, hukuki sorumluluk, hukuka aykırı davranışta bulunanın, tazminat ödeme yükümlülüğüdür.¹

1. Sübjektif Sorumluluk (Kusur Teorisi)

Roma hukukundan beri gelen ve sorumluluğu, zararlı fiil failinin kasıt, ihmâl ve teseyyüp veyahut tedbirsizlik gibi kusuruna, sübjektif bir esasa dayandırmasına denir.²

Kusur ilkesine göre, bir zararı başkasına tazmin ettirmek ancak zarar onun kusurlu bir eyleminden doğmuşsa mümkündür. Zarar böyle bir eylemden ileri gelmemişse başkasına yükletilemez. Zarar gören buna kendisi katlanmalıdır.³

Kusur ilkesi uzun zaman sorumluluğun tek dayanağı olarak yeterli görüldü. Fakat XVIII. yy’ın sonundan beri, büyük sanayinin gelişmesi, üretim ve taşıt araçlarının makineleşmesi ve yeni enerji kaynaklarının bulunması modern hayatta zarar olasılıklarını çoğaltmış ve yoğunlaştırmıştır. Böylece kusura dayanan sübjektif sorumluluk artık, yalnız başına, zarar görenlere etkili bir koruma sağlamaya

¹ Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 163

² Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Marifet Basımevi, İstanbul 1952, 1190

³ Haluk Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Çağ Matbaası, Ankara 1981,1

elverişsiz ve dolayısıyla adaleti gerçekleştirmek bakımından da yetersiz görülmektedir.⁴

Ayrıca teknolojinin sebep olduğu kazalarda, çoğu zaman bir kusur işlenip işlenmediği ve kusur varsa bunun kimin tarafından işlendiğini saptamak güç ve hatta imkansızdır. Bir de kusurla kusurun zararlı sonuçları arasında büyük bir oransızlık vardır. Böylece kusur ilkesi, sorumluluğun temellerinden biri olarak saklı tutulmakla birlikte bu ilkenin sorumluluğun tek temeli sayılamayacağı gerçeği ortaya çıkmıştır.⁵

2. Objektif Sorumluluk

Sübjektif yönden kınanacak hiçbir hatası olmamasına rağmen, kişinin neden olduğu zararı giderme yükümlülüğüdür.⁶

İslam hukukunda, hukuki sorumluluğun esası objektif sorumluluk nazariyesidir. Bu esastan hareket eden İslam hukuku, hukuki sorumluluğu, zararlı fiil failinin kusurunu, hatta hukuki ehliyetini bile aramaksızın, eşyanın veya fiilin fayda temin ettiği, kişiye yüklemiştir.⁷

Bu nazariye Mecellenin külli kaidelerinde; Bir şeyin nef'i damanı mukabelesindedir.(m.85) Yani bir şeyin faydasına nail olan onun zararını da yüklenir. Külfet nimete ve nimet külfete göredir.(m.88) şeklinde ifade edilmiştir.⁸

⁴ Tandoğan,1-2

⁵ Tandoğan,2-3

⁶ Henri Deschenaux – Pierre Tercier, Sorumluluk Hukuku (çev.Salim Özdemir) Kadioğlu Matbaası, Ankara 1983, 6

⁷ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1191

⁸ Ebu'l 'ula Mardin, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul 1926, 185, A.Refik Gür, Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, Çeltût Matbaası, İstanbul (ty), 65-66

Yani herhangi bir şeyin veya bir hareketin menfaati kime aitse, ondan kim faydalaniyorsa veya faydalanacaksa onun meydana getireceği zarar da ona ait olur.

Roma hukukunun sorumluluğun esasını kusura dayandırmasına karşın İslam hukuku temin edilen menfaatin karşılığı olarak kabul etmiştir. İslam hukukuna göre zararlı fiilin temin edeceği fayda kime aitse, doğurduğu zararlı netice de ona ait olur. Hatta kendisinin bu fiilde bir kusuru olmasa bile.⁹

İslam hukukundaki objektif sorumluluk teorisine tenkitler yöneltilmesinin sebebi adalet ve hakkaniyet esaslarından ziyade iktisadi düşüncelere dayanmaktadır. Çünkü İslam hukuku adalet ve hakkaniyeti iktisadi düşüncelere üstün tutmuş ve mağdurun durumunu daha fazla himayeye layık görmüştür. İslam hukukunun bu esası Mecelle'nin külli kaidelerinde “def'i mefâsid celbi menâfi'den evlâdır” prensibi ile ifade edilmiştir. Yani zararı ortadan kaldırmak, menfaati temin etmekten üstün görülmüştür.¹⁰

Ebu'l-ûlâ Mardin bu prensibi İslam hukuku ile, Roma hukuku ve Garp hukuku arasındaki en esaslı bir fark olarak görmekte ve İslam hukukunun adalet ve hakkaniyet düşüncelerini, Roma hukukunun ise iktisadi düşünceleri üstün tuttuğunu ve bu ana prensipteki ayrılığın iki hukuk manzumesinin detaya ait hükümlerinde de görüldüğünü ifade etmiştir.¹¹

⁹ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1191

¹⁰ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1192

¹¹ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1192

3. Objektif Sorumluluk Lehinde Gelişmeler

Sorumluluk hukuku bugün köklü bir evrim göstermiştir. Son büyük aşama, kusur sorumluluğun yanında, “objektif sorumluluk” şeklinde nitelendirilen bazı sorumlulukların kabul edilmiş olmasıdır. Sorumluluğun bu aşaması, XIX. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşen sanayi ve sosyal alandaki devrimlerin bir sonucudur. Objektif sorumluluk önce iş mevzuatında daha sonra da tehlikeli olan her alana yayılmıştır.¹² Birçok ülkede objektif sorumluluk esas alınarak yasal düzenlemelere gidilmek zorunluluğu duyulmuştur.¹³

Tümüyle bireyci ve liberal olan sanayi öncesi topluma özgü kusur sorumluluğu, günümüz sorunlarını çözmekten uzak kalmıştır. Toplumsal ilişkiler giderek karmaşıklaşmakta ve teknolojinin yarattığı tehlikelerde artmaktadır. Bu nedenle kusur sorumluluğunun temel ilkeleri bile yeniden gözden geçirilmektedir. Objektif sorumluluğun giderek önem kazanması bu nedenle doğal karşılanmalıdır.¹⁴

Hukuk düşüncesindeki evrim sonucu, sübjektif sorumluluk teorisinden, İslam hukukunun hukuki sorumluluğun esası olarak kabul ettiği objektif sorumluluk teorisine doğru zorunlu bir gelişmenin olması İslam hukuku açısından zikre değer olduğunu düşünmekteyiz.

¹² Deschenaux, Tercier, 6

¹³ İlhan Uluhan, Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi, (İ.H.F.M) (1-4) (Ord.Prof.Dr. Charles Crozat’ya Armağan) Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1979, XLIII / 108

¹⁴ Deschenaux, Tercier, 7

B. İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK

Hukuk devleti, bir sorumluluk devletidir. Bu nedenle hukuk devletinde idare, yaptığı işlerin hesabını vermek ve vatandaşa verdiği mali zararları ödemekle yükümlüdür. İdarenin mali sorumluluğu, sonuçta, “idarenin yargısal denetimi sorunu” olduğundan idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı öder.¹⁵

Günümüzde genellikle, idari faaliyetlerde Devletin mesuliyetini kabul eden ülkelerde, bu mesuliyetin esası klasik hukukun “kusur” fıkrinde aranmaktadır. Bilindiği üzere kusur dar veya geniş manasında alınabilir. Dar manada kusur, sahibinde az çok kötü bir niyet farz eder ki buna “sübjektif kusur” denir. Geniş manada ise, niyetten sarfı nazar, sırf hakka aykırı fiil yahut haksız fiildir ki, buna da “objektif kusur” denir.¹⁶

İslam hukukunda, medeni hukukta olduğu gibi, idare hukukunda da hakim olan düşünce objektif sorumluluktur. Ancak idarenin objektif sorumluluğunu bir metin ya da mevzuatta aramaktan çok, doktrin ve uygulamada buna kaynaklık edebilecek ilke ve pratiklerde aramak daha doğru olacaktır. Bunun bir sebebi de, daha önce açıkladığımız gibi İslam hukukunda kamu hukukunun, şahıs hukuku kadar sistemli ve detaylı olmamasıdır.

¹⁵ Fındıklı – Bilgiç, 26

¹⁶ Ali Fuat Başgil, Devletin Diğer Âmmî Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1940, 27

1. Şahsi Kusur

Kamu personelinin, idareye atıf ve izafesi mümkün olmayan fiil veya kararıyla verdiği zarardır. Ferdin uğradığı zarar memurun hırs, düşmanlık ve kötü niyet gibi ruh hallerinden doğmuşsa bu takdirde onun şahsen sorumlu olması gerekir. Günümüzde şahsi kusur-hizmet kusuru alanındaki genel eğilim, hizmet kusurunun, kişisel kusur aleyhine alanını genişletme şeklinde kendisini göstermektedir.¹⁷

İslam hukukunun uygulandığı ilk dönemlerde bugün için şahsi kusur olarak değerlendirilen bazı durumların hizmet kusuru gibi mütalaa edildiğini görmek mümkündür. Bazı durumlarda şahsi kusur neticesindeki tazminatlar da devlet bütçesinden karşılanmıştır.

Ancak sonraki dönemlerde özellikle yürütmenin başı sıfatıyla devlet başkanlarının yaptığı hatalar tartışılmış; devlet başkanının, kasıtlı olarak yetkilerinin dışına çıkmaktan, işlediği haksızlıklar veya yaptığı zorbalıklar ve zulümler şöyle dursun, görevlerini yerine getirirken yaptığı yanlışlıklardan, ihmalden, kusurlarından ve kendisine verilmiş olan yetkiyi kötüye kullanmaktan sorumlu olduğu ifade edilmiştir.¹⁸

İslam Hukukçuları, devlet başkanının bir suç işlemesi durumunda nasıl cezalandırılacağı ve bu konuda yetkili kurum konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Görüşlerden ilki Ebu Hanife'ye ait olup; devlet başkanının suç işlemesi durumunda onu cezalandırmaya yetkili bir kişi ya da kurum olmadığından suçun

¹⁷ Mukbil Özyörük, İdarenin Murakabesi, (1959-2960) (Ders Notları) 74

¹⁸ Udeh, İslam ve Siyasi Durumumuz, 239

cezasız kalacağı görüşüdür. İkincisi görüş ise; İslam hukukçularının çoğunluğuna (cumhur) ait olan görüş olup; devlet başkanının diğer insanlardan herhangi bir farkı olmaksızın cezalandırılacağı yönündedir¹⁹

2. Hizmet Kusuru

Hizmetten ayrılması ve şahsa izafesi mümkün olmayacak bir suretle hizmete bağlı olan, hizmet fiilinden, amme hizmetinin teşkilatındaki veya işleyişindeki herhangi bir bozukluktan, noksanlıktan ve aksaklıktan meydana gelen bir kusurdur.²⁰

Günümüzde hizmet kusuru olarak kabul edilen haller:

Hizmetin hiç işlememesi,

Hizmetin kötü işlemesi,

Hizmetin geç işlemesidir.²¹

İslam hukukunda hizmet kusuru kavramı özel olarak işlenmediği veya özel bir deyimle ifade edilmediği halde doktrinde ve uygulamada yer almıştır.²² Günümüzde hizmet kusurunun, kişisel kusur aleyhine alanını genişleterek memurun fiil veya kararında “ağır bir kusur” işlemesi veya görevinin “gayesinden” uzaklaşması durumları da şahsi kusur olarak kabul edilmiştir.²³ Aşağıda ifade edeceğimiz örnekler, şahsi kusur olarak kabul edilmesine rağmen tazminatların devlet

¹⁹ Udeh, İslam ve Siyasi Durumumuz, 177 (İslam tarihi, hakimlerin huzurunda yargılanan Halifelerin örnekleriyle doludur.)

²⁰ Akın Düren, İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, 287

²¹ Gözübüyük, İdari Yargı, 210-211

²² Akyüz, 121

²³ Özyörük, 74

bütçesinden karşılanması bu durumların ilk dönemlerde hizmet kusuru gibi değerlendirildiğini göstermektedir.

Hiz. Peygamber, Halid b. Velid'i Cezîme kabilesine gönderir. Kabile mensupları, İslam'ı kabul ettiklerini söyledikten sonra “dinden dönmek veya Sabii olmak”²⁴ anlamlarına gelebilecek kinayeli bir lafız kullanırlar. Bunun üzerine Halid, saldırı emrini verir ve kabileden herkes esir alınır. Esirlerin öldürülmesini emreder. - Nesai'den gelen rivayete göre Bişir isimdeki kişi esir aldığı kişiyi öldürür.²⁵ Durum Peygambere ulaştırılınca Halid'in hatalı davrandığını ifade eder ve duruma çok üzülür. Allah'tan, varsa kendi kusurunu bağışlaması için dua eder.²⁶ Hadis kitaplarının dışında Taberi aynı olayı naklettikten sonra Hiz. Peygamberin Hiz. Ali'yi öldürülenlerin yakınlarına tazminat ödemesi için görevlendirdiğini rivayet eder.²⁷

Ayrıca Hiz. Peygamber, zekât tahsili için Ebu Cehm'i görevli olarak bir kavme gönderir. Tahsilâtın gecikmesi neticesinde meydana gelen tartışmada görevli kişi borçlulardan birini yaralar. Şikâyet üzerine Hiz. Peygamber yaralıya tazminat verilmesini emreder.²⁸

Çağdaş hukukçuların özellikle devlet başkanının durumunu tartışırken, şahsi kusur ve hizmet kusuru ayırımını dikkat ettiklerini görmekteyiz. Bu konuda yetkili

²⁴ Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkânî, Neylu'l-Evtâr, Matbaatu Mustafa el-Halebi, Mısır (ty), VII/222-223

²⁵ Ebî Abdîrrahman Şua'yb en-Nesaî, Sünen en-Nesaî, Matbaatu Mustafa el-Bâbî, el-Halebî, Kahire 1965, VIII/209

²⁶ Şevkânî, VII/222, Toshihiko İzutsu, Kur'an'da Dini ve Ahlaki Kavramlar (çev. Selahattin Ayaz) Yıldızlar Matbaacılık İstanbul (ty) 154.

²⁷ Ebû Câfer Muhammed b. Cerîr et-Taberî, Tarihu't-Taberî (Tarihu'l-Umem ve'l-Muluk) Dâru's-Suveydûn, Beyrut 1967, III/67, Hamidullah, İslam Peygamberi, II/188

²⁸ Ebu'l-Abbas Ahmed b. İdris es-Sanhâcî el-Karâfî, Envâru'l-Burûk fî Envâi'l Furûk, (el-Furûk).(A'lemul-Kutub) Beyrut (ty) IV/44-45.

kurum konusunda farklı düşünceler ortaya atıldığı gibi, hizmet kusurunun telafi şekli konusunda da farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Devlet başkanının icraatlarını denetleyecek, gerekirse görevden alınmasına karar verecek kurumun Şura Meclisi olduğunu düşünen hukukçular²⁹ olduğu gibi, bu yetkinin Mezalim Mahkemesinde olduğunu düşünenler de olmuştur.³⁰ Bu yetkinin, yüksek yargı kurumu olan Mezalim Mahkemesinin görev alanı içinde olduğunu ifade etmiştik.

İslam hukukçuları, kastı aşan durumlarda meydana gelen hataların telafi şekli konusunda farklı görüşler ifade etmişlerdir. Bazıları, tazminatın devlet başkanı veya onun- âkilesi-denilen yakınları tarafından ödenmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Diğer bazıları da, tazminatın devlet bütçesinden (Beytü'l-mal) ödeneceği görüşündedirler. Bu görüşte olanlara göre bu bir kamu hizmetidir. Yapılacak hataların şahsi malından tazmin edilmesinin ağır bir külfet getireceğini belirtirler.³¹

Hizmetin kötü işlemesi durumunda kamu görevlilerinin herhangi bir kusuru varsa ihmal derecesine göre cezalandırılması gerektiği ilke olarak kabul edilmiştir. Fırat ve Dicle nehirleri kenarındaki bentlerin tamir edilmemesi veya tamirinin geciktirilmesi durumunda meydana getirdiği hasarın ve ilgili valinin bu konudaki kusurunun tespit edilerek ilgilinin ihmal derecesine göre cezalandırılması emredilmiştir.³²

²⁹ Gümüšoğlu, 290

³⁰ Ced'an, 57 (el-Arabî, bu kurumu Yüksek Mahkeme olarak tanımlamıştır.a.g.e,129)

³¹ Udeh, İslam ve Siyasi Durumumuz, 243

³² Ebû Yûsuf, Kitâbu'l-Harac,(Çev. Muhammed Atâullah Efendi) Gaye Matbaacılık Ankara 1982, 264

3. Kusursuz Sorumluluk

İdarenin bazı davranışları kusurlu olmasa da, idarenin sorumlu tutulmasına verdiği zararları ödemekle yükümlü sayılmasına “kusursuz sorumluluk” denilmektedir.³³ Bireylerin, yönetimin hukuka aykırı davranışlarından dolayı uğradıkları zararlar, her zaman kusur ilkesine dayanarak karşılanması mümkün olmayabilir. Bu gibi hallerde kişilerin uğradıkları zararların giderilmesi ancak “kamu külfetleri karşısında eşitlik, hasar, risk, tehlike gibi objektif esaslara dayanan “kusursuz sorumluluk” esasının benimsenmesiyle mümkündür.³⁴ Hz Ömer döneminde İslam ordularının Suriye’ye yaptığı sefer sırasında bir çiftçi arazisinden geçen ordunun mahsulünü tahrip ettiği gerekçesiyle şikayette bulunur. Halife adamın kayıplarının derhal on bin dirhemle tazmin edilmesini emreder.³⁵

Sorumluluk hukuku, günümüzde evrim geçirmiş, kusur sorumluluğu (sübjektif sorumluluk) nun yanında objektif sorumluluk şeklinde nitelendirilen bazı sorumluluklar kabul edilmiştir. Böylece objektif sorumluluk giderek önem kazanmıştır.³⁶ Bu durumda objektif sorumluluk teorisinin kabul edildiği İslam hukukunda tekrar “kusursuz sorumluluk” ilkesinin tartışılması anlamlı değildir. Nitekim “hasar” ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk açıklanırken İslam hukukunun külli kaidelerinin yer aldığı Mecelle’nin 87.maddesinin örnek olarak

³³ Düren, 309

³⁴ Gözübüyük, Türkiye’nin İdari Yapısı, 342

³⁵ Numanî, 77,214

³⁶ Deschenaux, Tercier, 5-6

verilmesi bunu göstermektedir.³⁷ “Mazarrat menfaat mukabelesindedir. Yani bir şeyin menfaatine nail olan onun mazarratına mütehammil olur.”³⁸

İslam hukukunun kabul ettiği adalet ve hakkaniyet esasına dayalı “objektif sorumluluk” teorisine daha önce eleştiri³⁹ yöneltenler tıkanan “kusur sorumluluğu” teorisi için çıkış kapısı olarak gördükleri “kusursuz sorumluluk” teorisinde hakkaniyet esasına dayanmaları⁴⁰ ise bir değişim ve evrimi göstermektedir.

II. DEVLETİN DİĞER FONKSİYONLARINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU

A. YASAMA FAALİYETİNDEN DOLAYI SORUMLULUK

Yasama (teşri’) fonksiyonu, devletin yasama yetkisine dayanarak genel, soyut ve kişilik dışı kurallar koyması, değiştirmesi, düzeltmesi ve böylece topluma hukuki bir düzen vermesi demektir.⁴¹

İslam hukukunda, daha önce ifade ettiğimiz gibi, bir içtihadın bağlayıcı bir nitelik kazanabilmesi için;

Üzerinde icma’ vaki olması,

Devlet başkanının hukukçularla istişaresiyle içtihadın bağlayıcılığını ifade etmesi ve bunu kanun haline getirmesiyle gerçekleşir.

Kanun yapmak bir “hukuki tasarruf”tur ve gayesi genel bir faydayı gerçekleştirmek yani kamu yararadır. Fakat bazı durumlarda kamu yararına hizmet

³⁷ Gözübüyük, İdari Yargı, 215

³⁸ Hoca Emin Efendizâde Ali Haydar, Dureru’l-Hukkâm Şerhu Mecelleti’l Ahkâm Matbaa-i Tevsîi Tıbbât, İstanbul 1330, 188

³⁹ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları 1192

⁴⁰ Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 170

⁴¹ Fındıklı-Bilgiç, 5

edilirken bireyin bir takım hak ve menfaatlerinin çığnendiği görülür. Devlet hayatında bu, karşılaşılan bir durumdur. Bu daha ziyade idarenin “kural tasarruf”larında sık rastlanacak bir durumdur. Bu tür hak ve menfaatlerin kamu yararına feda edilmeksizin telafi edilmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Her ne kadar İslam hukukunu kamu yararı hususunda aşırıya gittiği, bireyin haklarının kamu yararı için feda edildiği yönünde eleştirel görüşler varsa da teoride bu görülmediği gibi uygulamalar da aksi yönde olmuştur.

Günümüzde hakim olan görüş yasama fonksiyonundan dolayı devletin mali olarak mesuliyetinin olmadığı yönündedir.⁴² İslam hukuku açısından böyle bir problemin ne teoride tartışıldığı ne de pratikte varlığı konusunda inceleyebildiğimiz kaynaklarda herhangi bir bilgiye rastlayamadık. Ancak böyle bir problemin daha çok idari düzenlemeler için konmuş “kural tasarruflarda” yaşanabileceğini düşünmekteyiz.

Mevdudî, yasama organının, Kur'an ve Sünnete aykırı olarak yaptığı kanunları, yargı organının reddetme ya da sınırlamaya hakkı olup olmadığı konusunda bir hükme rastlamadığını açıklar. Halifeler döneminde böyle bir yetkinin olmadığını bunun sebebini ise, o zamanki yasama organının Kur'an ve Sünneti derinden bilmiş olmalarıyla açıklar.⁴³

Kanunların, İslam hukukunun genel ilkeleri ya da ruhuyla çatıştığı iddia edildiğinde bu iddianın haklı ya da haksızlığını tespit edecek tarafsız bir kurumun olup olmadığı ya da ne kadar fonksiyonel olduğu önemli bir konudur. Yasaların

⁴² Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1212

⁴³ Mevdudî, 35

İslama uygunluğu konusunda başta görüşleri alınmayan alimlerin, yasalar çıkarıldıktan sonra meşruiyeti için fetvalarına başvurulmuştur.

Oryantalist Coulson, İslam hukukunun modern dönemdeki bu durumu ile ilgili şöyle bir yorumda bulunur. “Modern dönem İslam hukuk düşüncesi, geleneksel hukuku toplumun şartlarına uyarlayacak bir sistem geliştirme konusunda başarısız olmuştur. Hukuk canlı bir güç olarak toplumun ruhunu yansıtmak zorunda olup, günümüz İslam toplumunun ruhu, ne sekülerizm ne de klasik dönem hukuk metinlerinde yer alan doktrinde yansıtılmaktadır. Modern dönemde İslam ülkelerinin pozitif hukuk sistemlerinde meydana gelen “İslami” nitelikli kanunlaştırma faaliyetlerinin özellikleriyle ilgili değerlendirmelerinin dikkate değer nitelikte olduğunu ifade etmek gerekir.”⁴⁴

Tarihi uygulamaları incelediğimizde İslam hukuku kuralarına aykırı “kanun” hükümleriyle karşılaşmamız mümkündür. Örneğin “nizamı alem için karındaşların katlinin münasip olması” gibi kanunlar gösterilebilir.⁴⁵

B. YARGI FAALİYETİNDEN DOLAYI SORUMLULUK

Yargı fonksiyonundan dolayı devletin mali mesuliyeti genellikle kabul edilmektedir. Ancak bu fonksiyondan dolayı devletin mesuliyeti sınırlıdır.⁴⁶ İslam hukukunda, hakimin herhangi bir kastı olmaksızın verdiği yanlış karardan dolayı

⁴⁴ Coulson, 200-201

⁴⁵ Hâtemî, 93 (Fatih Kanunnamelerinde Kardeş katline cevaz verildiğine dair iddialar için Ali Himmet Berki'nin “Sultan Mehmet Han ve Adalet Hayatı” adlı eserine bakılabilir. Müellif böyle bir hükmün İslam hukuku açısından verilemeyeceğini ifadeden sonra böyle bir belgeninde asılsız olduğunu iddia etmektedir. Ali Himmet Berki, Sultan Mehmet Han ve Adalet Hayatı, Kutulmuş Basımevi, İstanbul 1953, 142-146)

⁴⁶ Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1212

devletin sorumluluğu kabul edilmiş hatalı karar için gerekli tazminat devlet bütçesinden karşılanmıştır.

Ancak adli hatalar ile mahkûmun idam edilmesi veya ölüm cezası verilmesi halinde cezanın tamir edilmezliği yüzünden bu durum bir facia olacaktır. Adli hatalar anlaşıldıktan sonra verilecek tazminat şüphesiz bu hatayı tamir etmeyecektir.⁴⁷ Bundan dolayı İslam ceza hukukunda “En ufak bir şüphe ile dahi olsa had cezalarını düşürünüz” ilkesi ile hakimin sanık lehine bir eğilim içinde olması tavsiye edilmiştir. Çünkü hakimin afa yanılmış olması cezalandırmada yanılmış olmasından daha iyidir. İslam hukukunun yargı faaliyetinden dolayı devletin sorumluluğunun kabulünde mağdurun lehine olacak şekilde çerçevenin geniş tutulmuş olması hukuk devleti anlayışına uygun bir durumdur.

Hakimin takdir yetkisinin belirleyici olduğu Ta’zir cezalarında da takdirin hafifletici yönde olması uygundur. Zira takdirin arttırıcı yönde olması “kanunsuz ceza olmaz” ilkesine aykırı olacaktır. Bu nedenle had cezaları uygulanırken sanığın ölmesi durumunda tazminat gerekmediği halde İmam Şafii’ye göre Ta’zir cezaları uygulanırken sanığın ölmesi durumunda tazminat ödenmesi gerekli görülmüştür.⁴⁸

Ömer b. Abdülaziz kendi döneminden önceki uygulamalardan hukuki bulmadıklarını iptal etmiştir. Mağdur olanların haklarını tazmin etmiştir. Ancak bu hukuki yollarla elde edilmiş bir hak değildi. Sadece devlet başkanının vicdanıyla

⁴⁷ Adolf Susterhenn, Ölüm Cezası Lehinde Rasyonel Sebepler, (Çev.Turhan Tufan Yüce) Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1968, 6.

⁴⁸ Şevkânî, VII/164 , Zuhaylî, VII/484

verdiği bir karar olmuştur. Böyle bir sorunun yaşandığı dönemlerde kurumsal bir yapıya gidilseydi, İslam toplumları için büyük bir kazanım olurdu.

SONUÇ

Günümüzde çokça zikredilen “Hukuk devleti” anlayışı ile insanların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması zorunlu olan kurallara devletin uyması gereken kurallar eklenmiştir. Böylece idarenin tüm işlemlerinin yargı denetimi altında olması hukuk devleti anlayışının bir sonucu olarak kabul edilmiştir.

Bir hukuk sisteminde “idari tasarrufların yargı denetimi”nden söz edebilmek için yargının, yürütme karşısında bağımsız olması gerekir. Yürütmenin bir parçası haline gelmiş ya da yürütmenin etkisi altındaki bir yargının tarafsızlığından bahsetmek ve yürütmenin işlemlerini denetleme yetkisinden bahsedebilmek güç olacaktır. Bu nedenle öncelikle İslam hukukunda kuvvetler arası ilişkilerin şeklini tespit etmek önemlidir.

Hz Peygamber döneminde sistemin sadeliği nedeniyle devlet, kuvvetler birliği ilkesine uygun düşecek şekilde yönetilmişti. O, yasama, yürütme ve yargı erklerini şahsında toplamış ve adaletli bir yönetim gerçekleştirmişti. Medine’de kurduğu devletin Anayasası olarak kabul edilen metin incelendiğinde, farklı dinden insanlara inanç hürriyetinin tanınmış olması, bu metnin hukuk devleti anlayışını içerdiğini ve hukukun üstünlüğünün taraflarca kabul edilmiş olması, bu metinle “Sosyal Sözleşme”nin gerçekleştirildiğini ifade etmek abartı olmayacaktır.

İslamın civar bölgelere yayılmasıyla, Hz Peygamber görevlerinin bir kısmını arkadaşlarına bırakmıştır. Atayacağı valileri hukuk formasyonuna sahip arkadaşlarından seçer, onların idari işlerin yanı sıra yargıya da bakmalarını isterdi.

Hz Ömer dönemine gelindiğinde, devlet, kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun düşecek şekilde yönetilmeye başlamıştır. Halkın temsilcileri niteliğindeki Şura

Meclislerini oluşturması en önemli yeniliklerinden biri sayılmaktadır. Bu dönem, devlet yönetiminde bir çok kurumun teşekkül ettiği dönemdir.

İdarenin her türlü işlemlerinin kurumsal denetiminin Mezalim Mahkemeleri tarafından gerçekleştirildiği görölmektedir. Başlangıçta kamu personeli ile normal mahkemelerin yargılamak ya da yargı kararlarını uygulamaktan çekindiği kişilerin hukuk dışı uygulamalarının görüşüldüğü bir kurum olarak görev ifa etmiştir. Ancak kurumun ilk yıllardaki işleyişini bu günkü idari yargı kuruluşları kadar kapsamlı ve sistemli olmasını beklemek doğru olmayacaktır.

İslam hukukunda ilk derece mahkeme kararlarının bir üst yargı kurumunda veya eşit düzeydeki bir mahkemede tekrar değerlendirilemeyeceği kanaatleri yaygındır. Aslında bu kanaatleri çağrıştıracak prensip ve uygulamaların varlığı da bir gerçektir. Oysa yargı kararlarının her zaman hata ihtimali taşıdığını belirtmemiz gerekir. İslam hukukunda çokça kullanılan içtihadın, hata ihtimali bulunan galip bir zandan ibaret bulunduğu kabul edildiğine ve hatalı içtihattan dönmenin hatada ısrardan hayırlı olacağı ilkesi de benimsendiğine göre yanlışlığı iddia edilen bir kararı, aynı mahkemenin veya aynı derecedeki bir başka mahkemenin gözden geçirebilmesi yetkisini kabulden başka çıkar yol yoktur.

Mezalim kurumu hem adli hem idari davalar için ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı ancak çoğunlukla Temyiz vb. üst yargı kuruluşu olarak fonksiyon icra ettiği görülür. Adli ihtilafların Mezalim mahkemesine intikalinin sebebi davalının üst düzey devlet memuru veya ekonomik yönden güçlü bir kişi olması dolayısıyla kadı mahkemelerinin görüm ve çözümünde yetersiz kalması nedeniyledir.

Olağan kanun yolu olarak Temyiz ve İsti'naf, olağanüstü kanun yolu olarak da Karar düzeltme ve Yargılamanın İadesi'ne uygulamalarda rastlanmaktadır. Nitekim

İslam hukuku kaynaklı Karar düzeltmenin Türk hukuk sisteminde izlerine rastlanması bunu doğrulamaktadır.

Böyle önemli bir kurumun İslam Medeniyeti kaynaklı olmadığı ve bu yönüyle de seküler bir nitelikte olduğu iddiaları, Oryantalistler tarafından çok sık tekrarlanmaktadır. Buna karşılık, İslam Medeniyetinin oluşum süreci dahil oluşturduğu tüm kurumların Müslümanlara aidiyetini ispat etme çabalarını da objektif bir tutum olarak kabul etmek mümkün değildir. “Hakikat müminin yitiğidir” düşüncesiyle başka toplumlardan alınmış olsa bile İslam Medeniyeti tarafından kullanılan ve geliştirilen her kurum ve kavram islami niteliktedir.

Bu kurumun daha sonra gelişerek bir kurul halinde işlemeye başladığını görmekteyiz. Yargıya ilişkin görevlerinin yanında yargı dışında da görevler üstlendiği görülmektedir. En önemli görevlerinden biri de Yüce Divan olarak görev ifa etmesidir.

Hukuk devleti anlayışının sürdürülmesi amacıyla oluşturulan, Mezalim Mahkemelerinin yetki alanının son derece geniş olduğu görülür. Bunlardan en önemlisi, idari yargı kapsamında değerlendirilebilecek olan görevidir. Bireylerin hak ve hürriyetlerine karşı kamu görevlilerinin ve valilerin herhangi bir ihlali vaki olduğunda idarenin işlem ve eylemlerini denetleme görevi en başta gelen görevlerindendir. Ayrıca kamu görevlilerinin de idareden kaynaklanan sorunlarına bakmakla da görevlidir. Bu kurumun asıl hedefi, devleti hukuk kurallarına bağlı kılmak böylece meşruiyetini sağlamaktır. Bugünkü anlamıyla, İslam hukuku açısından hukuk devleti anlayışından bahsetmek mümkündür.

İdare kavramının, biri “teşkilat” biri de “faaliyet” olmak üzere iki anlamda kullanıldığı görülmektedir. Yürütmenin ise siyasal nitelikli ve idari nitelikli iki işlevi

vardır. İslamda âmme hukuku ile ilgili kuralların olmadığı, Kur'an'ın yetersiz bir siyasi kaynak olduğu iddiaları mevcuttur. Aslında İslam hukukunda hususi hukuk-âmme hukuku kesin çizgilerle ayrılmış değildir. Ayrıca tarihi bir takım sebeplerle âmme hukukunun hususi hukuk kadar gelişmediği de bir gerçektir. Bu İslamın sadece bireylerin özel yaşamlarını düzenleyen kurallar koyduğu, yönetimde uyulması gerekli ilkelere bahsetmediği anlamına gelmez. Teorik olarak bu ilkeler mevcut olduğu gibi pratik olarak da Hz Muhammed ve sonraki halifeler, bunları hayatlarında uygulamalı olarak göstermişlerdir. Hatta Hz Peygamberin “Medine Vesikası”ndaki idari kuralları, İslam anayasa ve idare hukukunun temelleri olarak görenler de olmuştur.

Kur'an ve Hadislerde yönetimle ilgili bir çok ilke bulunmaktadır. Ancak bu ilkelerin ne tür bir yöntemle uygulanacağı zamana ve insanların kendi tercihine bırakılmıştır. Bu nedenle İslam düşüncesinde üç tür yönetim modeli ortaya çıkmıştır. Şii İslam düşüncesinden “İmamet modeli”, Sünni İslam düşüncesinden “Hilafet modeli” ve yine Emevilerce yerleştirilen İslam öncesi bir anlayışı yansıtan “Saltanat modeli” ortaya çıkmıştır.

Devlet başkanı ümmetin vekili olarak kabul edilmiştir. Gerektiğinde görevden alınabileceği sık vurgulanmıştır. Ancak ne tür bir yöntemle görevden alınacağı ve bu konudaki yetkili kurum konusunda, fonksiyonel olabileceği dönemlerde bir teori geliştirilememiştir. Kur'an'daki yönetimle ilgili ilkelere rağmen bir “devlet doktrini” oluşturulamadığı için İslamda âmme hukukunun olmadığı iddiaları yaygınlaşmıştır. Ancak son yıllarda bu konularda paradigma oluşturmak isteyenler olmuştur. Fakat kimi hukukçular bunların çabalarını çok da anlamlı bulmamışlardır.

İdarenin denetimi, kural tasarruflarının denetimi ve sübjektif tasarruflarının denetimi olarak ayrılmaktadır. İslam hukukunda yürütme organının suç ve ceza belirleme yetkisinin Ta'zir kapsamında gerçekleştiği görülmektedir. Ta'zir suç ve cezalarında yürütme ve yargı organlarının yetki sınırlarının belirlenmesi gerekir. Ayrıca genel ceza hukuku ve idari ceza hukuku ayırımına gidilerek ta'zir suç ve cezalarının idari ceza hukuku kapsamında değerlendirilmesinin isabetli olacağı kanaatini taşımaktayız.

Devlet yönetiminde fonksiyonel bir doktrin oluşturulamaması, yönetimde ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap verebilmek için “siyaseti şer’iyye” kapsamında devlet başkanına tanınan ta'zir ve takdir yetkisiyle çıkarılan kararnamelerin İslam hukukuna uygunluğu tartışma konusu olmuştur. Her ne kadar bu konularda devrin alimlerinden fetvalar çıkarılmış olsa da, bunların şer’iliği tartışmalardan uzak olamamıştır. Bu durumu değerlendiren Oryantalistler ve bizdeki bazı hukukçular, İslam hukukunda seküler bir anlayışla düalist bir yapının ortaya çıktığını iddia etmişlerdir.

İslam hukuku açısından bir devlet doktrini oluşturulamamasının değişik sebepleri vardır. Bunlardan devlet başkanlığı (imamet) konusunun İslamın inanç disiplini olan Kelam ilmi içinde işlenmesinin önemli bir etkisi olduğu iddia edilmektedir. Bu disiplin içinde işlenmesinin sebebi olarak da; Şii düşüncede İmamet konusunun inanç ilkelerinden biri olduğu, bu düşünceye cevap vermek isteyenlerin de aynı düzeyde önemli bir zeminde karşılık vermek istemelerinden kaynaklanmış olabileceği sanılmaktadır.

Hukuk devleti ilkesine uygun olan, idarenin tüm tasarruflarının yargı denetimine tabi tutulması ise de; günümüzde, idarenin bazı tasarrufları vardır ki, bu tasarrufların yargı denetimi dışında tutulması istenmektedir.

Bu tasarrufların başında, “siyaseti şer’iyye” ya da “hikmet-i hükümet” olarak tanımlanan tasarruflar gelmektedir. Oysa bu düşünce siyasete kutsallık ve gizemlik getirmekte ve denetim dışı bırakmaktadır. Aynı kapsamda değerlendirilebilecek olan “siyaseten katlin” ise İslam ceza hukuku ile asla bağdaştırılmayacak, hukuk dışı bir uygulama olduğu kanaatindeyiz. “Sa’y bi-l fesad” ya da maslahat gibi sübjektif bir gerekçeyle böyle bir infaza cevaz vermek dinen mümkün değildir.

Ayrıca günümüzde yabancılara karşı misilleme olarak yapılan uygulamaların yargı denetimi dışında kalması istenmektedir. İslam hukukunda önceden konmuş kuralların dışında, sebebi açıklanmayacak bir gerekçe ile gayri Müslim vatandaşlara karşı yargı denetimi dışında tutulacak bir uygulamaya yer yoktur.

İdarenin yargı yoluyla denetiminin dışında kamuoyu denetimi, idarenin hiyerarşik olarak denetimi, idarenin kural tasarruflarının ve sübjektif tasarruflarının Mezalim kurumu tarafından yargısal olarak denetimi görülmektedir. Bu yargısal denetimin dışında kamuoyu denetimi olarak tanımladığımız halkın denetimi son derece önemlidir. Ayrıca kurumların kendi iç denetimi olan hiyerarşik denetim de bulunmaktadır.

Bunların dışında, hem yargı kararlarını hem de idarenin tüm faaliyetlerini sürekli denetleyen fakihler vardı. Yasama fonksiyonunun bir üyesi konumundaki müçtehit hukukçuların bu denetimi “sivil yargı denetimi” şeklinde yorumlanabilir. Şüphesiz kişinin kendi kendisini denetlemesi yani ahlaken ve vicdanen oto kontrol içinde olması en dinamik denetimdir. Ancak kişi vicdani olarak ne düzeyde olursa olsun hiç kimse sadece vicdani tarafından denetimle baş başa bırakılmamalıdır. Mutlaka objektif kurallar ve kurumlar tarafından denetim sağlanmalıdır.

İdarenin sorumluluğundan söz ederken öncelikle İslam hukukunda sorumluluğun esasının tespiti önelidir. İslam hukukunda hakim olan düşünce objektif sorumluluk anlayışıdır.

Sanayi devriminden sonra sorumluluk hukuku büyük bir evrim geçirmiştir. Teknolojinin yarattığı tehlikelerin artması neticesinde “kusur teorisi” denilen “sübjektif sorumluluk” anlayışı terk edilmiş ve “objektif sorumluluk” anlayışı her alana yayılmıştır. Bunun için ise “kusursuz sorumluluk” kavramı kullanılmıştır.

Günümüzde devletin, yasama faaliyetinden dolayı mali mesuliyetinin olmayacağı görüşü hakimdir. İslam hukuku açısından böyle bir durumun vaki olamayacağı kanaati yaygındır. Oysa “siyaseti şeri’yye” kapsamında çıkarılan kararnamelerin İslam hukuku açısından şeri’liği tartışıldığında böyle bir problemle karşılaşmanın mümkün olabileceği görülecektir. Kurumsal olarak, bunun kimin görevi olabileceği teorik olarak tartışılabilir bir konudur.

Yargı faaliyetinden dolayı devletin sorumluluğu ise sınırlıdır. Ta’zir ve takdir yetkisine dayalı olarak verilen kararlarda böyle bir durumun yaşanabilmesi mümkündür. Tarihi uygulamalarda buna benzer hususlar yaşanmışsa da bu hakların teslimi hukuken değil vicdanen sağlanmıştır.

BİBLİYOGRAFYA

ACLÂNÎ, Munîr, *Abkariyyetu'l-İslâm fî Usûli'l-Hukm*, Dâru'n-Nefâis, Beyrut: 1988.

ABDULHALIK, Mustafa Nevin, *İslam Siyasi Düşüncesinde Muhalefet* (Çev. Vecdi Akyüz) İz Yayıncılık, İstanbul: 1990.

ABDULLAH, Haşim Cemil, *İslam Hukukunda Yargı Kararlarının Temyizi* (Çev. H. Yunus Apaydın), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, sayı III, 1989.

ABDURRÂZİK, Ali, *İslamda İktidarın Temelleri*, (Çev. Ömer Rıza Doğrul) (m.y), İstanbul:1995.

AHMED, Enis, *Mevlânâ Seyyid Ebû'l-A'lâ el-Mevdûdî*, (Çev. Mehmet İbrahim Şaban),İslâmiyât,(c.1, s. 4) (Şeriat Dosyası) Özkan Matbaacılık, Ankara:1998.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Eski Anayasa Hukukumuz ve İslam Anayasası*, Timaş Yayınları (m.y.), İstanbul:1991.

AKİPEK, İlhan, *Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasına Amil Olan Fikirler*, (A.Ü.H.F.D.) c. IX, s. I-II, Çankaya Matbaası, Ankara: 1953.

AKŞİT, Mustafa Cevat, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Kültür Basın Yayın Birliği. (y.y.), (t.y.)

AKYÜZ, Vecdi, *İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim -Divân-ı Mezâlim-*, Yıldızlar Ofset, İstanbul: 1995.

ALDIKAÇTI, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, (İ. Ü. H. F. Y.), Fakülteler Matbaası, İstanbul: 1982.

ALİ HAYDAR, Hoca Emin Efendizâde, *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l Ahkâm* Matbaa-i Tevsîi Tıbbât, İstanbul: 1330.

ALTUĞ, Yılmaz, *Vatandaş İdarenin Yetki Tecavüzlerine Karşı Koruyan "Ombudsman" Müessesesi*, (Yargıtay Yüzüncü Yıl Dönümü Armağanı) Cezaevi Matbaası, İstanbul: 1968 (159–172).

AMEDROZ, H. F, The Mezâlim Jurisdiction In The Ahkam Sultaniyya of Mawardi, (JRAS, 1910, 635–674).

AMMARA, Muhammed, *Laiklik ve Dini Fanatizm Arasında İslam Devleti* (Çev. Ahmet Karababa-Salih Barlak) İstanbul:1991.

ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Bilimine Başlangıç*, Türkiye Ticaret Odaları, Sanayi Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Matbaası, Ankara: 1956.

APAYDIN, H. Yunus, *İslam Hukukunun Sistem ve Terminoloji Problemi*, (Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu, 27-30 Haziran 1989), Samsun:1989.

EL-ARABÎ, Muhammed Abdullah, *İslamda İdare Nizamı*, (Kur'an Devleti) İkbal Matbaacılık, Ankara:1976.

ARMAĞAN, Servet, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Gaye Matbaacılık, Ankara:1992.

ARSLAN, Zühtü, *Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı*, Doğu Batı Düşünce Dergisi, Cantekin Matbaacılık, (y.y.): 2000.

ASLAN, Nâsî, *Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetva ve Kazâ Münasebeti*, Dini Araştırmalar (c.2, s.4) Mayıs-Ağustos, 1999.

ATIYYE MÜŞRİFE, Mustafa, *el-Kadâ fi'l-İslâm*, Matbaatu'l-İ'timâd, (y.y.) 1939.

AYKAÇ, Mehmet, *Abbasi Devletinin İlk Dönemi İdari Teşkilatı Divanlar*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara: 1997.

BALTA, Tahsin Bekir, *İdari Teşkilat-İdari Kaza İdari* (Ders Notları)

BARKAN, Ömer Lûtfî, *Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi*, (İ.Ü.H.F.M.) (c.XI, s.3-4), Kenan Matbaası, İstanbul: 1945.

BAŞGİL, Ali Fuat, *Devletin ve Diğer Âmmе Hükмî Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi*, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara:1940.

_____, *Esas Teşkilat Hukuku* c.I, Baha Matbaası, İstanbul:1960.

BAYRAKTAR, Köksal, *Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı*, (İ.Ü.H.F.M.), Fakülteler Matbaası, İstanbul:1984.

BEKR, Muhammed Abdurrahman, *es-Sultâtu'l-Kadâiyye ve Şahsiyeti'l-Kâdî fi'n-nizâmi'l-İslâmî*, (m.y.), Kahire:1988.

BERKİ, Ali Himmet, *Sultan Mehmed Han ve Adalet Hayatı*, Kutulmuş Basımevi, İstanbul:1953.

_____, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Güney Matbaacılık, Ankara:1948.

_____, *İslamda Kaza Tarihi*, (A. Ü. İ. F. D.), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara:1971.

BERKİ, Ömer, *Karardüzelme Müessesesi*, A.Recai Seçkin'e Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara:1974.

BEYÂTÎ, Munir Hamîd, *en-Nizâmu's-Siyâsiyyi'l-İslâmî*, Dâru'l-Beşîr, Ürdün:1994.

BEYOĞLU, Süleyman, *Tabii Seleksiyon*, Tarih ve Düşünce Dergisi Temmuz 2000, s. 200007.

BİLGE, Necip, *Karar düzeltmenin İslam Hukukundaki Dayanağı*, Kemal Fikret Arık'a Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara:1973.

_____, *Medeni Yargılama Hukukunda Karardüzeltilme*, Sevinç Matbaası, Ankara:1973.

BİLMEN, Ömer, Nasuhi. *Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul:1985.

BOZKURT, Gülnihal, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara:1996.

CÂBİRÎ, Muhammed Âbid, *Çağdaş Dünyada 'Şeriat'ın Tatbiki' Problemi*,(Çev. Abdullah Şahin) İslâmiyât,(c.1, s. 4) (Şeriat Dosyası) Özkan Matbaacılık, Ankara:1998.

CAĞİM, Nu'man, el-İsti'naf ve'r-Rekabe a'la Ahkami'l-Kudat fi Nizami'l-Kadai'l-İslami, ed-Dirasati'l-İslamiyye c.34, s.3 İslamabad :1998.

CED'AN, Fehmi, *Çağdaş Arap Dünyasında İslami Yönetim Tartışmaları*, (Çev.Mehmet Yolcu), Bayrak Matbaası, İstanbul:1989.

CEZÂİRÎ, Ebubekir, *İslâm Düstûru*, (Çev. Harun Ünal)(m.y.),(y.y.),(t.y.)

CİN, AKGÜNDÜZ, Halil, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Timaş Yayınları, İstanbul:1990.

COULSON J. Noel, *A History of Islamic Law*, Edinburg at the University Press 1964.

_____,Coulson'un İslam Hukukuna Bakışı (Çev.M. Kâmil Yaşaroğlu) *Oryantalistlerin Gözüyle İslam-Örnek Metinler*-(ed.Ahmet Yücel) Ayyıldız Matbaacılık, İstanbul:2003.

ÇAĞATAY, Neşet, *İslam Tarihi*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara:1993.

ÇALIŞKAN, İbrahim, *İslam Ceza Hukukunda Gayr-i Müslimlerin Statüsü* (Basılmamış doktora tezi) Ankara:1986.

ÇİFTÇİ, Adil, *Fazlur Rahman'ın Dinamik Şeriat Anlayışı*, İslâmiyât, (c.1, s. 4) (Şeriat Dosyası) Özkan Matbaacılık, Ankara:1998.

DAĞCI, Şamil, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Ajans Türk Matbaacılık, Ankara:1996.

DAHIYYAN, Abdurrahman, *er-Rekabetu'l-idariyye*, Darul-İ'lm, Cidde:1414.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, (Çev. Suut Kemal Yetkin) Maarif Matbaası, İstanbul:1940.

DEMİRKOL, Ferman, *Yargı Bağımsızlığı* (Doktora tezi), Kazancı Matbaacılık, İstanbul:1991.

DEMİROĞLU, Kemal, *Hukukta Tashihi Karar Nazariyatı-Tatbikatı ve Temyiz İçtihatları*, Başvekalet Devlet Matbaası, Ankara.:1945.

DESCHENAUX-TERCIER, Henri– Pierre, *Sorumluluk Hukuku* (Çev. Salim Özdemir) Kadioğlu Matbaası, Ankara:1983.

DOİ, Abdur Rahman I, *Sharî'ah: The Islamic Law*, Delux Press, London:1984.

DÜREN, Akın, *İdare Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara:1979.

EBU DAVÛD, Süleyman b. Eş'as es-Sicistanî, *es-Sünen ve Şerhu Hattâbî*, Dâru'l- Hadis, Hıms:1973.

EBÛ YA'LÂ, Muhammed b. Huseyn b. El-Ferrâ, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye*, Metâbiu' Mektebeti'l-A'lâmi'l-İslâmî, (y.y.), 1406.

EBU YUSUF, *Kitabu'l-Harac*, (Çev. Muhammed Ataullah Efendi) Gaye Matbaacılık, Ankara:1982.

EBÛ ZEYD, Nasr Hâmid, *İslâmiyât Dergisi ile Söyleşi*, (Çev. Ömer Özsoy), İslamiyât, (c.1, s. 4) (Şeriat Dosyası) Özkan Matbaacılık, Ankara:1998.

ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları (m.y.), İstanbul: 1998.

ERDOĞAN, Mustafa, *Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var Mı?* Doğu Batı Düşünce Dergisi, Cantekin Matbaacılık, (y.y.): 2000.

EROĞLU, Hamza, *İdare Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara: 1972.

ERYARSOY, M.Beşir, *İslam Devlet Yapısı*, Buruc Yayınları (y.y.): 1988.

ESED, Muhammed, *İslam'da Yönetim Biçimi*, (Çev. M. Beşir Eryarsoy) Bayrak Matbaası, (y.y.):1995.

FAZLURRAHMAN, *İslam ve Siyasi Aksiyon* (Derleme; İslam'da Siyaset Düşüncesi) (Çev.Kazım Güleçyüz) Paşahan Matbaası, İstanbul:1995.

FINDIKLI Remzi- Veysel Bilgiç, *İdare Hukuku*, Kalemder Matbaacılık, Ankara: 2006.

GOLDZİHER, Ignaz, *İslam Hukuku* (Çev. M. Fuad Köprülü) W. Barthold'un İslam Medeniyeti Tarihi'ne ek. Semih Ofset Matbaacılık, Ankara (t.y.)

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Sevinç Matbaası, Ankara:1978.

_____, *Türkiyenin İdari Yapısı*, Sevinç Matbaası, Ankara: 1976.

_____, *İdari Yargı*, Sevinç Matbaası, Ankara:1973.

GÜLER, Mehmet Nuri, *İslam İdare Hukukunun Ortaya Çıkışı* (Basılmamış doktora tezi) Kayseri: 1995.

GÜLSOY, Ufuk, Caiziyet Caiz mi? Tarih ve Düşünce, Temmuz 2000

GÜMÜŞOĞLU, Hasan, *İslâm'da İmamet ve Hilafet*, Selmat Matbaacılık, İstanbul:1999.

GÜR, A.Refik, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, Çeltût Matbaası, İstanbul (t.y.).

HAKÎM, Saî'd, er-Rekâbe a'lâ A'mâli'l-İdâre fi's-Şeria'ti'l-İslâmiyye ve'n-Nuzumi'l-Vadi'yye (m.y.), Kahire: 1987.

HALLÂF, Abdulvahhâb, es-Siyâsetu's-Şeri'yye ev Nizâmü'd-Devleti'l-İslâmiyye, Matbaatu's-Selefiyye, Kahire: 1350.

HAMİDULLAH, Muhammed, *İslam Peygamberi* (Çev. M.Said Mutlu – Salih Tuğ) Ahmet Sait Matbaası, İstanbul:1969.

_____, *İslam'da Devlet İdaresi* (Çev. Kemal Kuşcu) Gaye Matbaası, Ankara (t.y.).

_____, *İslam Anayasa Hukuku* (Çev. Vecdi Akyüz) Umut Matbaacılık, (yy):1995.

_____, *Mecmua'tu'l-Vesaiki's-Siyasiyye lil A'hdi'n-Nebevi Ve'l-Hilafeti'r-Raşıde*, Daru'n Nefâis, Beyrut: 1985.

HAN, Muhibül Hasan, *Ortaçağ İslam Siyasetinde Devlete Karşı Ayaklanma Teorileri*, Derleme: *İslamda Siyaset Düşüncesi*, (Çev:Kazım Güleçyüz) Paşahan Matbaası, İstanbul: 1995.

HÂTEMÎ, Hüseyin, *İslâm Hukuku'nda Devlet Yapısı*, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul: 1972.

HEYD, Uriel, *Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şariat* (Çev. Selahaddin Eroğlu) (A.Ü.İ.F.D.) c.XXVI Ankara Üniversitesi Basımevi Ankara: 1983.

_____, *Türk Hukuk ve Tarihi Üzerine*, (Çev.Ferhat Koca) Özkan Matbaacılık, Ankara: 2002.

İBN. FERHÛN, Ebu'l-Vefâ İbrahim b. Şemsiddîn, *Tabşıratu'l-Hukkâm*, Matbaatu'l- Âmire, Mısır: 1301.

İBN. MANZUR, Ebu'l-Fadl Cemaluddîn Muhammed b. Mukerrem, *Lisânu'l-Arab*, Dâr-u Sadr – Dâr-u Beyrut, Beyrut: 1956.

İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemaluddin, *Fethu'l-Kadîr*, Matbaatu'l-Kubrâ, Mısır:1316.

_____, *el-Musayere fî İ'lmil'l-Kelâm*, el-Matbaatu'l-Mahmûdiyyetu't-Ticâriyye, Mısır :(t.y.)

İBNÜ'L-KAYYİM EL-CEVZİYYE, Şemsuddin ebî Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr, *İ'lâmu'l-Muvakkî'n a'n Rabbi'l-Â'lemîn*, Daru'l-Kutubi'l-İ'lmiyye, Beyrut: 1993.

İÇEL, Kayıhan, *İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi*, (İ.Ü.H.F.M.), Fakülteler Matbaası, İstanbul: 1984.

İslam ve Laiklik, Gazeteciler ve Yazarlar Vakfı Abant Toplantıları 1. (ed.Mehmet Gündem) Şan Ofset (y.y.):1998.

İNALCIK, Halil, *Türk Tarihinde Türe ve Yasa Geleneği*, Doğu Batı Dergisi,(s. 13) Cantekin Matbaası, (y.y.):2000.

İZUTSU, Toshihiko, *Kur'an'da Dini ve Ahlaki Kavramlar* (Çev. Selahattin Ayaz) Yıldızlar Matbaacılık, İstanbul: (t.y.) .

KALÂ'CÎ-KUNEBÎ. Muhammed Ravvâs-Hamid Sâdık, *Mu'cemu Luğati'l-Fukahâ*, Dâru'n-Nefâis, Beyrut: 1985.

KANCA, Haluk, *İslam'da Devletler Arası Mukabele bil Misil Kuralı*, (Basılmamış yüksek lisans tezi), Sakarya: 1997.

KARÂFÎ, Ebu'l-Abbas Ahmed b. İdris es-Sanhâcî, *Envâru'l-Burûk fî Envâi'l Furûk*, (el-Furûk).(A'lemul-Kutub) Beyrut (t.y.) .

KARATEPE, Şükrü, *Osmanlı Siyasi Kurumları*, Bayrak Matbaacılık, İstanbul: 1989.

KÂSÂNÎ, Alauddin, Ebû Bekr b. Mesud, *Bedai'u's-Senâi' fî Tertîbi's-Şerâi'* Matbaatu'l-Cemaliyye, Mısır: 1328.

KASIM, Abdurrahman Abdulaziz, *el-İslam ve Taknînu'l-Ahkâm*, Matbaatu's-Saa'de, Riyad: 1977.

_____, Medâ Hakkı Veliyyi'l-Emr fî'l-Kadâ ve Taknînih, (m.y.), (y.y.) (t.y.).

KÂSİMÎ, Zârif, Nizâmu'l-Hukm fî's-Şeria' ve't-Târîhi'l-İslâmî, Dâru'n-Nefâis, Beyrut: 1987.

KHALİL, M.I., *Wali al-Mazalim or the Muslim Ombudsman*, JICL, 6, 1976, pp. 1-9.

KILIÇ, Muharrem, *İslam Hukukunun Doğasına Klasik Oryantalist Bir Bakış* : N. J. Coulson Örneği, *Marife*, yıl.2, s.3, Sebat Ofset Matbaacılık, Konya: 2003.

_____, *Klasik Oryantalist Geleneğe Eleştirel Bir Bakış*: David Stephan Powers Örneği, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*,(s. 4, 2004) Şelale Matbaa ve Cilt , Konya: 2005.

_____, *Klasik Oryantalist Söylemin İslam Hukukuna Yaklaşımına Eleştirel Bir Bakış* :Wael B. Hallaq Örneği, *Oryantalizmi Yeniden Okumak, Batı'da İslam Çalışmaları Sempozyumu*,(T.D.V.) Yayın Matbaacılık, Ankara :2003.

KIRBAŞOĞLU, M. Hayri, Ahmed en-Naim'in "Şeriat'ın Reformasyonu" Projesi, *İslâmiyât*, (c.1, s. 4) (Şeriat Dosyası) Özkan Matbaacılık, Ankara:1998.

KÖSOĞLU, Nevzat, *Devlet*, (Eski Türkler'de İslam'da ve Osmanlı'da) Özener Matbaası, İstanbul: 1997.

KURTÜBÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed Ebû Bekr, *el-Cami' li Ahkâmi'l-Kur'an*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrût: 1993.

MACÎT, Yüksel, *İslam Anayasa Hukuku*, Albayrak Matbaacılık, Tavas:1990.

MANTRAN, Robert, *İslamın Yayılışı Tarihi* (Çev. İsmet Kayaoğlu), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara: 1981.

MARDİN, Ebu'l 'ula, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul: 1926.

MÂVERDÎ, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed, *el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve'l-Vilâyâtü'd-Dîniyye*, Matbaatu Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Kahire: 1973.

MEDKUR, Muhammed Selam, *el-Kada fi'l-İslam*, el-Matbaaut'ul-A'lemiyye, Kahire(t.y.).

MURSÎ, Abdullah, *Siyâdetu'l-Kanûn Beyne's-Şeria'ti'l-İslâmiyye ve's-Şeraii'l-Vadi'yye*, el-Mektebetu'l-Mısriyyi'l-Hadis, İskenderiye: 1972.

MEVDUDÎ, Ebul-A'lâ, *İslamda Devlet Nizamı* (Çev. Rasim Özdenören) Türkiye Basımevi Matbaası, İstanbul: 1967.

_____, *İslam Anayasası* (Çev. İhsan Toksarı) Tan Matbaası, İstanbul:1969.

MEVMENÎ, Ahmed Saî'd, *Kadâu'l-Mezâlim* (el-Kadâu'l-İdâriyyi'l-İslâmî) Dâru'l-Beşîr, Amman: 1991.

MEZCÂCÎ, Ahmed b. Dâvud, *er-Rekâbe fî'l-İdâreti'l-İslâmiyye*, Mecelletu's-Şerîa' ve'd-Dirâseti'l-İslâmiyye, (Câmia'tu'l-Kuveyt, Külliyyetu's-Şerîa' ve'd-Dirâseti'l-İslâmiyye) (s.35) Ağustos 1998.

MUMCU, Ahmet, Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hûmayun, Sevinç Matbaası, Ankara: 1976.

MÜCAHİT, Huriye Tevfik, *Farabi'den Abduh'a Siyasi Düşünce*, İz Yayıncılık, İstanbul: 1995.

MÜSLİM, Ebu'l-Huseyn Müslim b. el-Haccac el-Kuşeyri, *Sahihu Müslim bi Şerhi'l-İmami'n-Nevevî*, Dârul-Fikr (y.y.): 1981.

MÜŞRİFE, A'tiyye Mustafa, *el-Kadâ fî'l-İslâm*, Matbaatu'l-İ'timâd, (y.y.): 1939.

NEBHAN, Muhammed Faruk, *İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, (Çev. Servet Armağan), Sönmez Neşriyat Matbaası, İstanbul: 1980.

_____, *İslam Hukukunda Olağan Üstü Yetkili Bir Mahkeme Velâyetu'l-Mezâlim* (Çev. Servet Armağan), Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, Fakülteler Matbaası, İstanbul: 1979.

NESAÎ, Ebî Abdirrahman Şua'yb, *Sünen en-Nesâî*, Matbaatu Mustafa el-Bâbî, el-Halebî, Kahire: 1965.

NİYAZÎ, Mehmed, *İslâm Devlet Felsefesi*, Özener Matbaası, İstanbul: 1996.

NUMANÎ, Şiblî, *Bütün Yönleriyle Hz Ömer ve Devlet İdaresi*, (Çev. Talip Yaşar Alp), Otağ Matbaası (y.y.): 1975

NÜVEYRÎ, Şihabuddin Ahmed b. Abdilvehhab, *Nihâyetü'l-Ereb, fî Funûni'l-Edeb*, Matbaatu Dâri'l-Kutubu'l-Mısriyye, Kahire: 1926.

ONAR, Sıddık Sami, *Hukuki Tasarruf ve Kazaî Murakabe* (Cemil Bilsel'e Armağan) Kenan Basımevi, İstanbul: 1939.

_____, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Marifet Basımevi, İstanbul: 1952.

_____, *İdare İlmi ve İdare Hukuku Bakımından Türkiye'nin İdari ve Hukuki Bünyesinin Geçirdiği İstihaleler ve Bugünkü Durumu*, (Tahir Taner'e Armağan) İsmail Akgün Matbaası, İstanbul: 1956.

ORTAYLI, İlber, Osmanlı Kadısı, Tarihi Temeli ve Yargı Görevi (A.Ü.S.B.F.D.), c. XXX

OYTAN, Muammer, *Ombudsman Eli ile İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme*, (595-627) (Osman F. Berki'ye Armağan), Sevinç Matbaası, Ankara: 1977.

ÖZÇELİK, A..Selçuk, *İslamda Devlet Müessesesinin İnkişafı*, (İ.Ü.H.F.M.) (c.XX, s.1-4) İsmail Akgün Matbaası, İstanbul:1955.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, *İdarenin Murakabesi*, (1959-2960) (Ders Notları) .

RAMAZAN, Said, *İslam Hukuku*, (çev.Bayram Can) Başaran Matbaası, (y.y.): 1988.

RÂVÎ, Câbir, *Damânetu Hukûki'l-İnsan fi'l-Kânûni'l-Vadi' ve's-Şerîa'ti'l-İslâmiyye*, el-Mecelletu's-Sekâfiyye, el-Câmiatu'l-Urdûniyye, Amman: 1984.

RİFÂÎ, Abdulhamid, *el-Kadâu'l-İdârî Beyne's-Şeria' ve'l-Kânûn*, El-Matbaatu'l-İlmiyye, Dimeşk: 1989.

SAÎDÎ, Abdulmuteâ'l, *en-Nazariyyetu'l-İslâmiyye fi'd-Devle*, Daru'n-Nehdeti'l-A'rabiyye, (y.y.): 1977.

SARGIN, İzzet, *İslam Hukuk Tarihinde Devlet ve Fonksiyonları*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Basılmamış doktora tezi), Erzurum: 2001.

SCHACHT, Joseph, *İslam Hukukuna Giriş* (Çev. Mehmet Dağ–Abdulkadir Şener), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara: 1986.

SELÇUK, Sami, *Özlenen Hukuk Yaşanan Hukuk*, Semih Ofset,(y.y.): 2002.

SENHÛRÎ, Abdurrezzâk, Ahmed. *Fıkhu'l-Hilafe ve Tatavvuruhâ* (m.y.)(y.y.): 1989.

SERAHSÎ, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut: 1986.

SOYASLAN, Doğan, *İdarenin Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Kazancı Matbaacılık, İstanbul: 1990.

SUSTERHENN, Adolf, *Ölüm Cezası Lehinde Rasyonel Sebepler*, (Çev.Turhan Tufan Yüce) Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum: 1968.

SÜRÛR, Taha Abdülbâki, *Kur'an Devleti*,(Çev. Mehmet Keskin) Erenler Matbaası, İstanbul:1977.

ŞAFAK, Ali-Bilgiç Veysel K., *Hukuka Giriş*, Erek Ofset, Ankara: 2006.

ŞELEBÎ, Ahmed, *et-Teşri' ve'l-Kadâ fî'l- Fikri'l-İslâmî*, Mektebetu'n-Nahdati'l- Mısıriyye ,Kahire: 1989.

ŞENTOP, Mustafa, *Şeri'yye Mahkemelerinde Temyiz ve İsti'naf* (Basılmamış yüksek lisans tezi) İstanbul: 1995.

ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *Neylu'l-Evtâr*, Matbaatu Mustafa el-Halebi, Mısır (t.y.).

ŞİRVANÎ, Harun Han, *İslâmda Siyasi Düşünce ve İdare*, (Çev.Kemal Kuşçu) Gaye Matbaası, Ankara:1965.

TABBÂRA, A'fif Abdulfettah, *Rûhu'd-Dîni'l-İslâmî*, (28. Basım), (m.y.), Beyrut: 1988.

TABERÎ, Ebû Câfer Muhammed b. Cerîr, *Tarihu't-Taberî* (Tarihu'l-Umem ve'l-Muluk) Dâru's-Suveydûn, Beyrut: 1967.

TEMMAVÎ, S. Muhammed, *Hız Ömer ve Modern Sistemler*, Bayrak Matbaası, İstanbul: 2004.

TUNAYA, Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, Evrim Matbaacılık, İstanbul: 1982.

_____, *Türkiyede Siyasal Gelişmeler*, Sena Ofset, İstanbul: 2002.

TURNAGİL, Ahmed Reşid, *İslamiyet ve Milletler Hukuku*, Kaptan Ofset İstanbul: 1993.

TÜRCAN, Talip, *İslam Hukukunda Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri* (Basılmamış doktora tezi), Isparta: 1999.

_____, *Klasik İslam Kamu Hukukunun Kaynağı Olarak İcma*, İslamiyat, V(2002), sayı II, Özkan Matbaacılık, Ankara: 2002.

Türk Hukuk Lügati, Maarif Matbaası, (Hazırlayan Türk Hukuk Kurumu) Ankara: 1944.

TYAN, Emile, *Historie de L' Organisation Judiciaire en Pays D'İslam* (m.y.), Lübnan: 1960.

UDEH, Abdülkadir, *İslam ve Siyasi Durumumuz* (Çev.Beşir Eryarsoy) Yıldızlar Matbaacılık, İstanbul: 1989.

_____, *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, (Çev. Ruhi Özcan, Ali Şafak), Önder Matbaacılık, Ankara: 1990.

_____, *Ümmetin Bilgisizliği ve Alimlerin Acizliği Arasında İslam* (Çev. Ali Kuzudişli) Erkam Matbaacılık, İstanbul: 1999.

ULUSAN, İlhan, *Alman Kamu Hukukunda Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi*, (İ.H.F.M) 1-4 Ord.Prof.Dr. Charles Crozat'ya Armağan, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul: 1979.

USLU, Rifat, *İslam Hukukunda Devlet Başkanının Suç ve Ceza Belirleme Yetkisi* (Basılmamış doktora tezi), Konya: 1998.

ÜÇÖK, Coşkun, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara: 1972.

VEKÎ, Muhammed b. Halef b. Hayyan, *Ahbâru'l-Kudât*, Matbaatu'l-İstikâme, Kahire: 1947.

YAMAN, Ahmet, *İslam Hukuku'nun Oluşum Süreci ve Sonrasında Siyaset-Hukuk İlişkisi*, Bayrak Matbaası, İstanbul: 1999.

YAVUZ, Cevdet, (T.D.V) *İslam Ansiklopedisi, "Dava" Maddesi*, Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul:1994, c.IX.

YENİÇERİ, Celal, *İslam İktisadının Esasları*, Şamil Yayınevi, İstanbul:1980.

_____, *İslam'da Devlet Bütçesi*, Fatih Gençlik Vakfı Matbaa İşletmesi, İstanbul: 1984.

ZERKÂ, Mustafa Ahmed, *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku* (Çev. Servet Armağan), Timaş Yayınları, İstanbul: 1993.

ZEYDAN, Abdülkerim, *İslam'da Fert ve Devlet Münasebetleri*, (ç.y.) Kerem Matbaacılık, İstanbul: 1995.

ZEYDAN, Corci, *İslam Medeniyeti Tarihi* (ç.y.) (Sadeleştiren, Mümin Çevik), Fatih Yayınevi Matbaası, İstanbul: 1976.

ZEYNELABİDİN, et-Tayyib, *İslamiyet'te Siyasi Haklar*, (Çev. M. Fatih Taşar) (ed. M.Tarık Kureyşi, Bir Yaşam Biçimi Olarak İslam)(m.y.) İstanbul: 1991.

ZUHAYLÎ, Vehbe, *İslam Fıkıh Ansiklopedisi* (Çev.Hamdi Arslan), Feza Yayıncılık, İstanbul: 1994.

ZURKÂNÎ, Muhammed Abdülbâki b.Yusuf, *Şerhu'z- Zurkâni a'lel- Muvattâ*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye. Beyrut: 1990.

SUMMARY

Yıldırım, Şahban, The Jurisdictional Control of the Administration in the Islamic Law, PhD Thesis, Advisor: Assoc.Prof.Selahaddin Eroğlu, 174 p

The numerously mentioned term “Law State” points the law which the state is required to obey along with the laws that regulates the relationship between the people . Therefore, all the public relation are taken under kontrol by means of the governmeant laws. Theoretically, if the Islamic laws data and historical applications are evaluated together, we may mention Law State mentality in teerm of Islamic law.

During the period of Prophet Muhammed (pbuh), the state had been responsible for law making, execution of the law and judgment. While during the Caliphate Ömer, the distinction of the power has been put into operation in the government. Therefore, law making, its execute and the courts started to operate independently and separately.

It has been claimed that there is no public law in Islam and Quran is a limited political source. It is also claimed that Quran mainly consisted of verses for praying and whorshipping while a few verses spared for public management/government.

It is true fact that, in Islam public law is not evolved as private law. However, this has many historical reasons. It is not true that, the Quran does not count any versus/rules related to government. Muhammed (pbuh) and the Caliphates have ruled the state using theserules taken from the Quran.

The state law that Muhammed (pbuh) had prepared for the city state that he has founded in Medina is a real social contract. People of the different religion have promised to obey these rules.

ÖZET

Yıldırım, Şahban, İslam Hukukunda İdarenin Yargı Denetimi ,Doktora Tezi, Danışman: Doç.Dr.Selahaddin Eroğlu, 174s

İdari tasarrufların yargı denetiminden bahsedebilmek için öncelikle yargının yürütmeden ayrı ve bağımsız olarak işlemesi gerekir. Bu manada ilk dönemlerden itibaren kuvvetler ayrılığı ilkesinin izlerine rastlamak mümkündür. Hz Ömer döneminden itibaren yasama, yürütme ve yargı erklerinin ayrı ve bağımsız işlemeye başladığı görülmektedir.

İdarenin tüm işlemlerinin yargı denetimine açık olması hukuk devleti anlayışının bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Kurumun kaynağı konusundaki farklı yaklaşımlar bir yana, idari tasarrufların yargısal denetiminin Mezalim kurumu tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu kurumun, ilk dönemlerde, sistemin sadeliği nedeniyle yargı faaliyetlerinin dışında da bir takım görevleri ifa ettiği görülmektedir. İlk dönemlerde basit bir yapıda işlerken süreç içinde bir kurul olarak görev yapmaya başlamıştır.

İdarenin yargısal yolla denetiminin sağlanmasının dışında, idarenin kamu oyu tarafından sürekli denetime tabi tutulduğu görülmektedir. Ayrıca sivil hukukçular olarak nitelendireceğimiz fakihlerin de idareyi denetlediği görülmektedir.

İdare, vatandaşa verdiği mali zararı ödemekle yükümlüdür. Ancak, idare adına hareket eden personelin şahsi kusur yada hizmet kusurunun tespiti önemlidir. İlk dönemlerde teorik olarak böyle bir ayırımı gidilmemesine rağmen tazminatların devlet bütçesinden karşılandığı görülmektedir.

ÖZET

Yıldırım, Şahban, İslam Hukukunda İdarenin Yargı Denetimi ,Doktora Tezi, Danışman: Doç.Dr.Selahaddin Eroğlu, 174s

İdari tasarrufların yargı denetiminden bahsedebilmek için öncelikle yargının yürütmeden ayrı ve bağımsız olarak işlemesi gerekir. Bu manada ilk dönemlerden itibaren kuvvetler ayrılığı ilkesinin izlerine rastlamak mümkündür. Hz Ömer döneminden itibaren yasama, yürütme ve yargı erklerinin ayrı ve bağımsız işlemeye başladığı görülmektedir.

İdarenin tüm işlemlerinin yargı denetimine açık olması hukuk devleti anlayışının bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Kurumun kaynağı konusundaki farklı yaklaşımlar bir yana, idari tasarrufların yargısal denetiminin Mezalim kurumu tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu kurumun, ilk dönemlerde, sistemin sadeliği nedeniyle yargı faaliyetlerinin dışında da bir takım görevleri ifa ettiği görülmektedir. İlk dönemlerde basit bir yapıda işlerken süreç içinde bir kurul olarak görev yapmaya başlamıştır.

İdarenin yargısal yolla denetiminin sağlanmasının dışında, idarenin kamu oyu tarafından sürekli denetime tabi tutulduğu görülmektedir. Ayrıca sivil hukukçular olarak nitelendireceğimiz fakihlerin de idareyi denetlediği görülmektedir.

İdare, vatandaşa verdiği mali zararı ödemekle yükümlüdür. Ancak, idare adına hareket eden personelin şahsi kusur yada hizmet kusurunun tespiti önemlidir. İlk dönemlerde teorik olarak böyle bir ayırımı gidilmemesine rağmen tazminatların devlet bütçesinden karşılandığı görülmektedir.

SUMMARY

Yıldırım, Şahban, The Jurisdictional Control of the Administration in the Islamic Law, PhD Thesis, Advisor: Assoc.Prof.Selahaddin Eroğlu, 174 p

The numerously mentioned term “Law State” points the law which the state is required to obey along with the laws that regulates the relationship between the people . Therefore, all the public relation are taken under kontrol by means of the governmeant laws. Theoretically, if the Islamic laws data and historical applications are evaluated together, we may mention Law State mentality in teerm of Islamic law.

During the period of Prophet Muhammed (pbuh), the state had been responsible for law making, execution of the law and judgment. While during the Caliphate Ömer, the distinction of the power has been put into operation in the government. Therefore, law making, its execute and the courts started to operate independently and separately.

It has been claimed that there is no public law in Islam and Quran is a limited political source. It is also claimed that Quran mainly consisted of verses for praying and whorshipping while a few verses spared for public management/government.

It is true fact that, in Islam public law is not evolved as private law. However, this has many historical reasons. It is not true that, the Quran does not count any versus/rules related to government. Muhammed (pbuh) and the Caliphates have ruled the state using theserules taken from the Quran.

The state law that Muhammed (pbuh) had prepared for the city state that he has founded in Medina is a real social contract. People of the different religion have promised to obey these rules.