

TC

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA ULUSLARARASI
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE MUKÂBELE
UYGULAMALARI

Yakup MAHMUTOĞLU

DOKTORA TEZİ

DANIŞMAN

Prof. Dr. Talip TÜRCAN

ISPARTA 2012



T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**DOKTORA TEZ SAVUNMA
SINAV TUTANAĞI**

(İkinci kez sınava girenler için)

Tarih: 13/2/2012

B.30.2.SÖÜ-0.41.72.00.300.14-06-113

Enstitü Yönetim Kurulunun 19/1/2012 tarih ve sayılı kararıyla oluşturulan jürimiz, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi Yakup MAHMUTOĞLU'nun "İslâm Hukukunda Uluslararası Uyuşmazlıların Çözümünde Mukâbele Uygulamaları" başlıklı tezini incelemek ve değerlendirmek üzere 13/2/2012 tarihinde saat 10:30'da toplanmış ve adayı tez savunmasına almıştır.

SDÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Yönetmeliğinin 39. Maddesi uyarınca adaya 90 dakika süreyle teziyle ilgili Ek'te sunulan sorular yöneltmiştir. Yapılan değerlendirmeler sonunda adayın tezinin aşağıda belirtilen sebeplerle,

Tezin kabul edilmesine

(Öğrenci, varsa jüri tarafından gerekli görülen düzeltmeleri yaparak, tezinin onaylı son şeklini bir (1) ay içinde Enstitü'ye teslim etmelidir.)

oy birliği/oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Gereği için arz olunur.

Tezin reddedilmesine

(Öğrenci, yeni tez konusu belirleyecektir.)

Jüri	Adı Soyadı	İmza
Danışman	: Prof.Dr. Talip TÜRCAN	
Üye	: Prof.Dr. Adnan KOŞUM	
Üye	: Prof.Dr. Hasan Ali GÖRGÜLÜ	
Üye	: Doç.Dr. Yüksel METİN	
Üye	: Doç.Dr. Haluk SONGUR	

Ekler :

- 1) Tez Değerlendirme Jüri Raporları
- 2) Sınav soru tutanağı,

SDÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği; MADDE 39

(4) Tez sınavının tamamlanmasından sonra jüri tez hakkında salt çoğunlukla kabul, ret veya düzeltme kararı verir. Bu karar, EABD Başkanlığınca tez sınavını izleyen üç gün içinde Enstitüye tutanakla bildirilir. Tezi reddedilen öğrenci yeni tez konusu sunmak zorundadır. Tezi hakkında düzeltme kararı verilen öğrenci en geç altı ay içinde gereğini yaparak tezini aynı jüri önünde yeniden savunur. Bu savunma sonunda da tezi kabul edilmeyen öğrenci yeni tez konusu sunmak zorundadır. Yeni tez konusu bu Yönetmeliğin 38 inci maddesinde yer alan esaslara göre belirlenir.

Enstitü Yönetim Kurulu Kararı	Tarih:	Karar No:
Bu form sınavdan sonra danışman tarafından düzenlenerek ilgili Anabilim Dalı Başkanlığı aracılığı ile 3 gün içinde Enstitüye teslim edilir.		



T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

II

YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum “İslâm Hukukunda Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümünde Mukâbele Uygulamaları”adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadar ki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim.


Yakup MAHMUTOĞLU
13.02.2012

ÖZET

İSLÂM HUKUKUNDA ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE MUKÂBELE UYGULAMALARI

Yakup MAHMUTOĞLU

Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam
Bilimleri Bölümü, Doktora Tezi, 267 Sayfa, Şubat 2012.

Danışman: Prof. Dr. Talip TÜRCAN

“İslâm Hukukunda Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümünde Mukâbele Uygulamaları” başlıklı tezimizde, karşı önlemlerin bir çeşidini oluşturan ve “misilleme”, “zararla mukâbele” ve “karşılıklılık” fiillerinden oluşan mukâbele uygulamalarını ele aldık.

İslâm’ın ilk döneminden başlayarak örgütlü modern uluslararası hukuk öncesi döneme varıncaya kadar misilleme, zararlarla mukâbele ve karşılıklılık kavramlarının muhtevalarının neler olduğunu, nasıl uygulandıklarını ve sınırlandırıldıklarını İslâm hukuku literatürüne ve özellikle klasik kaynaklara dayanarak ortaya koymaya çalıştık. Sonuçta değişik başlıklar altında, bu üç kavramı karşılamak üzere birçok terimin kullanıldığını gördük. Dolayısıyla bu fiillerin tarihteki uygulanma biçimlerindeki benzeşme, kavramların birbiri yerine kullanılması ya da birinin diğerini ihtiva edebilecek genişlikte algılanması, kavram kargaşasına ve terminoloji sorununa yol açmıştır. Aynı zamanda mukayeseli bir inceleme olan araştırmamızda, modern uluslararası hukukta netlik kazanan mukâbele fiillerinin bu hukuk sistemindeki uygulama biçimlerine, her birinin diğerlerinden farklı yönlerine bakarak İslâm hukuku açısından kavramları bir ölçüde yerli yerine oturtmaya ve belli terimlerle karşılayarak terminoloji sorunu gidermeye çalıştık.

Birinci bölümde, bir çözüm yolu ve yaptırım türü olarak mukâbele fiillerinin rolüne vurgu yapmak için, modern uluslararası hukukta uyuşmazlık kavramını ve çeşitlerini, uyuşmazlıkların çözüm yollarını ve yaptırım konusunu ele aldık.

Araştırmamızın esasını teşkil eden ikinci bölümde, öncelikle, bahsi geçen mukâbele fiillerinin, “mukâbele (karşılık verme)” ortak paydasında toplanabilme imkânından hareketle mukâbele uygulamaları kavramına bir tanım getirdik ve modern hukukçuların mukâbele uygulamalarına yaklaşımlarını ortaya koyduk. Ardından, mukâbele uygulamalarını tatbik ederken göz önünde bulundurulması gereken adalet, ahlak ve hakkaniyet ilkelerine değindik. Ve nihayet, üç ayrı mukâbele türünü tüm nitelikleriyle ortaya koyabilmek için etraflıca izah ettik.

Üçüncü bölümde, Müslümanların, savaş ve barış ortamında yabancılara gösterecekleri muamele şekillerine dikkat çektikten sonra hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında mukâbele uygulamalarını sınırlayan genel ilkeler tespit ettik. Modern hukukta olduğu gibi İslâm hukukunda da, uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için başvuru misilleme ve özellikle zararlarla mukâbele fiillerinin, taşıdıkları olumsuz niteliklerden ötürü tatbikinin mutlak olmadığı sonucuna vardık.

Anahtar Kelimeler: *İslâm Uluslararası Hukuku, Mukâbele Uygulamaları, Misilleme, Zararla Mukâbele, Karşılıklılık, Adalet, Ahlak, Hakkaniyet, Haksız Fiil, Zarar Vermek*

ABSTRACT**RESPONSE APPLICATIONS IN SETTLEMENT OF INTERNATIONAL
DISPUTES IN THE ISLAMIC LAW****Yakup MAHMUTOĞLU****Süleyman Demirel University, the Institute of Social Sciences, Department of
Basic Islamic Sciences, Doctoral Thesis, 267 Pages, February 2012.****Supervisor: Prof. Dr. Talip TÜRCAN**

In our thesis with the heading of “Response Applications in Settlement of International Disputes in the Islamic Law”, we dealt with the response applications which constitute a kind of counter measures and consist of the acts, “retorsion”, “reprisal” and “reciprocity”.

Based on the literature of the Islamic law and in particular, based on classical resources, we tried to present the contents of the concepts; retorsion, reprisal and reciprocity as from the first period of Islam until the period before organized modern international law as well as how they have been applied and restricted within those periods of time. Resulting from those studies, we have seen that many terms have been used under various topics in order to correspond to those three terms. Therefore, the affinity of those acts within the context of their application modes in the history, use of those three concepts instead of each other or, the perception in such a scope that one term can include the other, have caused a contradiction in the terms and a terminological problem. In our research which is a comparative analysis at the same time, we tried to clarify those concepts to a certain extent in terms of the Islamic law by looking into the application modes of response acts in the modern international law system, where they have become clear and, by looking into their aspects that differ from each other, and thus, we tried to resolve the terminological problem by using certain terms.

In the first chapter, we dealt with the concept “dispute” and the kinds of dispute, and how disputes are resolved and, the issue “sanction” in the modern international law, in order to emphasize the role of response acts as a remedy and a kind of sanction.

In the second chapter which constitutes the basis of our research, considering that it is possible to combine the mentioned response acts under the common ground, “response (mukâbala), we firstly brought a definition for the concept of response applications and, we presented the approaches of modern jurists to the response applications. Subsequently, we touched upon the principles “justice”, “morality” and “equity” which should be taken into consideration during the response applications. And finally, we explained the three different kinds of response in a comprehensive manner in order to present their characteristics entirely.

In the third chapter, after we drew the attentions to how Muslims will treat non-Muslims in war and peace environments, we determined general principles that restrict response applications in the context of the prohibition “abuse of rights”. We reached the conclusion that, as is in the modern law, also in the Islamic law, the applications of the retorsion and especially the reprisal acts, which are resorted for settlement of international disputes, are not absolute due to the negative characteristics that they contain.

Key Words: *International Islamic Law, Response Applications, Retorsion, Reprisal, Reciprocity, Justice, Morality, Equity, Tort, To Bring Damage*

ÖNSÖZ

Fertler arasında olduğu gibi uluslararası toplumun öznelere (suje) olan devletler arasında da bir takım uyuşmazlıkların yaşanması bir vakıadır. 19. asır öncesinde uyuşmazlıklar genellikle savaşlarla çözülmekteydi. Son iki asırda dünyada yaşanan köklü değişme ve gelişmeler, kuşkusuz uluslararası hukuk düzenine de derinden etki etmiş ve barışın esas alındığı bir uluslararası toplum düzenine geçilmiştir. Buna paralel olarak, savaş ve barış şeklindeki ilişki türünün arasında, uluslararası toplum nezdinde, savaşa varmayan zorlamalar hukuku diye yeni bir alan literatüre girmiş oldu. Bu yeni alan, önceden savaşla çözüme kavuşturulan uyuşmazlıkları, savaşın söz konusu olmayacağı bir uluslararası hukuk sahasında çözümlene maksadı taşır.

Devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi, tüm uluslararası hukuk aktörlerince beklenen bir durum olduğu gibi uluslararası toplumun huzurunun da bir göstergesidir. Uluslararası uyuşmazlıkları gidermek için savaşa varmayan zorlama yollarını kullanmak hem pozitif uluslararası hukuk hem de uluslararası toplum tarafından kabul edilen bir karşı önlem türüdür. Her hukuk sistemi gibi İslâm hukuku da bir toplumsal ihtiyaçtan, ulusal ve uluslararası sorunların giderilmesi gayesinden doğmuştur. Nitekim vahye dayanan bir hukuk sistemi olarak İslâm hukuku da her düzeyde tüm fertlerin davranışlarını düzenlemek gibi bir hedefe sahiptir. Biz de, çalışmamızda, İslâm kamu hukukunun (uluslararası hukuk) tatbik sahasında bulunduğu dönemlerde, karşı önlem türlerinden biri olan “Mukâbele Uygulamaları”nın nasıl bir kavramsal çerçeveye sahip olduklarını ve nasıl tatbik edildiklerini İslâm hukukunun klasik kaynaklarına göre ortaya koymaya çalıştık.

Çalışma bir giriş ve 3 bölümden oluşmaktadır. *Giriş bölümünde*, genel bilgiler temel başlığı ile araştırmanın genel çerçevesini ortaya koyan başlıklara yer verilmiştir. Mesela, öncelikle, konunun İslâm hukuku açısından taşıdığı önemi, çalışma ile varılmak istenen hedefi ifade sadedinde “araştırmanın önemi, amacı ve sınırları” ele alınmış ve buna bağlı olarak, “İslâm hukukunun karakteri ve özellikleri”ne dikkat çekilmiştir. Modern uluslararası hukukta, zaman içerisinde mukâbele uygulamaları üzerine yapılan tanımların farklı olması İslâm

hukukçularının araştırmalarına da tesir etmiş olduğundan, araştırmanın sağlıklı bir zemine oturtulması için “terminoloji sorunu”na değinilmiştir. Sonunda da, konunun, hangi kaynaklardan ve nasıl yararlanılarak işleneceğini gösteren “araştırmanın kaynakları ve araştırmada izlenen yöntem”e yer verilmiştir.

Birinci bölümde, bir karşı önlem ve zorlama yolu olan mukâbele uygulamalarının uluslararası uyuşmazlıkların üzümünde oynadığı rolü tespit edebilmek için öncelikle uluslararası uyuşmazlık kavramının ne olduğu, kaç çeşit uyuşmazlık olduğu, uyuşmazlıkların hangi yollarla zleceği konuları izah edilmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde, ilkin, araştırma, İslâm hukuku alanında yapılan bir çalışma olduğu için, “mukâbele uygulamaları” gibi yeni bir kavramın İslâm hukuku açısından tanımı, kapsam ve mahiyeti üzerinde durulmuş ve buradan hareketle, mukâbele uygulamalarına kavramsal bir ereve çizilmek istenmiştir. Kuşkusuz bu araştırmada hedeflenen, bir durum tespiti yapmak olduğu için mukâbele uygulamalarının, klasik İslâm hukuku ve tefsir kaynaklarındaki mevcut hali ortaya konmuştur. Bu durum, hem başta İslâm hukukçuları hem de iki hukuk sistemi arasındaki mukâbele uygulamaları anlayışını mukayese etme imkânı sağlamaktadır. Ayrıca hukukun amacını ve meşruiyet zeminini ortaya koyan ve dolayısıyla “misilleme”, “zararla mukâbele” ve “karşılıklılık” fiillerinin (şekil ve nitelik olarak) uygulanmasında belirleyici olan “adalet”, “ahlak” ve “hakkaniyet” ilkelerine de değinilmiştir.

nc ve son bölümde, mukâbele uygulamaları açısından mukayese yapabilmek için İslâm ncesi milletlerde savaş öncesi ve sonrası duruma kısaca değindikten sonra İslâm’ın, savaş ve barış ortamında yabancılara gösterdiği muamele biçimleri üzerinde durulmuştur. Ardından İslâm hukukunda zarar verme ve hakkın kötüye kullanılması bağlamında ve genel/fikhî ilkeler çerçevesinde mukâbele yapmanın yasak olduğu konular etraflıca ele alınmıştır.

Konu incelenirken, ilk dönem klasik fikh kaynaklarına ve mümkün mertebe dört mezhebin muteber saydığı fikh kitaplarına müracaat edilmiş ve yeri geldikçe müctehidlerin farklı görüşlerine temas edilmiştir. Bunlara ilave olarak İslâm hukukunun genel kurallarının ele alındığı “kavâid” kitaplarına ve hukuk bilimi ve felsefesi üzerine yazılmış eserlere de imkânlar ölçüsünde ulaşılmaya çalışılmıştır.

Ayrıca mukayese açısından günümüz pozitif uluslararası hukuk alanında kaleme alınmış eserlere ve İslâm uluslararası hukuku üzerine yazılmış modern fikhî çalışmalara da müracaat edilmiştir. Fakat çalışmada amaç, İslâm hukukunun klasik kaynaklarında mukâbele uygulamalarının mahiyetini tespit etmek olduğu için çağdaş fikhî eserlere ağırlık verilmemiştir.

Bir bilimsel çalışmanın tamamlanmasında araştırmacının yanında birçok kişinin katkısının olduğu muhakkaktır. Bu kapsamda, başta, çalışmalarım esnasında manevi desteğini her zaman yanımda bulduğum eşime minnet ve şükran borçluyum. Tez konusunun belirlenmesinden tezin olgunlaştırılmasına kadar ilmi mütalaaları, rehberliği ve ümidimin kırıldığı zamanlarda beni yüreklendirmesi yanında, şekil ve muhteva yönünden tezi incelemek suretiyle yaptığı katkılardan ötürü danışman hocam Prof. Dr. Talip Türcan'a en kalbi şükranlarımı sunarım. Ufuk açıcı tenkit ve önerileri ile çalışmama katkı sağlayan hocam Prof. Dr. Talat Sakallı'ya ve modern uluslararası hukuk açısından tez hakkındaki görüş ve tavsiyelerinden yararlandığım Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal'a, Doç. Dr. Yüksel Metin'e ve ayrıca yetişmemde emeği geçen tüm hocalarıma teşekkürlerimi sunmayı zevkli bir borç bilirim. Yine uzakta ikamet etmem dolayısıyla gerek Enstitüyle sağlıklı iletişim kurmada gerekse resmi dokümanların iletilmesinde yaptığı katkılardan dolayı Arş. Gör. Yıldız Demir'e de müteşekkirim.

Yakup MAHMUTOĞLU

İstanbul-Aralık 2011

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ÖNSÖZ.....	iii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ.....	1
I. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ, AMACI VE SINIRLARI.....	1
II. İSLÂM ULUSLARARASI HUKUKUNUN KARAKTERİ VE ÖZELLİKLERİ..	4
A. ULUSLARARASI HUKUKUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE İSLÂM ULUSLARARASI HUKUKU.....	7
1. Uluslararası Hukukun Tarihsel Gelişimi.....	7
2. Savaş ve Barış Tarihsel Bağlamında İslâm Uluslararası Hukuku	13
B. İSLÂM HUKUKUNDA İÇ HUKUK - ULUSLARARASI HUKUK İLİŞKİSİ.....	18
III. TERMİNOLOJİ SORUNU	21
A. ÖRGÜTLÜ MODERN ULUSLARARASI HUKUK ÖNCESİNDE MUKÂBELE UYGULAMALARINDAN ANLAŞILAN NEDİR?.....	21
B. ARAŞTIRMA BAŞLIĞINI “MUKÂBELE UYGULAMALARI” OLARAK BELİRLEMENİN GEREKÇELERİ.....	26
IV. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI VE ARAŞTIRMADA İZLENEN YÖNTEM.....	30
A. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI.....	30
1. İslâm Uluslararası Hukukunun Kaynaklarına Genel Bakış.....	31
2. Son Dönemde Mukâbele Uygulamaları Üzerine Yapılan Fıkhî Çalışmalar ve Ortaya Konulan Görüşler.	40
B. ARAŞTIRMADA İZLENEN YÖNTEM	47
1. Fıkhî Kaynakların ve Görüşlerin Ele Alınışında İzlenen Yöntem.....	48
2. Uluslararası Hukukun Kaynaklarına Yaklaşımda İzlenen Yöntem.....	49
BİRİNCİ BÖLÜM	51
ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI VE ULUSLARARASI HUKUKTA YAPTIRIM.....	51
I. ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLAR	51

A. UYUŞMAZLIK KAVRAMI.....	51
B. UYUŞMAZLIK ÇEŞİTLERİ	53
1. Hukukî Uyuşmazlık	53
2. Siyasî/Diplomatik Uyuşmazlık.....	53
II. ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI.....	54
A. SİYASÎ/DİPLOMATİK ÇÖZÜM YOLLARI	55
B. HUKUKÎ ÇÖZÜM YOLLARI.....	55
1. Yargısal Çözüm Yolları.....	55
2. Uluslararası Örgütlerce Geliştirilen Çözüm Yolları.....	56
III. ULUSLARARASI HUKUKTA YAPTIRIM.....	59
İKİNCİ BÖLÜM.....	65
MUKÂBELE UYGULAMALARI VE TÜRLERİ.....	65
I. MUKÂBELE UYGULAMALARI KAVRAMI VE MAHİYETİ	65
A. TANIMLAMALAR.....	65
1. Mukâbelenin Tanımı.....	65
2. Mukâbele Uygulamalarının Tanımı	66
3. Modern Hukukçuların Mukâbele Uygulamalarına Yaklaşımı.....	68
B. KAPSAM VE MAHİYETİ.....	73
II. MUKÂBELE UYGULAMALARININ TATBİKİNDE DİKKATE ALINAN TEMEL İNSANÎ İLKELER	76
A. GENEL OLARAK	77
B. ADALET İLKESİ	81
1. Adalet Kavramı.....	81
2. Adaletin Değişik Anlamları ve Türleri.....	83
3. Hukuk ve Adalet ilişkisi.....	87
4. Adalet İlkesinin Uluslararası Toplum Düzenindeki Yeri.....	88
5. İslâm'da Adalet Kavramının Mahiyeti	92
a. Adalet Anlayışının Göstergesi Olarak Fazilet ve Rahmet İlkesi.....	94

b.	Adalet Anlayışının Göstergesi Olarak Sevgi ve Hoşgörü İlkesi.....	96
C.	AHLAK İLKESİ.....	100
1.	Ahlak Kavramı ve Uluslararası Hukukla İlişkisi.....	100
2.	Ahlak İlkesinin Uluslararası Toplum Düzenine Etkisi.....	101
D.	HAKKANİYET (NESÂFET) İLKESİ	105
1.	Hakkaniyet ve Adalet İlişkisi	105
2.	Uluslararası Hukukta Hakkaniyet	107
III.	ULUSLARARASI İLİŞKİLERDE MUKÂBELE UYGULAMALARI.....	109
A.	MİSİLLEME (MUÂMELE Bİ'L-MİSL, RETORSION).....	111
1.	Misillemenin Kavramsal İçeriği	111
2.	Misillemenin Yaptırım Gücü ve Meşru Müdafaa ile İlişkisi.....	112
3.	Misilleme Şekilleri.....	114
a.	İslâm Dâveti Adına Misilleme.....	115
b.	Düşmana Kuvvetli Görünme Hali ile Misilleme.....	123
c.	Ekonomik ve Ticarî İlişkilerin Durdurulması ile Misilleme	127
d.	Kölelik Uygulaması ile Misilleme.....	128
B.	ZARARLA MUKÂBELE (MUKÂBE Bİ'L-MİSL, REPRISALS)	131
1.	Uluslararası Hukukta Haksız Fiil Kavramı	133
2.	İslâm Hukukunda Haksız Fiil Kavramı.....	134
3.	Zararla Mukâbele'nin Kavramsal İçeriği	139
a.	Barış Zamanında Zararla Mukâbele	140
b.	Savaş Zamanında Zararla Mukâbele.....	141
C.	KARŞILIKLILIK (MÜTEKÂBİLİYET, RECIPROCITY).....	153
1.	Karşılıklı Eman Vermek	158
2.	Barışı Sağlamak İçin Barış Temayülüne Karşılık Vermek.....	167
3.	Suçluların İadesi Konusunda Karşılıklılık	169
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....		172
MUKÂBELE UYGULAMALARINA GETİRİLEN SINIRLAR		172

I. MUKÂBELE UYGULAMALARI BAKIMINDAN SAVAŞ ÖNCESİ VE SONRASI DURUM	172
A. İSLÂM ÖNCESİ MİLLETLERDE SAVAŞIN MAHİYETİ VE SONUÇLARI.....	172
B. UYUŞMAZLIK VEYA SAVAŞ DURUMUNDA İSLÂM'IN BELİRLEDİĞİ MUAMELE ŞEKLİ.....	178
1. Elçilere Yapılacak Muamele	179
2. Savaş Durumunda Emanetlere Yapılacak Muamele.....	181
3. Savaş Meydanında Ölümlere Yapılacak Muamele	182
4. Esirlere Yapılacak Muamele.....	183
5. Rehinlere Yapılacak Muamele.....	191
II. İSLÂM HUKUKUNA GÖRE MUKÂBELE UYGULAMALARINI SINIRLAYAN GENEL İLKELER	194
A. ZARAR VERME, HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI VE KISAS PRENSİBİ	195
1. “İslâm’da Zarar Vermek ve Zarara Zararla Mukâbele Etmek Yoktur (Lâ Darar velâ Dırâr fi’l-İslâm)” İlkesi.....	195
2. “Zarar İzale Olunur” İlkesi	200
3. “Zarar Misliyle İzale Olunamaz” İlkesi.....	201
4. “Zarar bi Kaderi’l-İmkân Def’ Olunur” İlkesi.....	202
5. Kısas Prensibi	205
B. UYUŞMAZLIK VEYA SAVAŞ DURUMUNDA MUKÂBELE (MİSİLLEME VE ZARARLA MUKÂBELE) YAPILAMAYACAK HALLER.....	209
1. Mukâbele Yapmak Gerekçesiyle Canlıları ve Fizik Çevreyi Yok Etmenin Yasaklanması.....	209
2. Mukâbele Amacıyla Müsle Yapmanın Yasaklanması.....	219
3. Zayıfların Hukukuna Karşı Mukâbele Yapmanın Yasaklanması	222
4. İnsanî Yardım (Gıda, İlaç) Konusunda Misillemenin Yasaklanması	223
5. Fazilet (Sübjektif Adalet) İlkesinin Misilleme ve Zararla Mukâbele Fiillerine Getirdiği Sınırlar.....	224
SONUÇ	230
KAYNAKÇA.....	235

KISALTMALAR

AGİT	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
a.mlf.	: Aynı müellif
ASAM	: Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi (Avrasya Bir Vakfı)
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
b.	: Bin/ibn
BK	: Türk Borçlar Kanunu
Bkz/bkz	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
by.	: Baskı yeri yok
Çev.	: Çeviren
derl.	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİA	: Diyanet İslâm Ansiklopedisi
ed.	: Editör
h.	: Hicrî
İÜEF	: İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜİF	: İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi
Krş./krş.	: Karşılaştırınız
Madde	: md.

MC	: Milletler Cemiyeti
Mecelle	: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye
MK	: Türk Medeni Kanunu
nşr.	: Neşreden
ö.	: Ölüm yılı
r.a./r.ha.	: Allâh ondan razı olsun
red.-etm.	: Redaksiyon ve Etimoloji
s.	: sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
Thk.	: Tahkik, Tahkik eden
ty.	: Baskı tarihi yok
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
USAD	: Uluslararası Sürekli Adalet Divanı
USAK	: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu
vd.	: Ve diğerleri/ Ve devamı
vs.	: Ve saire
YILC	: Yearbook of The International Law Commission
Yy.	: Yayını/Yayınları

GİRİŞ

I. ARAŞTIRMANIN ÖNEMİ, AMACI VE SINIRLARI

Klasik uluslararası hukukta savaş, barış ve tarafsızlık hukuku diye bilinen alanlar yanında, 20. yüzyılda uluslararası hukukta meydana gelen gelişmeler istikametinde *savaşa varmayan zorlamalar hukuku* diye yeni bir alan kabul edilmiştir. Kabul edilen bu yeni uluslararası hukuk alanı, doğal olarak savaş ile barış hukuku arasında ve ilk bakışta her iki tarafın niteliklerini de taşıyabilen yeni bir alanı ifade etmektedir.¹

Savaşa varmayan zorlama yolları, mahiyeti itibariyle savaşı engellemeye yönelik alınan tedbirlerdir. Bu tedbirlere, uluslararası toplum düzeni tarafından hoş karşılanmayan, hukuk dışı (haksız) veya menfaat ihlal edici sayılan fiillerin sahibi olan devletlere bir uyarı olmak ve onları hukukun sınırları içerisinde kalmaya (uluslararası hukuka uymaya) zorlamak amacıyla başvurulmaktadır.

Savaşa varmayan zorlamalar, iki taraf arasında meydana gelen uyuşmazlığı savaşa vardırılmadan çözüme kavuşturmak ve uluslararası toplum adına ilişkileri geliştirmek için başvuru olan tüm karşı önlemleri ifade eder. Kuşkusuz karşı önlemler, dostane ilişkileri ifade etmemekle beraber, ilişkileri olası bir savaşa vardırılmadan çözüme kavuşturmak için aynı zamanda uluslararası hukukun yaptırımlarını hatırlatma durumudur. Yoksa mağdur durumda olsa bile, savaşa varmayan zorlamalar bir tarafın münferid/keyfi uygulaması anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla savaşa varmayan zorlama, bir taraftan barışın hâkim olduğu bir zamanda ve ortamda, uluslararası hukukun yasak saymadığı cebir/kuvvet kullanma yollarına başvurmayı içerirken, diğer taraftan da uluslararası hukuk düzenine uygun düşmeyen, hak ve menfaat ihlal eden ve dostça olmayan fiiller yüzünden ortaya çıkan uyuşmazlıkların savaşa vardırılmadan çözüme kavuşturulmasını amaçlamaktadır.

¹ Meray, Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, AÜSBF Yayınları, Ankara 1965, 378.

İlişkilerin dostane ve hasmane bir seyir izlemesine göre derecelenen savaşa varmayan zorlama yolları ve karşı önlemler, ilişkilerin en kötü olduğu savaş halinden dostça ilişkilere varıncaya kadar uzanan bir yelpazede çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bunların en önemlileri; “meşru müdafaa”, “yaptırımlar” ve “mukâbele uygulamaları”dır.² Nitekim araştırma konumuz olan mukâbele uygulamaları da, ilişkilerin dostça ve düşmanca sayıldığı bu geniş yelpazede uygulanma alanı bulan bir zorlama ve karşı önlem türü olarak ele alınmıştır.

Mukâbele uygulamaları tabiri ile kastedilen *misilleme*, *zararla mukâbele* ve *karşılıklılık* fiilleridir. Bu uygulamaların/fiillerin tanım ve tatbikatının, modern uluslararası hukuk çalışmalarında belirgin bir şekilde ortaya konulduğunu ve aralarındaki ayrımın net bir şekilde yapıldığını biliyoruz.

İki ya da daha çok taraf/devlet arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesinde başvurulmuş karşı önlem ve zorlama yollarından olan mukâbele uygulamalarının ele alınmasından maksat, elbette ki mukâbeleyi, modern uluslararası hukuktaki anlamı, tatbikat şekli ve sınırları yönüyle açıklamak değildir.

Araştırmamız İslâm hukuku sahasında yapılan bir çalışma olduğu için maksadımız, *mukâbele uygulamaları*³’nin İslâm hukuku açısından neler olduğunu, uygulanış şekillerinin nasıl gerçekleştiğini ve nasıl sınırlandırıldıklarını tespit etmektir. Ayrıca mukâbele fiillerinin, İslâm hukuk tarihinde teori ve pratik olarak birbirlerinden ne kadar ayrı olduklarını, böyle bir ayrımın ne derece mümkün olabileceğini de ortaya koymaktır. Bu şekilde bir tespit, modern uluslararası hukuk literatüründen çok İslâm hukuku literatürü üzerinden hareket ederek yapılabilir.

Evvela şunu belirtmekte fayda vardır ki, araştırmamızda, uluslararası hukukun bugünkü manada sahip olduğu bir kavramsallaştırma arayışı içine girmekten ziyade, örnek olaylardan hareket edilecektir. İkinci olarak, mukâbele (karşılık verme) uygulamalarının, kavram, kuram ve kurumsal olarak, her iki literatürde oluşma biçimleri ve uygulama seyri arasındaki benzerlikler ve farklılıklar,

² Ayrıntılı bilgi için bkz. United Nations, *Yearbook of The International Law Commission (YILC) 1991 (43. Oturum Dokümanları)*, Cilt: II (Birinci Bölüm), Birleşmiş Milletler Yayını (43. Oturum Dokümanları), New York-Cenova 1994, 8-11.

³ İkinci Bölüm’de, detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

imkân dâhilinde karşılaştırmalı bir biçimde ortaya konularak mevcut durum tespiti yapılacaktır.

Araştırmamızın sınırlarını belirlemede, bugünkü pozitif uluslararası hukukta kullanılan terimlerden hareket edilecektir. Fakat araştırmanın kavramsal çerçevesi, muhtevası tamamen İslâm hukukunun kaynakları ve birikimine göre belirlenecektir. Böylece karşı önlem ve zorlama yollarından biri olarak kabul edilen mukâbele uygulamalarının, uluslararası uyuşmazlıkların çözümündeki yeri (ve varsa katkısı), İslâm hukuku açısından ortaya konulmuş olacaktır. Tabiatı, dayanağı ve genel ilkeleri/hükümleri yönüyle farklı bir hukuk sistemine mensup olan İslâm uluslararası hukukunun, uygulanış şekli, kapsamı ve türleri bakımından misillemeye nasıl bir sınırlama getirdiği çok önemlidir. Ayrıca yüzyılları kapsayan bir geleneğe sahip olan İslâm uluslararası hukukunun, ilk dönemlerde bu kavramı nasıl ele aldığıнын uyandırdığı merak bakımından da araştırma ehemmiyet taşımaktadır.

Aslında burada bir noktaya daha dikkat çekmek gerekir; o da, misillemenin, özel anlamından başka daha geniş bir anlam dünyası kastedilerek, mukâbele (karşılık verme) anlamında kullanılmasıdır. Modern uluslararası hukuktaki tanımlamadan önce misilleme, bugün kullandığımız mukâbele uygulamalarının hepsini ihtiva edecek anlamda kullanılmanın yanında -meşru- müdafaa anlamında da kullanılmıştır. Bilindiği gibi İslâm literatüründe cihad kavramı, bazen düşmana saldırı bazen de düşman saldırısına karşılık verme (müdafaa) anlamında kullanılmaktadır.

Düşmanın İslâm beldesine saldırdığı ve umumî seferberliğin gerekli olduğu bir durumda, cihad tüm Müslümanlara farz olur. Bu durumda Müslümanların vatanlarını müdafaa için yapılan saldırıya mukâbele/misilleme etmeleri yani topluca müdafaa cihadı (*ed-def*’, *def’u’ş-şer*) ile karşılık vermeleri misillemenin müdafaa anlamına işaret etmektedir.⁴ Bu anlamda bir kullanıma örnek olarak Kur’ân’ın “...Müşrikler nasıl sizinle topyekûn savaşıyorlarsa siz de onlara karşı topyekûn savaşın...”⁵ ifadesinde, düşmanın (müşriklerin) topyekûn saldırısına, topyekûn saldırı

⁴ el-Merğînânî, Burhânuddîn Ebu’l-Hasen Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti’l-Mubtedî*, I-IV, Tahkîk, Ta’lîk ve Tahrîc: Muhammed Muhammed Tâmir-Hâfız Âsûr Hâfız, Dâru’s-Selâm, Kahire 2000/1420, II, 809-810; ez-Zeylaî, Fahrüddîn Usmân b. Alî, *Tebyînu’l-Hakâik Şerhu Kenzi’d-Dekâik*, I-VI (eş-Şelebî’nin hâşiyesi ile), Dâru’l-Ma’rife, Beyrut ty. (Bulak 1313 baskısından), III, 245.

⁵ “*Ve kâtîlu’l-müşrikîne kâffeten kemâ yukâtîlûnekum kâffeh.*” Bkz. Tevbe, 9/36.

ile mukâbele etmek⁶ suretiyle Müslümanların kendilerini müdafaa etmeleri istenmektedir. Nitekim âyetteki ‘*kâtilû (kıtal)*’de, müşriklerin hep birden Müslümanlara karşı savaşmaları dolayısıyla (*bi hasebi kâtâlihîm ve ictimâ’ihîm*), misilleme yapmayı emreden⁷ müdafaa savaşına işaret edilmektedir.

Böyle bir kullanım, uluslararası ilişkiler/politika dilinde ve günlük kullanımda mümkün olmakla beraber, modern uluslararası hukuk terminolojisinde mümkün görünmemektedir. Çünkü modern uluslararası hukukta kavramlar, büyük oranda birbirinden ayrılmıştır. Fakat burada bir hususa da değinmeliyiz. Modern uluslararası hukuk açısından bile kavramsallaştırmanın yeni yeni oturtulduğunu⁸ düşünürsek, savaşın hâkim olduğu ortamda bir takım uygulamaları/fiilleri içine alarak kullanılan misillemenin, kuşkusuz bugünkü manada kullanılanla aynı olmadığı ortadadır. Dolayısıyla asırlarca savaşın hâkim olduğu dönemlerde tatbik sahasında olan İslâm hukukunda da misilleme kavramının, meşru müdafaa ve savaş gibi fiilleri de kapsayacak şekilde anlam genişliğine ve uygulanış biçimlerine sahip olduğunu ayrıca ifade etmek gerekir. Bu yönüyle, İslâm hukukundaki misilleme, modern dönem öncesi uluslararası hukuktaki kullanımıyla büyük benzerlikler taşımaktadır denilebilir. Böyle bir kanaate varmak için, her iki hukuk literatürünün modern dönem öncesi kaynaklarına ve uygulamalarına bakmak yeterlidir.

II. İSLÂM ULUSLARARASI HUKUKUNUN KARAKTERİ VE ÖZELLİKLERİ

İslâm hukukçuları, uluslararası hukuk alanında yeni ilkeler ve kurallar koyarken, içinde buldukları güç ve hâkimiyete dayalı çatışma ortamını değil, dinin genel prensiplerini referans almışlardır. Bu bakımdan İslâm’ın öngördüğü uluslararası hukuk, bağımsız bir hukuk dalı olarak değil, mevcut hukuksal yapının bir parçası olarak telakki edilmelidir. Bunun doğal bir sonucu olarak modern uluslararası

⁶ el-Kurtubî, Ebû Abdullâh Muhammed b. Ahmed el-Ensârî, *el-Câmi’ li Ahkâmi’l-Kur’ân*, I-XXIV, Thk. Abdullâh b. Abdulmuhsin et-Turkî, Muessesetu’r-Risâle, Beyrut 2006/ 1427, III, 238.

⁷ er-Râzî, Fahrüddîn Ebû Abdullâh Muhammed b. Umer b. Huseyin el-Kureşî, *et-Tefsîru’l-Kebîr li İmâmi’l-Fahri’r-Râzî*, I-XXXII, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye (nşr.), Tahran ty., XVI, 54; el-Kurtubî, *el-Câmi’ li Ahkâmi’l-Kur’ân*, X, 201.

⁸ 20. yüzyılın son çeyreğine kadar, uluslararası hukuk sahasında kaleme alınan eserlerde, mukâbele uygulamalarına dair yapılan tanımlarda farklı yaklaşımların olduğu bir gerçektir. Tanımlara yönelik bu farklılıklar ve ayrıntılar için bkz. Tez metni (İkinci Bölüm, “1.3. Modern Hukukçuların Mukâbele Uygulamalarına Yaklaşımı” başlığı), 68-73.

hukuka ilişkin konular fıkıh bütünlüğü içerisinde ele alınmıştır. Bu anlamda İslâm'da iç hukuk-uluslararası hukuk diye bir ayırım yoktur. Her iki alan da, İslâm devletinin uyguladığı hukuk düzenine dâhildir. İlişkilerin konusu ister kamu veya özel haklar olsun, isterse ferdler veya devletler arasındaki münasebetler olsun, diğer toplumlarla olan bu ilişkiler, kendi tabiatına, konusuna, niteliğine ve kapsamına göre değil, fıkıhın usul ve esaslarına (*şeriata*) göre düzenlenir.⁹

İslâm uluslararası hukukunun müeyyidesi, İslâm hukukunun diğer dallarında uygulanan müeyyideler gibi İslâm hukukuna dayanmaktadır. Fakat ifade etmek gerekir ki, İslâm hukukunun müeyyidesi, sadece hükümdarların -insan olmaları yönüyle zulüm ve baskıya sebebiyet verme ihtimali olan- teşkilatlanmış iradelerine değil, aynı zamanda ve öncelikli olarak âhiret hayatına ve son hükmün Allâh tarafından verileceğine olan imana da dayanmaktadır.¹⁰ Diğer bir ifadeyle İslâm uluslararası hukuku, fıkıhın diğer alanlarında olduğu gibi, adlî teşkilatlanmanın bir gereği olan dünyevi/maddi müeyyide içerdiği gibi ahiret inancı ve uhrevî sorumluluğun bir sonucu olan manevi müeyyideye de sahiptir.¹¹ Böylece, her iki yönlü müeyyideye sahip olan İslâm hukuku kurallarının uygulanabilme şartları daha elverişli hale getirilmiş olmaktadır.

İslâm uluslararası hukukunun, uygulamada müeyyidenin etkililiği yönüyle, gelişim sürecini henüz tamamlamamış olan modern uluslararası hukuktan ayrıldığını söylemek mümkündür. Devletlerin kendi menfaatlerine ters düştüğünde tatbik etmekten çekindikleri modern uluslararası hukuk, siyasî/diplomatik ve ekonomik beklentileri dengeleme kaygısı ile tatbik edilme görüntüsü vermektedir.¹²

⁹ Bkz. Zeydân, Abdülkerîm, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, Mektebetu'l-Kuds ve Muessesetu'r-Risâle, Bağdat 1982/1402, 17.

¹⁰ Hamidullah, Muhammed, *İslâm'da Devlet İdaresi*, Çev: Kemal Kuşçu, Nur yayınları, Ankara 1979, 51; Özel, Ahmet, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, Marifet Yayınları, İstanbul 1984, 24.

¹¹ Hamidullah, "İslâm Devletler Genel Hukukunun Başlangıçtaki Teori ve Pratiği", Çev. Kemal Kuşçu, *İslam Hukuku Etüdlere (Makaleler Külliyyatı)* içinde, Bir Yayıncılık, İstanbul 1984, 120. İlkeler itibariyle İslâm hukuku, modern uluslararası hukukla birçok noktada/konuda mutabık kalmakla birlikte, bu ilkelerin takip ve tatbikinin Müslümanların öteki dünya sorumluluklarına da dâhil olması bakımından modern uluslararası hukuktan ayrılır. İslâm'ın savaş hükümleri, adalet ve rahmete gönderme yapmakla beraber yine de bu alana dair hükümlerin uygulanmasını sağlamak üzere bir tenfiz gücü olarak Müslümanların dine/imana olan bağlılıklarını da dikkate almaktadır. Bkz. Tabbara, Afif Abdulfettâh, *Rûhu'd-Dîni'l-İslâmî*, Dâru'l-İlm li'l-Melâyîn, Beyrut 1980, 397.

¹² Alsan, Zeki Mesud, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, AÜHF Yayınları, Ankara 1948, 114, 115. Burada, modern uluslararası hukukun çıkmazına işaret eden Alsan, haklı olarak, "teşkilatlı bir sulh kurulması için devletlerin sadece egemenliklerinden değil, menfaat ihtiraslarından da az çok

İslâm uluslararası hukukunun belki de en önemli karakteristik yapısı, “onun iç hukukun bir parçası olmasıdır.” İslâm uluslararası hukuku, “bütünüyle ve özellikle kendini İslâmî ilkeler (*şerî hükümler*) ile sınırlı ve şeriatın kontrolü altında gören devletin maksadına tabi bir hukuktur.” Fıkhın herhangi bir -genel- ilkesinin, onun bir parçası olan İslâm uluslararası hukukunda da uygulanmasına engel değildir. Çünkü “İslâm devletinin diğer kanunları gibi yetkilerini İslâm kanunlarından alan uluslararası hukuk düzeni/sistemi de bu ilkeler doğrultusunda oluşturulmaktadır.” Nitekim İslâm uluslararası hukukunun, kendisinden daha geniş bir kapsama sahip olan iç hukuka dâhil olması, onu modern uluslararası hukuktan ayırmaktadır.¹³

İslâm uluslararası hukukunu, bağımsız bir ilmi disiplin ve ilk işi uluslararası ilişkilere dair dini/vahyi emirleri anlamak, anlamlandırmak ve hayata geçirmek olan bir hukuk dalı olarak nitelendirmek mümkündür. İslâm uluslararası hukukunu, ilk dönem İslâm hukukçularının gayretleriyle hukukun bir disiplini olma kimliği kazanmış, sadece ilkelerinin tespit edilmesiyle kalmamış, uygulama imkânı da bulmuş ve sonuç olarak yalnız Müslümanları değil gayrimüslim toplulukları da hak ve vecibelere sahip/muhatap kabul etmiş müstakil bir *hukuk düzeni* olarak nitelemek mümkündür.¹⁴ Nitekim uluslararası hukuk sahasında telif edilen ilk eserlerin İslâm hukukçuları tarafından ortaya konulduğu ve bunların Avrupalı hukukçuları da derinden etkilediği düşüncesi,¹⁵ İslâm hukukçularının uluslararası hukuk sahasında gösterdiği başarının bir sonucudur. Aslında bu, İslâm coğrafyası dışındaki,

fedakârlık etmeleri” gerektiğini söyler. Yine, tarih boyunca asıl savaşların, çoğu kez büyük devletlerin menfaat çatışmalarından doğup diğer devletlere sirayet ettiğini de ifade eder. Bkz. Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 134.

¹³ Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 32-33, 37-38.

¹⁴ Bkz. Yaman, Ahmet, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, Fecr yayınevi, Ankara 1998, 29.

İlk uluslararası hukuk kavramını, düzenini, kurallarını koyanlar da yine Müslüman hukukçular olmuştur. İslâm'ın başlangıcından beri düşman/karşı taraf ile kurulan ilişkilerde hukuk esas alınmıştır. Çünkü başlangıçtan beri gayrimüslim toplumlarla savaş ve barış halindeki ilişkiler hep İslâm hukuku esaslarına göre düzenlene geliyordu. Bkz. Özel, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı*, 23, 24.

¹⁵ Hamidullah'ın belirttiğine göre, Ayala, Vitoria, Grotius, Gentiles ve diğer Avrupalı hukukçular tarafından, “harb hukuku”na (*jura belli*) dair ortaya konan eserlere, Roma ve Yunan literatürü değil, İslâm hukukçularının telif ettikleri Siyer ve Cihâd eserleri kaynaklık etmiştir. Bkz. *İslâm'da Devlet İdaresi*, 128. Ayrıca bkz. Dönmez, İbrahim Kâfi (İlmî Müşavir ve Redaktör), *İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, I-IV, Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı (İFAV) Yayınları (no:136), İstanbul 1997, IV, 135.

Avrupalı/Batılı, uluslararası hukuk uzmanları tarafından da kabul edilen bir husustur.¹⁶

İslâm hukukunun, uygulama itibariyle, son iki üç asırda yaşamış olduğu duraklama veya kırılma, onun, uluslararası hukuka yaptığı katkıların önemine halel getirmemekte ama sahip olduğu karakter ve özellikleri dolayısıyla, farklı bakış açısı ve esaslara dayalı olarak oluşturulan modern uluslararası hukuk veya toplum düzeninin dışında kalması gerçeğini de gözler önüne sermektedir. Mevcut durum, iki hukuk sisteminin dayandığı kaynak ve meşruiyet zemininin uygulamadaki farklılığa olan etkisini göstermektedir. Buna bağlı olarak iki tarafın/topluluğun birbirleriyle olan ilişkilerini ele alan uluslararası hukuk kavramının, iki ayrı hukuk sistemindeki ortaya çıkış şekilleri, uygulama biçimleri ve/veya sonuçları (yapılan atıflar, ön görülen müeyyideler, getirilen sınırlamalar) da farklı olabilmektedir.

A. ULUSLARARASI HUKUKUN TARİHSEL GELİŞİMİ VE İSLÂM ULUSLARARASI HUKUKU

1. Uluslararası Hukukun Tarihsel Gelişimi

Uluslararası hukuk, uluslararası toplumun varlığına bağlıdır. Uluslararası toplum ise, bireyleri arasındaki ilişkilerin yani uluslararası ilişkilerin meydana geldiği ve geliştiği toplumsal ortamdır.¹⁷ Farklı toplumların birbirleriyle ilişkileri ve etkileşimleri bakımından ele alındığında, Antik çağlardan beri devam eden gelen uluslararası bir toplumun ve düzenin var olduğunu söylemek mümkündür.

Antik çağlarda en ilkel anlamıyla var olan bu uluslararası düzen anlayışının, bazı kurum ve kuralları itibariyle bugünkü (*modern*) uluslararası düzene zemin teşkil ettiğini de gözden uzak tutmamak gerekir. Kuşkusuz bu çağlarda birçok bakımdan bugünkü telakkiye ve uluslararası hukuk düzenine uymayan uygulamaya rastlamak mümkündür. Ancak bütün sosyal kurumlar insanlığın ortak mirası olduğu için her yeni şeyin bir öncekinin üzerine bina edilmesi bakımından eskinin yeniye büyük katkısı olduğu da muhakkaktır. Hukukun her dalı gibi uluslararası hukuk da

¹⁶ Hamidullah, İslâm'ın, modern uluslararası hukuka, en azından oluşumu boyunca etkisini kabul eden hukukçulara Neys, Walker ve (Rus hukukçu) Baron de Taube'ı örnek olarak göstermektedir. Bkz. *İslâm'da Devlet İdaresi*, 126, 128.

¹⁷ Atalay, Ahmet Halûk, *Uluslararası Hukukun Oluşumu "İlk Küreselleşme Dönemi (1492-1648)"*, Göçebe Yayınları, İstanbul 1997, 9.

insanlığın yaşadığı gelişim sürecine bağlı olarak bir takım gelişmeler ve ilerlemeler kaydetmiştir. Nitekim bugün bizim için çok ilkel ve yetersiz görünse bile ilk çağlarda ortaya konulan bir takım uluslararası uygulamaların modern uluslararası hukukun teşekkülüne yaptığı katkı göz ardı edilmemelidir. Zira uluslararası hukukun günümüzdeki haline bakarak, bugün hukuk dışı sayılan uygulamalara ne meşruiyet kazandırmalı ne de onları kendi şartlarından ve zamanından bağımsız düşünerek yargılamalıdır.

Uluslararası toplum kavramına da bu yönden bakıldığında, kavramın, dogmatik bir yapıdan çok tarihi bir vakıayı ifade ettiği için belirli bir tarihselliğe sahip olduğunu görürüz. Bu tür bir toplumsal yapıya dayalı hukukun da belli tarihsel var oluşun bir sonucu olduğu açıktır.¹⁸ Doğal olarak, tarihi süreç içerisinde, uluslararası toplumdaki bireylerin hukuksal anlamda sıfatları ve statüleri de değişik olmuştur.

Şüphesiz günümüzdeki anlamı itibariyle uluslararası hukukun tarihî, hukukî olarak egemen ve eşit olan devletlerin oluşturduğu uluslararası toplumun bireyleri arasındaki ilişkileri düzenleyen hukukî normların¹⁹ ve kurumların tarihini ele alır. Ancak modern uluslararası hukuktaki anlayışın öncesinde, uluslararası hukukun mevcut olduğu hiçbir dönemde, uluslararası toplum düzeni veya örgütler karşısında, uluslararası toplumun bireyleri olan tüm devletler arasında belli bir eşitliğin kural haline getirildiğini söylemek mümkün değildir. Aslında modern uluslararası hukukta, *hukuksal eşitlik* kavramından bahsedilmesi bile başlangıçta var olan bir eşitsizliğe işaret etmektedir.²⁰

Hukuk düzeninin unsurları bakımından bugünkü uluslararası hukuk düzeniyle büyük oranda benzer durumlar söz konusu olsa bile, İlk Çağ toplumlarında uluslararası toplumdaki siyasî yapılanmalar değişiklik arz etmekteydi. İlk Çağ toplumlarında, *site devleti* ve *imparatorluklar* şeklinde iki tür siyasî yapılanma söz konusu olduğu için uluslararası ilişkiler de bu iki siyasî örgütlenmenin etkileşimi ekseninde cereyan

¹⁸ Atalay, 10.

¹⁹ Nitekim “uluslararası hukuk normları, egemen ve eşit devletlerin karşılıklı olarak kendilerini sınırlamalara tabi tutmalarından ibarettir. Bkz. Polat, Necati, *Ahlak, Siyaset, Şiddet Bir Kuram Olarak Uluslararası Hukuk*, Kızılelma Yayıncılık, İstanbul 1999, 22.

²⁰ Atalay, 10.

etmiştir. Birisi dar bölgede nüfuz kurmaya, diğeri ise daha büyük bir coğrafi sahada otorite tesis etmeye çalışmaktaydı.²¹ Bu dönem tamamen savaşın hâkim olduğu bir dönem olduğu için savaş, sıradan bir olay olarak kabul edilmekte ve savaş kazanan, kaybedenin canı ve malı üzerinde mutlak manada tasarruf etme hakkına sahip olmaktaydı.²²

Orta Çağ'da ise uluslararası hukuka en büyük katkı ve etki İslâm yoluyla olmuştur. Uluslararası hukuka dair tüm konular ve meseleler, başlangıçta fikhın muhtelif başlıkları altında dağınık bir şekilde olmakla beraber daha sonra *siyer* denilen ve İslâm uluslararası hukukuna dair meselelerin ele alındığı özel bir ilim dalı kapsamında mütalaa edilmiştir. İslâm hukukçuları, mevcut uluslararası hukuku sistemli hale getirmişler; kendi oluşturdukları, dârulharb ve dâruislâm şeklindeki kavramsallaştırma ile savaş ve barış zamanındaki ilişkileri düzenleyen temel ilkeler ortaya koymuşlardır. İslâm hukukunun bu yönüyle ilgili açıklamaları, bir İslâm hukuku çalışması olan araştırmamızın ilerleyen sayfalarında ayrıntılı olarak görmek mümkündür. Şimdilik bu kadarıyla yetiniyoruz.

20. yüzyılda oluşturulan uluslararası kurumlardan Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler nezdinde, -savaş değil- kuvvet kullanımı veya sınırlı silahlı kuvvet kullanımı şeklinde ele alınan uygulamaların kökleri, belki de, geçmişte haklı savaşlar olarak yaygın bir şekilde uygulanan fiillere dayanmaktadır.

Nitekim haklı savaş kavramından, daha sonradan gelen fakat modern uluslararası hukukun fikri temellerini oluşturan Hugo Grotius'un da söz ettiğini görmekteyiz. Grotius da Cicero gibi savaşı, “uyuşmazlıklarını zorlama yollarına başvurarak çözüme çalışanların karşılıklı durumu” olarak tanımlamaktadır.²³ Uluslararası hukuku temellendirirken doğal hukuku esas alan Grotius, doğal hukukun, “işlenmiş veya işlenme gözdağı verilmiş haksızlıkları zor kullanarak savuşturmayı” hiçbir şekilde yasaklamadığını belirtmektedir.²⁴ Ayrıca, Cicero'dan alıntılanarak, “haklı nedenlere dayanmayan savaşların haksız olduğunu” da ifade

²¹ Crozat, Charles, *Devletler Umumî Hukuku (Cilt 1:Umumî Prensipler ve Tarihçe)*, Çev. Edip. F. Çelik, İstanbul Üniversitesi Yy., İstanbul 1950, 179.

²² Bozkurt, Enver vd., *Devletler Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti, Ankara 2004, 39.

²³ Grotius, Hugo, *Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli ac Pacis)*, Çev. Seha L. Meray, AÜSBF Yayınları, Ankara 1967, 17. Ayrıca bkz. Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 123.

²⁴ Grotius, 26.

etmektedir. Haksızlık üzerinden hareketle Grotius, doğal hukuk teorisinde olduğu gibi beşerî ve ilahî hukuk teorilerinde de savaşın haklı olduğunu göstermeye çalışmakla kalmaz, bir de haklı savaş için üç ayrı neden zikreder.²⁵ Buradaki gayesi ise, haksızlığı gidermek için başvurulmuş savaşı hukuksal araç olarak nitelendirmektir.²⁶

Fransız ihtilalinden sonra artan ulus-devlet anlayışı ve milliyetçilik hareketleri 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra uluslararası sahada bağımsız devletlerin sayısının artmasına sebep olmuştur. Neticede meydana gelen uyuşmazlıkların barışçı yollardan ziyade savaşla çözülme yoluna gidilmiştir. Devletler arasındaki mevcut savaşlar ve mücadeleler, uluslararası aktörleri, doğal olarak belli tedbirler almaya yöneltmiştir.

Uluslararası toplum düzeninin sağlam bir zemine oturtulması ve korunması için bir takım teşebbüslerde bulunulmuş, örgütler kurulmuştur. Bu oluşumlarla, uluslararası hukukun korunması adına, uluslararası toplum/hukuk düzenine biraz daha vurgu yapılmıştır. Ayrıca mevcut düzeni tehdit eden savaşın hukukuna dair ve savaşta devletlerin uyacakları kurallara ilişkin, birçok devletin iştirakiyle çok taraflı antlaşmalar imzalanmıştır.

Milliyetçilik ve ulus devlet anlayışının hâkim olmaya başladığı bu dönemi, uluslararası toplum nezdinde barışın sağlanmasına yönelik çabaların sarf edildiği ve bir takım önlemlerin alınmaya çalışıldığı bir süreç takip etmiştir. Bu bakımdan denilebilir ki, 20. yüzyıla girildiğinde, uluslararası hukukun tarihi seyri ve uluslararası topluluk düzeni bakımından dönüm noktası olarak nitelendirilebilecek gelişmeler yaşanmıştır. Bunlar 1899 ve 1907 tarihli *La Haye Konferansları*dır. Ardından 20. yüzyılın ilk yarısında dünyanın büyük savaşlara ve mücadelelere sahne olduğu bir ortamda savaşı yasaklayan Milletler Cemiyeti Misakı (1919), Briand Kellogg (1928) ve Birleşmiş Milletler Antlaşması (1945) imzalanmıştır.

Milletler Cemiyeti, kendisinden beklenen işlevi tam olarak yerine getirememiş, ardından patlak veren II. Dünya Savaşına engel olamamıştır. Fakat her

²⁵ Bunlar, “bizim olan bir şeyi savunma”, “bize borçlu olunan bir şeyi elde etmeğe çalışma” ve “cezalandırma”dır. Bkz. Grotius, 51.

²⁶ Atalay, 85.

şeye rağmen Milletler Cemiyeti döneminde, uluslararası kurum ve kurallara dair bir takım ilerlemeler de kaydedilmiştir. Milletler Cemiyeti Misakı'na göre kuvvet kullanmak yasak sayılmamakla beraber bazı kayıtlara bağlanmıştır. Uyuşmazlıkların barışçı yollarla halledilmesi amacıyla, *Uluslararası Sürekli Adalet Divanı* kurulmuştur. Milletler Cemiyeti'nin, kurulmasında öncülük ettiği bu mahkeme, tüm devletlerin uluslararası planda müracaat edebilecekleri ilk uluslararası mahkemedir.²⁷

20. yüzyılın başı itibariyle oluşturulmak istenen uluslararası barış ortamı, I. Dünya Savaşı'nın ortaya çıkmasıyla kesintiye uğramış, savaşın akabinde kurulan Milletler Cemiyeti ile tekrar tesis edilmeye çalışılmıştır. Fakat I. Dünya Savaşı'nın sonuçlarından gerekli dersi almayan bazı devletler yine savaşı tırmandıracak teşebbüslerde bulunmuşlardır. Her ne kadar yasaklanmamış olsa bile belli kayıtlar altına alınan kuvvet kullanma ve silahlanma yarışı tekrar başlamıştır. Milletler Cemiyeti'nin başarılı olamaması üzerine, silahlanma faaliyetlerinin engellenmesi ve savaşın yasak edilmesi, 1928'de Paris'te on beş devlet tarafından imza edilen Briand-Kellogg Antlaşması ile sağlanmış oldu. Bu antlaşmanın savaşı yasaklayan kuralı, evrensel düzeyde değil de antlaşmaya taraf ülkelerce geçerli bir nitelik arz etmekteydi.²⁸ İmza eden devletlerle sınırlı olan ve diğer devletler tarafından ihlal edilen Briand-Kellogg Antlaşması da savaşı evrensel düzeyde yasak etme özelliği/kabiliyeti gösteremediği için etkisiz kalmış ve daha sonra ortaya çıkan II. Dünya Savaşı'na engel olamamıştır.

Kuşkusuz uluslararası hukukun geçmişi bağlamında bir uluslararası düzenin varlığını tespit etme adına yapılan çalışmaları, Antik çağlardaki uygulama örneklerine kadar götürmek mümkündür. Bununla birlikte modern uluslararası hukukun geçişini, 16. ve 17. yüzyıllarda yaşayan uluslararası hukuk müelliflerine dayandırmak daha makul görünmektedir.²⁹ Bu müelliflerden, modern uluslararası

²⁷ Bozkurt vd., 43.

²⁸ Briand-Kellogg Paktı ile taraflar, uluslararası anlaşmazlıkların çözümünde savaşa başvurmayı kınıyor ve savaşı uluslararası siyasetin aracı olarak kullanmayacaklarını açıkça ilan etmiş oluyorlardı. Bu Pakt, BM'nin kuruluşundan önceki dönemde barışı koruma yolunda atılmış adımların en önemlilerinden biri olmuştur. II. Dünya Savaşı'na kadar uluslararası ilişkilerde kendisine atıf yapılan bir belge olmasına rağmen BM'nin kurulmasıyla tamamen etkisini yitirmiş oldu. Bkz. Sönmezoğlu, Faruk vd., *Uluslararası İlişkiler Sözlüğü*, Cem Yayınevi, İstanbul 1992, 80.

²⁹ Batı'da uluslararası hukukun doğuşu, Rönesans ve Reform dönemlerinde yetişmiş olan uluslararası hukuk müelliflerinden (Francisco de)Vitoria (1480-1546), (Vasquez de)Menchaca

hukukun asıl kurucusu olması bakımından babası sayılan³⁰ ve onu olgunlaştıran ünlü hukukçu Hugo Grotius, yazdığı *Savaş ve Barış Hukuku*, *Ganimet Hukuku* ve *Serbest Deniz* adlı eserlerle, modern uluslararası hukuku sistemli bir bütün olarak ele almıştır.³¹ Yeniçağ denilen ve modern, küresel dünyaya geçiş sürecini temsil eden bu yüzyıllarda, kilisenin (papalık) ve teokratik devletin (kutsal imparatorluk) belirleyici otoritelerinin yerini Avrupa Kamu Hukuku'nun yeni aktörleri almıştır.³²

Modern uluslararası hukuktaki hâkim anlayışa göre, Hugo Grotius'tan önceki dönemde uluslararası ilişkileri ve nizamı inceleyen eserler uluslararası hukuk anlamında değil de uluslararası siyaset/ilişkiler ve diplomasi anlamında ele alınmalıdır. Kıta Avrupası bağlamında uluslararası hukuk, Avrupalı devletlerin, 16. ve 17. yüzyıldan itibaren birbirleriyle olan ilişkilerinin hukuksal yönünden, diğer bir deyişle Avrupa Kamu Hukukunun olgunlaşarak uluslararası düzeyde uygulanabilecek halinden ibaret olduğu görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu çağda Kıta Avrupası bakımından siyaset ve diplomasinin uluslararası hukuktan ayrı düşünülmesi anlayışı ve çabası göze çarpmaktadır.

Aslında burada, uluslararası hukukun geçmişi bağlamında uluslararası düzenin varlığını tespitite çok önemli noktaya işaret etmek gerekir. Uluslararası hukukun modern devirleri ile Roma dönemi arasındaki halkayı İslâm hukukçularının uluslararası hukuka dair ortaya koydukları köklü ve zengin miras teşkil etmektedir. İslâm hukukçuları, yazdıkları eserlerle Avrupa'daki düşünür ve hukukçulara yaptıkları tesirler³³ neticesinde meydana gelen Rönesans ve Reform hareketlerinin bir sonucu olarak Avrupa'da uluslararası hukuk alanında birçok müellifin³⁴ yetişmesine ve bu alanda birçok eserin kaleme alınmasına katkı sağlamışlardır. Mesela bu müelliflerden biri olan Hugo Grotius'un yazdığı eserler, fikhin

(1569-1612), Ayala (1548-1584), (Francisco)Suarez (1548-1617) gibi şahsiyetlerle mümkün olmuş ve bu hukuk dalı, Hugo Grotius (1583-1645) ile bağımsız bir hüviyet kazanmış ve sistematik hale getirilmiştir. Bkz. Özel, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, 16-17.

³⁰ Böyle bir nitelime için bkz. Bilsel, Cemil, *Devletler Hukuku, Giriş*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1940, 96, 211; Alsan, *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt (Prensipler-Şahıslar), Güney Matbaacılık, Ankara 1950, 80.

³¹ Özel, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, 16 (14 no'lu dipnot); Bozkurt vd., 40.

³² Atalay, 11.

³³ Ayrıntılı bilgi bkz. Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 125-127.

³⁴ Bunlardan bazılarını örnek olarak şu isimleri sayabiliriz: Vitoria, Menchaca, Ayala, Suarez, Hugo Grotius. Bkz. Crozat, 204. Muhammed Hamidullah, bu isimlere, Pierre Bello, Gentiles'i de ekler. Bkz. *İslâm'da Devlet İdaresi*, 125, 126.

uluslararası hukuka dair bölümlerini ihtiva eden siyer ve cihad kitaplarının batılı dil ve üslupla yazılmış örneklerini teşkil etmektedir.³⁵

2. Savaş ve Barış Tarihsel Bağlamında İslâm Uluslararası Hukuku

İslâm âlimlerinin (*fukahâ*), uluslararası hukuk alanındaki algılamalara ve uygulamalara yönelik öngörülerine etki eden en önemli faktör, insan topluluklarının birbirlerini etkileme vasıtalarından biri olan savaşlar (düşmanca ilişkiler) olmuştur.³⁶ Öyle ki, savaşlar İslâm devletinin diğer devletlerle münasebetini ve konumunu belirlemiştir. Nitekim böyle bir sosyal olgudan hareketle klasik dönemde fıkıhçılar dünyayı, *dârulislâm* ve *dârulharb* olmak üzere temelde iki ayrı ülkeye ayırmışlar ve tabîi olarak fikhın uluslararası ilişkiler kuramını da, modern dönemde olduğu gibi çok taraflı değil, iki tarafı olan bir ilişki zeminine oturtmuşlardır.³⁷

Bu kavramlar etrafında geliştirilen literatür ve oluşturulan eserler kuşkusuz kendi dönemlerinde ve şartlarında, uluslararası hukuk alanında belli ilkeler ve kurallar da ortaya koymuştur. Böylece daha sonra meydana gelecek olan olaylara ışık tutabilecek zengin bir uygulama (örnek olay) mirası ortaya çıkmış oldu. Nitekim İslâm hukuku son iki asra kadar kendi sistematığı içerisinde, bulunduğu zamana ve çevre şartlarına göre, uluslararası hukukun tatbikini sağlarken, uygulamada kendini yeniliyor ve geliştiriyordu.

Bu bakımdan 19. yüzyılın sonuna kadar İslâm uluslararası hukukunun canlı bir şekilde tatbik edildiğini söylemek mümkündür. Fakat Müslümanlar kendi

³⁵ Hugo Grotius'un, Antik Yunan ve Roma hukuk literatüründe, örneğine rastlanmayan birçok konuda eserler kaleme alması onun bu sahalarda fikhın kaynaklarından yararlandığını göstermektedir. *Savaş ve Barış Hukuku, Ganimet Hukuku ve Serbest Deniz* adlı eserler buna misal teşkil etmektedir. Bkz. Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 128; Telkenaroğlu, M. Rahmi, "Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî (189/804) ve Hugo Grotius'un (1583-1645) Devletler Hukukuna Etkileri (Mukayeseli Bir Çalışma)" *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 5, Konya 2005, 73.

³⁶ ez-Zuhaylî, Vehbe, *el-Alâkatu'd-Devliyye fi'l-İslâm Mukarene bi'l-Kânûni'd-Devliyyi'l-Hadis*, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 1989/1409, 103, 104.

³⁷ Ebû Zehra, Muhammed, *el-Alâkatu'd-Devliyye fi'l-İslâm, Dâru'l-Fikri'l-Arabî*, Kahire ty., 8; ez-Zuhaylî, *el-Alâkatu'd-Devliyye fi'l-İslâm Mukarene bi'l-Kânûni'd-Devliyyi'l-Hadis*, 102, 103; Türcan, Talip, "Sosyal Olgular ve İslam Hukuku: Klasik Fikhın Uluslararası İlişkiler Kuramının Oluşumu", *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 5, Yıl: 1998, Isparta 2000, 106.

Zamanla bu tasnif, *dârulislâm*, *dârulharb*, *dârussulh*, *dârulahd* ve *dârulkufr* olmak üzere daha da gelişmiştir. Mesela bkz. ez-Zuhaylî, *el-Alâkatu'd-Devliyye fi'l-İslâm Mukarene bi'l-Kânûni'd-Devliyyi'l-Hadis*, 103-108; Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, 110-111.

hukuklarını tatbik ederken, diğer milletlerle savaş, ticaret ve diplomasi gibi yollarla irtibat halinde oldukları için, onların hukuk sistemlerinden etkilendikleri de olmaktadır. Böylece, özel hukukta olduğu gibi, kamu hukuku sahasında da hukukun yenilenmesi, geliştirilmesi ve hukuka hayatiyet kazandırılması sağlanmaktaydı.

İslâm hukuku kapsamında, âlimlerin hem uluslararası hukuk hem de uluslararası ilişkiler sahalarda yaptıkları çalışmalar, günümüzde *el-Alâkâtu'd-Devliyye* başlığı altında ele alınmaktadır. Yani *el-Alâkâtu'd-Devliyye* tabiri hem uluslararası politika hem de uluslararası hukuk konularının işlendiği bir tabir/başlık olarak kullanılmaktadır. Son asırda İslâm hukukçularının ve siyaset bilimcilerinin kendi alanlarında verdikleri eserlerin aynı adı taşımaları dikkat çekicidir. Aynı şekilde İslâm hukukunda uluslararası hukuk sahasında yapılan çalışmalar da hem ele alınmış şekilleri hem de ele aldıkları konular bakımından modern anlamda bir uluslararası hukuk çalışmasından ziyade uluslararası ilişkiler/politika çalışması niteliği taşımaktadır.³⁸ Diğer taraftan bugün hâlâ uluslararası hukuk ilmine karşılık olarak, fıkıh ilminde *siyer* teriminin kullanıldığını da gözden uzak tutmamak gerekir.

Modern uluslararası hukukun aksine İslâm uluslararası hukuku sahasında yapılan çalışmaların, tek başlıkta değil de birçok başlık altında ele alınmış olmaları, İslâm hukukunun yapısından ve sistematüğinden kaynaklanmaktadır. İslâm hukukçuları (*fukahâ*), Müslümanlarla gayrimüslimler arasındaki ilişkilere dair konuları, niteliği ve irdelenmesi bakımından farklı kavramlar (başlıklar) ile ele almışlardır. Doğal olarak uluslararası ilişkilerin yürütülmesi de, fıkıh külliyâtı içerisinde *cihâd*, *ganimet*, *emân*, *harâc*, *cizye*, *meğâzî* ve *siyer* gibi belli ve hususî adlar/başlıklar altında ve inceleme alanları halinde mütalaa edilmiştir. Kuşkusuz bu adlandırmalarda, Müslümanların gayrimüslimlerle olan ilişkilerini inceleyen fukahânın, konuları ele alışının ve olaylara yaklaşım tarzının etkisi de olmuştur. Ayrıca Müslümanlarla gayrimüslimler arasındaki ilişkilerin artması ve mahiyet değiştirmesi de belirleyiciler arasında sayılmalıdır. Burada İslâm hukukunun

³⁸ Bu şekilde kaleme alınmış eserden bazıları olarak mesela bkz. Ebû Zehra, *el-Alâkâtu'd-Devliyye fi'l-İslâm*; Sakr, Abdulazîz, *el-Alâkâtu'd-Devliyye fi'l-İslâm: Vaktü'l-Harb Dirase li'l-Kavâidi'l-Munazzame li-Seyri'l-Kıtal*, el-Ma'hedu'l-Alemî li'l-Fikri'l-İslâmî, Kahire 1996; Serhân, Abdulazîz Muhammed, *en-Nizâmu'd-Duveli'l-Cedîd ve's-Şer'iyyetu'd-Duveliyye*, Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Kahire 1993; Câmîatu'l-Ezher (Külliyetu's-Şeri'a ve'l-Kânûn), *el-Alâkâtu'd-Devliyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Kahire 1990/1411.

kazuistik yapısının da etkili olduğunu söylemek gerekir. Bunun bir sonucu olarak fıkhıta, bir mevzu ile ilgili açıklamaların, fikhın başka dalı altında ele alındığının örneklerine rastlamak mümkündür.

İslâm hukukçularının daha önceden başta *siyer* olmak üzere *cihad* ve *meğazi* vb. başlıklar/adlar altında eserler telif ettiklerini söylemiştik. Bunlar sadece uluslararası hukukla ilgili değil, uluslararası ilişkiler (dış politika, diplomasi), kamu yönetimi, kamu maliyesi, tarih vb. alanlarla ilgili literatüre de dâhil olan eserler olarak değerlendirilmelidir.³⁹ Söz konusu alanlarla ilgili kaynakların ihtiva ettikleri konuların müşterekliği, kaleme alınan eserlerin de genelde bu farklı alanlardaki konuları ihtiva edebilecek genişlikte ve zenginlikte olmasını sağlamıştır. Böyle olunca da, uluslararası hukukun genel tarihi açısından İslâm hukukçularının ortaya koyduğu fikhî birikim ve bu sahada oluşturdukları zengin literatür, sadece uluslararası hukukla ilgili olan değil, aynı zamanda siyaset bilimi ve kamu maliyesinin de dâhil olduğu geniş bir alana denk düşmektedir.⁴⁰

Uluslararası hukuka dair birçok kavram, kuram ve kurumun oluşmasını sağlayan, uygulama bakımından önceliğe sahip olan İslâm uluslararası hukukunun bu alanda ortaya koymuş olduğu zengin literatür, mezkur alandaki ayrıcalığının en bariz göstergesi olmuştur. Özellikle *siyer (uluslararası hukuk)*⁴¹ kavramının, dış ilişkilerin yürütülmesinin özel adı ve İslâm hukukunun bir dalı olarak ele alındığını görmekteyiz.

Siyer, sîret/sîreh kelimesinin çoğuludur. Sîret ise lügatta iki manada kullanılır. Bir kullanımda, iyi ya da kötü tutulan yol ve gidişat; diğer bir kullanımda ise hey'et yani dış görünüş, hâl/hâlet ve haslet demektir.⁴² İslâm'da, her iki anlam

³⁹ Damiriyye, Osmân b. Cum'a, *Usûlu'l-Alâkâti'd-Devliyye fî Fıkhî'l-İmâm Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî (Dirâse Fıkhîyye Mukârene)*, I-II, Dâru'l-Meâlî, Amman 1999/1419, I, 227.

⁴⁰ Bu hususu teyit etme bakımından bkz. Tez metni (Giriş bölümü, "VI.A.1. İslâm Uluslararası Hukukunun Kaynaklarına Genel Bakış" adlı başlık altında zikredilen "e, f" maddeleri), 38-40.

⁴¹ Günümüz kavramsallaştırması ile "uluslararası hukuk" diye adlandırabileceğimiz siyer, fikhın bir dalıdır. Fakat fikh ilminin bir alt bölümü/dalı olarak siyer (*kitâbu's-siyer*) tabirinin, o zamanda, bugünün uluslararası hukuk ilminden daha geniş bir alanı içine alabilecek kapsama sahip olduğunda kuşku yoktur. Yani içinde uluslararası ilişkiler, dış politika ve kamu maliyesi gibi ilimleri de barındırabilecek genişliğe sahipti. Nitekim klasik İslâm hukuku kaynaklarında bunu görmek mümkündür.

⁴² el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*, I-X, Zabt ve Tahkîk: Muhammed Muhammed Tâmir, Muhammed Sa'îd ez-Zeynî ve Vecîh Muhammed Alî, Dâru'l-Hadis, Kahire 2005/1426, IX, 339; İbn Manzûr, Ebu'l-Fadl Cemâluddîn Muhammed b. Mukerrem

itibariyle siyer, Rasulullah ve arkadaşlarının savaşlarda tutukları yol ve hareket tarzlarının hepsini(*es-sunneh*)⁴³ içine alan bir terimdir.⁴⁴

Siyer aynı zamanda, İslâm tarihçileri tarafından, Hz. Peygamber'in özelliklerini, hayatını ve mücadelelerini konu edinen ilim dalının (İslâm Tarihi) karşılığı olarak kullanılan bir tabirdir. Bu tabir, fıkıh kitaplarında ise Müslümanların diğerleri ile olan tüm ilişkilerini konu edinen, bir başka ifade ile İslâm uluslararası hukuku alanına dair konuları, kaideleri ve hükümleri kapsayan kitapların genel adı olarak kullanılmaktadır.⁴⁵ Bir bakıma siyer, bazı müelliflerce, eski kahramanlık faaliyetlerinin rivayeti manasındaki şeklinden, diğer topluluklara karşı sergilenecek hareket tarzı için vaz edilmiş hukukî kurallar manasına gelen siyere doğru bir tekâmül geçirmiştir.⁴⁶

Siyer, Müslümanların gayrimüslimlere yönelik ilişkilerin tarzını ve kurallarını⁴⁷ ve bunların sınırlarını ortaya koyan bir bölüm olarak hukuk kitaplarında yer almıştır. Siyer kelimesinin, hicri ikinci asırdan itibaren umumî ve hususî yönleriyle İslâm uluslararası hukukunu ifade eden genel bir terim olarak kullanılmaya başlandığı ve *Kitâbu's-Siyer* adıyla İslâm uluslararası hukuku literatüründe yer aldığı bilinmektedir.⁴⁸ Fakat hukuk kitaplarına baktığımızda, siyer bölümünün belli bir sistematik içerisinde ve belli bir sıra ile ele alınmadığını; değişik kaynaklarda, bu bölümün öncesinde ve sonrasında farklı bölümlerin yer aldığını görürüz.⁴⁹

el-İfrîkî el-Mısırî, *Lisânu'l-Arab*, I-XVIII, Yayına hazırlayan: Emîn Muhammed Abdulvehhâb ve Muhammed es-Sâdık el-Ubeydî, Dâru İhyâ'it-Turâsî'l-Arabî, Beyrut 1997/1418, VI, 454.

⁴³ Siret (*es-sîreh*) kelimesinin sünnet (*es-sunneh*) anlamı için bkz. İbn Manzûr, VI, 454.

⁴⁴ el-Mevsilî, Abdullâh b. Mahmûd b. Mevdûd el- Hanefî, *el-İhtiyar li-Ta'lîli'l-Muhtar*, I (1., 2. cüzler)-II (3., 4., 5. cüzler), Tahkîk ve Ta'lîk: Zuheyr Osman el-Ca'îd, Dâru'l-Erkâm b. Ebî'l-Erkâm, Beyrût ty., II, 370; el-Merğînânî, II, 809; ez-Zeylaî, Ebû Muhammed Cemaleddin Abdullâh b. Yûsuf b. Muhammed, *Nasbu'r-Râye Tahricu Ehâdîsi'l-Hidâye*, I-V (*Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedi* ile birlikte), Thk. Ahmed Şemsuddîn, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2002/1422, III, 582; et-Tehânevî, Muhammed Alî, *Keşşâfu Istilâhâti'l-Funûn*, Thk. Lutfi Abdulbedî', I-IV (2 Kitap halinde), el-Hey'etu'l-Mısriyyeti'l-Amme, Kahire 1972, III, 170-171.

⁴⁵ Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005, 510.

⁴⁶ Bkz. Kruse, Hans, "İslam Devletler Hukukunun Ortaya Çıkışı", Trc. Y. Ziya Kavakçı, *İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi* (Müdür-Editör: M. Tayyib Gökbilgin), İÜEF Yy., Cilt: IV(cüz. 3-4), İstanbul 1971, 64.

⁴⁷ Bkz. Damirriyye, I, 227; Kruse, 56.

⁴⁸ Dönmez, IV, 135.

⁴⁹ Mesela Hanefî fıkıhçılarından el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'* adlı eserinde, İslâm uluslararası hukuku ile ilgili konuların ele alındığı "siyer" bölümünü, "yol kesicilik" bölümü ile "gasp" bölümü arasında; el-Mevsilî, *el-İhtiyar li-Ta'lîli'l-Muhtar* adlı eserinde, "hırsızlık" bölümü

Uluslararası hukuka dâhil olan konuların tümünü kapsayan bir adlandırma olarak siyer, uluslararası hukukla ilgili konuların niteliklerine göre tasnifini gerekli kılmıştır. Bu amaçla uluslararası hukuk sahasının adı olan siyer ifadesi yanında, “siyer” kelimesine *kebir* ve *sağır* nitelemeleri getirilmek suretiyle siyer geleneğine yeni bir boyut kazandırılmış; yeni tanımlamalar yapılmış ve kitaplar yazılmıştır.⁵⁰

Modern anlamda uluslararası hukukun, devletler hususî hukuku ve devletler umumî hukuku olarak ikiye ayrıldığı (ihtisaslaştığı) bilinmektedir.⁵¹ Devletler hususî hukuku bir özel hukuk dalı olup iç hukukta yer almaktadır. Kamu hukukunun bir dalı olan devletler umumî hukuku yerine ise, son zamanlarda, uluslararası hukuk veya devletler hukuku tabiri kullanılmaktadır.⁵²

Bugün devletler arasında geçerli olan modern uluslararası hukuka doğrudan etki etmiş olmasa bile, bu alanda, İslâm hukukçularının asırlarca önce çok ciddi çalışmalar vücuda getirmesi ve siyaset/diplomasi ve tarihten ayrı olarak teknik manada hukuk ilminin müstakil bir alanı olarak “siyer” adıyla bir ilim dalını geliştirmiş olmaları,⁵³ uluslararası hukuk tarihi açısından büyük önem taşımaktadır.

ile “yasak olan ve olmayan şeyler” bölümü arasında; ez-Zeylaî, *Nasbu'r-Râye Tahricu Ehâdîsi'l-Hidâye (Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedi* ile birlikte) adlı eserinde, “köle azadı” bölümü ile “terk edilen çocuk” bölümleri arasında; bir başka Hanefî fıkıhçısı İbrâhîm el-Halebî ise, *Multeka'l-Ebhûr* adlı eserinde, “hırsızlık” bölümü ile “terk edilen çocuk” bölümleri arasında ele almışlardır. Hanbelî mezhebinde İslâm uluslararası hukuku ile ilgili konular genelde, “cihâd” başlığı altında ve değişik bölümler arasında ele alınmıştır. Meselâ İbn Kudâme, *el-Muğni* adlı eserinde, “kitâbu'l-cihâd” bölümünü, “Kitâbu'l-eşribe” ile “Kitâbu's-sayd ve'z-zebâih” bölümleri arasında ele almıştır. el-Haccâvî, *el-İknâ' li Tâlibi'l-İntifâ'* adlı eserinde, “kitâbu'l-cihâd”ı, “kitâbu'l-hacc” ile “kitâbu'l-bey” bölümleri arasında zikretmiştir.

⁵⁰ İlk dönem İslâm hukukçularından bir çoğunun, İslâmî uluslararası ilişkilere, Müslümanlarla gayrimüslimler arasındaki münasebetlere ilişkin yazdıkları eserlerde, bu konuları sadece *siyer*, *cihâd*, *meğâzî*.vs. diye bölümler açarak ele almalarına rağmen, İmâm Muhammed'in kaleme aldığı *es-Siyeru's-Sağır* adlı eser, siyer kelimesine *sağır* nitelemesi getirilmek suretiyle yazılan ilk müstakil eser olmuştur. Fakat siyer geleneğine yapılan katkı açısından esas zikredilmesi gereken eser, İslâm uluslararası hukukunun öncüsü olarak sayılan İmâm Muhammed'in, *es-Siyeru'l-Kebîr* adlı meşhur eseridir. Zira Siyer'e, *kebir* kaydını eklemek suretiyle bir nitelik kazandırmıştır.

⁵¹ Bkz. Bilsel, *Giriş*, 98; Tekinay, Selâhattin Sulhi, *Medenî Hukuka Giriş Dersleri*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1978, 22; Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel Kavram ve Kurumları)*, Turhan Kitabevi, Ankara 1995, 172; Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, 1. Cilt (Kamu Hukuku), Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yy., İstanbul 1995, 433, 434.

⁵² Özsunay, Ergun, *Medenî Hukuka Giriş*, İÜİF Yayınları, İstanbul 1978, 36, 40; Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi Yy., Bursa 2006, 72; Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2008, 2.

⁵³ Bkz. Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 127.

B. İSLÂM HUKUKUNDA İÇ HUKUK-ULUSLARARASI HUKUK İLİŞKİSİ

İç (milli) hukukla uluslararası hukuk arasındaki ilişki, uluslararası hukukta tartışılan önemli konularından biridir. Tartışmanın temel odağı ise, uluslararası hukuk ile iç/milli hukukun, tek bir hukukî yapının kısımları mı yoksa birbirinden bağımsız/farklı birer hukuk mu oldukları noktasındadır.⁵⁴

Genelde aynı dil, kültür ve inanç havzasına sahip olan bireylerin bulunduğu toplumlarda oluştuğu için, iç hukukun, tek düzen bir yapıya sahip olduğunu söyleyebiliriz. İç hukuk içerisinde fertlerin birlikteliğini, ortak değerlerini yansıtan unsurları canlı bir şekilde görmek mümkündür. Buna karşılık, uluslararası toplumda, bu nitelikleri yansıtan birlik ve benzerliklere rastlamak zordur. Her grubun ortak özelliklerinin diğer gruplardan farklı olması, uluslararası toplumun, iç toplumlara kıyasla daha az gelişmesinin ve örgütlenmesinin nedenlerinden biri olmuştur.⁵⁵ Sonuçta bu durum uluslararası düzene ve uluslararası hukuka da tesir etmiştir.

Her iki hukuk düzeni arasındaki bir takım farklılıklardan dolayı hukukçular, iç hukukla uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi konumlandırmak maksadıyla, kurumsal anlamda iki görüş/ekol ortaya atmışlardır. Bunlardan biri, iki hukuk düzeninin birbirinden bağımsız olduğunu iddia eden *ikici (dualist)* görüş, diğeri ise, bazı farklılıklar olmakla beraber her iki hukuk düzeninin de mevcut hukukî yapıyı tamamlayan parçalar olduğunu savunan *birci (monist)* görüştür.⁵⁶

İkici (dualist) görüşe göre; iç hukuk ile uluslararası hukuk tamamen birbirinden farklı olan ve birbirine nüfuz/tesir kabiliyeti olmayan alanlardır.⁵⁷ İç hukuk özellikle, gerçek ve hükmi kişiler arasındaki ilişkileri düzenler. Uluslararası hukuk ise çoğunlukla, devletler arasındaki ilişkileri düzenler. Bu görüş özellikle

⁵⁴ Bilsel, *Giriş*, 69; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, AÜSBF Yy., Ankara 1960, 101.

⁵⁵ Özman, M. Aydoğan, *Devletler Hukukunda Müeyyide*, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1974, 3.

⁵⁶ Bilsel, *Giriş*, 69; Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara 1995, 18; Hamâde, Fârûk (Düzenleyen), *et-Teşri'u'd-Devli fi'l-İslâm*, Câmi'atu Muhammed el-Hâmis Külliyyetu'l-Âdâb ve'l-Ulûmi'l-İnsâniyye Yy., Rabat 1997, 46.

⁵⁷ Altuğ, Yılmaz, *Devletler Umumi Hukuku El Kitabı (Devletüstü Hukuk)*, İ.İ.T.İA Nihad Sayar Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları (no: 280), İstanbul 1977, 22; a.mlf., *Devletler Umumi Hukuku*, Çağlayan Kitabevi, İstanbul 1995, 16; Hamâde, 46.

pozitivisit/iradeci hukukçular tarafından savunulmuştur.⁵⁸ Onlara göre, muhatapları, içinde barındırdığı aktörler ve bunların hukukla olan ilişkileri yönünden biri daha fazla homojen diğeri ise heterojen bir yapı görünümü verdiği için, modern hukuk bakımından, iç hukuk ile uluslararası hukukun mahiyeti farklılık arz eder.⁵⁹

Birci (monist) görüşe göre; hukukun kaynakları ve ana normları açısından iç hukukla uluslararası hukuk aynıdır. Çünkü her iki hukuk dalı, var olan hukuk düzeninin parçaları ve aynı hukuk anlayışının farklı alanlarda ortaya çıkış biçimleridir.⁶⁰ Birci görüşte, her iki hukukun şahısları aynıdır; her iki hukuk sistemi, aslında, bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenler.⁶¹ Birci görüşün temsilcileri ise, objektivistler ve tabii hukukçulardır.⁶²

Belirtmek gerekir ki, modern/pozitif hukukta her iki hukukun birbiriyle ilişkisini tayin etmek için ortaya atılan birci ve ikici teoriler içerisinde tek bir anlayış/görüş hâkim değildir. Mesela birci görüşte iç hukukun üstünlüğünü ileri süren olduğu gibi, uluslararası hukukun üstünlüğünü ileri sürenler de mevcuttur.⁶³ Diğer taraftan ikici görüşten yana olan Karl Strupp, daha önce ikici görüşü tümüyle savunurken, sonradan uluslararası hukukla iç hukuk arasında mutlak ayrılık olmadığı ve birbirine zıt bu iki görüş sahiplerinin iddia ettiklerinin aksine her iki hukukun birbirine üstün olmadığı görüşünü savunmuştur.⁶⁴ Yine ikici görüşe mensup olarak bilinen Kauffman, bircilerin iç hukuku ya da uluslararası hukuku üstün gösteren iki ayrı anlayışını kabul etmediği gibi, ikici görüşün iki hukuk dalını birbirinden ayrı gösteren anlayışını da tümüyle kabul etmez.⁶⁵

⁵⁸ Alman Triepel, Heilborn, Karl Strupp; İtalyan Anzilotti ve Cavaglieri bunların en bilinenleridir. Bkz. Bilsel, *Giriş*, 69; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 101, 102 (2 no'lu dipnot); Altuğ, *Devletüstü Hukuk*, 23; a.mlf., *Devletler Umumi Hukuku*, 16.

⁵⁹ Bu farklılıklar için bkz. Bilsel, *Giriş*, 70.

⁶⁰ Bilsel, *Giriş*, 71; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 103; Altuğ, *Devletüstü Hukuk*, 22; Pazarcı, *I. Kitap*, 19.

⁶¹ Bkz. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 103.

⁶² Bkz. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 101, 103; Altuğ, *Devletler Umumi Hukuku*, 16.

⁶³ Birci görüşü benimsemiş bazı hukukçulara (Jellinek, Wentzel, Akzin vs.) göre, iç hukuk, uluslararası hukuktan üstündür. Bazılarına (Duguit, Scelle, Kelsen, Le Fur vs.) göre her ikisinin yer yer üstünlüğünden bahsetmek mümkündür. Fakat çoğunluğa göre ise, uluslararası hukuk iç hukuktan üstündür. Bkz. Bilsel, *Giriş*, 71; Altuğ, *Devletüstü Hukuk*, 24; a.mlf., *Devletler Umumi Hukuku*, 18.

⁶⁴ Bilsel, *Giriş*, 70.

⁶⁵ Bilsel, *Giriş*, 75.

İslâm uluslararası hukukuna gelince; İslam uluslararası hukuku, İslâm hukukunun bir parçası ve iç hukuka paralel olarak var olmakta, tıpkı onun gibi teoride ve usul itibariyle aynı kaynaklara istinad etmekte ve onunla müşterek yaptırım mekanizmalarıyla korunmaktadır.⁶⁶ Nitekim İslâm uluslararası hukukunun hem öğretisi ve uygulama itibariyle ortaya çıkışı, hem de yöntem, kaynak ve yaptırım yönüyle İslâm ülkesinin iç hukukundan fazla bir farklılık göstermemesi bunun en bariz delilidir.⁶⁷

İslâm hukuk sistemi içerisinde, hem teorik hem de pratik olarak, iç hukuk ve uluslararası hukuk ayrımı yapılmadığından, İslâm hukukçularına göre uluslararası hukuk hiçbir zaman fikhin dışında oluşturulmuş bir alan olarak da görülmemiştir. Bilakis o her zaman, İslâm ülkesi içinde veya dışında bulunan Müslümanlarla gayrimüslimlerin münasebetlerini sevk ve idare etmek üzere oluşturulmuş hukukun bir boyutu olmuştur.⁶⁸

Öte yandan, İslâm hukukunu tamamlayan boyutları arasında, iç hukuk-uluslararası hukuk ayrımı yapmak da çok doğru olmaz. Zira uygulanmak üzere kurgulanan ve öngörülen İslâm hukuku, bu karakteristik özelliğinden dolayı, iki hukuk dalını birbirinden bağımsız olarak değil, aynı hukukî bünyenin unsurları olarak ele alır.

Yukarıda anlatılanlardan hareketle, İslâm hukukunda iç hukuk uluslararası hukuk arasındaki ilişki için şöyle bir sonuca varabiliriz. İç hukuk ile uluslararası hukukun tek/aynı kaynaktan türemiş olması yönüyle İslâm uluslararası hukuku birci/monist teoriye, her iki hukuk dalının, bir bütünün eşit ve bağımsız parçaları olmaları yönüyle de ikici/dualist teoriye yakın durmaktadır.

Her toplumda hukuk vardır/zorunludur (ubi societas ibi jus). Her iki hukuk da ister ulusal isterse uluslararası toplumda olsun, bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen olgusal yapılardır. Birinci ve ikinci teorilerin de, böyle bir olgudan hareketle, toplum düzenini sağlamak gibi bir amacı olan hukukun daha iyi işleyişi

⁶⁶ Bkz. Hadduri, Macid, *İslam Hukukunda Savaş ve Barış*, çev: Fethi Gedikli, Yöneliş Yayınları, İstanbul 1999, 57; Karakoç, İrem, "Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım", *DEÜHFD*, Cilt: VIII, Sayı: 1, Yıl: 2006, 101.

⁶⁷ Kruse, 57; Özel, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, 24; Dönmez, IV, 135.

⁶⁸ Hadduri, 56-57; Karakoç, "Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım", 98.

adına oluşturulmuş vasıtalar olduğu unutulmamalıdır. Bu vasıtaların ne olduğu değil, amaca ne kadar hizmet ettiği önemlidir.⁶⁹

III. TERMİNOLOJİ SORUNU

A. ÖRGÜTLÜ MODERN ULUSLARARASI HUKUK ÖNCESİNDE MUKÂBELE UYGULAMALARINDAN ANLAŞILAN NEDİR?

Bugün mukâbele uygulamaları dediğimiz savaşa varmayan zorlama yolları ve karşı önlemler, uluslararası ilişkilerde savaşın hâkim olduğu veya örgütlü modern uluslararası toplum düzeninden önceki dönemlerde, misilleme, savaş/cihad, köleleştirme, İslâm'a davet ve zimmîlik antlaşmaları vb. kavram ve kurumlar adı altında ortaya çıkmış ve uygulanmışlardır. Dikkat edilirse böyle bir ortamda, mukâbele uygulamaları içine savaş fiili bile dâhil olmaktadır. Nitekim uluslararası aktörler (devletler), kendi hakları ve/veya menfaatleri ihlal edildiğinde bunu bir savaş sebebi saymakta ve hak ve menfaatlerinin temini için hemen savaşa başvurabilmekteydiler. Devletler, uluslararası düzeyde, çoğu zaman savaş vasıtasıyla birbirlerinin dikkatini çekmekteydiler. Söz gelimi bu dönemde bir misilleme kavramından bahsetmek mümkün olmakla beraber, bu kavramın modern uluslararası hukukun tanımladığı misillemenin kavramsal çerçevesiyle tamamen örtüşmediği de ortadadır. Ayrıca çoğu kez zararlar mukâbele ve karşılıklılık fiillerini de içine alabilecek şekilde geniş kapsamda algılanan ve uygulanan misillemenin, savaşa varmayan bir zorlama yöntemi olmanın yanında, 19. yüzyıl sonuna kadarki uzun savaş döneminde, çoğunlukla savaş sırasında ve sonrasında da uygulanan bir yaptırım türü veya bir cezalandırma şekli olduğu göze çarpmaktadır.

Bahsedilen dönemde, hak ve menfaat ihlallerinin ortaya çıktığı uluslararası uyumsuzluk ortamında, fiile muhatap olan devlet, diğerinin gerçekleştirdiği hak ve menfaat ihlal edici bir fiili gidermek için, bugünkü hukukî anlamıyla, savaşa varmayan karşı önlem ve zorlama yoluna başvurma düşüncesiyle/saikıyla hareket etmemekteydi. Aksine bir nevi *yaptırım* uygulayarak ve hatta daha ağırlı ile *cezalandırarak* karşı tarafı bu fiilinden vazgeçirmek düşüncesiyle bir mukâbele

⁶⁹ Mesela pozitif uluslararası hukukun pratiği açısından varılan anlayış da, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkilerde, her devletin durumunu kendi verileri ve hukuk düzeni/anlayışı doğrultusunda özel olarak değerlendirmek gerektiği yolundadır. Bkz. Pazarcı, *I. Kitap*, 23.

fiiline teşebbüs etmekteydi. Oysa bu anlamda bir karşılık vermek günümüzde zararlı mukâbele denilen bir uygulamaya denk düşmektedir ki bu fiil, uluslararası hukuk açısından meşru ve makul sayılmamaktadır.

Uluslararası toplumda uluslararası ilişkiler, ya dostça ya da düşmanca (*hasmane*) olmak üzere iki şekilde değerlendirilmektedir. Hasmane ilişkilerin temelinde ise savaş vardır. Milletler Cemiyeti öncesi dediğimiz 19. yüzyılın sonuna karşılık gelen döneme kadar devletler, bir uyuşmazlık durumunda, hak ve menfaat ihlallerini telafi edecek uluslararası bir toplum düzenine ve kurumsallaşmış uluslararası bir yaptırım gücüne sahip olmadıkları için münferiden hareket etmekteydiler. Genelde bu hareket tarzı, devletlerin yorumuna bağlı olduğu ve çoğu kez keyfilik içerdiği için, devletlerin askeri gücüne (silahlı kuvvetlere) ve doğal olarak işi savaşa vardırın çözüm yollarına dayanmaktaydı. Devletlerin bir şeyleri birbirlerine yaptırımlarının en kolay/etkili yolu ise kuşkusuz savaştı. Doğal olarak genellikle savaş şeklinde ortaya çıkan misilleme ve zararlı mukâbele fiillerinin, bir yaptırım türü veya nefsi/meşru müdafaa ya da ihkâk-ı hak şekli olarak uygulanması kaçınılmaz olmaktadır.⁷⁰ Fakat burada İslâm hukuku açısından aranan şart, söz konusu mukâbele uygulamalarının, Kitap ve Sünnet'e uygun gerçekleşmesidir. Yani bu fiillerin kimler tarafından, nerede ve nasıl uygulanacağına İslâm'ın yüksek adalet ve insanî değerler manzumesinin belirleyici olmasıdır.

Müdafaada bulunma hakkı, hem ilahî/semavî hem de beşerî hukukun, nefse, mala ve ırza yönelik saldırılarda, başvurulmasına izin verdiği ve onu himaye ettiği tabîî bir haktır. Bu hak, misilleme (*muâmele bi'l-misl*) ve zararlı mukâbele (*el-ahz bi's-se'r/intikam alma*) uygulamalarını içine alabilecek bir genişliğe sahipti. Zaten meşru müdafaa hakkı var olduğu müddetçe, misilleme ve zararlı mukâbele gibi, onu sağlamlaştıracak başka bir kurala ihtiyaç duyulmazdı.⁷¹

Günümüzde gerek ferdi ve toplumsal düzeyde, gerekse ulusal ve uluslararası düzeyde olsun hiçbir çağdaş toplumda, kimsenin hakkını kendi eliyle almasına izin

⁷⁰ Bkz. Crozat, 29.

⁷¹ el-Cenzûrî, Abdulazîm, *Mebâdiu'l-Alâkâti'd-Devliyyeti'l-İslâmiyye ve'l-Alâkâti'd-Devliyyeti'l-Muasıra*, 1. Kitap (*Mebâdiu'l-Kanuni'd-Devliyyi'l-İslâmî ve'l-Kanunu'd-Devliyyi'l-Amm*), Mektebetu'l-Âlâti'l-Hadîse, Asyot ty., 659.

verilmemektedir.⁷² Fakat bununla beraber kişilerin, haklarına yöneltilen ya da haklarını kaybetme tehlikesi doğuran bir saldırıyı etkisiz hale getirmeleri için şahsen kuvvet kullanmalarına müsaade eden, meşru müdafaa⁷³ ve ihkâk-ı hak (kendi hakkını bizzat alma)⁷⁴ dediğimiz istisnâî haller de söz konusudur.⁷⁵

Esasında, eski dönemlerde daha çok bir yaptırım türü veya nefsi müdafaa (*ihkâk-ı hak*) olarak anlaşılan ve bugünkü uluslararası hukuk literatüründe ise *savaşa varmayan zorlama yollarından biri* olarak nitelendirilen mukâbele fiillerine, 19. yüzyıl öncesine kadarki uluslararası ilişkiler ortamında, diğer devletlerle bazen dostça bazen de düşmanca ilişkiler içerisinde bulunan İslâm devletleri (ülkeleri)nin karşı tarafla yaşadığı uyuşmazlık ve bu uyuşmazlığa verdiği tepki de etki etmiştir.

İslâm devletleri, barış esaslı bir dinin taraftarları olarak her ne kadar savaşı arzulamasalar bile ilişkilerin savaş üzerinden sürdürüldüğü uzun bir dönemde böylesi bir ortama dâhil olmak zorunda kalmışlardır. Ancak İslâm devletleri de, İslâm'ın ortaya koyduğu temel ilkelere uymak şartıyla, karşı/düşman taraf gibi çoğunlukla savaş ağırlıklı bir dış siyaset izlemişlerdir. Uygulamadaki örneklerin çokluğundan ötürü, ortaya çıkan bu tablo, ilk dönem fıkıhçılar ile son dönem İslâm hukukçuları ve oryantalistler tarafından da tartışılan bir durum olmuştur.

Kimi hukukçulara göre İslâm, savaşçı bir dindir ve cihad bunun en bariz göstergesidir. Bundan dolayı cihada, Hıristiyanlardaki adlandırmadan hareketle *kutsal(mukaddes) savaş* denmesi⁷⁶ bile uygun bulunmuştur. Kimi hukukçular ise, son

⁷² Hukuk düzeni ilkesel olarak hiç kimseye kendi hakkını bizzat kendi kuvvetiyle almasına müsaade etmez. Çünkü aksi halde, hem kendi hakkını almaya kalkan kuvvetlinin kontrolsüz şiddetine hem de sürekli olarak zayıfların haklarının çiğnenmesine sebebiyet verilmiş olunur. Bkz. Tekinay, 200.

⁷³ Bkz. BK, md. 52/I; TCK, md. 49; MK, md. 894. Meşru müdafaa, eylemli bir tecavüzün (saldırı) olduğu durumlarda söz konusudur. Bkz. Tekinay, 201; Özsunay, 343; Bilge, 256.

⁷⁴ Bkz. BK, md. 52/III. İhkâk-ı hak'ta, kişinin tek başına kuvvete müracaat edebilmesi için, devlet kuvvetlerinin yetişememesi gibi hakkın elden gitme tehlikesinin veya hakkın elde edilmesine mani' olan bir engelin bulunması gerekir. Bkz. Tekinay, 201; Özsunay, 342; Bilge, 255-256; Şafak, Ali, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Temel Yayınları, İstanbul 1996, 207; Akıntürk, Turgut, *Hukuka Giriş*, Anadolu Üniversitesi Yy., Eskişehir 2008, 125.

⁷⁵ Bkz. Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, 22; Tekinay, 200-201; Özsunay, 342; Bilge, 254; Akıntürk, 124-125.

⁷⁶ Bkz. Hadduri, 63. Müellif burada, İslâm hukukunun bir parçası olan savaşın/ihadın, İslâm'ın, içinde doğduğu coğrafyanın insanların dövüşken/savaşçı mizaçlarına uygun bir savunma ve mücadele şekli olduğunu ifade etmektedir. Buradan hareketle müellif, İslâm'ın, Arap kabileleri

iki asırda, uluslararası topluma hâkim olan barış anlayışından ve barış temelli uluslararası örgütlenmelerden etkilenerek, “İslâm” kelimesinin kökeninden de hareketle İslâm’ın barış dini olduğunu ve dolayısıyla uluslararası ilişkilerde savaşı değil de barışı esas aldığını savunmaktadırlar.

Şu halde aynı hukukî meselede, nasslara dayalı temel ilke ve düzenlemelerden çıkarılıp ortaya konulmuş iki farklı anlayışın altındaki gerçek sebebi nasslarda değil de nassları anlama ve yorumlamada hukukçuyu yönlendiren olgusal gerçeklikte aramak gerekir.⁷⁷ Bu durum bize, gerek tarihteki uygulamaların ve gerekse günümüzdeki anlayışın konjonktürel olduğunu, yani İslâm hukukunun temel kaynaklarının, içinde bulunulan zamanın tesiri altında yorumlandığını göstermektedir.

Örgütlü modern uluslararası hukuk öncesinde uluslararası ilişkilerin ele alındığı savaş ve barış hukuku şeklindeki klasik ayrıma ek olarak, 20. yüzyıldan sonra uluslararası hukuk literatürüne, “savaşa varmayan zorlama yolları hukuku” diye bir alan daha dâhil edilmiştir. Araştırma konumuz olan mukâbele uygulamaları da, barış hukuku ile savaş hukuku arasında yer alan ve bazen dostça ama bazen de dostça olmayan fiilleri içine alan bu yeni alana dâhil olan zorlama yollarından biridir.⁷⁸ Dolayısıyla mukâbele fiillerini, savaş ve barış hallerine bağlı olarak kendi aralarında da bir derecelendirmeye tabi tutmak mümkündür. Böyle bir tasnif neticesinde, mütekâbiliyet fiili, barışa yönelik dostça bir fiil, misilleme ile zararlı mukâbele fiilleri ise dostça olmayan ve bazen savaşa sebep olan fiiller kapsamında

arasındaki ilişkilerin temelini oluşturan bu savaşçı karakteri, Müslüman olmayanlara karşı sürgit devam eden kutsal savaşa dönüştürdüğünü söylemektedir.

Bu kanaatte olan sadece Hadduri değildir. Cemil Bilsel de, Sir Travers Twiss’ten alıntı yaparak, İslâm’ın, harbîlerle yapılan savaşı, Müslümanlara daimi borç saydığını ifade etmektedir. Hıristiyanlıktaki, Hıristiyan olmayanlarla savaşın daimi olduğu şeklindeki düşüncenin de etkisiyle, İslâm’daki cihadı, ‘kutsal savaş’ (*mukaddes harp*) olarak nitelendirmektedir. Bkz. Bilsel, *Giriş*, 198.

İslâm’da cihadın meşruiyetinin Kur’ân’a ve Sünnet’e dayandırılması, onun eksik bir anlama ile Batılı kaynaklarda ve oryantalistler nezdinde kutsal savaş (*holy war*) olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Bkz. Kruse, 57-65. Fakat böyle bir yaygın kanaatin oluşmasında, “zahirde yanlış bir tercüme”nin varlığının yanında [Bkz. Hamidullah, “İslâm Devletler Genel Hukukunun Başlangıçtaki Teori ve Pratiği”, 141], bilinçli bir önyargının varlığı da göz ardı edilmemelidir. Bkz. Köse, Saffet, “Cihad Şiddete Referans Olabilir Mi?”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 10, Konya 2007, 40.

⁷⁷ Türcan, “Sosyal Olgular ve İslam Hukuku: Klasik Fıkhın Uluslararası İlişkiler Kuramının Oluşumu”, 108.

⁷⁸ Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 378.

düşünülmelidir. Fakat dostça olmayan bu iki fiil arasında da hasmane ilişkilerin yoğunluğu ve hukukî neticeleri bakımından bir derecelendirme farkı olduğu muhakkaktır.

20. yüzyılın başından itibaren *Karşı Önlemler ve Zorlama Yolları* içerisinde müstakil birer kavram olarak ele alınan *misilleme* ve *zararla mukâbele* uygulamaları arasında Milletler Cemiyeti öncesine kadar herhangi bir ayırım gözetilmemekteydi. Her iki kavram da, olumsuz bir fiilin karşılığını çağrıştıran *mukâbele bi'l-misl* olarak kabul edilirken, Milletler Cemiyeti'nin ve özellikle Birleşmiş Milletler'in kurulmasından sonra mukâbele uygulamalarının bu iki türü arasında hem anlam ve muhteviyat farkı oluşmuş hem de bu fark, çok açık bir şekilde, BM Antlaşması'nda tanımlanmıştır. Nitekim bir uyuşmazlık giderme yolu olarak zararlarla mukâbele uygulaması, kuvvet kullanmaya ve sui istimalle açık olduğu için uluslararası toplum tarafından çok tartışılır bir konumda olmasına rağmen misilleme için böyle bir durum söz konusu değildir. Bu bakımdan misilleme ile zararlarla mukâbele arasında belirgin bir fark olduğu açıktır.

Diğer taraftan günümüz uluslararası hukukunda, özellikle *zararla mukâbele* fiilinin çok kısıtlanmış olması hatta yasaklanma seviyesine gelmiş olması, söz konusu fiil üzerinde yapılan tanımlamanın, geçmişe oranla daha da netleşmesinden kaynaklanmaktadır. Günümüz itibariyle varılan genel kanaate göre, BM tarafından kabul edilen zararlarla mukâbele, sadece BM örgütü nezdinde gerçekleştirilmiş ve sınırlı bir mukâbele fiili/teşebbüsü olarak nitelendirilmiş olmalıdır. Yine bu kapsamda olmak üzere, BM örgüt kararları uyarınca başvurulmuş silahlı zorlama yolları da mukâbele uygulamaları ve özellikle zararlarla mukâbele alanına dâhil olmaktadır. Bu durumda, devletlerin tek başlarına, hak ve menfaat ihlallerini gerekçe sayarak, *kuvvet kullanmaya* dayalı olan zararlarla mukâbele fiilini uygulamaya kalkmaları uluslararası toplum düzeni açısından çok önemli sorunlar teşkil edeceğinden uluslararası hukuk ve uluslararası örgütler tarafından büyük oranda sınırlandırılmıştır. Ayrıca devletlerin mutlak manada zararlarla mukâbele uygulamasını gerçekleştirme hakları olmadığı için, zararlarla mukâbelenin hangi durumlarda, kimler tarafından ve nasıl uygulanacağı konusunda da ciddi itirazlar söz konusu olmaktadır.

Aslında böyle bir anlayışın oluşmasında, 20. yüzyılın başından itibaren uluslararası toplumun, uluslararası ilişkiler ve düzen anlayışının barışa temayül etmesinin, uluslararası hukukta kurumsal ve kavramsal manada önemli ilerlemenin kaydedildiği bir ortama geçilmiş olmasının da payı vardır.

Bugün mukâbele uygulamaları diye terimleştirdiğimiz karşılık verme fiillerinin geçmişte bazen meşru müdafaa, bazen mukâbele bi'l-misl bazen de savaş adı altında tatbik sahası bulmuş olması, bu terimlerin her birinin zaman zaman diğerini de içine alabilecek anlam zenginliğine ve uygulama örneğine sahip olmasından kaynaklanmaktaydı. Ancak günümüzde her bir kavram, daha net tanımlanmış ve daha anlaşılır kılınmıştır. Mesela meşru müdafaa, savaş ortamında savaş anlamına geldiği gibi misilleme anlamına da gelmekteydi. Aynı şekilde bu durum misilleme için de geçerliydi. Çünkü misilleme de diğer kavramları içine alabilecek kadar kullanım genişliğine sahipti.

B. ARAŞTIRMA BAŞLIĞINI “MUKÂBELE UYGULAMALARI” OLARAK BELİRLEMENİN GEREKÇELERİ

1. 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra modern hukukta, savaş ve barış hukuku arasında, hem dostça hem de düşmanca ilişki türüne dâhil olabilen yeni bir kavramdan söz etmek gerekir. Savaşa varmayan zorlamalar hukuku kapsamında mütalaa edilen bu kavram, genel olarak “mukâbele (karşılık verme)” diye nitelendirilen uluslararası uyuşmazlık türlerini içine almaktadır. Biz bu araştırmada, misilleme (retorsion), zararlar mukâbele (reprisals) ve karşılıklılık (reciprocity) dediğimiz üç ayrı zorlama fiilini, uluslararası uyuşmazlık türlerinden biri olan “mukâbele” kavramı altında ele alacağız. Uluslararası hukukta uyuşmazlıkların çözümü açısından kullanılan bu üç karşılık verme fiili, karşılık verme anlamında müşterek bir paydaya sahip olsalar bile uluslararası hukuk açısından farklı anlam dünyalarına (*kavram*) sahip oldukları gibi uygulama bakımından da farklı sonuçlar (*hükümler*) doğurmaktadırlar.

Araştırmamıza başlarken, “*İslâm Hukukunda Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümünde Misilleme*” olarak belirlediğimiz tez başlığındaki “misilleme” kelimesinin, araştırmanın ilerleyen safhalarında tüm mukâbele türlerini kapsayıcı nitelikte olamayacağı kanaatine vardık. Zira misilleme kelimesi sözlük anlamı

yönüyle “bir karşılık verme (*mukâbele*)” demek ise de, uluslararası hukuk literatüründe belli tanımı, uygulamada belli bir geleneği ve sınırları olan bir kavramı ifade etmektedir. Uyuşmazlıkları giderme yollarından misillemenin daha önce karşılık verme anlamına gelen tüm fiillerin ortak adı olmasına rağmen zamanla bu durum, ilişkilerdeki giriftlikten ve uluslararası hukukun geldiği seviyeden ötürü değişmiştir. 19. yüzyıldan sonra teknik manadaki misillemeden başka, bu alanda, iki teknik kelime daha karşılık verme anlamında uluslararası hukuk literatürüne girmiş oldu.

Misilleme kavramının daha teknik ve daha özel/dar anlamda kullanılması yönünde meydana gelen değişiklik,⁷⁹ uluslararası münasebetlerin değişmesi, gelişmesi ve çeşitlenmesine paralel olarak gerçekleşmiştir. Kuşkusuz bunda, 20. asrın başından itibaren barışa dayalı olarak uluslararası düzeyde oluşturulan örgütler ve yapılan antlaşmalara ilave olarak yalnızca istisnâî şartlarda savaşa başvurulabileceği anlayışının genel geçer olmasının da payı büyüktür.

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için, savaş öncesi bir durumun savaşa varmasını önleyen zorlama yollarından biri olan *misillemenin* hem tez başlığı, hem de karşı önlem için bir karşılık verme (*mukâbele*) türü olarak ele alındığı II. Bölüm’ün ana başlığı olması, araştırma tekniği açısından sorun teşkil etmekteydi. Bu sorunun giderilmesi için, hem uluslararası hukukta kullanılan teknik anlamıyla “misilleme”yi ve hem de yine bir uyuşmazlık giderme yolu olan “zararla mukâbele” fiilini içine alabilecek bir ifadenin kullanılması gerekliydi. Biz de her üç uygulamanın hem ortak hem de farklı yönlerini içeren ama özellikle ortak yönlerine vurgu yaparak “mukâbele uygulamaları” diye bir kavram ile ifade edilmesinin çok uygun olacağını düşündük.

Mukâbele kelimesinin sözlük anlamı *karşılık vermektir*.⁸⁰ Bu durumda *misilleme* terimi yerine, hem sözlük anlamı hem de kavramsal çerçevesi bakımından daha kuşatıcı bir anlam dünyasına sahip olan mukâbele kelimesinden hareketle üç

⁷⁹ Nitekim modern uluslararası hukukta misillemenin sınırlarını belirleyen bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan biri olan, “1970 tarihli BM Genel Kurul Kararı” için bkz. Gündüz, Aslan, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994, 52. Diğer bir düzenleme olan, “1974 tarihli BM Saldırının Tanımına Yönelik Genel Kurul Kararı” için bkz. Gündüz, 62-64.

⁸⁰ Bkz. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 395.

ayrı mukâbele fiilini de içine alan *mukâbele uygulamaları* ifadesinin tercih edilmesi, araştırmanın mana ve muhtevasına da daha muvafik olmuştur. Neticede karşılık verme anlamına gelen tüm fiillerin, eski tabirle *efradını cami' ağyarını mani'* olması bakımından *mukâbele uygulamaları* tabiri ile karşılanmak istenmesi, karşılık vermenin teferruatta taşıdığı farklılıklardan, bu farklılık ve ayrıntıların sadece “misilleme” kavramıyla ikame edilemeyeceği gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle “karşılık verme” ifadesi yerine “misilleme” değil, “mukâbele uygulamaları” ifadesini kullanılmayı uygun bulduk.

2. Bu tercihte rol oynayan bir başka sebep, mukâbele uygulamaları kavramının, modern uluslararası hukukta birbirinden çok net olarak ayrılan üç ayrı uygulamanın farklılıklarına rağmen, her üç fiilin ‘karşılık verme’ gibi ortak noktada ele alınmalarına imkân sağlamasıdır. Şimdi böyle bir imkânı sağlayan ortak noktalara değinelim. Mesela bunlardan misilleme ile zararlar mukâbele terimleri, “karşılık verme” noktasında birleşmektedir. Aralarındaki fark, sadece karşılığın nasıl (ne şekilde) ve hangi koşullar/kurallar çerçevesinde yapılacağına dairdir. Nitekim karşılık verme noktasındaki ortak yönleri sebebiyle zaman zaman bu kelimelerin birbiri yerine kullanıldıkları veya birinin açıklaması olarak diğerinin ifade edildiği de görülmektedir.⁸¹ Konunun uzmanları tarafından oluşturulan tanım ve kavramların iç içe girmesi ve hatta birbiriyle karıştırılır hale gelmesi en temelde üç ayrı fiilin tek bir başlık altında toplanmasını gerekli kılmıştır. Dolayısıyla daha önce tez başlığındaki misilleme yerine, misillemenin de -diğerleri gibi- dâhil olduğu daha genel bir ifade olan “mukâbele uygulamaları” kavramını kullandık ve tezin yeni başlığını “*İslâm Hukukunda Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümünde Mukâbele Uygulamaları*” olarak belirledik.

3. Tez başlığının değiştirilmesine bir diğer gerekçe, zararlar mukâbele fiilinin, misilleme gibi bir uyuşmazlık giderme yolu olsa da tanımı ve uygulamadaki farklılığı cihetiyle misilleme kapsamında mütalaa edilmesinin mümkün olmamasıdır. Bu yönüyle de tez başlığının *misilleme* kavramı üzerinde odaklanması yetersizdir.

⁸¹ Bkz. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 381’de, *misilleme* kelimesinin karşılığı olarak “misli ile mukâbele etme” anlamı; 395’te, *mukâbele bi'l-misl* kelimesi için “misilleme, misliyle davranma” anlamı verilmiştir. 438’te ise, *mütakâbiliyet* kelimesi için “karşılıklılık, mukâbele bi'l-misl” anlamı verilmiştir. Yine, Crozat, 33’te, *misilleme* kelimesi kullanılmakla beraber, bu kelimenin karşılığı olarak “zararlar mukâbele” kelimesinin tanımı yapılmıştır.

Çünkü misilleme hukuka uygun ama çok da dostane olmayan usulleri uygulamak ve kullanmaktan ibaret⁸² ve bir menfaatin ihlaline karşılık, menfaatin ihlali bir fiille karşılık verilmesi iken zararlarla mukâbele, uluslararası hukuk kurallarına aykırı bir fiile yine uluslararası hukuk kurallarına aykırı bir fiille cevap verilmesi durumudur. Cebir ve şiddet içermesi, savaşı andıran veya savaşa varabilen bir nitelik taşıması itibariyle misillemeden ayrılan zararlarla mukâbelenin, misilleme için yapılan yukarıdaki tanıma dâhil olması teknik olarak da mümkün değildir.⁸³

4. Karşılık verme türlerinden biri olan ancak bahsettiğimiz “misilleme” ve “zararlarla mukâbele” gibi bir karşılık verme özelliği taşımayan bir üçüncü kavram daha vardır ki buna da “karşılıklılık (mütakâbiliyet)” adı verilmektedir. Misilleme kavramının bu tür karşılık vermeyi içine alması bakımından da yetersiz kaldığı kanaatindeyiz. Buna en başta, tanımları ve uygulama biçimleri bakımından mevcut olan farklılıklar engel olmaktadır.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, misilleme, tanımı itibariyle, uluslararası hukuka aykırı davranmaksızın, bir başka devletin çıkarına zarar vermek ve ona karşı olumsuz bir tutum içinde olmaktır. Bu tutum uluslararası ahlaka ters düştüğü için çok da dostça olan bir tutum değildir. Misilleme ile karşılıklılık, uluslararası hukuk kurallarına uygun sayılan fiiller olmalarına rağmen aralarındaki fark bu noktadadır. Yani misilleme dostça olmayan bir fiile yine dostça sayılmayan bir fiille karşılık verilmesidir. Oysa karşılıklılık ise, dostluğa aykırı olmayan ve/veya dostça bir fiile, aynı şekilde karşılık vermedir. Burada dostane ilişkiler kapsamında, iyi niyetin bir göstergesi olarak yapılan bir fiile karşılık yine iyi niyet içerikli bir fiille karşılık verme söz konusudur.

5. Son olarak; karşılık verme yollarının genel adı olarak “mukâbele” ifadesinin kullanılması teşebbüsü ilk olarak bizim yaptığımız bir şey değildir. Zira daha önce, misilleme ile zararlarla mukâbele terimlerini içine alan bir -üst- kavram olarak mukâbele ifadesinden bahseden bazı müelliflere rastlamak mümkündür.⁸⁴

⁸² Le Fur, Louis, *Devletler Umumi Hukuku*, Çev. Şinasi Z. Devrin, T.C. Adliye Vekilliği Neşriyatından, Ankara 1942, 470.

⁸³ Bkz. Le Fur, 470; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 383; a.mlf., *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1979, 234.

⁸⁴ Mesela bkz. Le Fur, 470 (ve 1 no’lu dipnot); Özel, “İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*,

Biz, her üç karşı önlem ve zorlama yolunun özlerinde taşıdıkları karşılık verme anlamındaki mukâbele teriminden hareketle, “*mukâbele uygulamaları*” diye yeni bir kavramsallaştırma yoluna gittik. Her üç savaşa varmayan zorlama yolunun bu ortak başlık altında ele alınmasının, tanımlama ve tasnif açısından kolaylık sağlayacağı kanaatindeyiz. Ayrıca “*mukâbele uygulamaları*” tabirinin kullanılması, hem İslâm hukuku literatürü açısından hem de modern hukuk açısından bir sakınca doğurmayacağı gibi, bu tabirin kullanılması, araştırmanın mahiyeti ve sıhhati açısından da daha uygun olacaktır.

IV. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI VE ARAŞTIRMADA İZLENEN YÖNTEM

A. ARAŞTIRMANIN KAYNAKLARI

İslâm hukukunda, uluslararası hukuk sahasına dâhil olabilecek konuları ele alan çok geniş bir literatür mevcuttur. Bu literatürü öncelikle, Kur’ân-ı Kerim ve tefsirlerinde; hadis mecmuaları ve şerhlerinde, daha sonra fıkıh kitaplarında, yani muhtelif kaynaklarda ama dağınık halde bulmak mümkündür.⁸⁵ Fıkhî (*hukukî*) bütünün bir parçası olan savaş hukuku kaideleri de, İslâm hukukçularının, gerektiğinde Kitâb ve Sünnet’ten referansla, ortaya koydukları gayret ve ictihadlarıyla tespit edilmiştir.⁸⁶ Çünkü İslâm uluslararası hukuku, genel hatlarıyla, Kur’ân ve Hadis’in beyan ettiği veya tatbikini uygun bulduğu kanunların toplamından ibarettir.⁸⁷

Başlangıçtan itibaren İslâm coğrafyasında, Fıkıh ilminin bir parçası olarak, iç hukukta olduğu gibi, uluslararası hukuk sahasında da ilk dönem hukukçular tarafından özel eserler yazılmaya başlanmıştır.⁸⁸ Bu dönemden itibaren Müslümanların uluslararası hukuk sahasında telif ettikleri eserler bolca mevcuttur.

Sayı:5, Konya 2005, 58, 61; a.mlf., *İslâm ve Terör Fıkhî Bir Yaklaşım*, Küre Yayınları, İstanbul 2007, 80.

⁸⁵ Turnagil, Ahmet Reşid, *İslamiyet ve Milletler Hukuku*, Sebil Yayınevi, İstanbul 1993, 20.

⁸⁶ Crozat, 199, 201.

⁸⁷ Hamidullah, “İslâm Devletler Genel Hukukunun Başlangıçtaki Teori ve Pratiği”, 122; Ebû İyd, Ârif Halîl, *el-Alâkâtu’ d-Devliyye fi’l-Fıkhî’l-İslâmî*, Dâru’n-Nefâis, Amman 2007/1427, 135.

⁸⁸ Bkz. Tez metni (Giriş Bölümü, “IV.A.1. İslâm Devletler Hukukunun Kaynaklarına Genel Bakış” başlığı altında, “Siyer Kitapları” alt başlığı), 38-39.

Fakat bunların çoğunluğu ya umumî eserlerdir veya asıl inceleme alanları başka konular olan kitaplardır.

Orta Çağdan itibaren ilk dönem hukukçular, İslâm'ın devletlerarası ilişkilerdeki tavrını belirlemeye yönelik içtihatlarını daha çok *siyer*, bazen de *cihad* başlıklı müstakil eserlerde veya fıkıhın alt bölümlerinde toplamışlardır.⁸⁹ Fıkıh dışında, İslâmî literatürde İslâm uluslararası hukukuna ilişkin konular daha çok *meğazî* başlığı altında ele alınmıştır.⁹⁰

Netice olarak, İslâm'ın temel ilkeleri yanında, uygulanmasını kabul ettiği uluslararası kurallara ve teamüllere bakarak İslâm uluslararası hukukunun kaynaklarını ana hatlarıyla şöylece sıralayabiliriz: Kur'ân, Sünnet, Raşid halifelerin tatbikatı, örf ve adetler, siyer kitapları. Şimdi bu kaynaklara genel olarak bakalım.

1. İslâm Uluslararası Hukukunun Kaynaklarına Genel Bakış

a. Kur'an: İslâm hukukunun diğer alt dallarında olduğu gibi uluslararası hukukta da öncelikli/ilk kaynak Kur'ân'dır. İlgili âyetlerin anlaşılması için yazılan tefsir kitapları, Kur'ân'ın anlaşılması sadedinde oldukları için birinci kaynak zımında mütalaa edilmelidirler.

b. Sünnet: İkinci kaynak olarak, Allâh Rasulü'nün söz, fiil ve takririnden oluşan Sünneti ve onu kayıt altına alan hadis külliyyâtı ve hadis külliyyâtı üzerine yapılan/yazılan şerhler gelmektedir.

Sünnet'e dair en kuvvetli kaynak olarak kabul edilen hadis külliyyâtı olan *Kütübu's-Sitte* müellifleri, İslâm uluslararası hukukuna kaynaklık eden hadisleri, kendi eserlerinde farklı bölümler (kitâb, bâb/ebvâb) altında belirtmişlerdir:

⁸⁹ Meselâ bkz. Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'*, I (Kitâbu'l-Cihâd); Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc; er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâi*; eş-Şâfiî, *el-Umm*, IV (Kitâbu'l-Cihâd ve Siyeru'l-Vâkidî); Sahnûn b. Saîd et-Tenûhî, *el-Mudevvenetu'l-Kubrâ*, III (Kitâbu'l-Cihâd); es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*; a.mlf., *Kitâbu'l-Mebsût*, X (Kitâbu's-Siyer); el-Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'*, IX (Kitâbu's-Siyer); İbn Ruşd el-Hafid, *Bidâyetu'l-Muctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid* (Kitâbu'l-Cihâd); İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIII (Kitâbu'l-Cihâd); a.mlf., *el-Kâfi*, V (Kitâbu'l-Cihâd); el-Mevsilî, *el-İhtiyar li-Ta'lili'l-Muhtar*, II (Kitâbu's-Siyer); el-Haccâvî, *el-İknâ' li Tâlibi'l-İntifâ'*, II (Kitâbu'l-Cihâd).

⁹⁰ Meselâ el-Vâkidî ile İbn Ebî Şeybe'nin *Kitâbu'l-Meğazî* adlı eserleri bu türün örneklerindedir.

i. Sahîhu Buhârî’de, uluslararası hukuk ile ilgili hadisler; “Kitâbu’l-Cihâd ve’s-Siyer”, “Kitâbu Farzi’l-Humus”, “Kitâbu’l-Cizye ve’l-Muvadaa” ve “Kitâbu’l-Megâzî” adlı bölümlerde ele alınmıştır.

ii. Sahîhu Muslim’de uluslararası hukuk sahası ile ilgili hadislerin ele alındığı bölüm sadece “Kitâbu’l-Cihâd ve’s-Siyer”dir.

iii. Sunenu Ebî Dâvûd’da, konuyla ilgili hadisler, yine sadece “Kitâbu’l-Cihâd”da ele alınmıştır.

iv. Câmiu’t-Tirmizî sahibi, İslâm uluslararası hukukuna dair hadisleri, “Ebvâbu’s-Siyer”, “Ebvâbu Fezâili’l-Cihâd” ve “Ebvâbu’l-Cihâd” başlıklı bölümlerde toplamıştır.

v. Sunenu’n-Nesâî (es-Suğrâ) sahibi en-Nesâî (ö.303/915), uluslararası hukuka dair hadisleri, sadece “Kitâbu’l-Cihâd” bölümünde toplamıştır.

vi. Sunenu İbni Mâce’de konuyla ilgili hadisler, “Ebvâbu’l-Cihâd”da zikredilmiştir.

c. Râşid Halifelerin Tatbikatı: İslâm uluslararası hukukuna dayanak olmak üzere, Râşid Halifelerin devletlerarası ilişkilere taalluk eden uygulamalarında önemli olaylara rastlamak mümkündür. Nitekim şeriatın gözettiği maksatları ve Hz. Peygamber’in Sünnet’ini daha iyi bilmeleri itibariyle Râşid Halifeler hakikaten yüksek bir mevkiye sahiptir. Ayrıca Hz. Peygamber’den rivayet edilen: “*Sünnetime ve -benden sonra- hidayet üzere olan Râşid halifelerin sünnetine uyunuz*” hadisi⁹¹ de, Hulefâ-i Râşidin’e uymamızı öğütlemektedir.

Bu bakımdan Hulefâ-i Râşidin’in sözleri, fiilleri, cepheye gönderdikleri ordu komutanlarına verdikleri tâlimatlar⁹² ve bölge emirleri ve ordu komutanlarıyla

⁹¹ Ebû Dâvûd, Suleymân b. el-Eş’as b. İshâk el-Ezdî es-Sicistânî, “Sunenu Ebî Dâvûd”, derl. Sâlih b. Abdulazîz b. Muhammed b. İbrâhîm, *Mevsû’atu’l-Hadisi’s-Serîf el-Kütübu’s-Sitte* içinde, Dâru’s-Selâm (nşr. Abdulmâlik Mucâhid b. Muhammed Yûnus), Riyâd 2000/1421, Sünnet, 6 (4607); et-Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre İbn Mûsa, “Câmi’u’t-Tirmizî”, derl. Sâlih b. Abdulazîz b. Muhammed b. İbrâhîm, *Mevsû’atu’l-Hadisi’s-Serîf el-Kütübu’s-Sitte* içinde, Dâru’s-Selâm (nşr. Abdulmâlik Mucâhid b. Muhammed Yûnus), Riyâd 2000/1421, İlm, 16 (2676); İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvînî, “Sunenu İbni Mâce”, derl. Sâlih b. Abdulazîz b. Muhammed b. İbrâhîm, *Mevsû’atu’l-Hadisi’s-Serîf el-Kütübu’s-Sitte* içinde, Dâru’s-Selâm (nşr. Abdulmâlik Mucâhid b. Muhammed Yûnus), Riyâd 2000/1421, Mukaddime, 6 (42).

⁹² Hz. Ebû Bekir’in Yezid b. Ebî Süfyan’ı Şam’a, İkrime b. Ebî Cehl’i Umman’a gönderirken verdiği tâlimatları ve yine Hz. Ömer’in, ordu komutanlarını tayin ve onlara sancaklarını teslim esnasında

yaptıkları antlaşmalar⁹³ İslâm uluslararası hukukunun önemli kaynaklarından sayılırlar.

Hulefâ-i Râşidin uygulamaları, daha sonra gelen İslâm hukukçularının icihadlarına büyük ölçüde tesir etmiş ve şekil vermiştir.⁹⁴ Bu hususta öşür (gümrük vergisi) meselesini örnek vererek konuyu izah edelim. Hz. Ömer zamanında, ticaret yapmak amacıyla İslâm ülkesine giren yabancından alınacak öşrün miktarı, bizzat halife Ömer tarafından uygulamaya sokulan, *'küffar (ehlu'l-harb) ile aramızdaki ilişki, mücazat esasına dayalıdır* ilkesine göre belirlenmiştir.⁹⁵ Hz. Ömer'in yabancı tüccarla olan ilişkilerin esası olarak gösterdiği mücâzâtın bugünkü ifadesiyle karşılıklılık olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla Hz. Ömer bu sözü, devletler arasında çok önemli olan ve araştırmamızla da ilişkisi bulunan bir uygulamaya yani mütekâbiliyet (karşılıklılık) ilkesine işaret etmektedir.

d. Örf ve Âdetler: Örf ve âdetlere dair var olan genel ilkelerin (*kavâid-i fıkhiyye*), İslâm hukukunun her dalında olduğu gibi uluslararası hukuk alanında da dikkate alınabilecek ilkeler olduğu açıktır. Örf'e itibar ilkesi, Kur'an ve Sünnet'in

verdiği tâlimatları, daha sonraki İslâm devlet başkanları ve ordu komutanları için önemli uyarılar teşkil etmesi bakımından burada zikretmek yerinde olur. Bkz. İbnu'l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh, *Ahkâmu'l-Kur'an*, I-IV, Tahkîk: Alî Muhammed el-Becâvî, İsâ el-Bâbî el-Halebî ve Şurekâhu, Kahire 1974, I, 104-106; Sâbık, Seyyid, *Fıkhu's-Sunne*, I-III, Dâru'l-Feth li'l-İ'lâmi'l-Arabî, by. 1411-1412, III, 149-150; Ebû İyd, 136-137.

İlk dönem İslâm uluslararası ilişkilerinin önemli bir kısmını, devlet başkanının ordu komutan(lar)ına verdiği talimatlar ve yaptığı konuşmalar oluşturmaktadır. Bkz. Hadduri, 58.

⁹³ Hulefai Râşidin döneminde, İslâm ordu komutanları ve valilerinin bölge emirleri ve komutanları ile yaptıkları antlaşmalar için bkz. Ebû Yûsuf, Ya'kûb b. İbrahîm el-Ensârî, *Kitâbu'l-Harâc*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1979/1399, 138-140; Hamidullah, *Mecmuatu'l-Vesâiki's-Siyâsiyye (li Ahdi'n-Nebeviyye ve'l-Hilâfeti'r-Râşide)*, Dâru'n-Nefâis, Beyrut 2001/1422, 371-545. Mesela Hulefai Râşidin'in emir ve izni ile Ubeyde b. Cerrâh'ın Şam halkıyla, Hâlid b. Velid'in Hîre ehli ile imzaladığı antlaşmalar bunlardan bir kaçıdır. Bkz. Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 33.

İslâm'da uluslararası ilişkilerin temeli doğrudan İslâm'ın dayandığı usule (kaynaklara) dayanmakla beraber, kuralların/delillerin bir kısmı, Müslümanların gayrimüslimlerle yaptığı antlaşmalara dayanmaktadır. Antlaşmalar bugün de uluslararası hukukun çok önemli kaynağıdır. Bkz. Hadduri, 58.

⁹⁴ Bkz. Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 31-32.

⁹⁵ Bkz. es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, I-V (3 Kitap halinde), Thk. Ebû Abdullâh Muhammed Hasen İsmâil eş-Şâfiî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997/1417, V, 285.

Ülkeye giren yabancı (ehl-i harb) tüccardan ne kadar öşür (vergi) alacağını Hz. Ömer'e soran vergi (gümrük) memuru, Hz. Ömer'den şu cevabı almıştır: "Yabancılar (harbîler) bizim tüccardan ne kadar öşür (vergi) alıyorsa sen de o kadar al." Bkz. Ebu Yusuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 135.

bize işaret ettiği bir metottur.⁹⁶ Fakat örfün bir delil olarak alınabilmesi için Kur'ân ve Sünnet'in (*nass*) ortaya koyduğu hükümlere ters düşmemesi gerekir.⁹⁷

Örf, hukuk düzenince geçerliliği kabul edilmiş⁹⁸ yerleşik davranış biçimi olarak⁹⁹ şer'î delil niteliği taşımakla beraber fıkıh usulünde hem geçerli (*sahîh*) hem de geçersiz (*fâsîd*) yerleşik uygulamaları kapsayacak şekilde anlaşılmaktadır.¹⁰⁰ Dolayısıyla İslâm hukukunda, örf ve âdete karşı alınan tavır, dinin temel ilkelerine uyanların kabul edilmesi, bu ilkelere uymayanların da reddedilmesi şeklinde gerçekleşmiştir.¹⁰¹

⁹⁶ Kur'ân'ın bu noktadaki delaletini, *insanlardan zorluğun kaldırılması* ilkesinde buluruz. Nitekim Kur'ân'ın: “*Allâh size kolaylık diler, zorluk dilemez... (Bakara, 2/185)*”, “*Allâh yükünüzü hafifletmek ister; zira insan zayıf yaratılmıştır. (Nisâ, 4/28)*”, “*Allâh sizi zora koşmak istemez. (Mâide, 5/6)*” hükümleri “zorluğun kaldırılması” ilkesini teyit etmektedir. Bu ilke, dinde kolaylaştırma ve hafifletmenin, zorlaştırma ve ağırlaştırmaya tercih edilmesi düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Hz. Peygamber'in, “*Kolaylaştırın, zorlaştırmayın; müjdeleyin, nefret ettirmeyin*” [el-Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil, “*Sahîhu'l-Buhârî*”, derl. Sâlih b. Abdulazîz b. Muhammed b. İbrâhîm, *Mevsû'atu'l-Hadîsi's-Şerîf el-Kütübu's-Sitte* içinde, Dâru's-Selâm (nşr. Abdulmâlik Mucâhid b. Muhammed Yûnus), Riyâd 2000/1421, İlm, 11(69); a.mlf., Edeb, 80 (6124, 6125); Muslim, Ebu'l-Huseyn b. el-Haccâc, “*Sahîhu Muslim*”, derl. Sâlih b. Abdulazîz b. Muhammed b. İbrâhîm, *Mevsû'atu'l-Hadîsi's-Şerîf el-Kütübu's-Sitte* içinde, Dâru's-Selâm (nşr. Abdulmâlik Mucâhid b. Muhammed Yûnus), Riyâd 2000/1421, Cihâd, 6 (1732), 7 (1733)] hadisi de söz konusu ilkeye dayanak teşkil etmektedir.

⁹⁷ Aksine nass varid olan her örf geçersizdir. Çünkü nass örften daha kuvvetli (delil)dir ve kuvvetli olan ise zayıf (ednâ) olanın tercihi ile terk edilmez. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, I-XXX, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1978/1398, XII, 196; İbn Âbidîn, Muhammed Emîn, “*Neşru'l-Arf fi Binâf Ba'dı'l-Ahkâm ale'l-Urf*”, *Mecmûatu Rasâili Ibn Âbidîn*, I-II, Âlemu'l-Kütüb, by. ty., II, 118; Miras, Kâmil, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarîh Tercemesi ve Şerhi*, I-XII+1 (I-III: Ahmed Naim, IV-XII: Kâmil Miras), Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1973, V, 118; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, I-VIII, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul ty., I, 198.

Toplumda belli bir amaç ve düşünceyle uygulanan bir davranışın, sadece yerleşik hale gelerek örf niteliği kazanmasıyla geçerli bir hukuk normu haline gelmesi mümkün değildir. Bkz. Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu -Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu-*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2003, 194-195.

⁹⁸ Örfün hukuk düzenince geçerli sayılması, “bir toplumsal düzen aracı olarak örfün, hukuk düzeninin meşruiyet denetimine tâbi” olması demektir. Bkz. Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2009, 188.

⁹⁹ Yerleşik davranış biçimi ile örfün, kadim yani kökeni eskilere dayanan ve sürekli tekrarlanan (Bkz. Bilge, 50; Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998, 122) niteliği kastedilmektedir. Kadim, Mecelle'de, “Kadim oldur ki evvelini bilir kimse olmaya” (md. 166) diye ifade edilmiştir. Şu halde yerleşik davranış biçimi, örfün, “topluluk içerisinde uzun zamandan beri kök salmış ve uyulması zorunlu sayılan ortak davranışlar” olma yönünü ortaya koymaktadır. Bkz. Bilge, 49.

¹⁰⁰ Bkz. Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, 194 (73 no'lu dipnot).

¹⁰¹ Bkz. Karaman, Hayrettin, “Âdet”, *DİA*, İstanbul 1988, I, 369; Şa'ban, Zekiyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)*, Çev. İbrahim Kâfi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1990, 176.

İslâm'a uygun bulunan ve yürürlüğü kabul edilen örf ve adetler, İslâm hukukunun da tanıdığı, birçok meselede kaynak kabul ettiği ilkelerdir.¹⁰² Bu ilkelerden olmak üzere mesela 'örf ile sabit olan nassla sabit olmuş gibidir'¹⁰³ ve 'örf veya teamül hükmü belirleyicidir (el-'urfu kâdin)'¹⁰⁴ vb. hükümler, kastedilen örfün kaynak olmasına delalet eden hükümlerdir.

Örfün eseri olan hüküm ya meşru ya da gayrimeşru olur. Örfen güzel (*hasen*) olanlara maruf, çirkin (*kabih*) olanlara da münker denir.¹⁰⁵ Bunlar İslâm'ın, iyiliği (*maruf*) emretme ve kötülüğü (*münker*) nehyetme emri ve ilkesi kapsamında mütalaa edilen uygulamalardır.

Örf ile aynı kökten gelen ve örfün iyi/güzel diye ifade edilen şekli olarak maruf ise; hem aklın idrak ettiği ve dinin kabul ettiği hem de toplum tarafından benimsenen iyi/güzel fiilleri (*ahlâku'n-nâs*) kapsar.¹⁰⁶ İmâm Kurtubî'nin örf ile marufu, *aklın razı olduğu nefislerin mutmain olduğu tüm güzel hasletler*¹⁰⁷ olarak tanımlaması iki kelime arasındaki anlam birliğine işaret etmesi bakımından önemlidir.

¹⁰² Bkz. İbn Nuceym, Zeynuddin (Zeynulâbidîn) b. İbrâhîm b. Muhammed el-Misrî el-Hanefî, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Thk. Abdülkerîm el-Fezîlî, Mektebetu'l-Asriyye, Beyrut 2003/1424, 115; İbn Âbidîn, "Neşru'l-Arf fi Binâi Ba'dî'l-Ahkâm ale'l-Urf", II, 115; eş-Şerbecî, Alî, *el-Furû'u'n-Nediyye Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhîyye*, Dâru'l-Mustafa, Dımaşk 2006/1427, 57.

¹⁰³ Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 120; İbn Âbidîn, "Neşru'l-Arf fi Binâi Ba'dî'l-Ahkâm ale'l-Urf", II, 115; Alî Haydar, Hoca Emîn Efendizâde, *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, Matbaa-i Tevsî-i Tıbbât, İstanbul 1330, I, 93; Zeydân, *el-Vecîz fi Şerhi'l-Kavâidi'l-Fıkhîyye fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 2003/1424, 100.

Örf ve adet ile bir hükmün sabit olması hakkında nass bulunmayan bir meseleye veya fiile dair şerî hükmün ortaya konmasında örf ve âdetin hakem tayin edilmesi demektir. Bkz. eş-Şerbecî, 56. Kavâid-i Fıkhîyyeden olan bu hüküm, Mecelle'nin 45. maddesi olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm aynı zamanda Mecelle'de 43. ve 44. madde olarak zikredilen; "Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir" ile "Beyne't-tüccar maruf olan şey beyinlerinde meşrû't gibidir" fıkıh kaideleriyle doğrudan ilişkilidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, XII, 54; Alî Haydar, I, 107-111; eş-Şerbecî, 63-65.

¹⁰⁴ Bir norm olma özelliği taşıdığı için örfün hüküm koyar olmasını (*el-'urfu kâdin*), bugüne kadar olagelen şeylerin bundan böyle de gerçekleşmesini buyurması anlamında düşünmek mümkündür. Bkz. Işıktaç, 28.

¹⁰⁵ Bkz. Sabit, Halim (ö. 1366/1946), "Örf-Ma'ruf", *İslam Mecmuası*, Sayı: XI, İstanbul 1911/1329, 322.

¹⁰⁶ Bkz. el-Cassâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî, *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I-III, Dâru'l-Fikr, Beyrut 2010/1431-1432, III, 58-59; İbnü'l-Arabî, II, 823, 826; Âsım Efendi, *el-Okyânûsu'l-Basî't fi Tercemeti'l-Kâmûsi'l-Muhî't*, I-III (I. Cilt: 1268h.; II. Cilt: 1269h.; III Cilt: 1272h.), Dersaadet, İstanbul 1304, II, 809; Dönmez, III, 151.

¹⁰⁷ Bkz. el-Kurtubî, *Muhtasaru Tefsiri'l-Kurtubî*, I-V, Ta'lîk: Muhammed Kerîm Râcih, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1986/1406, II, 230; a.mlf., *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, IX, 421; en-Nedvî, Alî Ahmed, *el-Kavâidu'l-Fıkhîyye*, Takdîm: Mustafa ez-Zerkâ, Dâru'l-Kalem, Dımaşk 2007/1428, 293; eş-Şerbecî, 57.

Nitekim Allâh, Hz. Peygamber'e, *örf ile emreyle (ve'mur bi'l-urf)*¹⁰⁸ diye hitap ederken, Kur'an'a ve akıl sahiplerine göre maruf, yani yapılması lazım ve varlığı yokluğundan hayırlı olduğu itiraf edilen güzel bir fiil işlemeyi emretmektedir.¹⁰⁹ Örf ile emretmek demek her örfün/marufun emredilmesi vaciptir anlamına gelmez. Çünkü her emir bir maruftur fakat her maruf emredilmiş demek değildir. Mesela insanların bildiği ve aşına olduğu örf'e dâhil bir takım uygulamalar (âdetler) da vardır ki bunlar geçersiz, çirkin ve yasak oldukları için emir kapsamı dışındadırlar.¹¹⁰ Bu durumda örf/maruf ile, insanların karşılıklı olarak tanıdığı, güzelce benimsediği, zorunlu veya serbest oluşunu, gerekli veya güzel oluşunu itiraf ettiği, ret ve inkâra kalkışmadığı şey kastedilmektedir.¹¹¹

Uluslararası hukukun temel/aslî kaynaklarından birisi "örf ve adet (teamül) hukuku" kurallarıdır. Uluslararası uygulamalara dayanan örf ve adet hukuku asırlarca devletlerin uygulamalarından evrimleşerek gelişmiştir.¹¹² İç hukukta olanın tersine, uluslararası hukukta, örf ve adet hukuku ile antlaşmalar hukuku eşittir.¹¹³ Bu, uluslararası hukuka özgü bir durumdur.¹¹⁴ Yani yazılı olan hukuk kuralları ile yazılı olmayan hukuk (örf ve adet hukuku/teamül) kuralları birbirini pekâlâ uygulamadan

¹⁰⁸ Bkz. A'râf, 7/199.

¹⁰⁹ Bkz. el-Cassâs, III, 59; er-Râzî, XV, 96; Yazır, Elmalılı Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, I-X, Eser Neşriyat, by. 1971, IV, 2357; Şener, Mehmet, *İslâm Hukukunda Örf*, Öğrenci Basımevi, İzmir 1987, 120, 122.

¹¹⁰ Bkz. Yazır, IV, 2357, 2358.

¹¹¹ Yazır, IV, 2357. Burada örfün, (akl-ı selim) insanlar tarafından iyi/güzel görülüp bilinen, beğenilen ve sürekli olarak iyilik barındıran bir şey olmasına dikkat edilmelidir. Bkz. Işıktaç, 29.

¹¹² Crozat, 127; Altuğ, *Devletler Umumi Hukuku*, 18; Polat, 45; Hamid, Abdul Ghafur/Sein, Khin Maung, "Sources of International Law: A Re-Evaluation", *International Islamic University Malaysia Law Journal (IIUM)*, Cilt: XI, Sayı: 2, Yıl: 2003, 205; Ebû İyd, 141.

Uluslararası hukukun bugünkü yerini ve amacını/görevini anlamak, onu, menşei ve oluşum süreciyle kendi bütünlüğü içinde ve tarihi yöntemle kavramayı gerektirmektedir. Bu bakımdan uluslararası hukuk, örf'e dayalı bir hukuk olarak nitelendirilir. Bkz. Vali, François, *Adalet ve Kuvvet*, Çev. Mahmut R. Belik, Kenan Matbaası (Hukuk Fakültesi Mecmuasından ayrı bası), İstanbul 1943, 566.

¹¹³ Hem USAD'ın hem de UAD'ın Statülerinin 38. maddesinde belirtilen kaynaklar sıralamasında, önce antlaşmaların sonra da örf ve âdetin zikredilmiş olması hiyerarşik bir düzeni ifade etmez. En azından bu konuda, öğretilerde bir tartışmanın olduğu ortadadır. Bkz. Crozat, 119-121, 126; Bilsel, *Giriş*, 47; Pazarcı, *I. Kitap*, 219; Hamid/Sein, 239.

Fakat uygulamada, devletin iradesini net olarak ortaya koyması ve ispat kolaylığı sağlaması bakımından antlaşmaların günümüzde belli bir üstünlüğe sahip olduğunu belirtmek gerekir. Bkz. Sur, 74.

¹¹⁴ Örf ve adet hukuku, eskiden beri uluslararası hukukta, iç hukukta olandan daha fazla önem taşımıştır. Bkz. Sur, 70. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı'nın 38. maddesinin atıfta bulunduğu örf ve adet hukuku, iç hukuka değil, uluslararası hukuka aittir. Bkz. Altuğ, *Devletüstü Hukuk*, 25; Hamid/Sein, 235-236; Bozkurt vd., 74.

kaldırabilir.¹¹⁵ İç hukukta örf ve adet kuralları iç hukukun ikinci dereceden kaynakları sayılmaktadır.¹¹⁶

Örf, hakkında nass varid olmayan hususlarda muteber/geçerli kabul edildiğine göre, modern hukukta olduğu gibi, İslam hukukunda da ikinci dereceden bir kaynak (müstakil olmayan şer’î delil)¹¹⁷ kabul edilmiştir.¹¹⁸

Şimdi de örf (ve adet) ile ilgili bahse değer bulduğumuz bir iki tarihsel amel/uygulama örneğine kısaca değinerek mevzuyu tamamlayalım:

Ebû Yûsuf (ö.182/798), (ondalık) gümrük vergilerinin (*el-uşûr*) Hz. Ömer tarafından konulduğunu,¹¹⁹ insanların haklarına tecavüz (ve düşmanlık kasdı) olmadıkça tahsil edilmesinde bir sakınca olmadığını belirtmektedir.¹²⁰ Ebû Yûsuf’un kaydettiğine göre, Ebû Mûsa el-Eş’arî, Hz. Ömer’e: “Bizim tarafımızdan bazı Müslüman tacirler düşman ülkesine gidiyorlar. Düşmanlar kendilerinden vergi alıyor” diye yazınca, Hz. Ömer de ona: “Müslüman tâcirlerden vergi aldıkları gibi sen de onların tâcirlerinden vergi al” diye karşılık vermiştir.¹²¹

Yine Ebû Yûsuf’un Abdülmelik b. Cüreyc yoluyla Amr b. Şuayb’dan aktardığına göre, Menbic denilen deniz aşırı bir ülkenin harbî olan halkı, Hz. Ömer’e mektup yazarak: “Bizim, ülkenize girmemize müsaade et; senin ülkene tüccar olarak girelim sen de bizden vergi/öşür al” diye talepte bulunmuştur. Hz. Ömer de konuyu

¹¹⁵ Bkz. Bilsel, *Giriş*, 47.

¹¹⁶ Türk Medeni Kanununun 1. maddesindeki, “*hakkında kanuni hüküm bulunmayan mes’elede hâkim örf ve adetlere göre, ... hükmeder*” ifadesi buna işaret eder. Ayrıca bkz. Tekinay, 53, 65; Özsunay, 170-171, 175, 177-178; Bilge, 56; Gözler, *Hukuka Giriş*, 136; Işıkaç, 79.

¹¹⁷ Hallâf, Abdülvehhâb, *İlmu Usûli'l-Fıkh*, Eda Neşriyat, İstanbul 1968/1388, 91; Zeydân, *el-Vecîz fi Usûli'l-Fıkh*, Dersa’âdet, by. ty., 254.

¹¹⁸ Bkz. Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Turhan Kitabevi Yy., Ankara 2002, 124; Şener, 94.

Fakat İslâm hukuk sisteminde, teorik ve pratik olarak, iç hukukla uluslararası hukuk ayrımı yapılmadığından {Bkz. Tez metni (Birinci Bölüm, “İ.B. İslâm Hukukunda İç Hukuk-Uluslararası Hukuk İlişkisi” adlı başlık), 18 vd.}, örf, doğal olarak, İslam hukukçuları tarafından uluslararası hukuk alanında da ikinci dereceden kaynak sayılmıştır. İslâm hukuku, bu yönüyle, örf ve adet (ya da teamül/yapılageliş) hukukunu aslî (birinci derece) kaynaklardan sayan modern uluslararası hukuktan (Bkz. Pazarıcı, *I. Kitap*, 209; Sur, 74) farklı bir noktadadır.

¹¹⁹ Hz. Ömer Müslümanlara 1/40, zimmîlere 1/20, harbîlere 1/10 gümrük vergisi koymuştur. Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 137.

¹²⁰ Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 134.

¹²¹ Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 135; es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, V, 285.

sahabeye danışmış ve sahabenin onayıyla onlara izin vermiştir. Dolayısıyla ehl-i harb'den ilk vergi Hz. Ömer tarafından alınmıştır.¹²²

e. Siyer Kitapları:¹²³

i. İmâm Zeyd b. Ali'ye (ö.122/740) atfedilen “*Mecmu'u'l-Fıkhi'l-Kebîr*” adlı kitabın, uluslararası hukuk ile ilgili, “*Kitabu's-Siyer*” başlıklı bölümü.¹²⁴

ii. es-Siyeru'l-Kebir; İmâm Muhammed b. el-Hasan eş-Şeybanî'ye (ö.189/805) ait olan bu eserde, barış ve savaş hukukunun, o zamanlarda mevcut bulunan bütün meselelerinden inceden inceye bahsedilmiştir. Bu eser, Karahanlı büyük hukukçu es-Serahsî (ö.483/1090) tarafından şerh edilmiştir. İmâm Muhammed uluslararası hukukta en başta gelen müellif hukukçudur.

iii. es-Siyeru's-Sağîr; İmâm Muhammed'e nispet edilen bu eser, aslında, Ebû Hanife'nin (ö.150/767) talebesi Muhammed'e yazdırdığı, uluslararası hukukla ilgili konuları ihtiva eden bir kitaptır.

iv. Kitâbu's-Siyeri'l-Evzâî; İmâm Evzâî tarafından, Ebu Hanife'nin görüşlerini içeren es-Siyeru's-Seğîr'e reddiye olarak yazılmıştır.

v. er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâî; el-Evzâî'nin (ö.157/774), Ebû Hanife'nin uluslararası hukuka dair bazı görüşlerini tenkit etmesi üzerine, onun bu tenkidine karşılık, İmâm Ebû Yûsuf tarafından, mezhebinin ve hocasının görüşlerini savunmak maksadıyla kaleme alınan cevabî eserdir.

Uluslararası hukuk ile ilgili konuların işlendiği bu eser 33 bab halinde düzenlenmiş olup, araştırma konumuzla doğrudan ilgili olan bablar ise; “*çocukları düşmanın elinde bulunan Müslümanların düşmanla savaşması durumu*”, “*savaşlarda (esir alınan ve) mülkiyete geçirilen cariye veya kız çocuklarıyla cinsel ilişkide*

¹²² Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 135; es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, V, 285.

¹²³ İslâm uluslararası hukuku ile ilgili *siyer kitaplarına* misal olmak üzere bkz. Turnagil, 21; Hamidullah, “İslâm ve Hukuk İlmî”, Çev. Kemal Kuşçu, *İslam Hukuku Etüdları (Makaleler Külliyyatı)* içinde, Bir Yayıncılık, İstanbul 1984, 17; a.mlf., “İslâm Devletler Genel Hukukunun Başlangıçtaki Teori ve Pratiği”, 117; a.mlf., “Ebû Hanife'nin İslâm Hukukunu Tedvin İçin Kurduğu Akademi”, Çev. Kemal Kuşçu, *İslam Hukuku Etüdları (Makaleler Külliyyatı)* içinde, Bir Yayıncılık, İstanbul 1984, 192; Özel, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı*, 20-21; Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, 38-39.

¹²⁴ Bkz. Hamidullah, “İslâm ve Hukuk İlmî”, 17; a.mlf., “İslâm Devletler Genel Hukukunun Başlangıçtaki Teori ve Pratiği”, 117.

bulunmak” ve “*düşman ağaçlarının kesilmesi*” konularının işlendiği bablardır.¹²⁵ Buradaki fiiller, savaş esnasında yapılmasının veya bunlar vasıtasıyla mukâbele yapmanın yasak kabul edildiği fiillerdir.

vi. *Siyeru'l-Evzâî*; İki tarafın görüşlerini ele alıp kendi yorum ve tercihleriyle derleyen İmâm Şâfiî'nin (ö.204/820) eseridir. Eser, el-Evzâî'nin uluslararası hukuka dair görüşlerini eleştiren Ebû Yûsuf'un, bu amaçla kaleme aldığı “*er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâî*” adlı eseri üzerine İmâm Şâfiî'nin yazdığı bir talik olup yazar bu esere el-Umm adlı eserinin sonunda yer vermiştir.¹²⁶

vii. *Siyeru'l-Vâkıdî* (*Kitâbu's-Siyer*); Bu eserin İmâm Şâfiî tarafından tenkidi yapılmıştır.¹²⁷

İmâm Mâlik (ö.179/795) ve Zeydî olan Muhammed b. Abdullah Nefsu'z-Zekiyye'ye (ö.145/762) ait olan *Kitâbu's-Siyer* adlı eserlerin varlığından söz edilirse de bu eserler günümüze kadar gelememiştir.¹²⁸ Ancak İmâm Mâlik'in, fıkıh-hadis mecmuası olan *el-Muvatta'* adlı eseri içerisinde, *Kitâbu'l-Cihâd* adıyla İslâm uluslararası hukukuna dair meselelere temas ettiğini görmekteyiz.¹²⁹

Son olarak, “*siyer kitapları*” dalında bahse değer önemli bir eser, İbn Cerîr et-Taberî'nin (ö.310/923), *Kitâbu'l-Cihâd*, *Kitâbu'l-Cizye* ve *Ahkâmu'l-Muhâribîn* başlıklı bölümleri ihtiva eden ve içinde İslâm uluslararası hukuku alanında kitap yazan ve/veya söz sahibi olan âlimlerin görüşlerini de barındıran mukayeseli fıkıh kitabıdır.¹³⁰

f. İslâm Uluslararası Hukuku İle İlgili Diğer Kaynaklar: Devlet Yönetimi, Kamu Hukuku, Kamu Maliyesi vb. alanda yazılan kitaplar:

¹²⁵ Bkz. Ebû Yûsuf, *er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâî*, Tashih ve Ta'lik. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut ty., 65, 70, 85.

¹²⁶ Bkz. Ebû İyd, 84.

¹²⁷ Bkz. eş-Şâfiî, Ebû Adillâh Muhammed b. İdrîs, *el-Umm*, I-VIII (4 cilt içinde), Dâru'l-Mârifet, Beyrut 1973/1393, IV, 260-293.

¹²⁸ Özel, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı*, 21; Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, 29.

¹²⁹ Bkz. Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'*, I-II, Tahkik, Tahric ve Ta'lik: Beşşâr Avâd Marûf, Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1997/1417, I, 571-604.

¹³⁰ et-Taberî, Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr, *Kitâbu İhtilâfi'l-Fukâhâ: Kitâbu'l-Cihâd ve Kitâbu'l-Cizye ve Ahkâmu'l-Muhâribîn*, nşr. Joseph Schacht, Leiden 1933. Eserin, 1-198. sayfalar arası *kitâbu'l-çihâd'a*, 199-241. sayfalar arası *kitâbu'l-cizye'ye*, 242-259. sayfalar arası ise *ahkâmu'l-muhâribîn'e* ayrılmıştır.

i. el-Ahkâmu's-Sultâniyyeler: Bu alanda iki isim öne çıkmaktadır. Bunlar çağdaş olmanın yanında bu alanda aynı başlıkla eser yazmış olmakla da benzerlik taşırlar. Bunlardan biri Muhammed b. Habib el-Mâverdi (ö.450/1058), diğeri ise Ebû Ya'lâ el-Ferrâ (ö.458/1066)'dır.

ii. Kitâbu'l-Harâc: Bu başlıkla üç kişinin kitap yazdığını görüyoruz. Bunlar: Ebû Yûsuf, Yahyâ b. Âdem (ö.203/818) ve Kudâme b. Ca'fer (ö.337/ 948)'dir.¹³¹

iii. Kitâbu'l-Emvâl: Bu başlıkta ise, Ebû Ubeyd (ö.224/838) ve Ebû Ca'fer ed-Dâvûdi (ö. 402/1042)'yi zikredebiliriz.¹³²

iv. es-Siyâsetu's-Şer'iyye Kitapları: Bu alanın en meşhur örneklerinden biri kuşkusuz İbn Teymiyye'nin (ö. 728/1328) aynı başlıklı eseridir.

Burada, İbn Kayyim el-Cevziyye'ye ait olan *Ahkâmu Ehli'z-Zimme* adlı eseri de zikretmek yerinde olacaktır. Bu eser, İslâm devletinin gayrimüslim vatandaşlarının haklarını ve durumlarını ele alan, devlet yönetimi ile ilgili olan bir eserdir.

g. *Sîret-i Nebi ve Meğâzî Kitapları*: Daha çok tarihsel içerikli olan eserlerdir. İslâm uluslararası hukukunun fikrî/nazarî arka planını ve ilk dönem tatbikatını Hz. Peygamberin hayatında bulduğumuz için, O'nun hayatını, mücadelelerini ve savaşlarını tarihi perspektiften ele alan bu eserler de bizim için kaynaklık teşkil etmektedir.¹³³

2. Son Dönemde Mukâbele Uygulamaları Üzerine Yapılan Fikhî Çalışmalar ve Ortaya Konulan Görüşler

Hemen belirtelim ki, konusu veya muhteviyatı itibariyle tezle çok yakından ilgili olan iki çalışmanın var olduğunu tespit etmiş bulunmaktayız. Bunlardan özellikle Ahmet Özel'in makale formatında hazırladığı bir çalışma, diğeri ise Haluk

¹³¹ *Kitabu'l-Harac* adıyla yazılan eserler ve yazarları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kallek, Cengiz, *İslâm İktisat Düşüncesi Tarihi*, Klasik Yayınları, İstanbul 2004, 74-80, 106-111, 141-150.

¹³² Bahsi geçen eserler ve yazarları hakkında bkz. Kallek, *İslâm İktisat Düşüncesi Tarihi*, 125-129, 168-176.

¹³³ Hz. Peygamber'in hayatını *siyer* başlığıyla ortaya koyan ve İslâm uluslararası hukukunun ilk dönem tatbikatını anlama bakımından birinci el kaynak sayılan bu biyografik eserler, klasik İslâm tarihi literatürünün en önemli kaynaklarıdır. Bunlar arasında, İbn İshâk'ın (ö. 151/768), *Sîretu İbn İshâk*; el-Vâkîdî'nin (ö.207/822), *Kitâbu'l-Meğâzî*; İbn Hişâm'ın (ö.218/833), *es-Sîretu'n-Nebeviyyesini* sayabiliriz.

Kanca'nın Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığı bir araştırmadır. Yaptığımız araştırmalarda, konuyla ilgili Arapça yazılmış müstakil eser(ler)e rastlayamadık. Fakat bununla birlikte İslâm uluslararası hukuku alanında Türkçe ve Arapça olarak kaleme alınan eserlerde, mukâbele uygulamalarının tümünü veya bir kısmını ifade sadedinde görüşler serdeden yazarlardan bahsetmenin de yerinde olacağını düşünmekteyiz:

a. Ahmet Özel'in, "*İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukâbele Bilmiş / Misilleme / Karşılıklılık*" adlı makalesi,¹³⁴ hem modern hukuk hem de İslâm hukuku göz önünde bulundurularak yapılmış mukayeseli bir çalışmadır. Makale kısa olmakla beraber konunun ele alınışı itibariyle ilk ve özgün sayılabilecek bir nitelik taşımaktadır.

Özel, önce, modern hukukta kullanılan üç ayrı zorlama yoluna ilişkin terimlerin Arapça ve Türkçe kelime anlamlarını vermiş, bu noktada her iki dilde de var olan anlam karışıklığını gidermek için her bir mukâbele kavramına karşılık gelebilecek terim tespit/tercih etmiştir. Üç ayrı mukâbele türü için bir meşruiyet zemini oluşturabilmek amacıyla, "mukâbele bi'l-misl" özelinde, mukâbele fiillerinin tarihi köklerine değinmiş ve buradan sözü günümüzdeki uygulanma biçimlerine getirmiştir. Modern uluslararası hukuktan hareketle bu üç kavramın İslâm hukukundaki yerine değinirken, farklı bir tarihi tecrübeye sahip olduğu için İslâm hukukunda bu kavramları ifade etmek üzere birçok kelimenin ya da terimin kullanıldığına dikkat çekmiş ve bu maksatla, karşılık verme anlamına gelen birçok kelime ve deyimden bahsetmiştir. Daha sonra karşılık verme ve misilleme vb. kelimelerin Kur'ân'da hangi manada kullanıldığını, Sünnet'teki uygulamalarla temellendirmeye çalışmıştır.

Yazar, modern uluslararası hukuk literatüründe yer etmeye başlayan üç ayrı mukâbele fiilinin tanımını yapmak suretiyle, mukâbele uygulamalarına dâhil olan bu kavramların hem kendileri arasında mukayese yapmış; benzer ve farklı noktalarını ortaya koymuş hem de bu kavramların, *meşru müdafaa* ve *kısas* prensipleri gibi mukâbele uygulamaları kapsamı dışında kalan kavramlarla olan ilişkilerine ve ortak yönlerine işaret etmiştir. Yazar, İslâm hukukçularının, "kısas", "zarar verme" vb.

¹³⁴ Adı geçen makale için bkz. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı:5, Konya 2005.

konular üzerine yaptıkları açıklamalar bağlamında, mukâbele (karşılık verme) kavramından, borçlar hukuku, ceza hukuku (*kısas*), ticaret hukuku (gümrük, vergi) gibi alanları içine alacak şekilde çok geniş kapsamda söz etmiştir.

Makalenin başlığından da anlaşılacağı üzere, benzer yönleri olmasına rağmen birbirinden farklı kavramlar olduklarını belirtmek için ayrı ayrı ifade edilen mukâbele fiilleri, daha önce başka bir İslâm hukukçusu tarafından bu kadar açıklıkla ortaya konulmamıştır. Aslında kendisinin de böyle bir kavramsal tahlili yaparken, fıkıhçıların yaptıkları çalışmalardan ziyade modern uluslararası hukuk müelliflerinden yararlandığı anlaşılmaktadır.

b. Haluk Kanca'nın, "*İslam'da Devletlerarası Mukâbele Bi'l-Misl Kuralı*" adıyla hazırladığı Yüksek Lisans tezi,¹³⁵ araştırmamıza nispetle daha dar kapsamlı bir alanı ele almaktadır. Çünkü *mukâbele bi'l-misl* kuralı, araştırma konumuz olan *mukâbele uygulamaları*'nın kısımlarından biridir. "Mukâbele Uygulamaları" denildiği zaman uluslararası hukuk dilinde kastedilen kavramlar (veya uygulamalar): "misilleme (muâmele bi'l-misl, retorsion)", "zararla mukâbele (mukâbele bi'l-misl, reprisals)" ve "karşılıklılık (müttekâbiliyet, reciprocity)" fiilleridir. Bu durumda tez olarak "mukâbele bi'l-misl" kuralını ele alan Kanca, mukâbele uygulamalarından sadece birini incelemiş olmaktadır. Fakat tezin konusu "mukâbele bi'l-misl" olmasına rağmen, tezin muhteviyatına baktığımızda, bazen açıkça bazen de satır aralarından anlıyoruz ki, yazar, diğer mukâbele uygulamalarını (misilleme ve müttekâbiliyet) da mukâbele bi'l-misl kavramı içine dâhil etmektedir.¹³⁶ Oysa belirtilenin aksine, İslâm uluslararası hukuku tarihine bakıldığında, mukâbele bi'l-misl ile müttekâbiliyet fiillerinin misilleme fiili kapsamında ifade edildiğine tanık olunmaktadır.

Kanca, tezinin sonuç bölümünde, mukâbele bi'l-misl kuralının, modern dönemde ve özellikle son asırda, uluslararası toplum düzeni (uluslararası hukuk ve devletler) tarafından algılananın aksine, uluslararası ilişkilerde yüzyıllar boyu devam

¹³⁵ Bu çalışma, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslâm Bilimleri İslâm Hukuku Bilim Dalı'nda, 1997 yılında, Prof Dr. Mustafa Cevat Akşit danışmanlığında hazırlanmış bir Yüksek Lisans tezidir. Bkz. <http://kutuphane.isam.org.tr/FMPro> (*İSAM Kütüphanesi*, demirbaş: 167857, tasnif: 341 KAN. İ).

¹³⁶ Bkz. Kanca, Haluk, *İslam'da Devletlerarası Mukâbele bi'l-misl Kuralı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adapazarı 1997, 17, 23.

eden vahşi uygulamalar neticesinde ulaşılan âdil bir sonuç olduğunu belirtmektedir. Eserin sahibine göre, mukâbele bi'l-misl kuralının meşruiyeti, teorik olarak İslâm hukukunun temel kaynaklarına ve İslâm hukukçularının fetvalarına, pratik olarak da İslâm devlet adamlarının uygulamalarına dayanmaktadır. Yazar, ayrıca, insanların temel hak ve hürriyetlerine hâlel gelmesin diye konulan mukâbele bi'l-misl gibi ilkelerin insancıl, barış dolu ve yapıcı bir mahiyet taşıdığından da bahsetmektedir.

Fakat İslâm hukukunun temel kaynaklarına ve özellikle naslara müracaat edildiğinde, aşağıda geleceği üzere, yazarın kanaatinin tam tersi neticeler elde edilmiştir. Kanca'nın, 'mukâbele bi'l-misl' diye adlandırdığı mukâbele uygulamasını biz, zararlarla mukâbele diye adlandırdık. Her ikisi de aynı tanım ve kavramsal içeriğe sahip ifadelerdir. Yani mukâbele bi'l-misl, zararlarla mukâbelenin diğer bir ifade şeklidir. Zararlarla mukâbele ise, İslâm hukukunun tüm dallarında genel olarak hoş karşılanmayan, ihtiyatla yaklaşılacak bir uygulamadır. Bu kuralın yasaklanmasında en önemli delil/mesned ise Hz. Peygamber'in, "*lâ darar velâ dırâr fi'l-İslâm*" hadisidir.¹³⁷

Diğer taraftan, zararlarla mukâbele ilkesi, İslâm hukukunda olduğu gibi, modern uluslararası hukuk tarafından da ihtiyatla karşılanan bir kuraldır. II. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası toplum düzenine hâkim olan anlayışa ve uluslararası örgütlerce oluşturulan yasalara göre zararlarla mukâbele ilkesi hep sorgulanır olmuştur. Dolayısıyla zararlarla mukâbele uygulaması yasaklanma seviyesine gelecek kadar şartlarla sınırlandırılmış, adeta istisna teşkil edecek ve bunun da uluslararası örgütler nezdinde uygulanabilecek bir fiil olduğu kanaatine varılmıştır. Burada BM Antlaşması'nın ilgili maddelerini hatırlamak yerinde olur.¹³⁸

c. Bir de, konuyla ilgili olarak müstakil bir çalışma olmamakla beraber, bir İslâm hukukçusu olarak Ahmet Yaman'ın, misilleme özelinde mukâbele uygulamalarına getirdiği yaklaşımı ortaya koyan "İslâm Devletler Hukukunda Savaş" adlı esere değinmek istiyoruz.

¹³⁷ Bkz. Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'*, I-II, Tahkik, Tahrîc ve Ta'lîk: Beşşâr Avâd Ma'rûf, Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, Beyrut 1997/1417, Akdiye, 31; İbn Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed, *el-Musned*, I-VI, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1413/1992, V, 327; İbn Mâce, Ahkâm, 17.

¹³⁸ Mesela bu maddelerden biri olan BM Antlaşması'nın 51. maddesi için bkz. Gündüz, 34-35.

Yaman, söz konusu eserinde, hasmane ilişkiler içinde saymış olduğu abluka ve ekonomik ambargoyu da misilleme kavramı altında mütalaa ettiğimizde, *savaşa varmayan zorlama yolları* arasında, mukâbele uygulamalarından sadece misillemeyi zikretmiştir. Bir mukâbele şekli/nev'i olarak zararlarla mukâbele ve karşılıklılık kavramlarına ismen de olsa değinmemiştir.¹³⁹

Burada karşılıklılık uygulamasının, gerek yeni bir kavram olması gerekse diğerleri gibi olumsuzluk ifade eden bir zorlama yolu olmaması gibi özelliklerinden dolayı, savaşa varmayan zorlama yolları arasında zikredilmemesi bir bakıma metodik bir tercih olarak kabul edilebilir. Ancak buna karşılık, zararlarla mukâbele fiilinin savaşa varmayan zorlamalar arasında zikredilmemiş olması, yazarın takip ettiği modern uluslararası hukuk sahasındaki ilgili eserlerin, savaşa varmayan zorlama yollarını ele alış yönteminden kaynaklanmış olmaktadır.

Ayrıca Yaman'ın, misilleme teriminin İngilizce karşılığı olarak, *retorsion*, *reprisal*, *retaliation* kelimelerinin üçünü birden zikretmiş olması, bugünkü uluslararası hukuk literatüründe tanımlanan misilleme ve zararlarla mukâbele kavramlarının her ikisini de ifade edebilecek genişlikte/genellikle ele aldığını göstermektedir. Fakat başka bir yerde modern uluslararası hukukun misillemeyi, İngilizcede *reprisal* terimiyle karşıladığı belirtilmektedir. Oysa yukarıda, yine modern tanımlama ve tasniften hareket edilerek misilleme teriminin karşılığı olarak sayılan üç İngilizce kelimedenden daha sonra sadece biri tercih edilerek misillemenin İngilizce karşılığı olarak verilmesi bir kavram kargaşası yaşandığı izlenimi vermektedir.¹⁴⁰ Üstelik modern uluslararası hukuk literatüründe, misillemenin İngilizce karşılığı için “*retorsion*” kelimesi kullanılmakta olup *reprisal* ve *retaliation* ise, zararlarla mukâbele teriminin karşılığı olarak belirtilmektedir.

Anlaşılan o ki, Yaman'ın, misilleme kavramını böyle bir genişlikte ele almasında, İslâm hukuku literatüründe kullanılan misilleme teriminin İslâm hukuku tarihindeki uygulama biçimlerinin çeşitliliğinden/zenginliğinden kaynaklanmaktadır. Dahası Yaman, misillemeyi tanımlarken, içine karşılıklılık fiilinin de dâhil olabileceği bir kavramsal çerçeve çizer. Şöyle ki; “misilleme (*retorsion*, *reprisal*,

¹³⁹ Bkz. Yaman, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, 26.

¹⁴⁰ Bkz. Yaman, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, 29, 30.

retaliation), bir devletin kendisine karşı diğer bir devlet tarafından yapılan, dostluktan uzak, nazik olmayan veya ahlakî vazifelere aykırı fiillerine aynı şekilde mukâbele etmesidir.”¹⁴¹ Bilindiği gibi, bu tanımdaki “nazik olmayan” ifadesi, kuşkusuz “uluslararası nezaket kurallarına (*muâmele-i mücâmele*)” işaret etmektedir. Muâmele-i mücâmelenin de karşılıklılık fiiliyle, bir yönüyle, irtibatı olduğu muhakkaktır. Yani bir iyiliğe aynısıyla veya daha fazlasıyla karşılık verme anlamında olduğu gibi bir fiile, uluslararası hukuka ve uluslararası toplum düzenine aykırı olmamak ve menfaat ihlaline sebep olmamak kaydıyla, aynıyla karşılık verme anlamında kastedilen uygulama da karşılıklılıktır. Karşılıklılık uygulamasında çoğunlukla nezaket kuralları öne çıkar. Haliyle Yaman, misilleme için yaptığı tarifte geçen “nazik olmayan” ifadesiyle bir bakıma karşılıklılık şeklindeki mukâbele fiilini, misilleme tanımı kapsamına dâhil etmiş olmaktadır.

Yaman, savaşa varmayan zorlama yollarından mukâbele uygulamalarının üç türünü birden misilleme başlığı altında, misilleme kavramsal çerçevesi içinde ifade etmek suretiyle son tahlilde mukâbele uygulamaları kavramını, misilleme kavramına indirgemıştır. Bu, aynı zamanda misilleme teriminin temsil ettiği anlam alanının da genişlemesi demektir.

d. Ve son olarak, Arapça eser veren İslâm hukukçularının *muâmele bi'l-misl* kavramına ve mukâbele fiilleriyle olan ilişkisine dair yaklaşımlarını ele alalım:

Muhammed Ebû Zehra, Abdulazîm el-Cenzûrî, Abdulkerîm Zeydân ve Vehbe ez-Zuhaylî gibi İslâm hukukçularının, mukâbele fiillerini ifade etmek için *muâmele bi'l-misl* (*misilleme*) terimini kullandıkları görülmektedir. Fakat muâmele bi'l-misl daha çok adalet, ahlak, fazilet ve takva kavramları bağlamında¹⁴² ve özellikle adalet kavramının bir unsuru olarak ele alınmıştır.¹⁴³ Kuşkusuz muâmele bi'l-misl'in adalet, fazilet ve takva ile çok yakın ilişkisinin varlığı inkâr edilemez. Kaldı ki bu durum araştırmamızın ilerleyen kısımlarında¹⁴⁴ ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Oysa modern uluslararası hukukta karşı önlem ve zorlama yolları arasında

¹⁴¹ Yaman, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, 26.

¹⁴² Bkz. el-Cenzûrî, 378; Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 46; ez-Zuhaylî, *Âsârü'l-Harb fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhiyye Mukarene*, Dâru'l-Fikr, Dımaşk 2009/1430, 134.

¹⁴³ Bkz. Ebû Zehra, 36; el-Cenzûrî, 378; Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 39, 46.

¹⁴⁴ Bkz. Tez metni [İkinci Bölüm, “II. Mukâbele Uygulamalarının Tatbikinde Temel İnsanî İlkeler” başlığı], 76-109 ve [Üçüncü Bölüm, “II. B. Uyuşmazlık Veya Savaş Durumunda Mukâbele (Misilleme ve Zararla Mukâbele) Yapılamayacak Haller” başlığı] 209-229.

bahsedilen mukabele uygulamalarının bir türü ve modern uluslararası hukuk literatüründe teknik bir kavram olarak kullanılan muâmele bi'l-misl'in, adı geçen fıkıhçılar tarafından, bazen mukâbele uygulamalarının tümünü çağrıştırabilecek kullanımlarına rastlanmış olunmasına rağmen bu mana ve maksatla kullanılmadığı açıktır.

Yukarıda anılan fıkıhçılar, özetle şöyle demektedir:¹⁴⁵ Muâmele bi'l-misl, adalet ilkesinden kaynaklanan ve onun bir unsuru olan bir ilkedir. Bireysel ve toplumsal ilişkilerin tümünde dikkate alındığı için hem Müslümanlarla hem de gayrimüslimlerle olan ilişkilerde bu ilkeye bağlı kalınmalıdır. Muâmele bi'l-misl tatbik edilirken kesinlikle adalet ve fazilet ilkeleri göz ardı edilemez. Bu, İslâm'da takva(lı olma)nın da bir gereğidir. Muâmele bi'l-misl ilkesi ile hareket etmek, İslâm'ın emrettiği adalete,¹⁴⁶ nâzil olan ilgili Kur'ân nasslarına¹⁴⁷ ve vârid olan hadis¹⁴⁸ hükümlerine dayanmaktadır.

Bahsi geçen fıkıhçılar, hukukî literatürle uyumlu, nesnel tanımlar yerine kendi görüşlerini destekleyen öznel ve indirgemeci yorumlar yapmaktadırlar. Mesela *muâmele bil misli* hem adalet ilkesi kapsamında ve ondan kaynaklanan bir ilke olarak¹⁴⁹ (değerler düzeyinde) ele alıp ona sübjektif mana yüklemekte hem de, pozitif düzeyde bağlayıcılık niteliğine (geçerlilik) sahip olan ve aynı şekilde anlaşılabilir ölçüde açık ve kesin olan (hukukî normatiflik taşıyan) mukâbele uygulamalarından *karşılıklık* fiilinin karşılığı olarak sunmaktadırlar.¹⁵⁰ Oysa hukuk kurallarının belli düşünce kalıbı içerisinde bir şekle oturtulması için kullanılan

¹⁴⁵ Bkz. el-Cenzûrî, 378; Ebû Zehra, 36; Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 39; ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhiyye Mukarene*, 134.

¹⁴⁶ Bkz. Nahl, 16/90.

¹⁴⁷ Konuyla ilgili Kur'ân nasslarına, Nahl, 16/126: “Eğer ceza verecekseniz, size yapılan işkencenin misliyle ceza verin (in ‘akebtum fe ‘akibû bi misli mâ ‘ukibtum bih)...” ve Şûrâ, 42/40: “Bir kötülüğün cezası, misli(ona denk) bir kötülüktür (ve cezâu seyyietin seyyietun misluha)...” hükümlerini örnek verebiliriz.

¹⁴⁸ Mesela Ebû Hureyre'nin rivayet ettiği bir hadiste Hz. Peygamber: “Ya Ebâ Hureyre!... Kendin için sevip istediğini insanlar için de sevip iste...” diye buyurmaktadır. Bkz. İbn Mâce, Zühd, 24 (4217).

¹⁴⁹ Bkz. el-Cenzûrî, 378; Ebû Zehra, 36; Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 39.

¹⁵⁰ Bkz. Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 39, 46; ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhiyye Mukarene*, 134-135.

*Muâmele bi'l-misl*in, devletler arasında uygulanan ve vergi politikasının bir gereği olan *karşılıklık* anlamında kullanıldığı hususunda bkz. Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 46.

kelime ve terimlerin kavramsal içeriklerinin açık ve bilimsel bilginin objektif düzeyde tanımlanabilir nitelikte olması gerekir.¹⁵¹

Şu halde, modern uluslararası hukukta, mukâbele uygulamalarından misilleme ile aynı anlamda kullanılan muâmele bil misl'in, söz konusu yazarlar tarafından karşılıklılık fiili ile özdeşleştirilerek kullanılması Arap fıkıhçıların da kavram kargaşası yaşadığını göstermektedir.¹⁵² Ayrıca muâmele bil misli hem adalet (ve ahlak) ilkesinin bir parçası¹⁵³ hem de mukabele uygulamalarının bir türü; yani muâmele bil misl kavramını açıklarken onu, hem uluslararası hukukta bir ilke hem de bir uygulama/muâmele biçimi olarak (birlikte) ele almaları terminolojik olarak da bir sorun yaşadıklarını göstermektedir.

B. ARAŞTIRMADA İZLENEN YÖNTEM

İslâm'da uluslararası hukuk, Müslümanların öteki halklarla kurduğu ilişkinin kurallarının ve tatbikatının tümü olarak ele alındığında, İslâm hukukunun dayandığı geleneksel usul ve kaynakların yanında uluslararası hukukun delillerine ve kaynaklarına da dayandığı görülmektedir.¹⁵⁴

İslâm hukuku sahasında yapılan bu araştırma aynı zamanda bir mukayeseli hukuk çalışması niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla, bize göre, araştırmada izlenen yöntemi iki yönden ele almak gerekmektedir. Birincisi; konuyu, İslâm hukukunun temel kaynakları ve bu kaynakların kritiği açısından ortaya koyan ve herhangi bir mezhebe bağlı kalmaksızın ele alan yöntem. Buna göre, hem mezhepler arasında hem de tarihi süreç içerisinde aynı mezhep içerisinde meydana gelen görüş farklılıkları tespit edilmeye çalışılmıştır.

¹⁵¹ Bkz. Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, 8, 66.

¹⁵² Söz gelimi, "İslâm devletinde, vergi politikası konusunda, hukukçuların üzerinde ittifak ettikleri muâmele bi'l-misl uygulaması buna örnektir" diyerek karşılıklılık fiili, muâmele bi'l-misl terimi ile ifade edilmiştir. Nitekim devam eden, "hukukçular, İslâm devletine ticarî mallarla giren yabancı ülke vatandaşlarının (ehlu'l- harb) ticarî vergilerden muaf tutulmasının, muâmele bi'l-misl ilkesinin bir gereği olduğunu söylemişlerdir" cümlesinde, karşılıklılık kavramını izah etmek için muâmele bi'l-misl teriminin kullanılması ve nihayet, "İslâm devleti vatandaşı, darulharbde vergiden muaf tutulursa veya ondan belli oranda vergi alırsa, İslâm devleti de harbîlere aynısı ile (*bi'l- misl*) karşılık verir" denilerek, doğası gereği karşılıklılık kavramının kapsamına dâhil olan bu muâmele şeklinin, muâmele bi'l-misl kelimesi kullanılarak izah edilmesi, yukarıdaki tespitimizi doğrulamaktadır. Bkz. Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 39.

¹⁵³ Bkz. Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 46; ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhiyye Mukarene*, 134-135.

¹⁵⁴ Hadduri, 58.

İkincisi ise, araştırmada pozitif/modern uluslararası hukuka da değinildiği ve yer yer onunla mukayese yapıldığı için modern uluslararası hukukun kaynaklarına yaklaşım bakımından söz konusu olan yöntem. Şimdi bu iki yönetime dair ifadelerimizi başlıklar halinde biraz daha açalım.

1. Fıkhî Kaynakların ve Görüşlerin Ele Alınışında İzlenen Yöntem

İslâm hukuku alanında yapılan bu araştırmada, öncelikle kaynak kritiğine önem verilmiş; İslâm hukukunun asli kaynakları (Kur’ân ve Sünnet) yanında, İslâm uluslararası hukukunun teori ve pratiğini ortaya koyan ilk dönem uluslararası hukuk (siyer) kaynakları ele alınmıştır.

İslâm uluslararası hukuku kaynakları, ikincil kaynaklar (*fer’î deliller*) itibariyle de ifade edilecek olursa, “modern hukukçular ve Milletlerarası Adalet Divânı statüsünce kabul edilmiş olan anlaşma, teamül, akıl ve otorite” gibi uluslararası hukuk kaynakları kategorisine de uygun düşmektedir. Nitekim âyet ve hadisler otoriteyi; Hz. Peygamber’in dini tebliğdeki imamet rolünü temsil etmektedir. Sünnet ise, o dönemin Arap toplumlarının geleneğini şekillendiren İslâmî örf ve adet hukukuna yani teamül hukukuna karşılık gelmektedir. Müslümanların gayrimüslimlerle yaptığı antlaşmalardaki kurallar ise “anlaşma” hukukuna girmektedir. Halifenin görüşleri/talimatları/tavsiyeleri, hâkimlerin yargısal kararları (*kazâî hüküm*), müftülerin fetvaları (*diyânî hüküm*) ve hukukî şerhler ise -üretilen-aklı kaynakları/delilleri teşkil etmektedir.¹⁵⁵

İslâm’ın yüksek değerleri ve temel ilkeleri ile bir çatışma olmadıkça modern uluslararası hukukun kabul ettiği uluslararası dayanakları (kaynakları) kabul etmek, İslâm hukuku açısından herhangi bir sakınca teşkil etmez. Başından beri bakıldığında her hukuk sistemi gibi İslâm hukuku da bir ihtiyaçtan; toplumsal, ulusal ve uluslararası sorunların giderilmesi gayesinden doğmuştur. Aradaki fark, İslâm hukukunun temelde dayandığı ilkelerin ve kaynaklandığı hukuk anlayışının dine/vahye dayanıyor olmasıdır. Şüphesiz İslâm hukukunun, uluslararası ilişkilerin tarih içerisinde elde ettiği kazanımlara ve günümüz itibariyle geldiği seviyeye kayıtsız kalamayacağından, her zaman istinad ettiği Kur’an ve Sünnet müsellemler

¹⁵⁵ Bkz. Hadduri, 58.

olmak kaydıyla, modern uluslararası hukuk ile kurumsal olarak bir takım müşterek noktaları paylaştığını söylemek mümkündür.

Bu yaklaşımdan hareketle, “mukâbele uygulamaları” adı altında mütalaa edilen kavramların (*misilleme, zararla mukâbele ve karşılıklılık*), mümkün merteye, 14 asır boyunca kazandığı anlam derinlikleri ve uygulama şekil ve türlerinin ortaya konulmasına çalışılmıştır. Bunun için ilk dönemden günümüze gelinceye kadar ilgili alanda yazılmış en temel/önemli kaynaklara müracaat edilmiştir.

Araştırma, ilk olarak herhangi bir mezhebe bağlı kalınmaksızın, İslâm hukukunun geneli açısından ama daha fazla ehl-i sünnet fıkhı temelinde ele alınmıştır. Araştırma ile alakalı kaynakların, verilerin çokluğu ve farklı mezheplerden âlimlerin görüşleri söz konusu olduğunda bu mezheplerin görüşlerine ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Ayrıca konunun, 19. ve 20. yüzyıldan itibaren genel kabul gören uluslararası hukuka göre ele alınış şekline de temas edilmiştir. Bunun için modern uluslararası hukuktaki uygulama şekillerine bakılmış ve modern uluslararası hukuk kaynaklarına da müracaat edilmiştir.

Araştırma, temelde İslâm uluslararası hukuku açısından ele alınmakla beraber, ortak ve farklı yönlerin tespiti açısından her iki hukuk sistematğinde mevzuuya yaklaşım tarzı ortaya konmuş; bu yapılırken de sadece farklılıkların tespiti yoluna gidilmiş, örtüştürme yapılmamıştır.

2. Uluslararası Hukukun Kaynaklarına Yaklaşımda İzlenen Yöntem

Örf ve adet hukuku kuralları, antlaşmalar hukuku kurallarından daha önce olmaları itibariyle bir öncelik taşırlar.¹⁵⁶ Çünkü iki veya çok taraflı uluslararası antlaşmaların yapılmadığı dönemlerde, uluslararası kuralların tek oluşma biçimi örf ve adetlerdi.¹⁵⁷ Antlaşmaların kaleme alınması ise daha sonraki bir uygulamadır. Ayrıca antlaşmalardan önce de bir uluslararası hukuktan söz edilirse, hiç kuşkusuz bu, örf ve adet hukuku kurallarına denk düşmektedir. Antlaşmalar hukuku kuralları,

¹⁵⁶ Tarihsel süreç içerisinde bakıldığında, örf ve adet hukuku, en eski ve geleneksel kaynak olarak uluslararası hukukun oluşmasında uzun müddet, antlaşmalar hukukuna oranla daha önemli yere sahip olmuştur. Bkz. Crozat, 119; Altuğ, *Devletüstü Hukuk*, 25; Karakoç, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”, 87; Ebû İyd, 141; Sur, 74.

¹⁵⁷ Bkz. Sur, 70.

bir toplumda kendiliğinden oluşan ve zaman içerisinde uygulana gelen örf ve adet hukuku kurallarının bir tür yazılı hale getirilmiş şeklidir.¹⁵⁸

Buna göre mesela, uluslararası hukuk, heterojen bir yapıya sahip olan uluslararası toplumun bireyleri/aktörleri arasında meydana gelen ilişkilerden veya olaylardan oluşmaktadır. Uluslararası olayları açıklamadan da uluslararası kuralları izah etmek zordur.

Uluslararası hukuk bir “örnek olaylar/davalar hukuku” (*law of cases*) olduğundan¹⁵⁹ bu alanda bir çözüme varmak için temelde örnek olaylar üzerinden hareket edilmelidir. Denilebilir ki, örnek olaylar olmadan uluslararası hukuk kurallarını ve uluslararası hukuk düzenini anlatmak mümkün değildir. Dolayısıyla araştırmamızda, mukâbele uygulamalarını ve ilgili kavramları daha iyi izah edebilmek için yeri geldikçe tarih/siyer bilgilerine ve örnek olaylara değinmenin daha faydalı olacağını düşündük.

¹⁵⁸ Crozat, 119.

¹⁵⁹ Örnek olayların uluslararası hukuktaki yeri hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gönübol, Mehmet, “Örnek Olaylarla (Cases) Devletler Hukuku”, *AÜSBFD*, Yeni Matbaa, Cilt: XI, Sayı: 3, Ankara 1957, 207-257.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI VE ULUSLARARASI HUKUKTA YAPTIRIM

I. ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLAR

A. UYUŞMAZLIK KAVRAMI

Uyuşmazlık (dispute), tarafların kendi aralarında, hak veya çıkarlarına ilişkin olarak öne sürmüş oldukları karşıt görüş ve istekler neticesinde yaşanan ihtilafli/gergin ortamdır.¹⁶⁰

Uluslararası uyuşmazlıklar, iki veya daha çok devlet ya da diğer uluslararası hukuk kişisi arasındaki uyuşmazlıklarda anlaşamama; hukukî görüşlerin veya menfaatlerin çatışması olgusudur.¹⁶¹ Daha genel bir ifade ile uyuşmazlıklar, uluslararası hukuk kişileri arasındaki görüş ve menfaat çatışmalarının tümünü kapsamaktadır. Binaenaleyh uluslararası uyuşmazlıklar, herhangi bir uyuşmazlığa dünyanın değişik yerlerindeki devletlerin, hakiki ve hükmi şahısların dâhil olmasıyla meydana gelmektedir.¹⁶²

Uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden en önemli neden olarak kabul edilen uyuşmazlıklar, tarafların olaylara yaklaşımının farklı olmasından kaynaklanmakta olup bu durum zamanla zıtlaşmalara ve düşmanca hareketlere dönüşebilmekte ve neticede savaşa sebebiyet verebilmektedir.¹⁶³

Uluslararası toplumda meydana gelen sorunları nitelendirmede kullanılan başka bir kavram daha vardır ki, buna da “*durum (situation)*” denmektedir. Durum,

¹⁶⁰ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, 1.

¹⁶¹ Pazarcı, *IV. Kitap*, 1; Çaycı, Sadi, “Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Hukuk”, *Stratejik Öngörü 2006 Raporu*, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi(ASAM) [Avrasya Bir Vakfı], Ankara 2006, 8. <http://www.asam.org/temp/kitap_126.pdf>. (08.10.2007).

¹⁶² Erdoğan, Feyiz, *Uluslararası Hukuk ve Hakemlik*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, XVII.

¹⁶³ Erdoğan, *Uluslararası Hukuk ve Hakemlik*, XVII.

uluslararası toplumu genel veya bölgesel bağlamda bir bütün olarak etkileyen bir uyuşmazlık ortaya çıkması halinde söz konusudur.¹⁶⁴

BM Antlaşması'nda, uluslararası sorunların, *uyuşmazlık* ve *durum* kavramlarıyla ele alındığını görmekteyiz. Antlaşmada bu iki kavram arasında bir fark gözetilmesine rağmen bu farkın ölçütünün ne olduğu ortaya konulmamıştır.¹⁶⁵ Fakat genellikle, *durum* kavramının, henüz bütün öğeleri ile ortaya çıkmamış her türlü görüş ayrılıklarını içine aldığı düşünülmektedir. Diğer taraftan öğretilerde, uyuşmazlıktaki görüş ayrılıkları ile durumdaki görüş ayrılıkları arasında bir ölçü farkı bulunmaktadır. Yaygın kanaate göre, “durum” kavramıyla bazen geniş anlam kastedilmekle beraber dar anlamda uyuşmazlık ve dar anlamda durum kavramları ile kastedilen anlam, her türlü görüş ayrılığını ve anlaşmazlığı kapsamaktadır. Dar anlamda durum kavramında, henüz tarafların tutumlarının açık ve net olarak ortaya konulmadığı ve hatta tarafların henüz açıkça belirginleşmediği şeklindeki olguların yer aldığı kanaat hâkimdir. Bu anlamda durum kavramı, dar anlamdaki uyuşmazlığın önceki aşamasını göstermektedir.¹⁶⁶

BM Antlaşması'nın 1/1., 12/1., 34., 35. ve 36. maddelerinde anlaşmazlıklar (*ihtilaf*) ele alınırken *uyuşmazlık* ve *durum* kavramları birlikte zikredilmektedir. Antlaşma'nın 11/3. ve 14. maddelerinde yalnızca *durum* ve 2/3., 27/3., 32., 33., 37. ve 38. maddelerinde de yalnızca *uyuşmazlık* kavramları kullanılmaktadır.¹⁶⁷

Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, 1924 tarihli Mavrommatis Davası'nda yaptığı ve 1926 tarihli Bozkurt-Lotus davasında tekrarladığı tanımlamada uluslararası uyuşmazlığı, “iki devlet arasında hukuksal veya maddi bir nokta üzerindeki anlaşmazlık, hukuksal tezler veya çıkarlar arasında zıtlık ve çatışma” olarak tanımlamıştır. Bu tanımlamada sadece devletler arasındaki uyuşmazlıklardan söz edilmektedir. Fakat geldiği seviye açısından baktığımızda, modern uluslararası hukukun en önemli öznesi devletler olmakla beraber devlet dışı öznelerin de kabul edildiği genel kanaattir. Dolayısıyla uluslararası uyuşmazlık kavramını, uyuşmazlığın

¹⁶⁴ Çaycı, 8. <http://www.asam.org/temp/kitap_126.pdf>.

¹⁶⁵ Belik, Mahmut R., *Devletlerin Harp Selahiyetinin Tahdidi ve Milletlerarası İhtilafların Sulh Yolu ile Halli Usulleri*, 1. Cilt, İÜHF Yy., İstanbul 1956, 146.

¹⁶⁶ Belik, *Devletlerin Harp Selahiyetinin Tahdidi ve Milletlerarası İhtilafların Sulh Yolu ile Halli Usulleri*, 1. Cilt, 146; Pazarcı, IV. Kitap, 69.

¹⁶⁷ Pazarcı, IV. Kitap, 69.

devletler dışındaki özneler arasında da olabileceğini kabul ederek geniş kapsamlı anlamak gerekir.¹⁶⁸

B. UYUŞMAZLIK ÇEŞİTLERİ

Uluslararası uyuşmazlıklar, bu alanın ilim adamları tarafından farklı tür ve kategoride tasnif edilmiş genel olarak şöyle bir ayrıma gidilmiştir: Devletler arasındaki uyuşmazlıkların, siyasî ve hukukî mekanizmalar dediğimiz sulh yoluyla/dostça çözümünün yanında, özellikle askeri olmak üzere ekonomik vasıtaların söz konusu olduğu zorlayıcı ve yasaklayıcı tedbirlerle de, savaşa varmadan, çözüldüklerini görmekteyiz.

Uluslararası öğretilerde, uyuşmazlıkların konusuna bakarak, hukukî ve siyasî/diplomatik olmak üzere bir ayrıma gidilmiştir:

1. Hukukî Uyuşmazlık

Taraflardan birinin görüşünün diğeriyle çatıştığı ve her iki tarafın kendi görüşünde ısrar ettiği bir uyuşmazlıktır.¹⁶⁹ Bu aynı zamanda haklarla ilgili uyuşmazlık olarak da nitelendirilir. Tarafların iddia ve isteklerini uluslararası hukukun kabul ettiği delillere dayandırdığı ve bu hususta uygulanması gereken hukuk kuralının hangisi olduğu konusunda ortaya çıkan anlaşmazlıktır. Bu tür uyuşmazlıklar uluslararası hukuk tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla hukukî uyuşmazlık, mevcut bir hukuk kuralının uygulanmasından veya yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.¹⁷⁰

Türkiye'nin taraf olduğu, yukarıda da bahsedilen Bozkurt-Lotus uyuşmazlığı hukukî uyuşmazlık türüne örnek olarak zikredilebilir.

2. Siyasî/Diplomatik Uyuşmazlık

Yürürlükteki kurala, düzene; bu düzenin değiştirilmesine ilişkin veya uluslararası hukuk kurallarının belirlemediği alanda meydana gelen uyuşmazlıktır.¹⁷¹

¹⁶⁸ Belik, *Devletlerin Harp Selahiyetinin Tahdidi ve Milletlerarası İhtilafların Sulh Yolu ile Halli Usulleri*, 1. Cilt, 75; Pazarcı, *IV. Kitap*, 1; Bozkurt vd., 220.

¹⁶⁹ Bozkurt vd., 221.

¹⁷⁰ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1979, 214; Sur, 277.

¹⁷¹ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 214; Bozkurt vd., 222.

Bu tür uyuşmazlıkların en bariz özelliği, uluslararası hukukun bu konuda henüz bir çözüm/hüküm getirmemiş olmasıdır. Böylesi uyuşmazlıklarda tarafların menfaatleri dengelenmek suretiyle uzlaştırma yoluna gidilmektedir.¹⁷²

II. ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

Tarihin her döneminde, uluslararası topluluklar çeşitli vesilelerle ve şekillerde birbirleriyle irtibat/ilişki halinde olmuşlardır. Bu ilişkiler bazen dostane bazen de hasmane olmuştur. Devletler ve milletler arasında bir ihtilaf meydana gelmişse, hiç kuşkusuz bu ihtilafların artmasına sebep olan en önemli unsurlardan biri, uluslararası düzenin birer tarafı/aktörü olan devletler veya milletler arasındaki ilişkilerin giderek derinleşmesi veya girift hale gelmesidir. Bununla beraber meydana gelen her ihtilafta devletler her zaman, hemen/doğrudan savaşa yoluna gitmezler. Tarihte savaşın hâkim olduğu dönemlerde bile devletler/taraflar, savaşın maliyetli ve külfetli bir vasıta olduğunu; insanların, şehirlerin ve medeniyetlerin yok olmasına yol açacak felaketler doğurabileceğini hep düşünmüşlerdir. Haliyle uyuşmazlıkları doğrudan savaşla değil de savaş öncesi çözüm yollarıyla giderebilmenin imkânlarını aramışlardır. Dolayısıyla hem günümüzde hem de geçmişte böylesi ihtilaflar, öncelikle ya barış yoluyla ya da karşı önlem ve zorlama yollarıyla çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu çözüm metotları daha çok dostane sayılabilecek ilişkiler çerçevesinde düşünülen yollardır.

Uyuşmazlıkların bu iki şekilde çözülememesi durumunda ise taraflar arasında dostane olmayan ilişkiler kapsamında saydığımız bir yol olan savaşa başvurulduğunu görmekteyiz. Son çare olarak kabul edilen savaş, uluslararası hukukça yasaklanmasına rağmen uyuşmazlıkların uluslararası hukuk kurallarına göre çözümünün mümkün olmadığı bir durumda başvuru bir vakiydir.

Uluslararası toplumda, uyuşmazlıkların çözüm yollarının oluşturulması ve geliştirilmesinin konusunu, önceleri uluslararası hukuk kişileri ve özellikle devletler arasındaki uyuşmazlıklar oluşturmaktaydı. Dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümü de yalnızca bu tür uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde ele alınmıştır.¹⁷³

¹⁷² Bozkurt vd., 222.

¹⁷³ Pazarıcı, *IV. Kitap*, 4.

Uluslararası çözüm yollarını; 1) Siyasî/Diplomatik Yollar 2) Hukukî Yollar 3) Uluslararası Örgütler ve İşbirliği Örgütlenmeleri Çerçevesinde Çözüm Yolları diye üç kısma ayırmak mümkündür. Bunlardan ilk ikisi geleneksel çözüm yolları, sonuncusu ise yeni çözüm yolları olarak adlandırılmaktadır.

A. SİYASÎ/DİPLOMATİK ÇÖZÜM YOLLARI

Siyasî uyuşmazlıkların giderilmesinde başvurulan yollardır. Diplomatik yolların hiç birinde, uyuşmazlığa taraf olanları bağlayıcı, uyma zorunluluğu bulunan kararlar alınmamaktadır. Taraflar kendi rızalarıyla alınan kararlara uyarlar. Bu yollar: Diplomasi görüşmeleri, dostça girişim, arabuluculuk, uzlaştırma komisyonları, soruşturma komisyonları şeklinde ifade edilebilir.¹⁷⁴

B. HUKUKÎ ÇÖZÜM YOLLARI

Hukukî çözüm yolları, uyuşmazlıkların çözümünde hukuku uygulayan kurumları ve hukuksal süreci kapsamaktadır. Hukuka dayalı çözümler getirmesi bakımından diğer uyuşmazlıkları giderme yollarından ayrılmaktadırlar. Hukukî Çözüm Yolları: Yargısal Çözüm Yolları ve Uluslararası Örgütlerce Geliştirilen Çözüm Yolları¹⁷⁵ olmak üzere temelde ikiye ayrılır. Yargısal çözüm yolları da Uluslararası Hakemlik ve Uluslararası Mahkemeler diye ikiye ayrılır.¹⁷⁶ Milletler Cemiyeti Misakı'nın 12. maddesi ile BM Antlaşması'nın 33. maddesi devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak yargısal yolları, *hakemlik* ve *yargı yolu* diye ayrı ayrı gösterir.¹⁷⁷

1. Yargısal Çözüm Yolları

Yargısal çözüm yollarını yargı dışı çözüm yollarından ayıran en önemli nitelik, uyuşmazlıkların çözümünde sadece hukuku esas almakla kalmaması, buna

¹⁷⁴ Bkz. Bozkurt vd., 224-245.

¹⁷⁵ Uluslararası örgütler olarak Milletler Cemiyeti(MC), Birleşmiş Milletler(BM) ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) bünyesinde bir takım uyuşmazlık çözüm yolları ortaya konulmuştur. Fakat bu örgütlerden AGİT'in ortaya koyduğu çözüm yolları, bir iki istisnâ düzenleme hariç, hukukî olmaktan çok siyasî nitelikli olarak düzenlenmiştir. Bu yönüyle AGİT, MC ve BM'nin öngördüğü geleneksel barışçı çözüm yollarından önemli bir farklılığa sahiptir. Bkz. Pazarıcı, *IV. Kitap*, 80.

¹⁷⁶ Pazarıcı, *IV. Kitap*, 16-67; Bozkurt vd., 245-249.

¹⁷⁷ Bozkurt vd., 247.

ilave olarak yargısal yollarla alınan kararların tarafları bağlayıcı özellik taşımasıdır.¹⁷⁸

Gerek siyasî/diplomatik çözüm yollarına gerekse yargısal çözüm yollarına başvurmada, tarafların bu yollarla kendilerini bağlı, sorumlu addetmeleri yönündeki irade beyanları uluslararası hukuk düzeninin oluşturulması açısından fevkalade önem taşımaktadır.

Hukukî çözüm yolları içinde mütalaa edilen fakat siyasî çözüm yolları ve - hukukî çözüm yollarından- yargısal çözüm yolları gibi geleneksel olmayan çözüm yolları ise, uluslararası örgütlerce geliştirilen çözüm yollarıdır. Şimdi bu konunun üzerinde duralım.

2. Uluslararası Örgütlerce Geliştirilen Çözüm Yolları

Milletler Cemiyeti kuruluncaya kadar uyuşmazlıkların çözümü ile ilgilenen herhangi bir milletlerarası örgüt yoktu. Milletler Cemiyeti ve ardından Birleşmiş Milletler'in kurulmasıyla taraflar/devletler uyuşmazlıkların giderilmesinde yeni bir fırsat elde etmiş oldular. Uluslararası nitelikteki bu örgütlerin uyuşmazlıklara barışçı çözüm arama çabası, uyuşmazlıkların, sadece tarafları değil uluslararası toplumu/düzeni de ilgilendirdiği düşüncesine dayanmaktadır.¹⁷⁹

İlk çağlardan başlayarak Milletler Cemiyeti Misakı'na gelinceye kadar giderek çeşitlenen uluslararası hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yolları, uzun süre kuvvet kullanmanın isteğe bağlı bir seçeneğini oluşturmuştur. Modern uluslararası hukuk telakkisi açısından bu çözüm yolu artık devletlerin tek başlarına başvurabilecekleri bir tedbir olmaktan çıkmıştır.

Milletler Cemiyeti Misakı'nın 13. ve 15. maddeleri ile ilk olarak üye devletler kuvvete başvurmadan önce uyuşmazlıklarını barışçı yollarla çözme taahhüdünü kabul etmişlerdir.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Pazarcı, *IV. Kitap*, 16.

¹⁷⁹ Bozkurt vd., 249.

¹⁸⁰ Gündüz, 9-10.

Milletler Cemiyeti Misakı ile kuvvete başvurma yolu tamamen kapatılmamakla beraber, bu yola başvurmadan önce uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümü şartı getirilmiştir.

“Uluslararası işbirliğini geliştirmek, uluslararası barış ve güvenliği korumak” amacıyla kurulmuş olmasına rağmen getirdiği sistemde devletlerin savaş yetkisini kaldırmamış, sadece sınırlandırmıştı. Savaşa getirilen sınırlamalar, uyuşmazlıkların barışçı bir şekilde çözülmesi yollarıyla desteklenmiş oldu. Diğer bir ifade ile devletler, savaşa girişmeden önce uyuşmazlıkların çözümünü sağlayacak bazı barışçı çözüm usullerine müracaat etmek zorunda kaldılar.¹⁸¹

27 Ağustos 1928 tarihli Briand-Kellogg (Paris) Misakı,¹⁸² uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için kuvvet kullanmayı tamamen yasaklamıştır. Paris Misakı, bir yandan, uyuşmazlıkların çözümü için savaşa başvurmayı yasaklarken, diğer yandan, taraflara görüş ayrılıklarını barışçı şekilde çözme zorunluluğu getirmektedir. Paris Misakı, bütün saldırı savaşlarını yasaklamakla, Milletler Cemiyeti Misakı’ndan daha ileri bir hedefi göstermektedir.¹⁸³ Fakat buna rağmen Paris Misakı’nda dahi meşru müdafaa savaşları, Misak’ı ihlal eden devlete karşı savaş ilanı yasaklanmamış ve savaşa varmayan kuvvet kullanımlarının durumu çözülmemiştir.¹⁸⁴ Dolayısıyla Misak, ihlal edilmesi ve yalnızca Misak’ı imzalayan devletleri bağlaması sebebiyle fazla etkili olamamış ama yine de II. Dünya Savaşı’na kadar uluslararası ilişkilerde gönderme yapılan güvenilir belge olarak mahiyetini korumuştur.¹⁸⁵

Daha sonra BM Antlaşması’nın 2/4 maddesi ile bazı istisnalar¹⁸⁶ dışında kuvvet kullanımının yasaklanması ve 2/3 maddesi ile ‘üye devletlerin

¹⁸¹ Gündüz, 3-4.

¹⁸² Fransa ile ABD dışişleri bakanlarının gayretleri ile 15 ülke arasında imzalanmış, çok taraflı, evrensel amaçlı ve kural koyucu bir antlaşmadır. Bu antlaşmanın birinci maddesinde, taraf ülkeler, devletler arasındaki uyuşmazlıkları gidermede, kuvvet kullanımından tümüyle sakınacaklarını ilan etmektedir. Bkz. Mustafâ, Munâ Mahmûd, *İstihdâmu'l-Kuvveti'l-Muselleha fi'l-Kânûni'd-Devli beyne'l-Hazr ve'l-İbâha*, Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Kahire 1989, 9 (ve 1 no'lu dipnot); Gündüz, 15.

¹⁸³ Abdusselâm, Cafer, *Kavâidu'l-Alâkâti'd-Devliyye fi'l-Kânûni'd-Devli ve fi's-Şeriatî'l-İslâmiyye*, Mektebetu's-Selâmi'l-Alemiyye, Kahire 1981, 700; Gündüz, 15.

¹⁸⁴ Abdusselâm, 701; Gündüz, 15.

¹⁸⁵ Sönmezoğlu, Faruk vd., 80.

¹⁸⁶ BM Antlaşması’nda da belirtildiği gibi, bu istisnalar, *meşru müdafaa* ve *hukuku uygulamak* maksadıyla kuvvet kullanılmasıdır. Doğal olarak buradan anlaşılan husus, BM Antlaşması’nda

uyuşmazlıklarını barışçı yollarla çözmesi' kurallarının konulması, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözülmesini hukuksal zorunluluk haline getirmiştir.¹⁸⁷ Çünkü Antlaşmada, uluslararası barışı ve güvenliği sağlamak, uluslararası işbirliği ve dostça ilişkileri geliştirmek, uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözmek temel hedef olarak belirlenmiştir.

BM Antlaşması'nı Milletler Cemiyeti'nden ayıran en önemli vasıf, meşru müdafaa dışındaki her türlü kuvvet kullanımının yasaklanmış olması (md.2/4) ve gerektiğinde buna müeyyideler getirmesidir. Burada BM'nin uluslararası hukuk açısından yeni bir kural vaz etmiş olması dikkat çekicidir.¹⁸⁸

Diğer bir ifade ile BM Antlaşması'nın 2/4. maddesi, daha önce meşru sayılan ancak savaşı çağrıştırdıkları veya savaşa sebebiyet verdikleri için uluslararası hukuk düzeni tarafından devletlerin elinden alınan bir tasarruf olan karşı önlem ve zorlama yollarını, artık devletlerin, tercihlerine bağlı olarak gerçekleştirebilecekleri fiiller olmaktan çıkarmıştır.

BM Antlaşması'nın VI. Bölümü, uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümüne ayrılmış olup uyuşmazlıkların, öncelikle, taraflarca belirlenecek barışçı yollarla çözülmesi ilkesini içermektedir.¹⁸⁹ "Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü" başlığını taşıyan bu bölümün 33/1. maddesi üye devletlere uluslararası barış ve güvenliği tehdit edebilecek uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözülmesi yükümlülüğünü getirmektedir. Başlıca çözüm yolları olarak da; görüşme, soruşturma, arabuluculuk, uzlaştırma, hakemlik, yargı, bölgesel örgütlere ve anlaşmalara başvurma ya da tarafların kendilerinin seçeceği başka barışçı yollara yer vermektedir.¹⁹⁰ Ayrıca Antlaşma'nın bu bölümünde "uyuşmazlıkların önce barışçıl yollarla çözülmesi" istenmiş, bunun mümkün olmaması durumunda, aynı antlaşmanın VII. Bölümü'nde

hukuka uygun ve hukuka aykırı olmak üzere temelde iki ayrı kuvvet kullanma durumları söz konusudur. Bkz. Keskin, Funda, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler*, Mülkiyeliler Vakfı Yy., Ankara 1998, 20.

¹⁸⁷ Pazarcı, *IV. Kitap*, 4.

¹⁸⁸ Bozkurt vd., 44.

¹⁸⁹ Bozkurt vd., 249.

¹⁹⁰ Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 218; Gündüz, 31; Pazarcı, *IV. Kitap*, 4.

“barışın tehdidi, bozulması ve saldırı eylemi durumlarında alınacak önlemler” üzerinde durulmuştur.¹⁹¹

BM Antlaşması, hem VI. Bölüm’de hem de VII. Bölüm’de uyuşmazlıkların kademeli olarak ve ne şekilde çözüme kavuşturulacağını açıkça ortaya koymuştur. Ayrıca BM Antlaşması’na göre, “barışın tehdit edilmesi, bozulması ve saldırı eylemi durumunda”, artık sadece BM Teşkilatı kararına göre hareket edilebileceği ve yine zararlar mukâbele fiiline, BM öncülüğünde, hukuken mümkün olmasa bile içinde muhtemel bir savaşın da yer alabileceği kuvvet kullanma adıyla başvurulabileceği kararlaştırılmıştır.

BM Antlaşması’nda, özellikle *savaş* tabirine yer verilmemekle savaşın yasaklandığı ima edilmiş olmasına rağmen, BM üyelerinden birinin silahlı saldırıya uğraması halinde ve BM Güvenlik Meclisi’ne bildirilmek şartıyla kuvvet kullanmaya izin verilmiştir.¹⁹² Bu durumda barış ve güvenliğin muhafazası için gerekli tedbir alınıncaya kadar, saldırıya uğrayan taraf, tabî olan münferit veya müşterek müdafaa hakkını kullanabilmektedir. Ayrıca Güvenlik Meclisi de BM Antlaşması’na dayanarak, gerekli görürse, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için harekette bulunabilmektedir.¹⁹³

III. ULUSLARARASI HUKUKTA YAPTIRIM

Hukuk düzenleri varlıklarını devam ettirebilmek için uyulması zorunlu kurallar koymak ve örgütlenmiş toplumsal yapısıyla bu kurallara uyulmasını bir yaptırıma bağlamak zorundadır. Bütün hukuk düzenlerinde kurallara uyulmaması durumunda harekete geçen bir yetkili merciin mevcut olduğu kuşkusuzdur. Çünkü toplum düzeni için kuralların oluşturulması, bunlara uymayı gerektiren bir toplumsal otoritenin varlığını da zorunlu kılar. Uluslararası hukuk kuralları, iç hukuktakinden farklı olarak, tek bir kanun koyucuya bağlı olarak oluşturulmaz.¹⁹⁴ Belki de bu

¹⁹¹ Bkz. BM Antlaşması, Bölüm VI, md. 33-38 ve Bölüm VII, md. 39-51.

¹⁹² BM üyelerinden biri ve bir saldırının hedefi olarak Türkiye de, Kıbrıs’taki Rum saldırı ve soykırımına son vermek için uluslararası barış ve güvenliğin muhafazası adına meşru müdafaa hakkını kullanmıştır. Her iki halk adına adaya barış getirmek maksadıyla, kuvvet kullanmanın zaruretine istinaden, Türkiye’nin 1974’te Kıbrıs’a gerçekleştirdiği çıkartma, zararlar mukâbele fiillerine örnek sayılabilecek bir girişimdir.

¹⁹³ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 132-133.

¹⁹⁴ Pazarıcı, *I. Kitap*, 6.

yüzden uluslararası aktörleri/devletleri bağlayan bir üst otoritenin varlığı anlamında, modern uluslararası hukuk, iç/ulusal hukuktakine benzer etkinlikte (gerçek) bir müeyyide gücünden/sisteminden yoksun olduğu iddia edilmiştir.¹⁹⁵ Ayrıca modern uluslararası hukuk oluşumunu 16. yüzyıldan sonra gerçekleştirmeye başladığı için yaptırım bakımından fazla gelişmemiştir.¹⁹⁶ Dolayısıyla yaptırım meselesi belki de en fazla uluslararası hukuk için tartışılır olmuştur.

Aslında bu tartışmanın temelinde bir de, teorik olarak, uluslararası hukukta bağımsız ve egemen bir otoriteye sahip olan devletleri, hak ve menfaat ihlaline sebep olan fiillerinden dolayı yargılayacak merkezi bir otoritenin kabul edilmesinin mümkün olmaması yatmaktadır. Çünkü devletlerin kendilerini mutlak egemen olarak kabul ederek egemenliklerinden taviz vermekten kaçınmaları, uluslararası hukuk kurallarının oluşturulmasında önemli zorluk teşkil etmektedir.¹⁹⁷

Sonuçta, devletlerin bağımsız oluşu, egemenliklerine olan bağlılıkları ve kendilerinden üstün bir otorite tanımamaları, devletleri, uluslararası hukuk kurallarına uymaya zorlayacak vasıta ve tedbirlerin mevcut olmaması gibi söz konusu alanda yeterli *yaptırım* olmadığını ima eden düşüncelere istinaden, bu hukukun gerçek manada bir hukuk sayılamayacağı şeklinde bir tartışma ortaya çıkmıştır.¹⁹⁸

Fakat buna rağmen giderek örgütlenen ve BM'nin kurulmasından sonra farklı bir yapıya kavuşan uluslararası hukuk düzeni, zamanla, devletlerin çeşitli antlaşmalarla veya oluşumlarla tesis ettikleri otokontrol mekanizması üzerine oturtulmuştur. Böylece oluşturulan uluslararası hukuk düzeni, tarafların, kendi belirledikleri kurallara uymaları nispetinde bir müeyyideye sahip olacaktır.

¹⁹⁵ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 121; Crozat, 27; Sönmezoğlu, Faruk vd., 325.

Mesela Meray'a göre, içinde bulunduğu sosyal ve psikolojik şartlar ölçüsünde teşkilatlanmış ve iç hukuk kadar etkili ve gelişmiş olmayan uluslararası hukuk, özellikle icra kuvveti bakımından eksik bir pozitif hukuktur. Bkz. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 65.

¹⁹⁶ Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 64.

Vecdi Aral da, "henüz ilkel bir konumda olan uluslararası hukuk alanı, iç hukuk düzenlerinin çoktan aşmış buldukları bir evrimin ancak başlangıcındadır" diyerek uluslararası hukukun iç hukuka oranla daha yeni olduğu gerçeğine işaret etmektedir. Bkz. *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 23.

¹⁹⁷ Aydın, Devrim, "Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi", *AÜSBFD*, Cilt: LI (51), Sayı: 4, Ankara 2002, 132.

¹⁹⁸ Özman, 3.

Uluslararası toplumda, modern uluslararası hukukun işleyişini/uygulanışını üstlenen (kontrol eden) “tek bir (tarafsız) merkezi otorite (*tenfiz gücü/yürütme organı/uygulatıcı güç*)” olmadığı,¹⁹⁹ bu otoritenin başta devletler olmak üzere kısmen uluslararası örgütlerce oluşturulduğu malumdur. Hemen belirtelim ki, iç hukuktan farklı olarak uluslararası hukuk düzeninde *merkezî bir otoritenin* olmaması, uluslararası hukukun bir otoriteden (veya bir yaptırımlar sisteminden) yoksun olduğu anlamına gelmez.²⁰⁰ Aksine bu, uluslararası hukuka özgü, onu iç hukuktan ayıran ve kendi örgütlenme biçimiyle alakalı olan olgusal bir durumdur. Ayrıca uluslararası hukukun, hem devletler hem de uluslararası örgütlerin tümü tarafından uyulması zorunlu kurallar ihtiva ettiği de herkesin kabulüdür.²⁰¹ Bu durumda uluslararası hukukun bağlayıcılığı, iç hukuktaki devlet gibi üstün bir otoritenin varlığına değil, devletlerin uluslararası hukukun bağlayıcılık özelliğini tanıyor olmalarına dayanmaktadır.²⁰² Haliyle uluslararası hukuk kuralları da taraflarının bu kurallara duydukları saygı ve onların uygulanmaları hususunda gösterdikleri hassasiyetle orantılı olarak işlerlik kazanmaktadır.²⁰³

Uluslararası hukukun uyulması zorunlu kuralları kapsadığı bütün devletlerce ve öteki uluslararası kişilerce kabul edilmektedir. Uluslararası hukuk kurallarının bağlayıcılığı, devletlerin kendilerine bu niteliği tanımamasından kaynaklanmaktadır.²⁰⁴ Günümüzde, bazı devletlerin, uluslararası hukuk düzenini hiçe sayarak keyfî hareket etmesine bakılarak uluslararası hukukun meşruiyetini ya da mevcudiyetini sorgulama noktasına gelinmesi, uluslararası bir hukuk düzeninin var olduğu ve sahip olması gereken tüm özellikleri içerisinde barındırdığı gerçeğini değiştirmez.

¹⁹⁹ Bkz. Tabbara, 397; Pazarcı, *I. Kitap*, 7; Karakoç, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”, 87.

“*Merkezî bir otoritenin yokluğu*” ile kastedilen şey; iç hukukta, toplum düzenini sağlayan ve düzenleyici etkiyi elinde bulunduran bir gücün (*devlet*) olmasına rağmen, uluslararası hukuk düzeninde devletin üstünde yer alan, yaptırımları tek elden uygulayan ve devletin bağımsızlığını sınırlayan bir otoritenin olmamasıdır. Bkz. Pazarcı, *I. Kitap*, 8.

²⁰⁰ Aydın, “Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi”, 132.

²⁰¹ Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 23; Acer, Yücel/Kaya, İbrahim, *Uluslararası Hukuk (Temel Ders Kitabı)*, USAK Yy., Ankara 2010, 12, 14, 15.

²⁰² Bkz. Pazarcı, *I. Kitap*, 6, 7; Polat, 30; Acer, Yücel/Kaya, İbrahim, 14, 15.

²⁰³ Bkz. Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 23.

²⁰⁴ Pazarcı, *I. Kitap*, 6.

Uluslararası hukukta yaptırım, uluslararası hukukun ihlali halinde, uluslararası toplum düzenini korumak ve ihlalden önceki hale getirmek için yine uluslararası hukukun muhatapları tarafından belirlenen müeyyidelerdir.

Bazı yaptırım türleri, devletler arasındaki dostane ilişkiler havasında gerçekleşir ki bunlar; medeni yaptırımlar, eski hale getirme, tazminat, açıklama ve tatmin olarak sıralanabilir.²⁰⁵

Çoğu kez, hasmane ilişkiler kapsamında gerçekleşen ancak savaşa varmayan zorlama yolları olarak nitelendirilen yaptırımlar vardır ki bunlar da; misilleme (retorsion, retaliation), zararlarla mukâbele (reprisal), karşılıklılık (reciprocity), meşru müdafaa hakkı (yurt savunması: “self-defence”, hak ve menfaatlerin bizzat savunulması (ihkâk-ı hak): “self-help”) ve diğer uluslararası yaptırımlar (sanctions)dır.²⁰⁶

Uluslararası hukuka aykırı bir fiilin varlığı durumunda bu fiilin ortadan kaldırılması ve hukuksal etkisinin giderilmesi için uluslararası toplumu oluşturan tüm aktörler (devletler ve uluslararası örgütler) birçok zorlayıcı önleme başvurmaktadırlar. Ancak başvurulmuş bu önlemler her zaman, söz konusu fiilin hukuksal etkisini doğrudan ortadan kaldırıcı ya da tek başına düzensizliği giderici bir sonuç doğurmadığı için teknik anlamda hukuksal yaptırım niteliği göstermemektedir. Bununla birlikte, birçok olayda alınan böylesi önlemlerin en azından caydırıcı bir niteliğinin bulunduğu da inkâr edilemez.²⁰⁷ Savaşa varmayan zorlama yollarından olan mukâbele uygulamaları, bu niteliği itibariyle, uluslararası hukuka uyulmasını sağlamada önemli bir etken olabilmektedir.

Klasik uluslararası hukuk öğretisinde, uluslararası hukukun yaptırımlarının sadece zararlarla mukâbele ile savaş olduğu fikri iddia edilmiştir. Fakat 20. yüzyılın başından itibaren uluslararası düzende hâkim olan anlayışa göre, “savaş” ile “zararlarla mukâbele” fiillerinin bir yaptırım şekli olarak meşru sayılamayacağı ve tek bir devlet tarafından bunlara yaptırım amacıyla başvurulamayacağı fikri ağırlığını hissettirmeye

²⁰⁵ Çaycı, 10. <http://www.asam.org/temp/kitap_126.pdf>.

²⁰⁶ United Nations, *YILC 1991*, II, 8-11; Çaycı, 10. <http://www.asam.org/temp/kitap_126.pdf>.

²⁰⁷ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, III. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara 1994, 189.

başlamıştır. Özellikle uluslararası örgütlerin, uygulamaları ile uluslararası alanda etkinliklerini artırmaları sonucunda bu fikir daha da yer etmiştir.²⁰⁸

Savaşa varmayan zorlama yöntemlerine başvuran devletin amacı, karşı tarafı tamamen etkisiz hale getirmek gibi genel değil, belirli haklara veya çıkarlara yönelik sınırlı bir amaçtır.²⁰⁹ Nitekim bir devletin, kendi başına başka devlete yaptırım uygulamaya kalkması uluslararası düzeni kargaşaya sokabilecek neticeler doğurabilir. Tıpkı iç hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da yaptırımların bir kurum/otorite tarafından gerçekleştirilmesi, hem hukukun hem de uluslararası aktörlerin arzu ettiği bir durumdur. Dolayısıyla zararlarla mukâbele fiilini gerekçe göstererek bir devletin diğerine yaptırımda bulunması, günümüzde gelinen seviye itibariyle ne doktrinde ne de uygulamada kabul edilmektedir. Bu noktada uluslararası mahkemelerin kararları, BM Teşkilatı'nın aldığı kararlar ve ortaya koyduğu uygulamalar belirleyici olmaktadır.

Bugün uluslararası hukukun ulaştığı seviye, kuvvet kullanımının yasaklanmasıdır. BM Antlaşması, Güvenlik Konseyi kararı ve meşru müdafaa halleri dışında kuvvet kullanımını yasaklamıştır. Bu durumda uluslararası toplum düzeninin korunması veya tarafların mağduriyetinin giderilmesi için eskiden beri uygulanan ve halen de geçerli olan müeyyide ya misillemedir²¹⁰ veya meşru müdafaa durumunda savaştır.²¹¹

Meşru müdafaa²¹² ile uluslararası hukukun kabul ettiği çerçevede zararlarla mukâbele fiilleri, *uluslararası hukuka aykırı nitelikte* olup bir takım koşullarda yasallık kazanan fiillerdir. Dolayısıyla bunlar için bir takım sorumluluklar söz

²⁰⁸ Özman, 65.

²⁰⁹ Bozkurt vd., 252.

²¹⁰ Burada, eskiden beri uygulana geldiği söylenen *misillemenin mukâbele bi'l-misl* anlamında kullanıldığını ifade etmek gerekir. Bu durumda mukâbele bi'l-misl kavramının kapsamına zararlarla mukâbele fiili de dâhil olmaktadır. Nitekim başlangıçtan son iki asra kadar misilleme veya mukâbele bi'l-misl kavramıyla ifade edilen mukâbele fiilleri modern uluslararası hukukta, teori ve pratik itibariyle birbirlerinden çok net bir şekilde ortaya konmuşlardır. Dolayısıyla, mağduriyet (haksızlık) giderici müeyyide fiillerini, misilleme ve meşru müdafaa ile sınırlandırmamak, belli şartlarla (sınırlı) da olsa zararlarla mukâbele fiilini de bunlara ilave etmek gerekir.

²¹¹ Crozat, 27.

²¹² Meşru müdafaa, bir devletin başlamış veya başlaması muhakkak olan ve hiçbir şekilde kaçınılması mümkün olmayan haksız saldırısını, buna maruz kalan devletin, saldırıya son vermek için teknik bakımdan gerekli derecede tedbirle savmasıdır. Bkz. Bilsel, *Devletler Hukuku, I. Kitap (Devletler)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları (no:150), İstanbul 1941, 304.

konusu olmamaktadır. Uluslararası hukukun olağan şartlarda yasakladığı bir fiilden zarar gören taraf, aynı nitelikte ya da benzeri bir fiille buna karşılık veriyorsa, bu fiilin yasallık kazandığını ve böylece uluslararası sorumluluğun düştüğünü söylemek mümkündür.²¹³ Fakat hem zararlar mukâbelenin ve silahlı misillemenin hem de meşru müdafanın öyle gelişi güzel değil de, belli şartlar çerçevesinde ve uluslararası örgütlerce kabul edilen kaidelere göre yürütülmesi gerekmektedir.²¹⁴

BM Antlaşması'nın 51. maddesi misillemenin askeri güç kullanımını içermemesi gerektiğini belirtmiştir. Burada *silahlı misilleme* kavramı gündeme gelmektedir. Silahlı misillemenin, bazı durumlarda/şartlarda yasal olduğunu savunanlar²¹⁵ olmakla beraber, uluslararası hukuka aykırılığı konusunda antlaşmalar hukuku kesin hükümler getirmiştir.²¹⁶ Çünkü silahlı misillemenin temelinde cezalandırma düşüncesi bulunmaktadır. BM Güvenlik Konseyi de birçok defa, silahlı misillemenin BM'nin amaç ve ilkelerine ters düştüğünü belirtmiştir. Ayrıca 1970 tarihli Dostça İlişkiler Bildirisi de, “devletlerin, kuvvet kullanımını içeren misilleme hareketlerinden kaçınma görevi vardır (1. ilke)” diyerek²¹⁷ bu konuda net bir yasaklama getirmiştir.²¹⁸

²¹³ Pazarcı, *III. Kitap*, 169-170.

²¹⁴ BM Antlaşması (md. 51'de), meşru müdafaa hakkının nasıl ve hangi şartlarda kullanılacağını düzenlemektedir. Bir devletin böyle bir hakkı öne sürebilmesi için, silahlı bir saldırıya maruz kalması gerekir. Bkz. Aral, Berdal, *Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999, 161.

²¹⁵ Oscar Schachter gibi hukukçulara göre, *önleyici silahlı misilleme* durumunda misilleme fiili yasal kabul edilmelidir. Yoram Dinstein gibi hukukçulara göre *savunma amaçlı bir silahlı misilleme* fiili ile *zaruret hali* de yasal kabul edilmelidir. Bkz. Aral, *Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı*, 56, 57, 59.

²¹⁶ BM Antlaşması'nın 51. maddesi, meşru müdafaa hakkı dışındaki kuvvet kullanımlarını yasaklarken, askerî/silahlı güç kullanımı içeren *misilleme* (ve *zararla mukâbele*)nin de bu yasak kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bkz. Aral, *Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı*, 5, 55-56.

²¹⁷ Bkz. Gündüz, 52.

²¹⁸ Aral, *Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı*, 59.

İKİNCİ BÖLÜM

MUKÂBELE UYGULAMALARI VE TÜRLERİ

I. MUKÂBELE UYGULAMALARI KAVRAMI VE MAHİYETİ

A. TANIMLAMALAR

1. Mukâbelenin Tanımı

Mukâbele tabiri, Arapça *kibel* (taraf, cihet/yön)den¹ gelmektedir.² Mukâbele kelimesi birkaç manaya gelmektedir: 1) Bir işin, davranışın gerektirdiği karşı davranış veya iş, karşılık. 2) Birbirine karşı koyma, çatışma. 3) İki şeyi yan yana koyarak veya iki yazıyı biri okumak, diğeri takip etmek suretiyle karşılaştırma. 4) Karşı karşıya bulunma, yüz yüze gelme.³ Burada mukâbelenin, hem işlenen bir fiilin karşılığı olması hem de bir karşı koyma ve çatışmayı ifade etmesi bakımından ilk iki anlamının konumuzla ilgili olduğunu söyleyebiliriz.

Mukâbele kelimesinin, mukâbele uygulamaları kavramıyla ilgili birkaç deyim içerisinde kullanıldığını görmekteyiz. Bunlardan biri, karşılık vermek, karşı koymak, direnmek veya karşılıklı çatışmaya girmek anlamlarına gelen *mukâbele etmek* ya da *mukâbelede bulunmak* ifadesidir. Bir diğeri ise, bir söz veya davranışa karşı aynıyla

¹ Kibel'in taraf, yön (*cihet*) anlamları için bkz. el-Ezherî, Ebû Mansûr Muhammed b. Ahmed, *Tehzibu'l-Luğa*, I-XV, Thk. Abdusselâm Muhammed Hârûn vd., ed-Dâru'l-Mısıriyye li't-Te'lif ve't-Terceme, Kahire ty., IX, 164, 166, 168; İbn Zekeriyâ, Ebu'l-Huseyin, Ahmed b. Fâris, *Mu'cemu Mekâyisi'l-Luğa*, I-VI, Tahkik ve Zabt: Abdusselâm Muhammed Hârûn, Dâru'l-Cil, Beyrût ty., V, 52; el-Cevherî, Ebû Nasr İsmâil b. Hammâd, *es-Sihâh Tâcu'l-Luğa ve Sihâhu'l-Arabiyye*, I-VI, Thk. Ahmed Abdulğafûr Attâr, Dâru'l-İlmi'l-Melâyîn, Beyrût 1990, V, 1797.

² Mesela İbn Zekeriyâ (ö.395/1004), el-Cevherî (ö.400/1009) ve İbn Manzûr (ö.711/1311), kulağı, yüzü tarafından (*kibel*) kesilen koyuna, el-mukâbele (*şâ tun mukâbeletun*); kulağı, kafası tarafından (*kibel*) kesilen koyuna da, el-müdâbere (*şâ tun müdâberetun*) denildiğini aktarmaktadır. Bkz. el-Cevherî, V, 1797; İbn Zekeriyâ, V, 52; İbn Manzûr, XI, 20. Ayrıca bkz. Âsim Efendi, III, 322. Bahsi geçen yerlerde kullanılan mukâbele ifadesinin, kibel (yön, taraf) kelimesiyle olan anlam yakınlığına dikkat edilmelidir.

³ Mukâbele (*el-mukâbele*)nin, muvâcehe anlamında karşılıklı olma (yüz yüze gelme), misline karşılık gelme ve (Hicr, 15/47'de olduğu gibi) karşı karşıya oturma (*mutekâbilin*) anlamları için bkz. İbn Manzûr, XI, 21; Âsim Efendi, III, 319, 320. Ayrıca bkz. Sâmi, Ş., *Kâmûsi Türkî*, Dersaadet (nşr. Ahmed Cevdet), İstanbul 1317, 1386; Devellioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Aydın Kitabevi Yy., Ankara 2006, 677; Ayverdi, İlhan, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, (red.-etm. Ahmet Topaloğlu), I-III, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul 2006, II, 2131.

karşılık verme, misilleme anlamında *mukâbele bi'l-misl* deyimidir.⁴ Burada *zararla mukâbele* anlamına gelen mukâbele bi'l misl ile misilleme birbirinin anlamdaşı olarak kullanılmıştır.⁵ Kelime anlamı itibariyle böyle bir benzerlik kurmanın imkânından hareketle İslâm hukukunda da böyle kullanımların mümkün ve vaki olduğunu görmekteyiz.

2. Mukâbele Uygulamalarının Tanımı

Bilindiği gibi, modern uluslararası hukukta, bir devletin ortaya koyduğu, hukuka, ahlaka ve uluslararası nezaket kurallarına aykırı veya yabancı vatandaşların hakları ile ilgili bir fiile karşılık diğer devletin başvurduğu mukâbele uygulamaları; *misilleme*, *zararla mukâbele* ve *karşılıklılık* diye üç ayrı başlık/ad altında ifade edilmektedir.⁶ Buna karşılık, İslâm hukukunda, devletler arasında ortaya çıkan bu fiillerin her birisi için ayrı ayrı kullanılan, net ve literatürde yer etmiş mücerred terimlerden ziyade her biri diğerinin yerine kullanılabilen birçok terimden söz etmek gerekir.⁷ Fakat modern hukukta tespit edilen bu üç ayrı mukâbele çeşidini İslâm hukuku açısından ele aldığımızda, bunlar sonuçta bir ‘karşılık verme (*mukâbele*)’⁸ hususunda mutabık olsalar bile, karşılığın mahiyeti ve hukukî neticeleri itibariyle farklılık gösterirler.⁹

Mukâbele uygulamalarını, mahiyet ve hukukî neticeleri bakımından ele alırken temelde şöyle bir ayırma gitmemiz gerekir: Mukâbele uygulamalarından misilleme, uluslararası hukuka uygun ama devletlerin menfaatlerini ihlale yönelik

⁴ Sâmi, *Kâmûsi Türkî*, 1386; *TDK Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yy., Ankara 2005, 1417; Ayverdi, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, II, 2131.

⁵ Bkz. Devellioğlu, 677.

⁶ Özel, “İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık”, 49; a.mlf., *İslâm ve Terör Fıkhî Bir Yaklaşım*, 80, 82.

⁷ Söz gelimi misilleme (rétorsion) terimi için, “mislile mukabele” ve (dipnotta) “mukabelei bilmisil”; zararlar mukâbele (représailles) terimi için ise, “mütakabil muamele” ve (dipnotta) “muamelei mütakabile” karşılıklarının kullanılması hususunda bkz. Le Fur, 470. Ayrıca bkz. Özel, “İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık”, 49.

⁸ “Muâmele bi'l-misl”, “mukâbele bi'l-misl”, “mütakabiliyet”, “mukâbele”...vb tabirlerin hepsi, Türkçe’de sadece *karşılık verme* anlamıyla ifade edilmektedir. Üç ayrı kavramın karşılığı olarak “karşılık verme” tabirinin kullanılması, mukâbele uygulamalarının hepsinin içinde barındırdığı “(bir şeyin/fiilin) karşılığı olma” niteliğini ifade etmesindedir. Nitekim hukuk sözlüklerinde (Bkz. Şafak, 367; Erdoğan, *Fıkah ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 381, 394, 438) ve bazı kaynaklarda (Meray, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 233; Pazarcı, *III. Kitap*, 201, 204; Özel, “İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık”, 58) her üç kavramın “karşılık verme” ortak anlamı etrafında açıklandıklarını görmekteyiz.

⁹ Bkz. Özel, “İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık”, 58; a.mlf., *İslâm ve Terör Fıkhî Bir Yaklaşım*, 82.

olduğu için dostça olmayan bir fiildir. Zararla mukâbele, hukuka aykırı bir fiile karşılık olarak ortaya konulan ve hukuka uygunluğu, müeyyide (ceza) yoluyla sağlanmaya çalışılan karşı önlem ve zorlama yoludur. Zararla mukâbele fiili cebir ve şiddet içerikli olduğu için hem dostluktan uzak (düşmanca) hem de uluslararası hukukça kabul edilmesi mümkün olmayan bir fiildir. Fakat böyle bir durumda, haksız fiille karşılaşan devletin davranışı, birinci devletin işlediği haksız fiilden dolayı yasallık kazanmaktadır.¹⁰ Gerek hak gerekse menfaat ihlali yoluyla olsun misilleme ve zararlar mukâbele, karşı tarafı zarara soktuğu için olumsuz (menfi) mukâbele uygulamaları olarak da nitelendirilebilir.¹¹

Diğer bir mukâbele uygulaması olan karşılıklılık (mütakâbiliyet) fiilinin ise, bir karşılık verme anlamı taşımakla beraber karşı tarafa zarar verici mahiyette zorlayıcı bir nitelik taşımadığı kanaatindeyiz. Aksine karşılıklı olarak hakları artırıcı; ilişkileri daha iyiye götürme ve karşılıklı olarak birbirine kolaylık gösterme niyeti taşıyan bir fiil olduğu için olumlu (müspet) nitelik taşıyan bir mukâbele uygulamasıdır. Karşılıklılık, genellikle bir devletin vatandaşının diğer devletle olan ilişkilerinde başvurulan bir mukâbele türüdür.

Misilleme, zararlar mukâbele ve karşılıklılık fiillerinin kapsam ve biçiminden hareketle bu üç ayrı mukabele çeşidini içine alan “mukâbele uygulamaları” için bir tanım yapılabilir. Buna göre: Devletlerin gerek hukuka aykırı ya da menfaat ihlal eden davranışlar gibi dostça olmayan (hasmane), gerekse vatandaşlarına yönelik haklarını karşılıklı olarak artırma niyeti/amacı taşıyan davranışlar gibi dostça olan fiillerine aynı tür bir fiille, aynı biçimde karşılık verilmesidir. Başka bir deyişle, olumsuz fiillere (en fazla eşit oranda veya daha az) zorlayıcı tedbirler uygulayarak kısasta bulunulması, olumlu fiillere ise misliyle (veya daha fazlasıyla) karşılık verilmesidir.

¹⁰ Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 383; a.mlf., *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 233.

¹¹ Çünkü bu iki fiil, “kötü ve zararlı bir davranışa aynı şekilde karşılık verme, aynıni yaparak karşılama” (Bkz. Ayverdi, İlhan-Topaloğlu, Ahmet, *Kubbealtı Lugatı-Türkçe Sözlük*, Kubbealtı İktisadi İşletmesi, İstanbul 2007, 743) niteliği taşır.

3. Modern Hukukçuların Mukâbele Uygulamalarına Yaklaşımı

Burada, hem ülkemizdeki hem de Batılı hukukçulardan bazılarının, uluslararası uyuşmazlıkları giderme yollarından biri olarak tanımlamaya çalıştığımız mukâbele uygulamalarına dair yaklaşımlarını ortaya koyacak ve böylece ifadenin kapsamına dâhil olan mukâbele fiillerinin son iki asırda kazanmış olduğu anlam dünyasına değineceğiz. Buradan hareketle, sadece mukâbele türlerinin ortaya çıkışını, birbirlerinden farklı oldukları noktaların ve özellikle son bir asırda bu kavramlar üzerinde yapılan tanımlamaların farklılığını ortaya koymuş olmayacağız. Aynı zamanda modern hukuk açısından, uluslararası hukukta meydana gelen gelişmeler ve uluslararası hukukun olgunlaşmasıyla bu kavramlar üzerinde yapılan tanımlamaların da ne kadar değiştiğini ve yine birbirlerinden ne kadar ayrıldıklarını da tespit etmiş olacağız.

Modern uluslararası hukukta, mukâbele kavramlarının oldukça net bir şekilde ayrıştırıldıklarını daha önce ifade etmiştik. Elbette bunda, modern uluslararası hukukun iç hukuktan bağımsız yapısının ve tüm ülkeler bakımından genel kabul gören uygulanabilme kabiliyetinin varlığı etkili olmuştur. Batı medeniyetinin, her alanda olduğu gibi, uluslararası hukukun kurumsal ve kavramsallaştırılması bakımından da Batı menşeli olmayan hukuk sistemlerine etkisinin olduğu açıktır. Fakat burada bizim amacımız, modern uluslararası hukukun bu yönüne değil, modern uluslararası hukuk literatüründeki kavramlardan hareketle İslâm hukukundaki mevcut resme bakmaktır. İslâm hukukunun uygulanmaya başlandığı Hz. Peygamber döneminden, uluslararası hukukun modern anlayışla uygulanmaya başlandığı 19. asra gelinceye kadar, mukâbele fiillerinin, İslâm hukuku içerisindeki varlıklarını veya tezahür şekillerini tespit edebilmenin mümkün olup olmadığını ortaya koymaktır. Yani modern hukuktan hareket ederek, İslâm hukukunda aynı konuyla alakalı olarak geçmişe yönelik nasıl bir kavramsallaştırma yapılabileceğini ve bunun mümkün olup olmayacağını irdelemeye çalışmaktır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, mukâbele uygulamalarına dair ortaya koydukları tanımlara bir göz atmak için bu alanda eser yazan birkaç modern uluslararası hukuk müelliflerinin görüşlerine değinmek yerinde olacaktır. Mukâbele türlerinin zamanla kazandıkları anlamları daha iyi kavrayabilmek ve mukayese

edebilmek için bu müellifleri, eserlerinin yayınlanış tarihlerine göre ele alacağız. Böylece son dönemde mukâbele uygulamalarının tanımlarının kronolojik olarak geçirmiş olduğu merhaleleri daha iyi görmüş olacağız:

Louis Le Fur, “Devletler Umumi Hukuku [Anakara 1942]” adıyla kaleme aldığı eserinde, mukâbele uygulamalarına ilişkin görüşlerini, *Beynelmilel İhtilâfların Cebir Yolile Halli Tarzları(Bölüm II)* başlığı içerisinde serdetmiştir.¹² Le Fur, eserinde, sadece iki tür mukâbele uygulamasından bahseder: Mislile mukâbele (retorsion) ve mütekabil muamele veya zararla mukâbele (reprezay). Mütekabil muameleyi; barış zamanında zararla mukâbele ve savaş zamanında zararla mukâbele olmak üzere ikiye ayırmaktadır.

Yazar, sadece geçici işgal fiilini, barış zamanında zararla mukâbele uygulamasına dâhil eder. Bombalama, barış içinde abluka ve zaruri olması halinde zehirli gazların kullanılması fiillerini, savaş zamanında zararla mukâbele içinde sayar. Ambargo fiilini ise hem barış hem savaş halinde uygulanabilecek bir zararla mukâbele fiili olarak nitelendirmektedir.

Görüldüğü üzere Le Fur, uluslararası uyuşmazlıkların giderilmesinde bahsetmiş olduğu çözüm yollarından biri olan mukâbele uygulamalarını misilleme ve zararla mukâbele diye ikiye ayırmış ve fakat karşılıklılık/mütekâbiliyet(reciprocity) uygulamasından hiç bahsetmemiştir. Buradan anlıyoruz ki, bu dönemde, hâlâ karşılıklılık kavramı misilleme kavramı içinde düşünülmekte ve müstakil bir mukâbele fiili olarak görülmemektedir. Bunda, karşılıklılık fiilinde var olan ve devletlerin karşılıklı olarak yabancı vatandaşların haklarını artırmaya yönelik gösterdikleri olumlu tavrın/yaklaşımın etkisinin olduğunu da belirtmek gerekir.

Muammer Raşit Sevig, “Özel Devletler Umumî Hukuku [İstanbul 1946]” adlı eserinde, *İhtilâfların Zecri Yollarla Halli* başlığı altında; misilleme (retorsyon), zararla karşılık (reprezay), ambargo, sulh yoluyla abluka diye dört tane karşı önlem ve zorlama yollarından bahseder. Fakat günümüzde zararla mukâbele fiili altında incelenen ambargo ve sulh yoluyla abluka fiilleri, burada, uyuşmazlıkların

¹² Bkz. Le Fur, 469-478.

giderilmesinde başvurulan mukâbele uygulamalarının farklı/bağımsız türleri olarak belirtilmiştir.¹³

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde başvurulan yaptırımlardan biri olan zararlar mukâbele ifadesinin anlamdaşı olarak kullanılan *repriz* terimi, söz konusu eserde, “bir devletin diğer bir devlet tarafından kendisine veya tebaasına yapılan haksızlığa karşılık olmak üzere o devletin veya tebaasının hakkını ihlal edecek bir harekette bulunmasıdır”¹⁴ şeklinde tanımlanmıştır. Sevig de adı geçen eserinde, uluslararası hukuk alanında son zamanlarda kaleme alınan eserlerde, karşı önlem ve zorlama yolları arasında sayılan karşılıklılık adlı bir uygulama (*tedbir, yaptırım*)dan bahsetmemektedir. Anlaşılan bu eserde, karşılıklılık uygulaması, kısmen retorsyon kısmen de *repriz* (zararlar mukâbele) kavramı altında mütalaa edilmiştir. Dolayısıyla karşılıklılık tanımı altında zikredilmesi gereken misaller de bu iki mukâbele uygulamaları altında ele alınmış olmaktadır.

Yine Sevig eserinde, retorsyon (misilleme) fiilinin, bir ülkede kanun birliğini ihlal ettiği, içinde barındırdığı intikam düşüncesi itibariyle uluslararası ilişkiler için tehlike arz ettiği ve bu durumun en azından hakkaniyet (*nesafet*) ilkesine aykırı olduğu düşüncesini taşıyan müelliflerin olduğunu söyler. Bu ifadelerden anlaşıldığına göre Sevig, retorsyon fiilini, içinde intikam duygusu barındırdığı gerekçesiyle *repriz* fiili ile karıştıranların olduğunu belirtmektedir. Aslında Sevig, yukarıdaki ifadelerin devamında, misilleme ile zararlar mukâbele fiili arasındaki farkı çok net bir şekilde ortaya koymuştur.¹⁵

Seha L. Meray, “Devletler Hukukuna Giriş (2. cilt) [Ankara 1965]” ile “Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler [Ankara 1979]” adlı eserlerinde, *Savaşa Varmayan Zorlamalar* başlığı altında; misilleme, zararlar karşılık ve müdahale diye üç madde zikretmiştir. Meray da, daha sonra gelen yazarların savaşa varmayan zorlama yolları arasında saydıkları *karşılıklılık* uygulamasına

¹³ Bkz. Sevig, Muammer Raşit, *Özel Devletler Umumi Hukuku*, Milli Mecmua Basımevi, İstanbul 1946, 137, 139-141.

¹⁴ Sevig, 138.

¹⁵ Bkz. Sevig, 138.

değınmemiştir. Mütেকâbiliyet denilen mukâbele örneklerini, misilleme başlığı altında zikretmiştir.¹⁶

Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası hukuk kuralını çiğneyen tarafın, hukuksal ve siyasal önlemlerle uluslararası hukuka uymasının sağlanamaması halinde, cezâ müeyyidelere başvurulacağından,¹⁷ cezalandırmaya yönelik önlemlerin en önemlileri olarak da, hukuka aykırı (haksız) fiile karşı uygulanan *Karşı Önlemler ve Zorlama Yollarından* bahseder.¹⁸ Pazarıcı'ya göre karşı önlem ve zorlama yolları; misilleme, zararlar karşılık, BM Antlaşması uyarınca başvurulmuş silahlı zorlama yolları diye üçe ayrılmaktadır. Görüldüğü üzere bu ayırım içerisinde *karşılıklılık* dediğimiz bir mukâbele türüne yer verilmemiştir.

Pazarıcı, “Uluslararası Hukuk Dersleri III. Kitap [Ankara 1994]”ta, misilleme kavramını, *barışta misilleme* bağlamında ele almıştır. Bir de savaş bağlamında misilleme kavramını tanımlar. *Savaşta misilleme* konusuna ise, “Uluslararası Hukuk Dersleri IV. Kitap [Ankara 2000]”ta yer verir.¹⁹ Bu kapsamda misillemeyi, o zamana kadar yapılan geleneksel tanımlardan farklı olarak tanımlar. Kuşkusuz bunda uluslararası hukuk öğretisinde meydana gelen yeni yaklaşımların etkisi büyüktür. Çünkü geleneksel tanıma göre misilleme, *bir devletin hukuka aykırı olmayan bir fiiline bir başka devletin yine hukuka aykırı olmayan bir davranışla karşılık vermesidir*. Pazarıcı'nın, yeni yaklaşıma²⁰ dayanarak yaptığı tanımda misilleme, *yalnızca hukuka uygun fiillere karşı değil, aynı zamanda hukuka aykırı fiillere karşı da uygulanan bir önlemdir*.²¹ Dolayısıyla bu tanıma göre misilleme, herhangi bir ayırım yapmaksızın, bir devletin, uluslararası hukuka aykırı olan ya da olmayan fakat gerek menfaatin ihlali gerekse haksız fiil ile başka bir devleti mağdur eden fiillerine yapılan bir mukâbele şekli olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁶ Bkz. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 380; a.mlf., *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 232.

¹⁷ Pazarıcı, *III. Kitap*, 201.

¹⁸ Bkz. Pazarıcı, *III. Kitap*, 201-221.

¹⁹ Bkz. Pazarıcı, *III. Kitap*, 203; a.mlf., *IV. Kitap*, 179.

²⁰ Bu yaklaşım için bkz. Combacau, Reuter et J., “Retorsion”, *Encyclopedia of Public International Law*, (ed. R. Bernhardt), I-XII, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam-N. York-Oxford 1981-1989, IX, 335.

²¹ Pazarıcı, *III. Kitap*, 201.

Görüldüğü üzere misillemenin uluslararası hukuka aykırı bir fiilin karşılığı olarak da başvurulmuş bir zorlama yolu (mukâbele uygulaması) olabileceğini ifade etmektedir. Yani hukuka aykırı bir fiile karşılık olarak illa da zararlarla mukâbele fiiline başvurulmasının gerekmediğini, hatta “baskı amaçlı önlemlerin hukuka uygun bir amaç taşıması gerektiği ve yasal amacı aşan önlemlerin hakkın kötüye kullanıl[ma]ması²² ilkesine aykırı düşeceği”²³ düşüncesiyle misillemenin daha uygun olduğunu kastetmektedir. Çünkü misilleme fiiline başvurulması, hem bir zorlama fiili ile hukuka uyulmasını hem de yeni bir haksızlığın meydana gelmemesini sağlamaktadır. Oysa bir haksızlığın ihlali neticesinde başvurulmuş zararlarla mukâbele fiilinde karşı tarafın hukuka uymasını sağlamak için alınacak karşı önlem ile “BM Antlaşmasının yasak saydığı kuvvet kullanma ve kuvvet tehdidi yasağı”²⁴ ihlal edilebilir. Onun için uluslararası toplum ve örgütler nezdinde zararlarla mukâbele uygulaması çok sınırlı olarak kabul edilmiş ve yasaklanmasa da giderek alanı daraltılan bir konuma getirilmiştir.

Sonuç olarak;

Le Fur, *Sevig*, *Meray* gibi *Pazarıcı* da karşılıklılık (mütakâbiliyet) uygulamasını bir tür müeyyide niteliği taşıyan karşı önlem ve zorlama yollarından saymamıştır. Diğer bir ifade ile 20. yüzyılın son çeyreğine kadar karşılıklılık kavramı uluslararası hukukta, mukâbele uygulamaları türlerinden biri olarak müstakil bir tanıma ve kavramsal çerçeveye sahip olmamıştır.

Esasında mukâbele uygulamalarından misilleme ve zararlarla mukâbele fiillerini savaşa varmayan zorlama yolları arasında saymak modern uluslararası hukuk açısından geleneksel bir kabuldür. Misilleme uluslararası hukuka uygun olmakla beraber dostluktan uzak ve menfaat ihlal edici bir fiil; zararlarla mukâbele ise, hukuka

²² Pazarıcı’dan yapılan iktibastaki, “hakkın kötüye kullanılması ilkesi” deyimini hem cümlenin bağlamına hem de hukuktaki kullanım şekline uygun düşmemektedir. Çünkü deyim, bu haliyle, hukukun izin vermediği bir durumu ifade ederken nasıl hukukun bir ilkesi olabilir? Buradaki uygunsuzluğu ya da yanlış anlamayı gidermek için, “kullanılması” kelimesini, “kullanıl[ma]ması” biçiminde yazmak suretiyle cümlede tasarrufta bulunmayı gerekli gördük. Nitekim hukukta, *hakkın kötüye kullanılması yasağından* (Bkz. Özsunay, 321 vd.) veya *hakkın kötüye kullanılmaması ilkesinden* bahsedilir (Bkz. MK, md. 2; Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1995, 320); “hakkın kötüye kullanılması ilkesi” diye bir ifade yoktur.

²³ Pazarıcı, *III. Kitap*, 202.

²⁴ Pazarıcı, *III. Kitap*, 202.

aykırı bir fiildir. Her iki fiil de savaşa varmayan zorlama yolları olsalar bile hasmane ilişkiler çerçevesinde; bazen ahlak kurallarına bazen de hukuk kurallarına aykırı fiillerdir.²⁵

Oysa karşılıklılık, belli bir konuda devletlerin, vatandaşlarına yapılan muamelenin aynıyla diğer devlet(ler)in vatandaşlarına karşılık vermeleridir. Burada uluslararası hukuk ve ahlaka bir aykırılıktan çok, yapılan iyiliğe misiyile veya daha fazlasıyla karşılık verilmesi söz konusudur. Yani karşılıklılıkta, işlem konusu ne ise kısıtlama sadece o konuda yapılır fakat misilleme ile zararlar karşılıklı, karşılığın aynı nitelik ve ağırlıkta olmasına bakılmaz.²⁶ Devletleri birbirine karşı olumlu davranmaya zorlayan iyi niyetli bir fiile karşılık olarak uygulanan karşılıklılık fiili, ilişkilerin mevcut durumdan daha iyiye götürülmesi için tarafları karşılıklı olarak iyi şeyler yapmaya iten/zorlayan bir uygulamadır.

Modern uluslararası hukuk müelliflerinin, karşılıklılık fiilini savaşa varmayan zorlamalar içinde saymamalarını; misilleme fiili kapsamında ele alarak, mukâbele fiillerinden biri olarak ona müstakil bir tanımlama getirmemelerini, bir eksiklik olarak görmekten çok uluslararası hukukun geldiği seviyeye ilişkilendirmek gerekir. Çünkü belli konuda, devletlerin fiillerini hukuka uygun hale getirmeye yönelik bir zorlama yolu olarak kabul edilen karşılıklılık fiilinin literatüre girişinde, son zamanlarda devletler arasındaki ilişkilerin yoğunlaşması ve uluslararası hukuktaki gelişmelerin artmasının etkili olduğu kanaatindeyiz.

B. KAPSAM VE MAHİYETİ

Savaşa varmayan zorlamalar hukuku, önceden savaşa çözüme kavuşturulan uyuşmazlıkları, savaşın düşünülmediği bir uluslararası hukuk ortamında çözümlenme maksadı taşır. Dikkat edilirse, karşı önlemler²⁷ ve zorlama yolları gibi

²⁵ Bkz. Sevig, 137-139; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 381-384.

²⁶ Bkz. Tekinalp, Gülören, *Türk Yabancılar Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul 1992, 20; Özel, "İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık", 58.

²⁷ Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun özel raportörünün, devlet sorumluluğu üzerine 1988'de, ilan ettiği ön rapor ve ikinci raporlarda [*Yearbook...1988, vol. II (Part One), p. 6*] ifade ettiği gibi, *karşı önlemler* terkihi, uluslararası bir haksız fiilin sonucu olarak terminolojiye yeni girmiş bir kavramdır. Bunun önemli örneklerine daha fazla hava yolları hizmetlerinde rastlamak mümkündür. Bkz. United Nations, *YILC 1991*, II, 11.

uyuşmazlıkların da savaşız bir ortamda çözümesi niyeti/anlayışı, uluslararası hukukta yeni bir yaklaşımı ifade eder.

Uluslararası önlemler veya savaşa varmayan zorlamalar da, taraflar arasındaki dostane ve hasmane ilişkilerin seyrine, niteliğine, ağırlığına ve doğurduğu hukukî sonuçlara göre kendi içinde derecelere/sınıflara ayrılır. Bu bakımdan mesela meşru müdafaa, yaptırımlar ve mukâbele uygulamaları, zorlama yollarının en önemlilerindedir. Mukâbele uygulamaları deyince de misilleme, zararla mukâbele ve karşılıklılık anlaşılmaktadır.

Modern uluslararası hukukta bile ancak son asırda birbirinden belirgin bir şekilde ayrılan bu üç ayrı mukâbele uygulamalarının, uluslararası ilişkiler ve hukukun ulaştığı seviyenin etkisiyle oluşan kavramlar olduklarını belirtmek gerekir. Böyle bir kavramsallaştırmayı, 20. yüzyılda, uluslararası hukuk sahasında ortaya konulan eserlerde görmek mümkündür.

İslâm uluslararası hukukunun hem klasik kaynaklarında hem de tarihteki uygulamalarında böyle bir kavramsallaştırmaya gidilmesi mümkün olmamıştır. İslâm hukukunun klasik kaynaklarında, mukâbele uygulamaları kapsamına dâhil olabilecek karşılık verme fiillerinin, genel anlamda *misilleme (muâmele bi'l-misl)* teriminin kavramsal içeriğine dâhil olabilecek bir şekilde kullanılan karşı önlemler oldukları göze çarpmaktadır. Bu bakımdan misilleme kavramının; bazen zararla mukâbele (*mukâbele bi'l-misl*), bazen karşılıklılık (*mütekâbiliyet*) bazen de meşru müdafaa anlamları kastedilecek bir genişlikte/genellikle ele alındığını söyleyebiliriz.²⁸ Dolayısıyla İslâm hukukunda, misillemenin, modern hukukta kabul edilen kapsamına ilave olarak hem savaş öncesinde hem de savaş sırası ve sonrasında görülebilen bir uygulama olduğu yönünde bir anlayış ve gelenek hâkim olmuştur. Öyle ki mukâbele (*karşılık verme*) ile ilgili diğer kavramlar çoğu kez bu genellik içerisinde ifade edilmiştir. Aslında bu anlayış, bizatihi İslâm hukukundan değil, Müslümanların da içinde bulunduğu o dönemin uluslararası ilişkilerinin seyrinden ve uluslararası hukuka hâkim olan şartlarından kaynaklanmıştır.

²⁸ Özel, “İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık”, 59.

Diğer taraftan terminolojide böyle bir muğlaklığın meydana gelmesine etki eden bazı sebeplerden bahsetmek mümkündür. Bu sebeplerden biri, misilleme eyleminin diğer mukâbele eylemlerini de kastedecek genellikte bir içeriğe sahip olarak kullanılmasıdır. Doğal olarak bu durum, misilleme dışındaki karşılık verme fiilleriyle ilgili bir olayın misilleme kavramı altında ifade edilmesine de sebep olmuştur. Bir diğer sebep, kullanımda yaşanan giriftliğin bazen kavramların yanlış kullanılmasına da yol açmasıdır. Aslında bu kavramların özünde bulunan temel nitelikler onları çok köklü bir ayrıma tabi tutmaktadır. Bu ayrımı, mukâbele fiilinin hukukî niteliği, zamanı ve ortaya konulma şeklinde aramak gerekir.

İslâm hukuk tarihine, siyer ve genel tarih kaynaklarına baktığımızda mukâbele kavramının iki farklı aşamada gerçekleştiğini daha önce söylemiştik. Bunlardan birincisi; savaşa varmayan ilişkiler seviyesinde olanıdır. Daha fazla, iki devlet arasındaki hasmane ilişkilerin, savaşa varmayan bir düzeyde olduğu ama ciddi uyuşmazlıkların yaşandığı bir durumda yapılan bir misilleme ya da zararlı mukâbele (mukâbele bi'l-misl) eylemidir. Yani savaş öncesi yapılan cevabî muamele; bir tarafın yaptığı fiile, savaşa varmayacak bir şekilde verilen karşılık anlamında kullanılmaktadır. İkinci aşamada yapılan mukâbele uygulamasının savaş esnasında ve sonrasında tarafların, karşılıklı olarak, sahip oldukları hak ve menfaatlere, ele geçirilen esirlere ve savaşta öldürülenlere yönelik gerçekleştirdikleri olumsuz fiillerdir.

Bu manadaki kullanımıyla, tarihten gelen bir uygulamaya istinaden genelde olumsuz bir durum yansıtan misilleme, iki veya daha fazla devletler arasındaki uyuşmazlıkların savaşa varmadan çözümü yerine, ilişkilerin düşmanca sayıldığı bir hali ifade eder olmuştur. Başka bir yolu olmadığında ise, misilleme, uyuşmazlıkların savaşa vardırıarak çözümünün bir vasıtası olmuştur.

Bunların hepsini ihtiva edecek şekilde uygulanan misilleme, kapsam itibariyle, genellikle her iki devletin haklarını ve menfaatlerini ihlal/iptal eden ve çoğu kez de insanlık onuruyla bağdaşmayan fiilleri içine alabilecek mahiyette gerçekleşmiştir.

Fakat zamanla uluslararası toplumun ulaştığı anlayış, uluslararası toplumun aktörleri/özneleri arasında meydana gelen hasmane ilişkilerin her zaman savaşa

neticelenmeyeceği yönünde olmuştur. Bu seviyede misilleme savaş öncesi bir durumda tatbik edilen bir mukâbele fiili olarak kalmaktadır. Yani hasmane ilişkilerin mevcudiyeti ilişkilerin birdenbire kötüye doğru tırmanması anlamına gelmemektedir. Mukâbele uygulamaları arasında da bir tedricilik ve derece bulunmaktadır. Dolayısıyla haksız fiile karşı hukuka uygun davranmaya zorlamak için mukâbele edilse bile, hasmane ilişkilerin mevcudiyeti genelde savaş açmaya yeterli sebep teşkil etmemektedir.²⁹

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde mukâbele uygulamaları usullerinin tercih edilmesi durumunda savaşa, kan dökülmesine veyahut hiç değilse devletin bütün umumî kuvvetlerinin seferber edilmesine lüzum kalmaz.

Nitekim modern uluslararası hukukta kabul edilen misilleme, uluslararası hukuka uygun ama menfaati ihlal eden bir fiile, diğer tarafın yine aynı şekilde ve uluslararası örgütler (BM vs.) nezdinde karşılık vermesidir. Ayrıca asla savaşa sebebiyet vermemeli aksine savaşı önleyici, gerginliği giderici nitelikte karşı tarafa sınırları hatırlatan bir mahiyet taşımalıdır. Oysa modern uluslararası hukukta misillemeden belirgin çizgilerle ayrılan zararlar mukâbele ise, savaşa sebebiyet verdiği hatta savaşı tırmandırdığı için, hem uluslararası hukuk hem de uluslararası toplumlar tarafından çoğunlukla kabul edilmeyen, en azından tartışmalı olan karşı önlem ve zorlama yoludur.

II. MUKÂBELE UYGULAMALARININ TATBİKİNDE DİKKATE ALINAN TEMEL İNSANÎ İLKELER

İslâm hukukunun içine aldığı ve uygulamayı taahhüt ettiği uluslararası temel ilkelerin (*küllî kaideler*), zamanın ve mekânın değişmesiyle, geliştirilmeye değil, ayrıntılarının ortaya konulmasına ihtiyaç duyulduğu hususunda tartışma yoktur. Çünkü bu küllî kaideler, kıyamete kadar devam edecek olan köklü ve kalıcı ilkelere dir.³⁰

²⁹ Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 256.

³⁰ el-Cenzûrî, *1. Kitap*, 382.

İnsanların oluşturduğu uluslararası ilkelere bakıldığında ise, bunların, devletlerin ortak maslahatının gerçekleştirilmesi için birbirlerine eklenerek geliştirilmeye ve birbirlerini tamamlamaya yönelik olduklarını görürüz.³¹

İslâm hukukunda uluslararası ilkeler ile modern uluslararası hukuk ilkeleri arasında bir mukayese yaptığımızda, iki hukuk sisteminin ilkelerinin birbirine benzer yönlerinin olduğunu görmek mümkündür. Fakat bu benzerliğin, her iki hukukun uluslararası ilkelerinin ayrıntılarının hepsinde mevcut olduğunu söylemek ise çok zordur. Çünkü böyle bir genelleme, büyük bir çabaya; bütün ayrıntıların mukayeseli olarak ortaya konulmasına ihtiyaç duyar.³²

A. GENEL OLARAK

Bütün dinler gibi İslâm da, fertlerin ve milletlerin barış ve huzur ortamının temini, insanların en güzel şekilde Allâh'ın dinine davet edilmesi için gönderilmiştir. Bu maksadı ifade sadedinde Allâh şöyle buyurmaktadır: *(Rasulüm!) Sen, Rabbinin yoluna hikmet ve güzel öğütle çağır ve onlarla en güzel şekilde mücadele et.*³³

Esasında bu tebliğ tarzı tüm semavi dinlerin temelinde vardır. Tüm peygamberler, tebliğiyle görevli oldukları dinlerini/şeriatlarını, yumuşak bir üslupla ve en güzel bir tarzda muhataplarına iletmek/anlatmak durumundaydılar. Allâh'ın, Hz. Musa'ya, dini anlatmak ve Allâh'a imana davet etmek için Firavun'a gittiğinde yumuşak bir üslupla hitap etmesini emretmesi,³⁴ tebliğ vazifesinin nasıl olması gerektiğini ortaya koyan önemli misallerden biridir.

Hz. Peygamber de insanları bu tarzda İslâm'a davet etmiştir. Onun ortaya koyduğu güzel ahlak, İslâmî tebliğde en önemli etkenlerden biri olmuştur. Mekkeli müşriklerin kendisine ve ashabına uyguladıkları çeşitli eziyet ve yıldırma politikaları, ashabı adına O'nun sabrını zorlasa da ilahî emir doğrultusunda, eziyetler işkenceye dönüşüncüye kadar sabretmiştir.

Müslümanların Medine'ye hicretine kadar, müşriklere ve İslâm düşmanlarına mukâbele ve kendilerini müdafaa etme hususunda herhangi bir âyet nâzil

³¹ el-Cenzûrî, *I. Kitap*, 382.

³² el-Cenzûrî, *I. Kitap*, 382.

³³ Nahl, 16/125.

³⁴ Tâ Hâ, 20/44. Ayrıca bkz. İbn Kesîr, İmâduddîn Ebu'l-Fedâ İsmâil, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, I-IV, Dâru'l-Ma'rife (Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî), Beyrut 1969/1388, II, 591.

olmamıştır.³⁵ Hicretten önce müşriklerle savaşmanın mahzurlu olduğu hususunda bir şüphe yoktur.³⁶ Bu sebeple kâfirler, Müslümanlara düşmanlık ve eziyet ettiğiinde, Allâh, Hz. Peygamber'e ve ashabına, zorlamalara sabırlı, eziyetlere tahammülkâr davranmayı ve affederek, kötülükleri güzelce savarak karşılık vermeyi emretmiştir.³⁷ Kuşkusuz böyle davranmada Müslümanların yeterli güce ve sayıya ulaşamamış olmalarının etkisi büyüktür. Fakat Hz. Peygamber'in ve ashabının barıştan yana tavrına karşılık kâfirler eziyet yapmaya devam etmiştir. Müslümanlar bu zulüm ortamından kurtulmak için hicret etmek zorunda kalmışlardır.

İslâm'ın Mekke döneminde, Müslümanların saldırıya mukâbele etmek yerine, tebliğ vazifesini yürütmekte olduklarını görmekteyiz. Bunun sebebi, Mekke'nin Müslümanlar için emniyetsiz olması ve onların teşkilatlı bir otoriteden, organize bir güçten yoksun oluşlarıdır. Dolayısıyla Hz. Peygamber, Mekke'deki ashabından, kendileriyle kuvvet bulacağı Medineli Müslümanlara katılmak ve emniyette bulunacakları Medine'yi yurt edinmek için Allâh'ın emriyle hicret etmelerini istemiştir.³⁸ Hz. Peygamber'in Medine'ye hicret etmesiyle Allâh onun gücünü (*sultân*) artırmış³⁹ ve Müslümanların statüsü değişmiştir. Nitekim Müslümanlar, Medine'ye hicret ettikten sonra orada siyâsî bir nitelik kazanarak devlet şeklinde örgütlenmişlerdir.⁴⁰

³⁵ eş-Şâfiî, IV, 160; İbn Teymiyye, Takiyuddîn Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Abdilhalîm el-Harrânî, *es-Siyâsetu's-Şer'iyye fî Islâhı'r-Râî ve'r-Raiyye*, Dâru'l-Kitâbi'l-Garbî, Mısır 1969, 118; es-Sâiyis, Muhammed Alî, *Tefsîru Âyâtı'l-Ahkâm*, I-II, Tahkîk, Tahrîc ve Ta'lîk: Abdulhamîd Hendâvî, Muessesetu'l-Muhtar, Kahire 2001, I, 94; el-Cenzûrî, *I. Kitap*, 658.

³⁶ el-Cassâs, I, 352; el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, III, 237.

³⁷ İlgili âyetler için bkz. Maide, 5/13; Nahl, 16/125; Fussilet, 41/34-35. Ayrıca bkz. el-Cassâs, I, 352. İbnu'l-Arabî, "âlimlerimiz dedi ki; Akabe biatından önce Hz. Peygamber ve ashabının savaşmasına ve kan dökmesine izin verilmedi. Bunun yerine Allâh'a dua ve eziyetlere sabır ile emrolundular" diyerek kâfirlere karşı savaşa izin veren hükümden önce Müslümanların belli bir müddet ne şekilde davranmak zorunda kaldıklarına işaret eder. Bkz. İbnu'l-Arabî, I, 102; III, 1297; el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, XIV, 407-408; Mikâ, Ebu Bekr İsmail Muhammed, *Mebâdiu'l-İslâm ve Menhecuhu fî Kadâya's-Silm ve'l-Harb ve'l-Alâkâtu'd-Devliyye ve'l-İnsâniyye*, Mektebetu't-Tevbe, Riyâd 1990/1410, 88.

Nitekim Müslümanların bu dönemde sabırla, mülâyemetle ve sükûneti muhafaza ederek Allâh'tan gelecek mesajı bekleme şeklindeki bir emirle muhatap olduklarını gösteren âyetlerin (Fussilet, 41/34-35) tefsiri için bkz. er-Râzî, XXVII, 127.

³⁸ İbn Hişâm, Ebû Muhammed Abdulmelik, *es-Siretu'n-Nebeviyye*, Tahkik, Zabt ve Şerh: Mustafa es-Sakâ-İbrâhîm el-Ebyârî-Abdulhafîz Şiblî, Dâru İbn Kesîr, Dimaşk-Beyrut 2005/1426, 404.

³⁹ İbn Ebî Hâtîm, Abdurrahman b. Muhammed İbn İdrîs er-Râzî, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, I-XIV, Thk. Es'ed Muhammed et-Tayyîb, el-Mektebetu'l-Asriyye, Beyrut 2003/1424, I, 329.

⁴⁰ Bkz. Türçan, "Hz. Peygamber'in Politik Karar ve Uygulamalarının Hukukîleşmesi Sorunu - Uluslararası İlişkiler Bağlamında Bir Örnekleme-", *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi 18-19 Nisan 2002 V. Kutlu Doğum Sempozyumu (Tebliğler)*, Isparta 2003, 147, 148.

Hız. Peygamber'in Müslümanlarla birlikte Medine'ye hicret etmesinin ardından, kâfirlerin Müslümanlara karşı eziyetleri, kurdukları tuzaklar ve ortaya koydukları düşmanca tavırlar daha da artmıştır. Âlimlerin çoğunluğuna göre, Müslümanların, maruz kaldıkları bu tür muamelelerden dolayı mukâbele etmek amacıyla İslâm düşmanlarına karşı savaşmalarına *izin veren*, yani düşmana karşı savaşı mubah sayan âyetler (Hacc, 22/39-40)⁴¹ nâzil oldu.⁴²

Müşriklerin İslâm'a yönelik düşmanca tavrı karşısında inen âyet, Müslümanların harekete geçmelerine, İslâm'ı ve siyasî varlıklarını korumak için bir önlem almalarına izin vermiş oldu.⁴³ Eğer cihada/kıtale müsaade edilmemiş olunsaydı her dönemde ümmetten hak üzere olanlara galip gelinir; din mensupları güçsüz ve güvensiz olurlardı. Çünkü savaş, emniyeti sağlama sebebidir.⁴⁴ Şu halde

⁴¹ Mekke'de müşriklerin ağır baskı ve işkencelerine maruz kalan Müslümanlar, onlara karşılık vermek için Hız. Peygamber'den izin istediklerinde, Hız. Peygamber, Allâh'ın onları mudafaa edeceğine dair vaadini (Bkz. Hacc, 22/38) hatırlatmış ve Allâh'tan savaş izninin gelmediğini, sabırlı olmaları gerektiğini tavsiye etmiştir. Nihayet bu âyetlerin nâzil olmasıyla ilk savaş izni verilmiş oldu. Bkz. el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, XIV, 406.

⁴² Bkz. eş-Şâfiî, IV, 160; İbnu'l-Arabî, III, 1296, 1298; İbn Teymiyye, *es-Siyâsetu's-Şer'iyye fi İslâhı'r-Râi ve'r-Raiyye*, 118.

İbn Hişâm ve İbn Ebî Hâtim (ö.327/939), ulemeden Urve b. Zübeyr ve diğerlerinin bildirdiğine göre, Hacc suresi 39. ve 40. âyetler, Kur'an'da savaşa *izin veren* ve Allâh'a isyan edenlerin kanını dökmeyi helal sayan ilk âyetler olduğunu ifade eder. Bkz. İbn Hişâm, 403; İbn Ebî Hâtim, VIII, 2496. Ayrıca krş. el-Cassâs, I, 353.

Yine İbn Ebî Hâtim ve el-Hâkim'in (ö.405/1014), İbn Abbâs'tan rivayet ettiklerine göre, Mekke halkı Hız. Peygamber'i Mekke'den çıkmaya zorladıklarında, Hız. Ebû Bekir Mekkeli müşriklere hitaben, "*Onlar kendilerine gönderilen Nebilerini buradan çıkmaya zorluyorlar, elbette helak olacaklar*" demiş ve bunun üzerine İbn Abbas ona, Müşriklerle savaşmaya izin veren Hacc suresi 39. âyeti okumuştur. İbn Abbas, ardından da bu âyetin savaş için nâzil olan ilk âyet olduğunu belirtmiştir. Bkz. İbn Ebî Hâtim, VIII, 2496; el-Hâkim, el-Hâfız Ebû Abdillâh en-Nisâbüri, *el-Mustedrek ale's-Sahihayn*, I-VIII, Tahkik: Hamdî ed-Demirdâş Muhammed, el-Mektebetu'l-Asriyye ve el-Mektebetu Nizâr Mustafa el-Bâz, Beyrut/Mekke 2000/1420, III, 894.

İbnu'l-Arabî (ö.543/1148), Mekkeli müşriklerle savaşmaya izin veren ilk âyetin Hacc suresi 39, savaşı farz kılan (emreden) ilk âyetin ise Bakara 190 olduğunu ifade eder. Bkz. İbnu'l-Arabî, I, 102; III, 1296, 1298.

el-Kurtubî (ö.671/1273) de, Hız. Ebû Bekir'den rivayet edildiğine göre, savaş (*kital*) izni hakkında nâzil olan ilk âyetin Hacc suresi 39 olduğunu ve bu âyetin, müşriklerden savaşan veya savaşmayanların hepsini içine alacak umumilikte nâzil olduğunu söyler. Müşriklerle savaşmayı emreden ilk âyetin ise, Bakara suresi 190 olduğunu ayrıca ifade eder. Bkz. el-Kurtubî, *Muhtasarı Tefsiri'l-Kurtubî*, I, 155; III, 301; a.mlf., *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, III, 237; XIV, 408.

Ayrıca bkz. İbn Kesîr, III, 225; Yazır, III, 3408; el-Cenzûri, *I. Kitap*, 661; Karaman, Hayrettin vd., *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, D.İ.B Yayınları, Ankara 2007, III, 736.

⁴³ Bkz. Türcan, "Hız. Peygamber'in Politik Karar ve Uygulamalarının Hukukileşmesi Sorunu - Uluslararası İlişkiler Bağlamında Bir Örnekleme-", 148.

⁴⁴ Nitekim Hacc suresi 40. âyette ifade edildiği gibi, "*eğer Allâh, bir kısım insanları (kötülüklerini) diğer bir kısmı ile def edip önlemeseydi*", Musa (a.s), İsa (a.s) ve Hız. Muhammed (a.s) zamanında Allâh'ın isminin çokça anıldığı, *savâmi'*, *biye'*, *sâlâvât* ve *mesâcid* gibi ibadet edilen mekânlar

artık savaşma emrinin geciktirilme sebebi ortadan kalkınca Müslümanlar için meşru müdafaa hakkını kullanma zamanı gelmiş oldu.

Bu sürece baktığımızda; müşriklerle önce savaşa izin veren Hac suresi 39. (ve 40.) âyet, savaşçı kâfirlere karşı (misilleme yaparak) savaşmayı -ilk- emreden Bakara suresi 190. âyet, ardından Müslümanlara, yeminlerini bozan ve kutsal değerlere saldıran müşriklerin zulüm ve düşmanlıklarını üzerlerine çevirmelerini emreden Tevbe suresi 12-14. âyetler, daha sonra Müslümanları savaşa/kıtale zorlayan, Allâh'a bağlılığı artırarak cihad emrini yücelten, Bakara suresi 216-218. âyetler ve nihâyet ya İslâm ya da kılıç (*es-seyf*) şeklinde -sadece- iki seçenek⁴⁵ sunduğu için "kılıç âyeti"⁴⁶ diye ifade edilen Tevbe suresi 5. âyet nâzil olmuştur.⁴⁷

Allâh'tan gelen savaş izni ve emri, küfrün ve zulmün temsilcisi Kureş'e karşı öç alma mahiyetinde gerçekleştirilecek zararlarla mukâbele fiili ile alınacak önlemi hiç kuşkusuz savaşa kadar vardırılmayı öngörüyordu. Ancak bu savaş, insanî değerleri hiçe sayan, her şeyi tahrip eden, her canlıyı öldürmeyi hedefleyen bir şekilde değil, bizzat Müslümanları tehdit kabul eden ve yok edilmesi gereken bir unsur olarak gören kâfirlerin düşmanca tavırlarına mukâbele/misilleme mahiyetinde olacaktı. Böyle bir önlem ya da savunma, savaş dahi olsa her şeyden önce inanç özgürlüğünü ve dinin icaplarını yaşama serbestîsini sağlama amacı gütmektedir.

Ahlak kuralları, bir nevi yaratılış kuralları olduğu için asgarî müştereklerde tüm insanlar için yaratılıştan kaynaklanan bir takım hakların ve yükümlülüklerin muhafazası gibi bir işlevi görür. Bu bakımdan umumî olup insanlar arasında ırk ve renk ayrımı yapmaksızın çeşitli coğrafya ve şehirlerdeki, gerek medeni gerekse cahil toplumlarda yaşayan tüm insanlara, aralarında fark gözetmeksizin şâmindir. Bazen bir

çokça tahrip/yok edilirdi. Bkz. el-Cassâs, III, 362; el-Kurtubî, *Muhtasarı Tefsiri'l-Kurtubî*, III, 302; a.mlf., *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, XIV, 409; Yazır, V, 3408-3409.

⁴⁵ Bkz. el-Cassâs, III, 121, 138.

⁴⁶ ed-Dahhâk b. Mezâhim, "kılıç âyeti"nin (Tevbe, 9/5), Hz. Peygamber ile müşriklerden her bir birey arasında gerçekleşen ahdi, akdi ve müddeti ortadan kaldırdığını belirtmektedir. Bkz. İbn Kesîr, II, 336. "Kılıç âyeti" deyimi için ayrıca bkz. ez-Zuhaylî, *Âsârü'l-Harb fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhiyye Mukarene*, Dârü'l-Fikr, Dımaşk 2009/1430, 107, 108; Türcan, "Sosyal Olgular ve İslam Hukuku: Klasik Fıkhın Uluslararası İlişkiler Kuramının Oluşumu", 111.

⁴⁷ es-Serahsî, Tevbe suresi 5. âyetteki, "*haram ayları*" kaydının da daha sonra nâzil olan, "*Allah yolunda savaşın...*" (Bakara, 2/244) âyetiyle kaldırıldığını ve savaş hakkındaki son düzenlemenin mutlak olarak sevk edildiğini, mutlak emrin de gereklilik iktiza ettiğini belirtmektedir. Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 67, 131. Ayrıca bkz. Türcan, "Sosyal Olgular ve İslam Hukuku: Klasik Fıkhın Uluslararası İlişkiler Kuramının Oluşumu", 111.

toplumda fertler arasında kötü kabul edilen şey, aynı şekilde topluluklar ve devletler arasında da kötü kabul edilmektedir.⁴⁸ Dolayısıyla ilâhî/dinî menşeli olan bu kurallar bir bakıma evrensel nitelik de taşımaktadırlar.

İslâm, savaş halinde, düşmanlara karşı şefkat ve merhametle davranmada güzel örnekler sergiler. Nitekim Hz. Peygamber'in, kendilerini ana yurtlarından her türlü zulüm ve aşağılama ile kovan Kureyşlilere, Mekke'nin fethi esnasında onların ummadıkları bir şekilde hoşgörü göstermesi, İslâm'daki merhamet anlayışının en bariz göstergesidir.⁴⁹

Bu düşünceden hareketle, İslâm'da fertler ve toplumlar arası ilişkilerin mahiyetini oluşturan bazı temel ilkelere değinmek, mukâbelenin oluşabileceği zeminin niteliği hakkında bize bazı ipuçları verecektir. Hiç kuşkusuz İslâm, gözettiği temel insanî ilkelere çok önem vermekte, uluslararası ilişkiler zeminini adeta bu ilkelere dayandırmaktadır. Esasında temel insanî ilkelerin sayısını artırmak mümkün olmakla beraber, burada, sadece konumuzla doğrudan ilişkili olduğunu düşündüğümüz en temel niteliktekilere; *adalet*, *ahlak* ve *hakkaniyet (nesafet)* ilkelerine değineceğiz.

B. ADALET İLKESİ

1. Adalet Kavramı

Kuşkusuz hukuk düşüncesinde, üzerinde en çok tartışılan ve değişik yaklaşımlara en fazla konu olan kavramın *adalet* olduğunu belirtmek gerekir. Tarihin eski dönemlerinden beri birçok hukukçu, filozof ve düşünür tarafından yapılan adalet tanımlarına bakılırsa, üzerinde mutabık kalınmış bir adalet tanımı yoktur. Diğer bir ifade ile eski Yunan düşüncesinde adalet kavramı ile ahlak ve hukuk kavramları arasında bir ayırım yapılmamış ve adalet, iyilik sevgisi olarak anlaşılmıştır.⁵⁰ Çünkü adaletin hukuka, ahlaka ve hatta topluma bakan yönleri vardır. Haliyle adalete bu yönlerden yeni yaklaşımlar getirmek de mümkündür. Meselâ hukukî açıdan adalet, toplum içinde yaşayan bireylerin, insan haklarına saygı göstermesi ve her hak

⁴⁸ Ebû Zehra, 32.

⁴⁹ Câmîatu'l-Ezher, 24.

⁵⁰ Güriz, Adnan, "Adalet Kavramının Belirsizliği", *Adalet Kavramı* (ed. Adnan Güriz) içinde, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1994, 5.

sahibine hakkını vermesidir. Ahlakî açıdan adalet ise, ahlaklı olmanın bir gereği olarak başkasının haklarına riayet konusunda âdil olmaktır.

Kavramlar arasındaki ilişkiden kaynaklanan benzeştirme veya aynileştirmeye ilave olarak bu kavramlarda zamanla meydana gelen algı değişikliği, bağımsız ve net bir adalet tanımının yapılmasını zorlaştırmıştır. Bu durumun müşahhas örneğini, kıstas aldıkları belli kavramlar üzerinden adaleti tanımlayan İlk ve Orta Çağ düşünürlerinin adalet kavramına getirdikleri tanımların farklılığında görmek mümkündür.

Adalet'i, *iyiyi kötüden ayırt etmek bilgisi* olarak tanımlayan Sokrates (M.Ö. 469-399), adaletin *fazilet*, faziletin de *bilgi* olduğunu ifade etmektedir. Eflatun (M.Ö. 427-347) da hocası Sokrates gibi, adaletin *en yüksek fazilet* olduğuna, gerçeğin yani idealar âleminin bilgisi olan faziletin de, *herkese hakkını vermek* olduğuna inanır.⁵¹

Aristoteles (M.Ö. 384-322) *adaletin*, insanî değerlerin korunması adına yerine getirilen görevler anlamında, *fazilet*⁵² olduğunu söyler⁵³ ve toplum hayatı ve devlet yönetimi açısından önemine vurgu yapar.⁵⁴ Roma hukukçusu Ulpianus'a (M.Ö. 170?-228) göre adalet, *zarar vermemek ve herkese hak ettiğini vermektir*. Alman düşünür Kant da Roma hukukunun, “şerefli yaşa, kimseye zarar verme, herkese payına düşeni ver” ilkelerinden esinlenerek adaleti, *herkese payına düşeni vermek ve hiç kimseye zarar vermemek* olarak tanımlar. Modern uluslararası hukukun babası sayılan Hugo Grotius, adaletin, *söze bağlılık (ahde vefa, pacta sunt servanda)* olduğuna dikkat çeker. İngiliz düşünür Hobbes da, toplumda güvenliğin ve düzenin sağlanmasını temin eden *toplumsal sözleşmeye uymayı* adalet olarak tanımlar.⁵⁵

⁵¹ Hirş, Ernest, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Güncel Dile Uyarlayan: Selçuk Baran (Veziroğlu), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, 210-211; Aksu, 15-16.

⁵² Şu halde, adaleti, Eflatun ve Sokrates gibi fazilet olarak tanımlayan Aristoteles'in, adalet kavramına farklı bir felsefeyle yaklaştığı ortaya çıkmaktadır. Çünkü Aristoteles, Eflatun'un aksine, “olan hukuku” yani toplumda mevcut durumu (realiteyi) esas almış ve buradan en yüksek norm olan adalete ulaşmayı amaçlamıştır. Bkz. Hirş, 171, 172; Aksu, 17.

⁵³ Aristoteles, adalet kavramına ahlak üzerinden yaklaşır ve adalet sözcüğünü, geniş ve dar olmak üzere iki anlamda ele alır. Ona göre adalet, geniş anlamıyla, ilahî ve beşerî hayatı etkisi altına alan fazilet (erdem) ve dar anlamıyla, orta ölçü/yol demektir. Dar anlamıyla adalet de, dağıtıcı ve denkleştirici olmak üzere iki çeşittir. Bkz. Hirş, 171.

⁵⁴ Gözler, *Hukuka Giriş*, 262.

⁵⁵ Güriz, “Adalet Kavramının Belirsizliği”, 6; Gözler, *Hukuka Giriş*, 262.

Hukukun genel teorisi açısından bakıldığında, adalet kavramı konusunda Tabii hukuk ile Hukukî pozitivizm şeklinde birbirine zıt iki önemli yaklaşımın (*teori*) mevcut olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim bu teoriler o kadar birbirine muhaliftirler ki, biri adalet kavramını kendi akımlarının temeli kabul ederken diğeri, yapılan tüm adalet tanımlarını eleştirir, reddeder ve hatta bu kavramın, tanımlanamaz olduğu için, hukuk biliminin dışına itilmesi gerektiğini savunur.⁵⁶ Bu nedenle adalet kavramının mahiyetini ortaya koymada hukuk düşüncesinin bu temel akımlarca yapılan izahlarını dikkate almak gerekir.

Hukuk ekollerine göre, adaletin hukuk içerisindeki işlevi, aynı hukuk teorisi içerisinde bile tanımını ve mahiyetini etkileyen unsurların değişmesi ve farklılaşmasından ötürü değişmektedir. Bu yönüyle hukuk ekolleri kendilerini zor durumda bırakan ciddi eleştiriler almaktadırlar.⁵⁷

Tabii hukuk anlayışına göre, bir kuralın hukuk kuralı olabilmesi için âdil olması gerekir ama yine aynı akıma göre adalet tanımı çağdan çağa değişmektedir. Yani adaletin (âdil olanın) her dönemde kabul edilen bir tanımı yoktur. İlk Çağda tabiata, Orta Çağda tanrısal emirlere, Yeni Çağda ise akla uygun olan şey âdil kabul edilmiştir.⁵⁸ *Hukukî pozitivizm*'e göre ise, adalet kavramı, metafizik bir değer olarak tanımlanamaz ve bilinemez nitelikte bir kavramdır. Çünkü adalet bir değerdir; bu durumda ya gerçek âlemde yoktur ya da vardır ama nesnel olarak bilinebilen bir şey değildir. Bu vasfı nedeniyle adalet kavramı hukuk bilimi içinde incelenemez.⁵⁹

2. Adaletin Değişik Anlamları ve Türleri

Herkesin kabul ettiği, sabit bir tanıma sahip olmayan ve geçmişten günümüze birçok hukukçu tarafından değişik kavramlarla ilişkilendirilerek tanımlanmaya veya

⁵⁶ Gözler, "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", *Muhafazakâr Düşünce*, Yıl: 4, Sayı: 15, Kış 2008, 78; Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", 14.

⁵⁷ Mesela Tabii hukuk teorisinin muhatap olduğu en önemli eleştirisi, *âdil olan ile âdil olmayanı* ayırmada nesnel ve evrensel bir kıstasa sahip olmamasıdır. Bkz. Gözler, *Hukuka Giriş*, 263. Yöneltilen eleştiriler için ayrıca bkz. Gözler, "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", 83-87.

⁵⁸ Bkz. Gözler, "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", 78-82.

⁵⁹ Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", 14; Gözler, "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", 82, 87.

açıklanmaya çalışılan adalet, bilimsel ve nesnel bir tanımının yapılması mümkün olmayan bir kavramdır.⁶⁰

Adalet kavramı, hem bir değer yargısı ortaya koyma hem de tezahür (görünüm, uygulanma) şekilleri bakımından kısımlara ayrılır. Çünkü adalet, nihâî hedefe/ideale yönelmesi bakımından hukukun özünü teşkil etmenin yanında toplumsal bir değeri de ifade eder.⁶¹ Şimdi adaletle kastedilen farklı kavramlar üzerinde duralım.

1) İlk olarak adalet, kişilerin ve insanlar arası ilişkilerin niteliği anlamında sübjektif (öznel) ve objektif (nesnel) olmak üzere ikiye ayrılır.⁶² Her iki görünümü itibariyle de adalet, gerçekleştirmeye yönelik bir değer yargısı ve tutum ortaya koymadır.

Özünde ahlakîlik unsuru da barındıran adalet, kişisel olarak fazilet anlamını ifade eder. Kişinin haklı (*âdil*) olana yönelmesi, haktan yana tavır sergilemesi, herkese hak ettiğini vermesi ve bunun için sürekli bir gayretin içinde olması *sübjektif adalet* olarak nitelendirilir. Ancak bir fazilet (*erdem*) olan sübjektif adalet, öncesinde mevcut olan bir objektif adalet kavramını gerekli kılmaktadır. *Objektif adalet* ise, kişinin sadece bir özelliğini veya tutumunu değil onun karakter haline gelmiş sübjektif adalet vasfına uygun olarak müşahhas olaylarda ortaya koyacağı hareket tarzını veya ilişki biçimini ifade eder. Yani zihniyet ve tutumun ötesinde, diğer insanlarla ilişkilerinde ortaya koyacağı davranış biçiminin de adalete uygun olmasıdır. Kuşkusuz insanlar arasındaki ilişkileri bir şekle sokan ve onları müşahhaslaştıran normlardan oluşan hukukta, bir değer/anlam ifade etmesi bakımından dikkate alınan adalet, objektif anlamdaki adalettir. Bu da “olması

⁶⁰ Tabii hukuk teorisine göre, neyin âdil olduğu neyin de âdil olmadığı kıstasının, İlk, Orta ve Yeni Çağa göre değişiyor olması, hukuk kuralı için varlığı gerekli olan adaletin objektif ve evrensel tanımının yapılmasını zorlaştırmaktadır. Hukukî pozitivizme göre ise, adalet kavramı asırlardır tartışılmış olmasına rağmen üzerinde ikna edici bir uzlaşma sağlanamamıştır. Çünkü adalet metafizik bir kavramdır ve metafizik kavram ve ilkeler bilimin konusu olamaz. Bkz. Gözler, *Hukuka Giriş*, 263-265; a.m.f., “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, 89. Ayrıca bkz. Güriz, “Adalet Kavramının Belirsizliği”, 14.

⁶¹ Kılıçoğlu, İsmail, *Ahlâk ve Hukuk İlişkisi*, İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1988, 303. Diğer bir deyişle, hukukun idesi olan adalet değeri, bünyesinde toplumsal olma özelliği taşıdığı gibi bir eşitlik düşüncesi de barındırır. Bkz. Işıқтаç, 18.

⁶² Kılıçoğlu, 276; Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2009, 91, 92.

gereken hukuk anlamında hukukun idesi”dir.⁶³ Hukuk idesi ifadesiyle amaçlanan şey ise, hukuk kurallarının her yerde, zamanda ve şartlar altında geçerliliğinin sağlanması⁶⁴ ve buradan da hukukî değer ifade eden objektif adalete ulaşılmasıdır.

2) Adalet kavramını, tezahür şekilleri bakımından yani hukuk normlarının, belli kişisel farklılıkların ve niteliklerin dikkate alınarak veya mutlak adalet idesine (nihaî amaca, ideale) yönelik olarak sevk edilmesi bakımından *kanuni* ve *kanun öncesi/üstü* olarak da ikiye ayırmak mümkündür.⁶⁵ Kanun öncesi ya da kanun üstü dediğimiz adalet kavramına ise hakkaniyet ilkesi bağlamında değineceğiz.

Adaletli davranış, herkese payına düşeni verme, ona hak ettiği şekilde muamele etme olduğuna göre, herkesin payına düşenin ne olduğunun bilinmesi önemlidir. O halde kanunların kişilere tanımış olduğu hakkın belirlenmesi gerekir. Bunun için kanuni adaletten söz edilir.⁶⁶

Kanuni adalet, “davranış ya da işlemlerin hukuk normlarına uygunluğu ve normların uygulanmasında tüm kişiler bakımından eşitliğin gözetilmesi”dir.⁶⁷ Adaletin bu türü, sadece eşitlik düşüncesine dayalı şekli bir yorumdur. Buna göre, davranışlar veya hukukî işlemler, hukuk kuralları tarafından belirlenen biçime uygun oldukları müddetçe hukuka uygun ve âdil sayılırlar.⁶⁸ Kanuni adaletin, denkleştirici ve dağıtıcı adalet olmak üzere iki farklı yönden değerlendirilmesi gerektiği düşüncesi Aristoteles’e kadar dayanmaktadır.⁶⁹

⁶³ Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, 126, 128; a.mlf., *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 37-38; Kılıoğlu, 276, 277, 278, 304; Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, 92.

⁶⁴ Hukuk idesinin ne olduğu konusunda bütün düşünürler tarafından net bir tanımlama yapılmış değildir. Fakat bu deyim kullanıyan tabii hukukçular, mutlak olarak her zaman ve yerde geçerli olan bir takım kuralların varlığını kabul etmektedirler. Bu anlamdaki hukuk kuralları, adalet anlayışına/kavramına işaret etmektedir. Bkz. Hırş, 204.

⁶⁵ Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 127; a.mlf., *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 38; Kılıoğlu, 277, 305-307; Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, 93, 96.

⁶⁶ Kılıoğlu, 304.

⁶⁷ Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, 93.

⁶⁸ Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, 93.

Belirtmek gerekir ki, kanunların veya hukuk normlarının tam uygulanıp uygulanmadıkları, kanunların herkese eşit derecede tatbik edilip edilmemeleri, en önemlisi kanunların adaleti yansıtır yansıtmadığı tartışmaya açık bir konudur. Bkz. Kılıoğlu, 304.

⁶⁹ Bkz. Başgil, Ali Fuat, *Esas Teşkilât Hukuku*, 1. Cilt (Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Prensipleri), Baha Matbaası, İstanbul 1960, 33; Kılıoğlu, 277, 278; Güriz, “Adalet Kavramının Belirsizliği”, 5; Gözler, *Hukuka Giriş*, 265.

a) Denkleştirici adalet, insanın, adaleti temellendiren ve onu yansıtan hukuk duygusundan ortaya çıkar ve herkese eşit olanın verilmesini gerektirir. Temelinde, insanları, kişisel ve özel hallerini dikkate almadan, aynı muameleye tabi tutmak vardır. Adaletin bu görünümüne göre herkes yaptığı karşılığını ya da verdiği kadar alır.⁷⁰ Bu tür adalet, daha çok bireyler arasında mal/eşya ve hizmetlerin alışverişinde (*değiş tokuşunda*) uygulanır.⁷¹ Bu durumda yerine getirilmesi taahhüt edilen yükümlülüğe karşılık yerine getirilen bir yükümlülük veya bedel söz konusudur. Verdiğinden fazlasını alma veya başkasına ait mala sahip olma durumunda denge bozulmuş olur. Bu durumda haksızlığın giderilmesi ve zarar verenin zararı karşılayacak ölçüde tazminat vermesi gereği yanında suçla ceza arasında da uygunluk bulunması gerekir. Bu, aynı zamanda denkleştirici adaletin gözettiği salt/aritmetik eşitliğin bir gereğidir.⁷²

Denkleştirici adalete yapılabilecek eleştiri, adaletin, “herkese payına/hakkına düşeni vermek” olarak tanımlanmış olmasıdır. Kuşkusuz bir kimsenin hakkına düşenin objektif (nesnel, tarafsız) bir şekilde belirlenmesi çok zor veya imkânsız olmaktadır. Aslında buradaki zorluk veya imkânsızlık, bireylerin payına düşeni belirlemenin maddi nitelikli olmasından ve bunun için de yeni ve herkesçe kabul edilebilir ölçütlerin tespit edilmesi ihtiyacından kaynaklanmaktadır.⁷³

b) Dağıtıcı adalet de bir eşitlik düşüncesine dayanmaktadır. Fakat bu tür adalet çoğunlukla toplumla fertler arasındaki ilişiklerde aranan adalettir.⁷⁴ Burada salt bir eşitlik değil, bireylerin ihtiyaç, değer, yetenek ve imkânlarıyla orantılı bir eşitlik söz konusudur.⁷⁵ Bu tür adalette mutlak manada değil *oransal* bir eşitlik

⁷⁰ Güriz, “Adalet Kavramının Belirsizliği”, 6; Gözler, *Hukuka Giriş*, 265.

⁷¹ Borçlar hukukunun temelini -tümüyle- bu tür adalet oluşturur. Söz gelimi bir alım satım ilişkisinde, satılan mal satıcının mal varlığından çıkar ve alıcının varlığına girer. Buna karşılık alıcının varlığından da mala denk (*muadil/aynı*) değerde bir bedel satıcının varlığına girer ve bu şekilde iki varlık arasında karşılıklı denkleştirme (*teadül*) ve ölçü (*müvazene*) kurularak adalet sağlanır. Bkz. Başgil, 33.

⁷² Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 38-39; a.mlf., *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 130-131; Kılloğlu, 305-306. Denkleştirici adalette, verilen mala karşılık alınan bedelin, zarar ile tazminatın, kusur ile cezanın salt eşitliği dikkate alınır. Bkz. Kılloğlu, 277-278.

⁷³ Bkz. Güriz, “Adalet Kavramının Belirsizliği”, 12-13.

⁷⁴ Bkz. Başgil, 33.

⁷⁵ Bireylerin kuvvet ve kabiliyetine ve yaptıkları hizmete göre mükâfatlandırılması, her bireyin toplumda hak ettiği yere gelmesi ve yine kötü fiilleri dolayısıyla layık olduğu cezayı çekmesi düzenli ve teşkilatlı toplumlarda eşitliğin sağlanması adına önemli bir adalet göstergesidir. Bkz. Başgil, 34.

arayışı vardır. Nitekim bu çeşit adalet anlayışına göre kişinin hak ve vazifeleri konumuna, vasfına ve yaptığı işe göre değişebilmektedir. Çünkü herkesin eşit bir işleme tabi tutulması bazen eşitliğin bozulması sonucunu doğurduğu gibi, herkesin aritmetik eşitliği ifade eder tarzda dikkate alınmamasında da bir -tür- eşitlik gerçekleştirilmiş olabilir.⁷⁶

Denkleştirici adalette en az iki kişi arasında mutlak (salt) eşitlik, dağıtıcı adalette en az üç kişi arasında nisbî (oransal) eşitlik söz konusudur. Herkese “eşit olanın verilmesi” düşüncesi esas alındığı için denkleştirici adalet özel hukukta, herkese “hak ettiğinin verilmesi” düşüncesiyle dağıtıcı adalet kamu hukuku alanında geçerlidir.⁷⁷

Fıkıhın tüm alanlarında uygulanan küllî kaidelerinden biri olan *lâ darar velâ dırâr fi'l-İslâm* ilkesi, uluslararası hukuk açısından ele alındığında, hem subjektif adalet (*fazilet, adalet severlik*) anlamında hem de insanlar arasındaki somut olaylara karşı davranış biçimi olarak objektif adalet (*hukukî değer*) anlamında bir genellik ifade etmektedir. Zararın yasaklanması veya zarara zararla mukâbele edilmemesi hukukun temeli olan adalet arayışının, insanlık değerlerine sahip çıkışın bir göstergesi olarak görülmüştür. Bu da insanlar arasında uyumsuzluk ya da kargaşa (*fitne*) değil, huzur ve güven ortamı tesis etmeye matuftur.

3. Hukuk ve Adalet ilişkisi

Adalet kavramı üzerinde herkesin ittifak ettiği bir tanım yapılamasa⁷⁸ da adalet duygusu, insanla var olduğu ve insanlık kadar eski olduğu için, en ilkel topluluklarda bile etkisini göstermiştir.⁷⁹

Adalet başlı başına bir değer olarak hukukun bir idealidir. Hukuk, adalet *idesini* amaç edinen bir ilim dalıdır. Yani insanlar arasındaki ilişkileri değerlendirmeyi konu edinen hukukun asıl amacı, adaleti gerçekleştirmektir. Dolayısıyla hukukta *ideal* olan, adalet fikri (*ide*) ile elde edilecek amacın (*gaye*,

⁷⁶ Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 39, 40; a.mlf., *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 131-132; Kılhoğlu, 306-307; Gözler, *Hukuka Giriş*, 266.

⁷⁷ Kılhoğlu, 278.

⁷⁸ Bkz. Gözler, *Hukuka Giriş*, 262.

⁷⁹ Politis, N., *Milletlerarası Ahlâk*, Çev. Ahmed Reşid Turnagil, İÜHF Yy., İstanbul 1945, 98.

hedef) birleştirilmesidir.⁸⁰ Hem objektif ve sübjektif, hem de denkleştirici ve dağıtıcı anlamında adalet, bir hukukî işlemin geçerli olmasını ve onun gerçekleştirilmesini hedef edinmektedir.

Adalet duygusu, toplumsal ilişkilerin hepsinde, toplumun aynı menfaate yönelen tüm unsurları arasında kendini gösterir.⁸¹ O kadar ki hukuk kuralları adalete uygun hale getirilmezse bağlayıcılıkları süreklilik oluşturmaz. Dahası adalet olmayan yerde düzen ve sistem olmaz.⁸² Hukuku, diğer toplumsal kurallardan ayıran özellik bahsettiğimiz bu adalet unsurudur. Bu nedenle adalete yönelmeyen ve nihaî hedefi adalet olmayan; onu gerçekleştirme gayesi olmayan hukuk, kendisinden beklenen neticeyi veremeyeceğinden sonunda hukuk olma özelliğini de kaybeder.⁸³

4. Adalet İlkesinin Uluslararası Toplum Düzenindeki Yeri

Hukukun amacı, adalet düşüncesinin, hem ulusal hem de uluslararası toplumların hayatında etkin bir işlev görmesidir. Bu düşünce, toplumların hukuk düzenine hayatiyet kazandırmakta ve fertleri, kendilerini haklı hissettikleri bir davada mücadeleye sevk etmektedir. Fertlerin haklılık ve haksızlık iddiası/arayışı ise, hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta sürekli var olan bir gerçekliktir.⁸⁴ Fakat devletler arasındaki hasmane ilişkilerde ve/veya özellikle bir güvenlik sorunu doğuran savaş durumunda, adaletin sübjektif niteliğinin aşırı abartıldığı, yani tarafların kendilerini haklı göstermeye çalıştıkları ve adaleti tesis etmek için savaşa teşebbüs ettikleri de bir vakıdır.⁸⁵

Ayrıca uluslararası toplum düzenini, kanun adaletinin alt ilkelerinden sadece denkleştirici adalet açısından ele aldığımızda, insanlık onuru söz konusu olduğunda, mutlak eşitliğin tesisi diyebileceğimiz denkleştirici adaletin uluslararası alanda

⁸⁰ Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 31,32; a.mlf., *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 128; Hırş, 197.

Hukukun asıl amacının adalet olması ile, hukukun adalete dönük olması, onu kendi kuralları içerisinde yansıtması ve/veya yansıtma zorunluluğunun bulunması kastedilmektedir. Bkz. Kılıoğlu, 270.

⁸¹ Politis, 98.

⁸² Politis, 99.

⁸³ Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 46; Kılıoğlu, 270, 271.

⁸⁴ Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", 11-12.

⁸⁵ Kılıoğlu, 267.

sağlanabilmesi için, tarafların, tüm insanlığın menfaatine olacak sağlıklı ilişkilerin kurulması şuur ve iradesine sahip olmaları gerekir.

Uluslararası hukukta, iki taraflı ilişkilerin, taraflara sadece dar manada “ticarî menfaat” sağlaması hukuka ve adalet ilkesine (*anlayışına*) ters değildir. Fakat bu durum, üçüncü şahsa zarar veriyor; hakkını ihlal ediyor ve menfaatini zedeliyorsa, böylesi bir teşebbüs hem hukuken hem de ahlaken reddedilir.⁸⁶ Buna karşılık mütekâbiliyet ilkesi gereği yapılan -karşılıklı-jestler, verilen tavizler adalet ilkesine aykırı sayılmamalıdır. Bir bakıma bu, gelecekte sağlanacak karşılıklı daha büyük menfaat/kazanımlar adına o anki az bir menfaatten vazgeçilmesi anlamına gelmektedir. Böylece karşılıklı hak ve menfaatlardan vazgeçilmesi suretiyle iki ya da çok taraflı olarak hak ve menfaatlerin artırılması sağlanmış olacaktır.

Hem tabii hukukun hem de evrensel ahlakın temel ilkesi sayılan *zarar verme yasağı* veya *kimseye zarar vermeme* ilkesi, İslâm hukukunun ikinci kaynağı olan Sünnet'teki, '*lâ darar velâ dirâr fi'l-İslâm (:zarar ve zararlarla mukâbele yoktur)*' hadisinde karşılığını bulur. Nitekim doğrudan zarar vermek veya zarara zararlarla mukâbele etmek, hem cüzî uygulamalar hem de küllî kaideler itibariyle İslâm hukukunun tüm konularında sıklıkla ele alınmış ve yasaklanmıştır.⁸⁷

İslâm hukukunun *zarar izâle olunur* ilkesi gereği, başkasına verilen zarar, meşru müdafaa hakkı bir tarafa, mutlak manada giderilmelidir. Zararı gidermenin yolu, yapılan düzeltme talebiyle bu fiile son verme ve durumun eski haline döndürülmesi veya tazmin edilmesi olmalıdır.⁸⁸ Yoksa öç alma veya kin gütme dürtüsüyle zarar verene zarar vermek olmamalıdır.

Misilleme (*Mukâbele*), adalet kavramından kaynaklanan bir ilkedir ve uygulanmasında, fazilet ilkesi ihlal/ihmal edilmemelidir. Çünkü İslâm, insanların

⁸⁶ Hatemi, Hüseyin, “Uluslararası Özel Hukukta ve Devletlerarası İlişkilerde Bilinmesi ve Uyulması Gereken Temel İlkeler”, <<http://www.abft.net/inovasyon/dosyalar/HuseyinHatemiTR.doc>>. (15.08.2009).

⁸⁷ eş-Şâtübî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ el-Lahmî el-Ğirnâfî, *el-Muvâfakât fî Usûli's-Şeria*, I-II (4 Cüz halinde), Şerh ve Tahric: Abdullâh Drâz, Dâru'l-Mârifet, Beyrut 1996/1416, II, 15.

⁸⁸ Uluslararası hukuk kurallarına aykırı olarak işlenen bir haksız fiilden dolayı maddi ve manevi zarara uğrayan devlet bu zararın giderilmesini isteme hakkına sahiptir. Haksız fiilden doğan olumsuz sonuçları onarma işi, verilen zararın mahiyetine göre gerçekleşir. Manevi zararı onarmak için, özür dilemek (tarziye vermek), bayrağı selamlamak ve memur hakkında soruşturma başlatmak gibi şeyler gerekirken maddi zararı onarmak için, eşyayı eski haline döndürmek veya tazminat vermek gerekir. Bkz. Le Fur, 352; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 516.

günah işlemesine müsaade etmez. Mesela düşman, kadın ve çocuk öldürdüğü zaman Müslümanlar da onlara misliyle mukâbele edemez.⁸⁹ Bu hem genel ve eşitlik esasına dayalı adalet ilkesine hem de ferdî/somut olay adaleti olan hakkaniyete ters düşer.

Nitekim uyuşmazlıklarda esas olan adaletin elden bırakılmamasıdır. İnsanlar arasındaki uyuşmazlıklar (*husumetler*), birinin, diğeri hakkında adaletten vazgeçmesine sebep teşkil etmemelidir. Tüm toplum şekilleri ve özellikle uluslararası toplum düzeni, karşılıklı güvenin ve huzurun üzerine bina edildiği adalet ilkesi olmazsa kargaşaya sürüklenir.

Her iki adalet türü ile sağlanmak istenen adalet, hem suçluya veya haksız bir fiil işleyene cezasını veya yaptığının karşılığını eşitlik adaletine uyarak belirlemek, hem de insanlık onuruyla bağdaşmayan bir cezanın veya karşılığın verilmemesi yönünde dengeli/ölçülü olmaktır. Hiç kuşkusuz bu durumun uluslararası hukuktaki yansımaları, hem uluslararası toplum düzeninin varlığını koruma hem de insanlık onuruna uyan bir karşılığın verilmesi şeklinde olacaktır.

Kaba kuvvetin hüküm sürdüğü yerde adalet olamaz. İnsan şuurunda beliren adalet duygusunun uygulama alanına geçebilmesi için, her şeyden önce, bir otoriteye, bir teşkilata ihtiyaç vardır. Fakat öyle bir otorite ve teşkilat ki, dayanaklarını ve hedeflerini ancak hukukî bir düzenin kurulması ve sağlanması ilkesinde arayacaktır.⁹⁰

Uluslararası ilişkilerde, hakkaniyete dayanan eşitlik ve başkasına zarar vermeme anlayışı adalet ilkesinin vazgeçilmez unsurudur. Bu şuurda olmayan taraf/devlet bir de uluslararası alanda siyasî ve ekonomik olarak güçlü ise, karşı tarafı ezmeye ve istismar etmeye teşebbüs edebilmektedir. Oysaki uluslararası düzenin mevcudiyeti, yaşanabilecek uyuşmazlıkların azamî seviyede giderilmesine bağlı olarak sağlanabilir. Bu durumda adalet, iç hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da, hukuk süjelerinin vazgeçemedikleri temel unsur olmaktadır.

Kuşkusuz böyle bir ihtiyaç/zaruret, ulusal düzeyde arzu edilmenin yanında daha fazla uluslararası düzeyde aranan bir husustur. Çünkü uluslararası toplum düzeni, tek elde toplanmış bir otoriteden ziyade, tüm topluluk mensuplarının ortak

⁸⁹ el-Cenzûrî, 1. Kitap, 378.

⁹⁰ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 159-160.

iradeleri ile oluşturdukları hukuk düzenine dayanır. Konumları birbirine eşit olan ve (tek taraflı olarak) birbirlerine üstünlük sağlamaları ve otorite kurmaları mümkün olmayan hak sùjelerinin öyle bir hukuk düzeni oluşturmaları gerekir ki, bu düzen, hem her bir tarafı bağlamalı hem de her birisi ortak irade beyanlarıyla kendileri üzerinde otorite kurmaları gerekir.⁹¹ Böyle bir hukuk düzeni, adalet duygusundan yoksun işleyemez. Ulusal düzeyde olduğu gibi, uluslararası toplum düzenindeki adaletin de temelini, yine bireyler (ve devletler) arasında sağlanacak gerçek bir adalet duygusu oluşturur.⁹²

Uluslararası ilişkilere keyfiliğin ve güç dengesinin hâkim olduğu bir dönemde, adalet üzerine sarf edilen sözler ve ortaya konan çabalar, genelde güçlü devletlerin zayıf devletlerin istismarına ve en esaslı haklarını ihlal etmeye yönelik bir adım olarak atılmışlardır. Diğer bir ifade ile adalet ilkesini koruma adına adalet, hak ve menfaat ihlalleri çok sık rastlanan şeyler olmaktadır. Bu bakımdan uluslararası bir teşkilat kurma fikri, hiç şüphesiz, uluslararası ilişkileri, hak ve adalet esaslarına göre düzenleme düşünce ve ihtiyacından doğmuştur.⁹³

Uluslararası ilişkilerde adaletin ne olduğu ve nasıl hâkim kılınacağı hususunda bir takım çabalar içine girilmiştir. Kuşkusuz bunların başında, Milletler Cemiyeti ve onun ardından devamı olarak kurulan Birleşmiş Milletler ile oluşturulan Uluslararası Adalet Divanı gelmektedir. Adalet Divanı, bir takım anlaşmazlıklarda devletler arasında adaleti sağlamakla görevli bir uluslararası kurumdur. Bu yönden bakılınca, adalet konusunda -dönemine göre- bir hayli ilerleme sağlanmış olduğunu kabul etmek gerekir. Adalet Divanı, görevlerinin çok sınırlandırılmış olması ve kararlarının yürütme kuvveti bulunmaması dolayısıyla tam bir adaleti dağıtma kurumu sayılmasa bile, bu hedefe doğru atılmış ciddi ve önemli bir adım olarak kabul edilmelidir. İnsanların ve milletlerin birbirlerini sömürmelerine engel olmak amacıyla uluslararası düzen içinde bir örgütlenmeye gidilmesi, adaletin

⁹¹ Uluslararası hukukta yaptırımlar, çoğunlukla, hukuk kişilerinin (devletlerin) birbirlerine tatbik etmesi şeklinde gerçekleşir. Bkz. Acer, Yücel/Kaya, İbrahim, 14.

⁹² Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 163.

⁹³ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 160.

kurumsallaşması ve güvence altına alınması için zorunludur. Bu da, hususî adaletten devletler arası adalet prensibine geçilmesi anlamına gelmektedir.⁹⁴

Öte yandan uluslararası adaletin sağlanması ve kurumsallaşması için oluşturulan BM Anayasası'nın 1. maddesinin 1. fıkrasındaki adaletle dair düşünceler bu husustaki eksiklik ve hassasiyetin bir sonucu olmuştur. Burada dile getirilen düşünceler, uluslararası hukuk prensipleriyle uluslararası adalet ilkesinin birlikteliğine vurgu yapmaktadır.⁹⁵

Devletler arasında uyuşmazlıkların adalet ve hak esaslarına göre çözülmesi sağlanmadıkça, adalet ilkesi hiçbir zaman işlevini layıkıyla yerine getirmiş olmaz. Bunun için ilk önce uluslararası hukuk bireylerinin adalet duygularının geliştirilmesi gerekir. İster ülke çapında isterse uluslararası alanda olsun, hak ve adalet anlayışı söz konusu olduğunda, öncelikle ulusal veya uluslararası toplum bireylerinin bu ilkeye riayet hususunda görüş birliği içinde olmaları ve daha sonra, yapılması istenen şeylerin samimiyetle ve ciddiyetle yerine getirilmesi gerekir.⁹⁶

5. İslâm'da Adalet Kavramının Mahiyeti

Adalet, haklıyı haksızdan ayırma ve haklıya hakkını, haksıza da gereken cezayı/karşılığını verme ilkesidir. Hadisin ifadesiyle, kısaca “*her hak sahibine hakkını verme*”⁹⁷ işidir.

İslâm'da bütün insanî ilişkiler adalet ilkesi üzerine ikame edilmiştir. Bu konuda bütün insanlar eşittir. Adaletin tecelli etmesi bakımından insanların cinslerine, renklerine ve dinlerine değil, yaptıkları işe bakılır. Çünkü adalet, dostlar için olduğu kadar düşmanlar için de bir haktır.⁹⁸ Kur'ân, insanların ferdi veya topluca birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen hükümler ortaya koymuş, düşmanlığın

⁹⁴ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 160-161, 165.

⁹⁵ Bkz. Gündüz, 25.

⁹⁶ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 165, 167.

⁹⁷ Bkz. el-Buhârî, *Savm*, 51; et-Tirmizî, *Zühd*, 64.

⁹⁸ Hakkın tecellisi bakımından Kur'ân'da, dostla düşman arasında ayırım yapılmaz ve şöyle buyrulur: “*Bir topluluğa olan düşmanlığınız sizi adaletsiz davranmaya sevk etmesin.*” Bkz. Maide, 5/8.

Fahrüddîn er-Râzî (ö.606/1209), buradaki hitabın umumî olduğunu ve hitaptan maksadın da bütün varlıklara (*cemî'u'l-halk*) ancak adalet ve insaf üzere davranmak olduğunu söyler. Bkz. er-Râzî, XI, 180.

zulme dönüştürülmesinin doğru olmadığını bildirmiştir. İlgili âyetlerde,⁹⁹ düşmanlara adaletli davranmak, takvaya yakınlığın bir göstergesi olarak ifade edilmiştir. Yani kişinin nefsi, ailesi ve yakınları aleyhine olsa bile, hakikati söylemek ve ortaya çıkarmak konusunda, hiç kimsenin sözüne ve kınamasına bakılmaması istenmiştir.¹⁰⁰ Bu hükmün bir yansıması/sonucu olarak, tarihte Müslümanların, düşmanlarına bile adaletle muamele ettiklerine birçok kez şahit olunmuştur.

Bütün peygamberler ve nâzil olan kitaplar adalet ilkesi üzerine kâim olmuşlar; tebliğ etmiş oldukları vahye dayalı düzenle (*mîzan*) tüm insanlığı adalete çağırışlardır.¹⁰¹ Doğal olarak adalet, Hz. Peygamber'in risaletinin (Kitâb ve Sünnet'in) de istinat ettiği veya gerçekleştirmeyi hedeflediği önemli bir ilkedir.¹⁰² İslâm, getirdiği hayat düzenini, “*Allâh, adaleti, iyiliği, akrabaya yardım etmeyi emreder. Çirkin işleri, fenalık ve azgınlığı da yasaklar*”¹⁰³ düsturu üzerine bina etmiştir. Adalet temelli hayat düzeni, lâfzen çok veciz bir şekilde ifade edilirken mana ve kapsam olarak da bir o kadar derinlik arz etmektedir.

Kur’ân’da açıkça ortaya konmuştur ki, Allâh, zulmün söz konusu olduğu zamanlar hariç, Müslümanlara harp etmeleri hususunda izin vermemiştir. Zulüm iki türlü söz konusu olmaktadır. İlki, İslâm’ın tebliğ edilme vazifesinin engellenmesi yönüyle ortaya çıkan zulümdür ki, *i’lâ-yi kelimetullah, fi sebîlillah cihâd* vazifesi bu tür zulmü gidermek için farz kılınmıştır. Bir diğer zulüm ise, bireylerin (kulların) haklarının ihlal edilmesi, baskı ve eziyet görmeleri, insanlık onurlarının zedelenmesi şeklinde söz konusu olmaktadır. Her ikisi de İslâm’da, kayıtsız kalmamayı ve karşılık vermeyi (*mukâbele*) gerektiren hususlardır. İslâm adına yapılan savaşların temelinde, hep bu saiklerle ortaya çıkan zulmün engellenmesi yatmaktadır. Zaten bunların dışında Müslümanların, düşmanlara, onların yaptıkları şekilde (misliyle) karşılık vermeleri için hiçbir dayanak yoktur.¹⁰⁴

⁹⁹ Meselâ bkz. Nisa, 4/135; Maide 5/8; Nahl 16/90.

¹⁰⁰ Ebû Zehra, 34; Mîkâ, 23-24.

¹⁰¹ Bkz. A’râf, 7/159, 181; Hadîd, 57/25.

İbn Kesîr, Hadîd suresi 25’teki “*liyekûme’n-nâsu bi’l-kıst(insanların adaleti yerine getirmeleri için)*” ifadesinin tefsirinde, “insanlar arasında adalet ve hakkın ikâmesi, gönderilen peygamberlere ve kitaplara tâbi’ olmaktadır” der. Bkz. İbn Kesîr, IV, 314.

¹⁰² Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, 186.

¹⁰³ Nahl, 16/90.

¹⁰⁴ Ebû Zehra, 35.

Adaleti teşvik eden ve zulümden nehyeden birçok hadis de vârid olmuştur. Mesela bir kudsî hadiste: “*Ey kullarım! Ben kendi nefsimde zulmü haram kıldım. Onu sizin aranızda da haram kıldım. Öyleyse -sakın- birbirinize zulüm yapmayınız*”¹⁰⁵ diye buyrulmuştur. Başka bir hadiste Hz. Peygamber: “*Zulümden sakının*”¹⁰⁶ buyurmaktadır.

Eğer bir sıfatla çağırılmak söz konusu olsaydı, İslâm’ı, adalet dini olarak nitelemek yerinde olurdu. Çünkü İslâm’da adalet, barış ve savaş durumlarında insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen kıstastır. Doğruluğun ölçüsü olduğu için de onunla haklar paylaşılır ve dağıtılır; haklar korunur ve insanın varlığı düzene kavuşur.¹⁰⁷

Barışta, iyi komşuluk ilişkileri, ancak adalet üzerine devam eder. Savaşta, savaşa giden ordu da, adalet üzerine hareket etmelidir. Nitekim iki insanî ilke olan hoşgörü (*tesâmuh/müsamaha*) ve hürriyet de, adaletin gölgesi altında var olurlar. Fakat eğer hoşgörü, hakların zâyi olması konumuna gelirse o zaman hoşgörü ve rahmet değil, aksine şiddetli tartışmalara varan zulüm söz konusu olur. Bireysel ve toplumsal olarak, zalimlere gösterilen hoşgörü ve yaptıkları zulme kayıtsızlık, dolaylı olarak hakları ihlal edilen mazlumların zulme maruz kalmaları, kabalık ve sertlikle muamele görmeleri demektir.¹⁰⁸

a. Adalet Anlayışının Göstergesi Olarak Fazilet ve Rahmet İlkesi

İster fertler ve toplumlar arasında, isterse savaş ve barış halinde devletler arasında olsun, İslâm’da insanî ilişkilerin esaslarından biri de *fazilet ve rahmet* ilkesidir. Fazilete yapılan vurgunun önemi, Kur’ân’ın kendisine ısrarla çağrıda bulunduğu cihada yakınlaştırıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Mesela düşmanlık esnasında, Kur’ân’ın bazı âyetlerinin, misliyle muameleyi (muâmele bi’l-misl)

¹⁰⁵ Muslim, Kitabu’l-Birr ve’s-Sıla ve’l-Edeb, 55 (2577).

İbn Teymiyye, Allâh’ın kendine zulmü haram kılması, bir anlamda “...*Rabbimiz merhamet etmeyi kendine yazdı (farz kıldı)...*” (En’âm, 6/12, 54) hükmünün bir gereği olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. İbn Teymiyye, *Minhâcu’s-Sunneti’n-Nebeviyye (fî Nakdı Kelâmi’s-Şîa ve’l-Kaderiyye)*, I-VIII, Tahrîc, Ta’lik ve Takdîm: Muhammed Eymen eş-Şebrâviy, Dâru’l-Hadîs, Kahire 2004/1425, I, 128. Ayrıca bkz. İbn Hacer, Şihâbuddîn Ahmed el-Heytemî, *Fethu’l-Mubîn li Şerhi’l-Erbâin*, (el-Medâbiğî’nin *hâşiyesi* ile birlikte), Dâru İhyâi’l-Kütübi’l-Arabiyye, [Kahire] 1352, 190.

¹⁰⁶ Muslim, Kitabu’l-Birr ve’s-Sıla ve’l-Edeb, 56 (2578), 57(2579).

¹⁰⁷ Ebû Zehra, 35.

¹⁰⁸ Ebû Zehra, 35.

emreder mahiyette olduklarını görmekteyiz. Bir anlamda *misliyle* tabiri, *dengiyle* demektir. Âyette, dengiyle kaydı düşölmek suretiyle Müslömanların aşırıya kaçmamak konusunda uyarıldıklarını görmekteyiz. Haddi aşanın (veya düşmanlık edenin) bu fiili, engellenmeye ve giderilmeye çalışılır. Kim de savaşıır (veya savaş açarsa) ona da savaşla karşılık verilir. Tüm bu hallerde bir denge/misl kıstası üzerinden hareket edilir.¹⁰⁹ Denge, takva (sakınma) ile sağlanır ve takvalı olmanın yolu da fazilete yapışmaktan geçer. Fazilet ise, İslâm'ın *maslahât-ı diniyye* dediğı ilkelere muhafazası ile mümkündür.

Rahmet ve faziletin gereğı olarak müslö yapana müslö yapılamaması, ırza namusa tasallut edene aynıyla karşılık verilememesi veya bir gayrimüslimin bir Müslömanı öldürmesine karşılık başka bir gayrimüslimin misilleme olarak öldürölememesi, İslâm'ın denge/ölçü dini olduğunun göstergesidir. Yani düşmanla yapılacak mücadelenin ve ona verilecek karşılığın da bir kuralının ve ölçüsünün olması gerekir. Nitekim bu konuda Kur'ân'ın, “*Size karşı savaş açanlara, siz de Allâh yolunda savaş açın. Sakın aşırı gitmeyin. Çünkü Allâh aşırıları sevmez*” âyeti¹¹⁰ çok açık bir şekilde ölçü/kural koymaktadır.

Hz. Peygamber, bir ordu veya seriyyeye komutan olmasını istediğı emîre¹¹¹, Allâh'tan korkması ve kendisi ile beraber olan Müslömanlara karşı hayırlı davranması hususunda tavsiyede bulunmuş ve şöyle buyurmuştur: “*Allâh'ın adıyla ve Allâh yolunda gazaya gidiniz, Allâh'ın düşmanlarıyla savaşınız. Gazaya gidiniz fakat ganimette hıyanetlik yapmayınız, ahitleri bozmayınız, müslö yapmayınız, çocukları öldürmeyiniz*”¹¹² O halde Müslömanların diğerlerine karşı muamelesi

¹⁰⁹ Ebü Zehra, 33.

¹¹⁰ Bkz. Bakara, 2/190.

¹¹¹ İlk dönem kaynaklarda, Hz. Peygamber'in görevlendirdiğı emîr, Abdurrâhman b. Avf olarak geçmektedir. Bkz. el-Vâkıdî, Ebü Abdillâh Muhammed b. Amr, *Kitâbu'l-Meğâzi*, Thk. Marsden Jones, Alemu'l-Kütüb, Beyrut 2006/1427, 397, 398; İbn Hişâm, 1115.

¹¹² İbn Hişâm, 1115; Muslim, Cihâd, 1731; Ebü Dâvûd, Cihâd, 82 (2613). Ayrıca bkz. İbn Hazm, Ebü Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd, *el-Muhallâ*, I-XI, Thk. Ahmed Muhammed Şâkir, el-Mektebetu't-Ticâri li't-Tibâe ve'n-Neşr ve't-Tevzi', Beyrut ty., VII, 297; el-Merğînânî, II, 814; ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, III, 244; İbn Kesir, I, 226; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr (Hâşiyetu İbn Âbidîn)*, I-XII, Dirâse-Tahkik ve Ta'lik: Âdil Ahmed Abdulmevcûd ve Alî Muhammed Muavvîd, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrût 1993/1415, VI, 209; Mansûr, Alî Nâsîf, *et-Tâc (el-Câmi' li'l-Usûl ft Ehâdisi'r-Rasûl)*, I-V (Tek kitap halinde), Mektebetu Pamuk (Pamuk Yayınları), İstanbul (1961/1381: I. ve II. Ciltler; 1962/1381: III. Cilt; 1962/1382: IV. ve V. Ciltler), IV, 367; Câmîatu'l-Ezher, 25; ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhiyye Mukarene*, 527.

başka türlü değil sadece fazilet esası üzerine olmalıdır. İslâm, fazileti himaye etmek ve faziletli toplumu inşa etmek üzere gelmiştir. Hz. Peygamber yaptığı savaşlarda, tuğyana (zulme, zorbalığa) karşı adaletle ve merhametle mücadele etme hassasiyeti taşırdı. Çünkü adalet ve fazilet adına yapılan savaş, rezilliğin (alçaklığın) giderilmesine karşı yapılmaktaydı.¹¹³ Bunun için İslâm'da, adalet ile faziletin her zaman savaş ve öldürme ile birlikte olduğunu görürüz.¹¹⁴

b. Adalet Anlayışının Göstergesi Olarak Sevgi ve Hoşgörü İlkesi

İnsanlar, aynı atadan gelen tek bir millet olduğuna göre insanî kardeşlik bağları, kesilmesi doğru olmayan, birleştirilmesi gerekli olan bir bağıdır. Ayrıca Allâh kalplerin, *sevgi (meveddet)* ile birleştirilmesini emretmektedir. İnsanları bir araya getirmeye vesile olan sevgiyi, ne savaş ne de ihtilaf engellemelidir.¹¹⁵ Esasında sevgi ve hoşgörü anlayışının savaş ortamında da gözetiliyor olması, sürekli bir barış arayışı isteğinin bir göstergesidir. Çünkü bir araya getirici sevginin varlığı -her iki tarafa fayda sağlayan- barış için kapı açar.

İslâm hukukunda, genel kural olarak, sadece savaşan düşmanların öldürülmesine izin verilmiş olması, İslâm'a yönelik tehdidin ve düşmanca tavrın ortadan kaldırılma gerekçesine dayanır. Nitekim düşmanlık içeren oç alma olmazsa, halklar karşılıklı sevgi ve saygı içerisinde olurlar. Sevgi birleştirici olduğunda merhamet ve acıma kendiliğinden meydana gelir.

Müslümanlar ile gayrimüslimler arasında imzalanan Hudeybiye barışı esnasında, Hz. Peygamber'e, Kureyşe kıtlık isabet ettiği haberi ulaştığında Hz. Peygamber, Kureşli fakirlere gıda yardımı olarak dağıtılmak üzere Hâtib İbn Ebî Balta'a ile Ebu Süfyan'a, epeyce yüklü bir miktar para göndermiştir. Binaenaleyh savaş esnasında, Müslümanlarla müşrikler arasındaki ilişki fiili olarak kesilmiştir. Fakat bu durum, savaşa katılmayan -müşrik- halka karşı meveddet duygularının

¹¹³ Ebû Zehra, 33.

¹¹⁴ Ebû İyd, 166.

¹¹⁵ Bkz. Mumtehine, 60/7. Burada, Allâh'ın, Müslümanlarla düşmanları (*kâfirler*) arasında bir sevgi (*meveddet*) oluşturmaya ve mevcut düşmanlığı bir gün/şekilde dostluğa çevirmeye ve İslâm'a yönelişi sağlamaya kâdir olduğu ifade edilmektedir.

Allah, kalpleri çevirmeye, halleri değiştirmeye ve sevgiye götüren yolları kolaylaştırmaya kâdirdir. Nitekim Ebû Sufyân b. Harb, Ebû Sufyân b. Hars, Harb b. Hişâm ve Suheyl b. Amr'ın içinde bulunduğu Kureyşten bir grup, Mekke'nin fethinden sonra iman etmiştir. Bkz. er-Râzî, XXIX, 303.

beslenmesine engel olmamıştır.¹¹⁶ Çünkü müşrik halkın birçoğu aynı zamanda Müslümanların akrabalarıydı ve kâfir de olsalar, Müslümanların onlarla olan akrabalık ilişkilerini kesmeleri doğru olamazdı.

Adalet ilkesinin bir gereği olan *hoşgörü*, İslâm hukukunun esas kabul ettiği ilkelerdendir. İslâm, sevgi ile beraber zelil olmaksızın hoşgörüye de çağırır; fertler ve topluluklar arasında insanî ilişkileri hoşgörü üzerine bina eder. Sırası geldiğinde, insanî değerler adına yapılan bu hoşgörülü savunma (ya da karşılık verme), nefreti değil sevgiyi celp eder. Kötülük işleyenlerin fert olarak veya topluluklar halinde cezalandırılması gerektiği zaman, verilecek cezanın haddi aşmadan ve zulme varmadan, hak ve hukuku gözeterek olması gerekmektedir.¹¹⁷ Zaten, İslâm'ın ruhuna uygun düşmeyen bir hareket tarzı birçok âyet tarafından yasaklanmıştır.¹¹⁸

Hz. Peygamber, kendisinden aman/eman çağrısında bulunulan kişiye, insanlık onuruna (ve insanî değerlere) yakışan -güzel- bir muamele (*es-safhu'l-cemil*)¹¹⁹ ile mukâbele/muâmele etmeyi emretmektedir. Burada *güzel* şekilde *muamele etmek* demek, üstün olduğunda (*fi'l-uluuv*) kötülük yapma ve kaba kuvvet gösterme imkânına sahipken, İslâm'ın dışına çıkmamak ve yaptıkları kötülüklerin aynısını onlara yaparak kötülerle alay etmemek,¹²⁰ eza ve işkencelere karşı sabırlı olmak ve en güzel (*ehsen*) şekilde savmak¹²¹ demektir.

Hz. Peygamber'in, müşriklerle ve diğerleriyle olan ilişkilerinde, yaptığı antlaşmalarında ve savaşlarda, hoşgörü ilkesini tatbik ettiğini görmekteyiz. Nitekim

¹¹⁶ Ebû Zehra, 42.

es-Serahsî, Hz. Peygamber'in Ebû Süfyan'a, 500 dinarla birlikte acve hurması ve katkılık da gönderdiğini belirtmektedir. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 92.

¹¹⁷ Ebû Zehra, 26.

¹¹⁸ Mesela bkz. Araf 7/199; Nahl, 16/126-127; Fussilet 41/34.

¹¹⁹ Hicr suresi 85. âyette geçen *es-safhu'l-cemil*, "*güzel bir şekilde yüz çevirme ve aldırmama*" demektir. Allâh, burada, düşmanlığı savmanın (karşı koymanın) en güzel şekilde yapılmasının zarureti ortaya koymaktadır. Cezalandırmada acele etmeyip karşı tarafın eziyetlerine tahammül ederek, yumuşak ve ağırbaşlılıkla (o düşmanlara) muamele etme tarzıdır. Bkz. Yazır, V, 3074. Bir bakıma, İslâmî ve insanî değerlere riayet ederek, gerektiği zaman ve hak edilen ölçülerde muâmele etme şeklidir.

İbnu'l-Arabî'nin bildirdiğine göre, daha sonra bu âyet, savaş (kıtal) emriyle neshedilmiştir (Bkz. III, 1135). Ona göre savaş emreden âyet ise Bakara, 2/190'dır (Bkz. III, 1296, 1298).

el-Kurtubî'ye göre, Müslümanların düşmana karşı, yüz çevirme ve aldırmama şeklindeki hareket tarzı, nâzil olan Hacc suresi 39. âyetle neshedilmiştir. Bkz. el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, XIV, 406.

¹²⁰ Ebû Zehra, 25.

¹²¹ Bkz. eş-Şâtübî, II, 110.

bu vesileyle yaptığı antlaşmalardan biri, kendisi sahabeyle birlikte hac etmek istediğinde, müşrikler O'nun önünü keserek Beytu'l-Haram'a gitmesine engel oldukları bir vakitte, Müslümanlarla müşrikler arasında yapılmış olan Hudeybiye barış antlaşmasıdır. Müşrikler açısından bu antlaşmanın gayesi, bir şekilde Müslümanları engellemek; onlara fırsat vermemek, zulüm yapmak ve haddi aşmaktır. Fakat Hz. Peygamber açısından bakıldığında ise, hangi kesimden olursa olsun tüm insanlar için söz konusu olabilecek bir hoşgörü ortamı tesis etmektir. O yıl Hz. Peygamber'in hac etmesini engellemek için barış (ateşkes) yapmada ısrar eden müşrikler, ilkin görece bir üstünlük sağlamış olsalar bile, uzun vadede bu antlaşma İslâm'ın (Müslümanların) lehine olmuştur.

Müşrikler bu antlaşmada, Mekke'den çıkıp Müslüman olarak Hz. Peygamber'e katılanların rızaları olmasa bile Müslümanlar tarafından kendilerine teslim edilmelerini, buna karşılık Hz. Peygamber'in yanından çıkıp, irtidat ederek Mekke'ye sığınanların da geri verilmeyeceğini şart koşmuşlardır. Bu şartı kabul eden Hz. Peygamber'in kararını hezimet olarak değerlendirip öfkeyle karşılayan müminler de olmuştur.¹²² Fakat Hz. Peygamber'in bu antlaşmayla, büyük başarı kazanmış olduğu, zaman geçtikçe daha iyi anlaşılmıştır.¹²³

Şartlar değişip de mazlum ve mağdur durumda olan taraf güç ve kuvvet sahibi olduğu zaman savaşı, öç (*se'r/intikam*) için değil, bilakis bâtili def etmek, hakkı yüceltmek ve İslâm'a yönelik düşmanlığı ortadan kaldırmak için yapılmalıdır. İslâm'ın Medine döneminde Müslümanlar için zaferlerle sonuçlanan savaşlarda hep bu gaye esas alınmıştır. Nitekim Allâh, bu maksatla hareket eden Müslümanlara

¹²² Mesela Hz. Ömer, Hz. Peygamber'in Hudeybiye barışını imzalayacağı anda, görünüşte Müslümanların aleyhine olan antlaşma maddelerine, şiddetle itiraz etmiş, bu memnuniyetsizliğini önce Hz. Ebû Bekir'e daha sonra da Hz. Peygamber'e karşı dillendirmiştir. Hz. Ömer, ilkin Müslümanların durumlarını ağırlaştırılan bu antlaşma karşısında İslâm'a olan bağlılığından Hz. Peygamber'e: '*Sen Allâh'ın Rasulü olmana rağmen niçin dinimizden taviz veriyorsun?*' şeklinde bir çıkışta bulunmuştu. Hz. Ömer'in Rasulullah ile tartışması, barışın şartlarını kabulündeki hikmeti öğrenmekti. Çünkü müşriklerin zillet içinde olmalarını istiyordu. Hz. Ömer, bu hareketinden dolayı daha sonra çok pişman olduğunu da ifade etmiştir. Bkz. el-Vâkıdî, 279-280; İbn Hişâm, 861.

¹²³ Bu başarı, savaş yapmadan ve kan dökmekten Allâh'ın, Peygamberine ihsan ettiği açık bir fetih/zafer olmuştur. Bkz. Fetih, 48/1.

Fahrudin er-Razi, bu açık (*mubîn*) fethin birkaç manaya geldiğini, öncelikli manasının Mekke'nin fethi, ikinci olarak da Hudeybiye barışı olduğunu (Bkz. er-Râzî, XXVIII, 77) söyler, Elmalılı Hamdi Yazır, istikbali açan ve ileride gerçekleştirilecek birçok fethin kaynağı olan bu fethin, çoğunluk âlimlere göre, Hudeybiye -barış- antlaşması olduğunu belirtir. Bkz. Yazır, VI, 4405.

Mekke'yi fethetme imkânı verdiği zaman, bu durum beraberinde kelime-i tevhide yönelişi de artırmış oldu. Müslümanlar, daha önce kendilerine eziyet edip onları yurtlarından büyük işkenceyle kovan müşriklere karşı, düşmanlığın, baskı ve şiddetin yok edilmesi, haktan yana tavır sergilenmesi yönünde hareket etmişlerdir. İşte bu, intikam (se'r) duygusuyla düşmanca muamelelerde bulunmaktan vazgeçme örneği olmuştur.

Hz. Peygamber, Mekke'nin fethi esnasında Kureyşten seçkin topluluğa şöyle demiştir: 'Size ne yapacağımı düşünüyorsunuz?' Onlar ise: 'Sen kerim (cömert, gönlü zengin) kardeşsin ve kerim kardeşin oğlusun' dediler. Bunun üzerine Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "*Size, kardeşim Yusuf'un, kardeşlerine dediğini diyorum: 'Bugün size kınama yok! Allâh sizi mağfireti ile bağışlar.'*"¹²⁴ *Hadi şimdi yüzünüz gülererek gidin, ben sizi affettim.*"¹²⁵

Anlaşılan odur ki, hoşgörü ve en güzel şekilde affetme (ve düşmanca muamele etmekten vazgeçme), insanların birbirleriyle ve özellikle Müslümanların diğerleriyle olan ilişkilerinde Hz. Peygamber'in ortaya koyduğu bir yaklaşım, bir siyaset tarzıdır. Bu, barış halinde mutlak (genel geçer), savaş sonunda ise yaralı mağluplara teselli veren bir metottur.¹²⁶

Neticede;

Terim olarak, denk ve dengeli düşünmek, denk ve dengeli hareket etmek; bireysel ve sosyal yapıda dirlik ve düzenliği, hakkaniyet ve eşitlik ilkelerine uygun yaşamayı sağlayan ahlakî bir erdem gibi manaları taşıyan adaletin¹²⁷ tezahür şekilleri, hukuk ve ahlakla ilişkileri bakımından birçok tanım yapmak mümkündür. Fakat asıl önemlisi, adalet, hem ahlakî hem de hukukî değer yargılarıyla bütünleşirse bir anlam ve muhteviyat kazanır.¹²⁸

¹²⁴ Bkz. Yusuf 12/92.

¹²⁵ Bkz. Ebû Yûsuf, *er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâi*, 108.

¹²⁶ Ebû Zehra, 26.

¹²⁷ Eskicioğlu, Osman, "İslam ve Uluslararası Adalet", *Doğu'da ve Batı'da İnsan Hakları (Kutlu Doğum Haftası: 1993-1994)*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları (No: 201), Ankara 1996, 118.

¹²⁸ Kılıoğlu, 273.

Hak ve adalet kavramı İslâm'la başlamadığı gibi, milletlerarası hayatı düzenleme fikri ve teşebbüsleri de İslâm'la ortaya çıkmış değildir.¹²⁹ Eski çağlardan beri hukukçular ve düşünürler adalet kavramına yaklaşım tarzları bakımından hep bir adalet arayışı içinde olmuşlardır. İslâm hukukunda hak ve adalet kavramlarının Müslümanlar ve gayrimüslimler arasındaki ilişkiler gibi çok farklı boyutlarda ve derinlemesine ele alındığı, insanî değerlerin seviyesi yükseltilerek belli ölçüde kurallara bağlandığı bir vakıdır. Bunun en bariz örneği, Kur'ân'ın, “*Ey iman edenler, Allâh için hakkı ayakta tutan, adaletle şahitlik eden kimseler olun. Bir topluluğa duyduğunuz kin, sizi âdil davranmamaya sevk etmesin. Adaletli olun*”¹³⁰ hükmüdür. Bu hüküm, İslâm'ın adalet anlayışının, hukuk düzeni içerisindeki önemine vurgu yapmaktadır. Çünkü bu yapıyı anlamlı kılan adalet, iki taraf arasındaki ilişkilerde, davranışlarda ve karar vermede doğru ve dengeli olmak, hakka göre hüküm vermek, her şeyde ve herkes için hak ve doğrudan yana olmak amacı taşımaktadır.

C. AHLAK İLKESİ

1. Ahlak Kavramı ve Uluslararası Hukukla İlişkisi

Uluslararası ilişkilerde ahlak kuralını dikkate alma meselesi tartışmalı olsa da, bir topluluk olarak uluslararası toplum düzeninin de bireyler arası ilişkilerde uyulması düşünülen ve hukukun dikkate aldığı *asgarî ahlak* kuralları vardır.¹³¹ Bu kurallar, topluma, yere ve zamana göre değişse bile toplumsal düzen kurallarının bir türü olarak her toplumda var olan ahlak anlayışına dayanmaktadır.

Uluslararası hukuk, devletlerin kendi iç düzenlerinde sahip olduklarından farklı bir “pozitif hukuk” niteliği taşımaktadır. Sahip olduğu özellik itibarıyla uluslararası hukukla iç hukuk arasında bazı farklar olduğu açıktır. Bunların ilki, “iç hukukla uluslararası hukuk arasında müeyyide unsurunun geçerliliği ve etkililiği”

¹²⁹ Eskicioğlu, 121.

¹³⁰ Maide, 5/8.

¹³¹ Mesela Jellinek ve Lauterpacht gibi kimi hukukçular, genel anlamda hak ve ahlak arasındaki ilişkiler dolayısıyla hukuku, “asgarî ahlak” olarak anlamışlardır. Bu anlayışa göre, hukuk ahlakın uygulanması zorunlu olan kısmıdır. Nitekim uluslararası ilişkilerde ahlaka veya ahlakî ilkelere riayetın önemi, özellikle savaş ve felaket gibi ahlakî endişelerin göz ardı edildiği zamanlarda daha çok anlaşılmaktadır. Bkz. Bilsel, *Giriş*, 82; Alsan, *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 25. Ayrıca bkz. Hatemi, “Uluslararası Özel Hukukta ve Devletlerarası İlişkilerde Bilinmesi ve Uyulması Gereken Temel İlkeler”, <<http://www.abft.net/inovasyon/dosyalar/HuseyinHatemiTR.doc>>.

bakımından var olan farktır. İkincisi ise, “devletlerin iç hukuk düzenlerinde, ahlak ve siyaset gibi, pozitivist açıdan hukuk dışı kabul edilen alanlardan yararlanma ve onlara atıflarda bulunma gereğinin, uluslararası hukuktakine oranla savunulabilir bir zemine sahip olmadığı” yönündeki farktır. Şu halde uluslararası hukukun, bir bakıma “eksik pozitivizm”e sahip olması,¹³² onun devamlı olarak, ahlakî ilkeler ışığında yeniden yorumlanmaya elverişli (dinamik) bir nitelik/yapı taşıdığını göstermektedir.¹³³

Aslında uluslararası toplumda var olduğu iddia edilen zamandan bu yana adalet, bu varlığını ahlakîlik zeminine dayandırmıştır. Daha önce, adalet kavramını ele alırken, ifade ettiğimiz gibi adalet, İlk Çağdan bu yana üzerinde tanım birliğine varılamamış bir kavramdır. Bunun sebebi adaletin, ahlak, hakkaniyet ve fazilet kavramlarıyla neredeyse örtüşecek yorum kapasitesine sahip olmasıdır.

Böyle bir dinamik yapı, uluslararası toplumda hukukun yerleşmesi ve adaletin gerçekleşmesi için yine uluslararası düzeyde, insan haklarının korunması, yüksek ahlakî değerler ve devletlerin müşterek kararı gibi ortak noktaları esas alan çok yönlü uluslararası hukuk anlayışına doğru gelişen eğilime kapı aralamaktadır. O zaman uluslararası çıkarlar yerine “beşerî ilke ve değerler” ve devletlerin insanî değerleri ihlal etmesine karşın uluslararası hukuk ve adaletin tesisi adına devletlerin güç alanlarının sınırlandırılması gibi unsurların öne çıkarılması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla savaşın engellenmesi ve uluslararası uyuşmazlıkların savaşa varmayacak bir şekilde giderilmesi için, uluslararası ilişkileri belirleyen hukukun yeniden inşasına imkân sağlayan ahlak (yüksek ahlakî değerler), adalet ve hakkaniyet (*nesafet*) ilkeleri ile uluslararası hukuk canlı ve dinamik tutulmuş olunacaktır.

2. Ahlak İlkesinin Uluslararası Toplum Düzenine Etkisi

Uluslararası ilişkilerde ahlak kurallarına yer verilmedikçe, bu ilişkileri insanlık ve adalet esaslarına uygun olarak düzenlemek ve geliştirmek imkânsız hale

¹³² “Uluslararası hukukun doğası gereği *yeterince pozitif* olmadığı ve dolayısıyla *yeterince hukuk* olma yeteneğine sahip bulunmadığı” düşüncesidir. Bu düşünce, 19. yüzyıl ortalarında, özellikle hukukî pozitivizm ekolünün ünlü temsilcisi John Austin’in hukuk-ahlak bağlamındaki görüşleri ile yaygınlık kazanmıştır. O kadar ki, 1876 tarihli bir davada bir İngiliz ulusal mahkemesi, kararında, uluslararası hukukun bu doğasına/yapısına göndermede bulunmuştur. Bkz. Polat, 27-28.

¹³³ Alsan, *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 420; Köker, Levent, “Yeni Savaşlar Çağında Hukukun Üstünlüğü ve Uluslararası Politika”, *AÜHFED*, Cilt: 54, Sayı: 4, Yıl: 2005, 59-60.

gelecektir. Ahlak kurallarına uyma ihtiyacı, herhangi bir toplum hayatından daha çok, devletler topluluğunda kendini göstermektedir.¹³⁴

Uluslararası hukukun çoğu kez muğlâk olan ve farklı yorumlanabilen kuralları, müeyyide eksikliği dolayısıyla da iyice uygulanamadığından, var olan eksikliğin ahlak kuralları ile tamamlanması bir zaruret halini alır. Bu itibarla uluslararası hukuka, hukuktan çok ahlak kuralları manzumesi olma niteliği atfeden hukukçulara ve devlet adamlarına rastlamak da mümkündür. Esasında ahlak ile hukuk arasındaki mevcut sıkı ilişkiler, her ikisinin uluslararası alanda birbirine geçmiş bir durumda bulunmalarına sebep olmaktadır.¹³⁵ Hukukla ahlak ilişkisi, hukukun gerçekleştirmeyi hedef aldığı adalet ilkesinin ahlak ve hakkaniyet zeminine dayanmasından kaynaklandığını söyleyebiliriz. Şu halde uluslararası hukuk kuralları, adı geçen üç ilkenin birbiriyle olan irtibatını zorunlu kılmaktadır.

Hiçbir toplum hayatını yalnız hukuk kuralları, yani kanunlar ile düzenlemek mümkün değildir. İnsanlar arasındaki ilişkileri, yaptırım korku veya ceza olan kurallar ile düzenleme zorunluluğu mevcut olmakla beraber, bütün düzeni sadece kurallara dayandırmak, insanlığın çok geniş ve zengin olan manevi yönünü ihmal etmek demektir. Aslında hukuk kuralları, ahlak ilkelerine de uygun olmadığı takdirde gerçek bir değer ifade etmezler.¹³⁶ O kadar ki, hukuk kuralları yaptırım ile desteklenen ahlak kurallarıdır.¹³⁷

Ahlak kuralları bir bakıma toplum hayatının ürünü olduklarına göre, bunların ortaya çıkışında her şeyden önce toplumsal bir amacın rolü bulunduğu şüphe yoktur. Toplumsal amacın temelinde ise, yan yana yaşayan insanların karşılıklı menfaatlerini sağlama düşüncesi vardır. Sonuçta bir ahlak kuralı, belli bir hareket tarzını gösteren tavsiye niteliğinde temel bir kural(*düstur*)dır ki, tecrübeler ona uygun hareket etmenin karşılıklı fayda sağlayacağını ortaya koyduğu için toplum hayatının düzenleyici kuvvetleri arasında önemli bir yere sahiptir. Toplum hayatındaki her

¹³⁴ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 137; a.mlf., *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 420.

¹³⁵ Bkz. Politis, 36; Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 138.

¹³⁶ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 138; a.mlf., *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 421.

¹³⁷ Bkz. Politis, 36; Bilge, 29.

realite gibi, ahlak da belli oranda/düzeyde ait olduğu hayatın olgunlaşmasını izleyen bir değerdir.¹³⁸

“Bireysel ahlak”, “toplumsal ahlak”, “milli ahlak” ve en son “milletlerarası ahlak” dediğimiz kavramların hepsi de topluluk hayatının düzenlenmesi ile ilgili ve ancak ilişkilerin şekli bakımından kurallar bütününden ibaret oldukları için, temelde hepsi aynı bilinç ve prensip birliğine dayanırlar.¹³⁹ Buna rağmen uluslararası ahlak, uluslararası ilişkilerin taşıdığı bazı özellikler dolayısıyla, diğer ahlak gruplarından daha zor, daha kapalı/belirsiz (*muğlak*) bir yapı ortaya koymaktadır. Ne var ki bunda, uluslararası ilişkilerin, son zamanlarda daha da gelişmesi ve ilişki kurma alanlarında büyük oranda artış olması özelliğinin de etkisi vardır.¹⁴⁰

Uluslararası alanda, hem hukuk kurallarının hem de ahlak kurallarının gerek ortaya çıkmalarına gerekse uygulanmalarına en büyük engel, uluslararası toplum düzeninin en baskın süjesi olan devletlerin egemenliği anlayışı (kavramı)dır.¹⁴¹ Çünkü devletlerin bağımsız bir niteliğe sahip olmaları, yani hukukî ve ahlakî kurallara uymamanın karşılığı olarak bir uluslararası yaptırım ile egemenliklerinin sınırlandırılmasının teknik olarak mümkün olmaması, onları uluslararası toplumda bazen sorumsuz davranmaya itebilmektedir.

Şu halde uluslararası ahlak kuralı, uluslararası hukuka dâhil olmamakla beraber, genellikle medeni devletlerin, kendilerine ait (özel), sürekli ve en temel menfaatlerini korumak için gerekliliğini kabul ederek yürürlükte tuttıkları davranış ilkesidir. Fakat bu ilkenin varlığı, öncelikle, uygulanmasının maddi ve objektif olarak doğrulanmasını ve ortaya konulmasını ve sonra da gerekliliği konusunda medeni devletlerce bir -ortak- anlayışın oluşmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁴²

¹³⁸ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 138-140.

¹³⁹ Bireyin kendi çevresinde yaşayan bireylerle olan ilişkilerine bireysel ahlak; bireyin ait olduğu toplumla veya vatandaşı olduğu devletle olan ilişkilerine taalluk eden ahlak, milli ahlak adını alır. Uluslararası düzeyde bahsedilen ahlak ise, milletler veya devletler arasındaki ilişkilerde uyulması gereken ahlak kuralları bütünüdür. Bkz. Politis, 27; Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 141; a.mlf., *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 422. Ayrıca bkz. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 67.

¹⁴⁰ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 141; a.mlf., *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 422.

¹⁴¹ Alsan, *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 423.

¹⁴² Politis, 39-40.

Devletler, kendi menfaatlerini diğer devletlerin zarar görmelerinde aradıkları sürece,¹⁴³ ahlakın uluslararası ilişkilerdeki yerinin giderek zayıflaması kaçınılmazdır. Oysa ahlak kurallarının oluşması ve yürürlüğe girebilmeleri için, asgarî bir düzeyde hukukî düzene ihtiyaç vardır.¹⁴⁴ Esasında ahlak kurallarının hukuka olan ihtiyacı hukuk kuralları için de geçerlidir.¹⁴⁵ Yani uluslararası toplum düzeninde devletleri bir takım hukuk kurallarıyla bağlı kılan bir bilince/anlayışa (veya kabule) hep ihtiyaç olmuştur. Bu ise asgarî ahlak bilincidir. Çünkü herhangi bir hukuk düzeni, temelde ahlak bilincine dayanmadıkça gerçek bir değer kazanmış olmaz. Bu bakımdan toplumsal bir hayat kuralı ve hukukun da hedefi olan hakkın ortaya çıkmasında adalet ve ahlak duygularının büyük payı vardır.¹⁴⁶

Güdülen hedefi ve beklenen faydayı karşılamakta zorlanan bir kuralın (emir veya yasağın), hak doğuran bir kural olarak değer taşıması mümkün olmadığı gibi varlığını devam ettirme kabiliyeti de yoktur. Aynı şekilde, bir hukuk kuralı, ahlak bilincinin yardımı olmadıkça, mevcut durumla ne kadar örtüşse bile, bir hak kuralı olarak kolayca hayata geçemez. Uluslararası alanda Milletler Cemiyeti'nin uğradığı hüsrân ve hayalkırıklığı, buna güzel örnektir. Ortaya konulan güzel prensiplere ve oluşturulan devasa teşkilata rağmen elde edilmek istenen hedefler başarısızlıkla sonuçlanmıştır.¹⁴⁷

Kuşkusuz bu başarısızlığın önemli sebeplerinden biri olarak, uluslararası alanda arzu edilen seviyede bir yaptırım unsurunun/kuvvetinin yokluğu gösterilse de asıl sebep, uluslararası toplumda gerçekleştirilmek istenen yenilikler için gerekli fikri ve ruhi zemin birlikteliğinin sağlanmamasıdır.¹⁴⁸ Bu zemin, uluslararası hukuka canlılık ve kuvvet kazandıracak ortak ahlakî bilincin ve değerlerin oluşturulmasına

¹⁴³ Modern uluslararası toplum içerisinde bile, yükselmelerini başka milletlerin batmasında arayan; küresel barışın ancak kendi ihtiraslarının hâkimiyeti altında sağlanacağını düşünen ve adalet, ahlak ve hakkaniyet duygularını çok da dikkate almayan devletler mevcuttur. Bkz. Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 144; a.mlf., *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 422, 424.

¹⁴⁴ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 142-143.

¹⁴⁵ Ahlak ve hukuk kuralları arasında sıkı bir bağlılık vardır. Çünkü bunlar karşılıklı etkileşim içindedir. Söz gelimi toplumun genel ahlak anlayışına uymayan kanunlar, hem kendisinden beklenen toplumsal işlevi göremez hem de devamlı olamazlar. Bkz. Bilge, 29.

¹⁴⁶ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 145; Bilge, 29.

¹⁴⁷ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 146; a.mlf., *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 425.

¹⁴⁸ Alsan, *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 425.

katkı sağlayacaktır. Zira uluslararası hukukun içinde bulunduğu mevcut krizin kaynağını, uluslararası ahlakın yeterince güçlü olmamasında aramak gerekir.¹⁴⁹

BM Antlaşması'nın giriş (dibace) kısmında açık bir şekilde ifade edilen, BM halkının eşitliğine ve birlikteliğine vurgu yapan “tesâmuh (müsamaha/hoşgörü)” ve “iyi komşuluk” ilişkileri,¹⁵⁰ ahlak ilkesinin etki sahasında bulunan bir muamele şeklidir.¹⁵¹ Bu muamele şekli, aslında, uluslararası ilişkilerde aranan görece değerlere karşılık gelmektedir. Her ne kadar hukukî normatiflik bakımından sınırları pek belli olmayan iki kavram olsalar da, *müsamaha* ve *iyi komşuluk* uluslararası düzende aranan iki niteliktir.

Uluslararası hukuk düzeni ve temel insanî ilkeler bakımından ahlak ilkesinin taşıdığı önem, BM Antlaşması'nın bir unsuru olan Uluslararası Adalet Divanı'nın statüsünde de açıkça belirtilmiştir. UAD madde 2'de, Adalet Divanı'na seçilecek hâkimlerin ilk vasfı olarak “en yüksek ahlakî saygınlığa sahip”¹⁵² olma şartı getirilmiştir. Çünkü hukukun yorumlanmasında ve uygulanmasında şüphe ve tereddüt hâsıl olduğu zaman hâkime yol gösterecek olan en büyük rehber, ahlaktır.¹⁵³

Uluslararası toplumda bir iş birliğinin kurulması için, ilk şart, bütün milletlerin üzerinde ittifak edecekleri ve uluslararası düzeni ve devletlerin hayatiyetlerini sağlayacakları en temel uluslararası ilkeler oluşturmaktır. Kuşkusuz bu ilkeler, uluslararası toplumun süjelerinin ortak değerleri olacaktır. Bunların başında ise ahlak kurallarını zikretmek mümkündür.¹⁵⁴

D. HAKKANİYET (NESÂFET) İLKESİ

1. Hakkaniyet ve Adalet İlişkisi

Hukukun uygulanmasına yönelik diğer bir önemli kavram ise, adaletin somut olaylara tatbik edilmesi anlamına gelen ve yine adaletin bir türünü ifade eden

¹⁴⁹ Crozat, 47.

¹⁵⁰ Gündüz, 25.

¹⁵¹ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 148; a.mlf., *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 426; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 68.

¹⁵² Gündüz, 83.

¹⁵³ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 149; a.mlf., *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 426.

¹⁵⁴ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 149 vd.; Crozat, 46.

hakkaniyettir.¹⁵⁵ Hakkaniyet çoğunlukla adaletle birlikte ve/veya eş anlamda kullanılır. Fakat bu kavramlar, “birbirine yabancı olmamakla beraber birbirinin aynı da değildir.”¹⁵⁶

Daha önce ele aldığımız denkleştirici ve dağıtıcı adalet, temelde bir eşitlik düşüncesine dayanır. Fakat hem *salt eşitlik* temeline dayalı ‘denkleştirici adalet’ ve hem de ihtiyaç, yetenek ve imkânlar bakımından aynı durumda olan çok sayıda kimse için söz konusu olan, *orantılı eşitlik* temeline dayalı ‘dağıtıcı adalet’ türleri, bazen tek başına bireyin sahip olduğu farklı ve özel durumu dikkate almadığı için adalet duygusunu zedelemektedir.¹⁵⁷

Bununla beraber adalet, bir yandan toplumun geneline bakarak ve eşitlik esasına dayalı olarak herkese uygulanan hukukta birliği sağlamayı diğer yandan da somut olayların ve insanların niteliklerinin ve farklılıklarının göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılar. Çünkü hukukun ideali olan adalet, hukuk kurallarının şahsa özel uygulanması olan hakkaniyetle çok yakından ilgilidir.

Hakkaniyet, denkleştirici ve dağıtıcı adaletin eksikliklerinin giderilmesini amaçlar. Çoğu kez genel ve soyut içerikli hukuk normunun, özel ve ferdi durumlara aynen uygulanması bazen adaletin gerçekleşmesine engel olur ve haksızlık (zarar) doğurabilir. Bu gibi hallerde, hakkaniyet ilkesinin esas alınması öngörülmüştür.¹⁵⁸ Böylece somut ve özel duruma ilişkin olarak, hukuktaki sertliğin ortaya çıkardığı adaletsizliğin giderilmesi düşüncesi, merhamet ve insafla hareket ederek hakkaniyet¹⁵⁹ dediğimiz başka bir hukukî çözüme/yoruma varılmasını gerekli kılar.¹⁶⁰ Böyle bir gereklilik doğrudan yasa/kural koyma yoluyla değil de hâkimin

¹⁵⁵ Bkz. Belik, “Milletlerarası Adalette Hakkaniyet ve Nisfetin Rolü”, *Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası*, Yıl: 1, Sayı: 4, Aralık 1948, 150.

¹⁵⁶ Başgil, 34; Tekinay, 75, 76.

¹⁵⁷ Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 133; a.mlf., *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 40; Türkan, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, 94.

¹⁵⁸ Kılıoğlu, 278; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005, 204; a.mlf., “Adalet Kavramının Belirsizliği”, 18.

¹⁵⁹ Çünkü “hakkaniyet; insaf, merhamet ve şefkat hisleriyle yumuşatılmış ve şiddeti hafifletilmiş bir adalettir.” Bkz. Başgil, 34. Ayrıca bkz. Tekinay, 76.

¹⁶⁰ Mesela borcunu zamanında ödeyemeyen bir kişinin cebri icra yoluyla mallarına el konulması onu daha da mağdur/muztar hale sokacaksa, bu gibi durumlarda borçluya, borcunu ödeyebilmek için ek süre verilmesi bir hakkaniyet uygulamasıdır (Bkz. Atar, Fahrettin, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, Marmara Üniversitesi İlâhiyat Vakfı Yy., İstanbul 1990, 41, 65; Gözler, *Hukuka Giriş*, 267). Nitekim Bakara suresi 280. âyette de: “Eğer borçlu darlık içinde ise, bir kolaylığa ulaşıncaya kadar mühlet vermek (gerekir)” buyrulmaktadır.

somut olaylardaki uygulamaları (karar ve yorumları) ile yerine getirilir.¹⁶¹ Bu bakımdan hakkaniyete, “münferit (somut) bir olay ve münferit bir kişi için gerçekleştirilen adalet” de denilebilir.¹⁶² Çünkü hakkaniyet ilkesinin benimsenmesinden maksat, değişen şartlara göre hukukî uygulamalarda esneklik sağlamak ve bu yolla değişen hayat şartlarının ortaya çıkardığı sorunlara çözüm bulmaktır.¹⁶³ Daha açık bir ifade ile bizatihi amacı adalet gibi yüksek bir ideali gerçekleştirmek olan hukukun, bireye uygulanmasından doğan mağduriyeti gidermek ve somut olay adaletini gerçekleştirmektir.

Fakat somut olay adaleti diye de ifade edilen hakkaniyet sübjektif (özel ve istisnaî) değerlendirmeye açık bir kavram olduğu için bazen toplumsal düzen fikrinin dayandığı kanuni adalet ilkesine ters düşmektedir.¹⁶⁴ Dolayısıyla hukukun sert bir biçimde uygulanmasının haksızlığa (adaletsizliğe) sebebiyet vermemesi için hakkaniyet ilkesiyle yumuşatılmasının da bir sınırı olmalıdır.¹⁶⁵ Nitekim eğer tam bir hakkaniyet sağlansın diye hukukun normatifliği ve genelliği ihlal edilirse başka bir adaletsizliğe sebep olunur.¹⁶⁶

2. Uluslararası Hukukta Hakkaniyet

Bir manada hüsnüniyet anlamına gelen hakkaniyet, uluslararası hukukta, özellikle günümüzde barış ortamının muhafazası, uyumsuzlukların giderilmesi açısından çok önemli yere sahiptir. Çünkü hakkaniyet, hakkın kullanımında iyi niyetli ve dürüst davranma gibi hukukun ulvi amaçlarını da temelinde barındırmaktadır. Uluslararası toplum düzenine mensup olan devletler birbirleriyle

Yine, ceza hukukunda, zevk için hırsızlık yapanla ihtiyaçtan dolayı hırsızlık yapanın cezalandırılmasında, hâkimin, hakkaniyet ilkesine riayet ederek hareket etmesi; cezanın alt ve üst sınırına hükmederken, olayın ve suçu işleyen somut/özel durumunu dikkate alması (Bkz. TCK, md. 141, 147), hakkaniyetin bir göstergesidir. Bkz. Gözler, *Hukuka Giriş*, 267.

¹⁶¹ Hukukun doğru bir şekilde uygulanmasında hakkaniyete (ve nısfete) başvurmak hâkim için bir hak değil bir görev (*vecibe*)dir. Fakat kuralı (*düstur*) bertaraf edecek bir sonuca/hükme varması halinde de yetkisini aşmış olur. Bkz. Belik, “Milletlerarası Adalette Hakkaniyet ve Nısfetin Rolü”, 149.

¹⁶² Gözler, *Hukuka Giriş*, 267.

¹⁶³ Belik, “Milletlerarası Adalette Hakkaniyet ve Nısfetin Rolü”, 149; Güriz, “Adalet Kavramının Belirsizliği”, 19.

¹⁶⁴ Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, 99.

¹⁶⁵ Hâkimin, pozitif hukuk alanından uzaklaştığı zaman, verdiği karar, objektif adalete dayanmalıdır. Bir başka deyişle, hâkime, hukuk dışı kurallara göre hüküm verme yetkisi (*salâhiyet*) tanınsa bile, o, her zaman hukuk idesi kapsamında hareket etmelidir. Bkz. Belik, “Milletlerarası Adalette Hakkaniyet ve Nısfetin Rolü”, 150; Crozat, 154; Çelik, Edip F., *Milletlerarası Hukuk*, 1. Cilt, İstanbul Üniversitesi Yy., İstanbul 1980, 121-122.

¹⁶⁶ Bkz. Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, 134; a.mlf., *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 42.

birçok ilişkiler içinde bulunmaktadırlar. Bazen devletlerin, sahip oldukları hakları kullanırken iyi niyet taşımadıkları ve kötüye kullandıkları da olmaktadır. Doğal olarak bu fiilden diğer taraf olumsuz etkilenmektedir. Bu bakımdan uluslararası toplum özneleri olan devletler, haklarını kullanırken iyi niyet ve dürüstlük ilkesi çerçevesinde hareket etmelidirler. Bu, özel hukukta olduğu gibi, uluslararası hukuk düzeninde de beklenen bir husustur.

Uluslararası hukukun yazılı hale gelmesinden önce uluslararası toplum düzeni örf ve adet (teamül) hukukuna dayalı olarak yürütülmekteydi. Bu dönemde, yazılı kurallar ve antlaşmalardan ziyade uygulamalar ve verilen sözler önemli yer tutmaktaydı. Başlangıçtan beri uluslararası hukuk/toplum açısından en önemli gaye, adalet ve hakkaniyetin korunduğu güvene dayalı bir ortam oluşturmak olmuştur. Güven ortamı da tarafların, birlikte yaşadıkları ortamda, huzursuz ve tedirgin olmadan, zulme uğramadan, korkusuzca hareket edebilecekleri bir durumu yani karşı tarafa güven vermeyi ve güven duymayı ifade eder. Karşılıklı güven ise, çoğunlukla ahlâka dayalı olan ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesine işaret etmektedir.¹⁶⁷ Ahde vefa, uluslararası topluluk üyelerinin, açık (*sarih*) ya da kapalı (*zımnî*) bir mutabakatla ortaya koydukları karşılıklı/ortak irade beyanı (umumî rıza)nın bir gereği olarak verdikleri sözü tutmalarını ifade eder.¹⁶⁸ Esasında irade (beyanı), adalet ve hakkaniyet ilkeleri için de en önemli husustur.¹⁶⁹ O kadar ki, günümüzde irade beyanları, oluşturulan bir takım teşkilatlarla daha sağlam hale getirilmiştir. Nitekim UAD Statüsünün, “İşbu hüküm,¹⁷⁰ taraflar mutabık iseler Divanın hakkaniyet ve nısfetle karar vermek yetkisine hâlel getirmez”¹⁷¹ şeklindeki 38/2. maddesinde geçen

¹⁶⁷ Uluslararası hukuk/toplum düzeninde, ya devletlerin birbirlerini aldatmalarının meşru kabul edildiği güvensizlik ortamı ya da uluslararası hukuka dâhil ahlakî bir ilke olan ahde vefa ilkesi esas alınacaktır. Oysa uluslararası hukukun/düzenin muhafazası, kanun ve sözleşmelere uyma anlamına gelen ahde vefa ile mümkündür. Bu yüzden uluslararası hukukun temelinde ahde vefayı koyan -çoğunluk- hukukçular, ahde vefanın kaynağının/dayanağının tümüyle ahlakî olduğuna vurgu yaparlar. Bkz. Crozat, 46, 47; Polat, 25, 27.

¹⁶⁸ Verdros, Alfred, “Uluslararası Hukukun Temeli”, Çev. Orhan Arsal, *İÜHFM*, Cilt: IV, Sayı: 13, Yıl: 1938, 142.

¹⁶⁹ Antlaşmalar hukukunun en önemli ilkelerinden olan ahde vefa (Bkz. Crozat, 200), Kur’ân’ın birçok âyetinde (mesela Bakara, 2/177; Âl-i İmrân, 3/76; Tevbe, 9/4; İsrâ, 17/34; Muminûn, 23/8; Fetih, 48/10) de emredilmektedir.

¹⁷⁰ 38. maddenin 1. paragrafında, Adalet Divanı’nın uygulayacağı kaynaklarla ilgili hüküm. Bkz. Çelik, 113 (1 no’lu dipnot).

¹⁷¹ Bkz. Çelik, 113, 118; Gündüz, 89. Ayrıca krş. Pazarcı, *I. Kitap*, 235.

Adalet Divanı’nın, Statüsünün 38. maddesinin 1. paragrafına istinaden karar vermesi, temelde eşitlik esasına dayalı kanuni (objektif) adaletin bir sonucu olan normal yetkisi iken, aynı maddenin 2.

“hakkaniyet ve nısfet (*ex aequo et bono*)” ifadesi ile kastedilen, belli bir olayda adaletin gerçekleştirilmesidir.¹⁷²

Bu durumda adalet ve hakkaniyet ilkeleri, uluslararası hukuk kurallarını uygulayacak bu iradenin ve uluslararası düzenin varlığının ya da meşruiyetinin dayanaklarından biri olmaktadır. Çünkü işlerliği olmayan bir hakkaniyet (iyi niyet) ilkesi, hukukun esas alındığı uluslararası toplum düzeninde çatışma/uyuşmazlık ve güvensizliğin artmasına sebep olabilir. Sonuçta bir tarafın hakkaniyet anlayışı olmayınca diplomatik yollara müracaat da yeterli olmayacak, taraflar uğradıkları haksızlıktan ötürü bizzat ihkâk-ı hak edecekler ve kendi haklarını kendi imkânları ve usulleri dâhilinde almaya çalışacaklardır.

Günümüz uluslararası hukuku haksız bir fiille karşılaştığında, kural olarak, kendi hukukî ve adlî mekanizmalarının devreye sokulmasını istemektedir. Fakat tespit edilen bir haksızlığı gidermek amacıyla uluslararası örgütler ve mekanizmalar devreye sokulurken bazen geç kalınabilmekte ve nihayet hakkı ya da menfaati ihlal edilen taraf açısından bir haksızlık doğabilmektedir. Dolayısıyla karar mekanizmalarının devreye girmesinden önce hukukun işlerliğinden kaynaklanan mağduriyetin giderilmesi için hakkaniyet ilkesi gereği sınırlı ve kısa süreli olarak taraflara, kendilerine yapılan hukuka aykırı ve hukukun izin vermediği fiilden dolayı karşılık verme hakkı tanınmıştır. Bu hak, menfaat ihlal eden (ve/veya ziyana uğratan) ama hukukun tanıdığı misilleme ve (belli şartlarla ve çok sınırlı olarak) zararlar mukâbele fiillerine başvurmadır. Maksat, sadece, mağdur tarafın mağduriyetinin en kısa zamanda giderilmesini ve devam eden haksızlığa bir an önce son verilmesini sağlamaktır.

III. ULUSLARARASI İLİŞKİLERDE MUKÂBELE UYGULAMALARI

Geçmişteki anlayışın aksine, gelinen durum itibariyle günümüzde İslâm hukukçularının hâkim düşüncesi, devletlerarası münasebetlerde normal durumun barış olmasıdır. İslâm’a göre savaş zaruret icabı başvuru olan geçici bir durum olup Müslüman bir ülke ile düşmanca münasebetler içine giren ülkelerle ilişkilerin

paragrafı ile kendine tanınan hakkaniyet ve nısfet ile karar verebilmesi ise olağanüstü yetkisi olmaktadır. Bkz. Çelik, 114.

¹⁷² Bkz. Belik, “Milletlerarası Adalette Hakkaniyet ve Nısfetin Rolü”, 150.

normale dönmesi için gerek savaş öncesi gerekse savaş sırasında barış yollarına başvurmak, karşı tarafın barış istemesi halinde bunu kabul etmek Kur'an-ı Kerim (Enfal, 8/61)'in emridir.¹⁷³

Savaşın hedefi, Müslümanların emniyet içerisinde din ve dünya işlerini yürütme imkânına kavuşmalarını sağlamaktır. Savaşa girişmeden önce veya savaş sırasında antlaşmalarla bu sonuca ulaşmak mümkün olduğu takdirde savaştan kaçınılır.¹⁷⁴ Nitekim uyuşmazlığı çözmek ve savaştan kaçınmak için hakeme başvurmak, diplomatik vasıtalar kullanmak vb. çözüm yollarına müracaat etmek mümkün olduğu gibi, duruma göre, savaşa varmayan zorlama yollarını kullanmak da mümkündür.

Şu halde hasmane ilişkilerden olan savaşı önlemek için, yine hasmane ilişkilerden olan ama savaşa varmayan (vardırmayan) zorlama yollarını kullanmak, uluslararası ilişkilerde İslâm'ın öncelendiği bir durum olması bakımından önem arz etmektedir. İslâm hukukunda, iki kötünden birini işlemenin kaçınılmaz olduğu bu gibi durumlarda, fikhın temel ilkelerine dayalı olan hükümler devreye girmektedir. Bu hükümler aynı zamanda, Mecelle'de 26., 27., 28. ve 29. maddeler olarak düzenlenmiştir.¹⁷⁵ Anılan hükümler/maddeler özet olarak, iki kötünden birini işlemenin kaçınılmaz/kesin olduğu durumlarda, daha hafifini tercih etmeyi gerektirmektedir.

Uluslararası ilişkilerin hasmane şekilde seyrettiği bir ortamda, ya savaş ya da savaşa varmayan zorlama yollarından birini işletmek kaçınılmaz olacaksa, bu durumda en hafifini tercih etmek gerekecektir. Bu yollardan biri de çeşitli tezahür şekilleri ve türleri ile mukâbele uygulamalarıdır. Aslında bu şekilde bir yaklaşım, bugünün uluslararası toplum düzenine ve hukuk anlayışına da uygun düşmektedir.

Modern uluslararası hukukta birbirinden bazı farklarla ayrılan üç uygulama esasta mukâbele terimiyle açıklanır. Bu fiillerin birbiriyle olan benzerlik veya farklılıkları konusundaki görüş ayrılıkları yanında Türkçe karşılıkları konusunda da

¹⁷³ Özel, *İslam ve Terör Fıkhi Bir Yaklaşım*, 75.

¹⁷⁴ Özel, *İslam ve Terör Fıkhi Bir Yaklaşım*, 75.

¹⁷⁵ Bkz. Ali Haydar, I, 83-86.

müellifler arasında görüş birliği olmayıp, bir terimin diğeri yerine kullanıldığı sıkça görülen bir durumdur.¹⁷⁶

Şimdi, modern uluslararası hukukta belirgin bir şekilde ortaya konulan üç tür mukâbele kavramını ayrıntılı bir şekilde izah etmeye çalışacağız.

A. MİSİLLEME (MUÂMELE Bİ'L-MİSL, RETORSION)

1. Misillemenin Kavramsal İçeriği

‘Kötü ve zararlı bir davranışa aynı şekilde karşılık verme, aynıını yaparak karşılama’¹⁷⁷ diye ifade edilen misilleme kelimesi, son iki asra kadar, savaş öncesi, sırası ve sonrası için yapılan tüm karşılık verme fiillerini anlatmak, nitelendirmek için kullanıldığından çok geniş bir kavramsal içeriğe sahip olmuştur. Söz konusu dönemlerde misilleme, bugün kendisinden kesin çizgilerle ayrılan meşru müdafaa, zararlı mukâbele, abluka, müdahale ve mütekâbiliyet gibi birçok kavrama şâmil olacak şekilde uygulanmıştır.¹⁷⁸

Şu halde modern uluslararası hukuk öncesinde genelde belli bir sınırlamaya tabi tutulmadan ve özellikle savaşı ve gerginliği artıracak şekilde uygulanan bir fiil olarak anlaşılan ve tatbik edilen misillemenin, pozitif uluslararası hukukta belli bir kavramsal ve yasal çerçeveye oturtulan misilleme kavramı ve içeriği ile aynı olmadığı muhakkaktır.

Uluslararası hukukta misilleme (retorsion); bir devletin, kendisine karşı diğeri bir devlet tarafından uygulanan dostluk ve nezaketten uzak, uluslararası ahlak kurallarına aykırı fakat uluslararası hukukça yasaklanmamış fiillerine aynı şekilde mukâbele etme (karşılık verme) durumudur.¹⁷⁹ Misilleme gerektiren fiil, hukuka aykırı fiil (*wrongful act*) olmadığı için bu fiil sonucunda karşı devletin hakkına değil,

¹⁷⁶ Mukâbele (Misilleme) uygulamaları tasnifi için bkz. Özel, *İslam ve Terör Fıkhi Bir Yaklaşım*, 80.

¹⁷⁷ *TDK Türkçe Sözlük*, 1402; Ayverdi, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, II, 2084.

¹⁷⁸ Bkz. el-Mevsilî, II, 372. Meselâ el-Mevsilî burada, ‘düşman saldırdığı zaman, onlara karşı müdafaa yapmak bütün Müslümanlara farzdır’ ifadesindeki (meşru) müdafaayı, düşmanın saldırısına karşılık vermek için yapılan *misilleme* anlamında kullanmıştır. Cümlemin devamında, ‘*li ennehu def'u'd-darari'l-a'la bi ihtimâli'l-ednâ*’ ifadesiyle de, azını işlemekle çok zararı gidermeyi hedefleyen ve -ancak- zaruret halinde meşru sayılan zararlı mukâbele anlamında bir *misilleme* fiili kastedilmiştir.

¹⁷⁹ Le Fur, 470; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 381; a.mlf., *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 233. Ayrıca bkz. Pazarıcı, *III. Kitap*, 201; Martin, Elizabeth A. (ed.), *Dictionary of Law*, Oxford University Press, Oxford-New York 1997, 406; Polat, 33.

sadece hukukun korumayı taahhüt etmediği bir menfaatine zarar gelmektedir.¹⁸⁰ Burada dikkat çeken husus, misilleme diye uygulanan fiilin hukuka aykırı olmamasına rağmen, bir devlete karşı, bizzat onun kullandığı daha az dostça yöntem uygulanması veya kullanılmasıdır.¹⁸¹

Uluslararası hukuk teorisi üzerine geliştirilen yeni yaklaşımlardan esinlenen Hüseyin Pazarcı, misillemenin yukarıda ifade edilen klasik tanımına, küçük bir ilave ile farklı bir boyut kazandırmıştır. Pazarcı'ya göre, “bir devletin uluslararası hukuka aykırı fiiline karşı uluslararası hukuka aykırı olmayan fiille karşılık verme de” misilleme anlamına gelmektedir. Doğrusu misillemeye böylesi bir yaklaşım, geleneksel misilleme tanımının alanını genişletmiştir. Böylece, misillemenin sadece hukuka uygun olan değil, hukuka aykırı olan bir fiile verilen karşılık anlamında da kullanılabilmesi kanaatine varılmıştır.¹⁸² Böyle bir yaklaşım, bugünkü uluslararası hukuk anlayışı bakımından da hem mümkün hem de makul görünmektedir. Çünkü misillemeye dikkat edilen nokta, karşı önlem olarak başvuru olan bu yöntemin uluslararası hukukça yasaklanmamış olmasıdır.

Misilleme her ne kadar hasmane münasebet türlerinden olsa bile, savaşa kadar tırmanabilecek gerilimin tansiyonunu düşürmeye ve karşı tarafın hak ve menfaat ihlaline dikkat çekmeye yönelik devletlerarası bir tavır alış şeklidir. Dolayısıyla uluslararası hukuka aykırı bir fiile, uluslararası hukuka aykırı bir fiil yerine, uluslararası hukuka uygun bir fiille karşılık verilmesi, uluslararası toplum düzeninin üye(su)leri tarafından da tercih edilebilir gözükmektedir.

2. Misillemenin Yaptırım Gücü ve Meşru Müdafaa ile İlişkisi

Karşı tarafın yaptığına, aynen veya benzer şekilde karşılık verme olarak misilleme, Milletler Cemiyeti öncesinde genellikle hiçbir sınırlamaya tabi tutulmamıştır. Devletler, zararlarla mukâbele gibi misilleme hakkını da önceleri kendi hak ve menfaatlerinin ihlali gerekçesiyle kullanmış, dayanak olarak özel hukuktaki meşru müdafaa hakkını göstermişlerdir. Böylece misilleme, bir menfaat ihlali veya

¹⁸⁰ Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 381; United Nations, *YILC 1991*, II, 10.

Nitekim misilleme fiilinin işlenmesiyle meydana gelen zarar, “haksız fiilden doğmayan zarar (*damnum sine iniuria*)” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 381.

¹⁸¹ Le Fur, 470; United Nations, *YILC 1991*, II, 11.

¹⁸² Pazarcı, *III. Kitap*, 201.

herhangi bir haksız fiil ve saldırı durumlarında, yüzyıllarca meşru müdafaa gerekçesiyle uygulanmıştır.

Fakat 20. yüzyılın başından itibaren uluslararası hukukun yaptırımı hususunda köklü bir anlayış değişikliği meydana gelince; uluslararası aktörlerin misilleme fiillerinin gerekçesini kendi hak ve menfaatlerinin ihlallerine değil de uluslararası hukuk düzeninin ihlaline dayandırınca, misilleme fiilleri de artık uluslararası hukuku korumaya yönelik ve tamamen hukuka uygun olarak gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Bu yaklaşım, önceden kendi menfaatlerini münferiden koruma düşüncesinde olan devletler için, yaptırımın meşruiyetini artırmış, geniş kitleler ve birçok devlet tarafından tanınmasını sağlamıştır. Böylece devletlerin tek başına kendi haklarını korumaya yönelik tatbik ettikleri misilleme değil, birçok devletin kendi ikrarıyla atıf yaptığı, uluslararası toplum düzenini korumaya yönelik toplu bir otokontrol (meşru müdafaa) mekanizması öne çıkmıştır.

Misilleme ile meşru müdafaa'nın, algılamaya ve uygulamaya tesir edecek kadar tarih içerisinde birbiri yerine kullanılması vaki' olmakla beraber, modern hukuktaki mevcut tanımlama ve uygulama neticesinde, birbiriyle karıştırılmayacak kadar farklı kavramlar olarak tespit edildikleri görülmektedir.

İslâm hukukunda kavramların birbirinden çok net bir şekilde ayrıştırılmamış olması ve misilleme ile meşru müdafaa'nın bazen birbiri yerine kullanılabilen şekilde algılanması, sadece bu iki kavrama özgü bir durum değildir. Aynı durum, misilleme ile zararlar mukâbele ve savaş fiilleri için de söz konusudur. Ayrıca bu durum yalnızca fıkıhın pratiği ile de ilgili değildir. Zira modern dönem(ler) öncesi hukuk anlayışlarında da bu kavramların birbiriyle karıştırılmasına zemin teşkil eden ortak ya da benzer özelliklerin varlığı bunun delilidir. Mesela bir saldırıyı savmak ve mağduriyeti gidermek maksadıyla gerçekleştirilen meşru müdafaa fiili, saldırı fiilinin ve ona verilen tepkinin niteliği bakımından farklı adlandırmalarla ifade edilmiş olsa bile *mukâbele* olması bakımından misilleme ile benzer özellik taşıdığı için bazen misilleme terimiyle ifade edilmiştir. Aralarındaki fark, meşru müdafaa'nın, zarar veren veya menfaat ihlal eden fiilin ardından, hemen (araya fasıla girmeksizin)

karşılık verilmesi anlamını taşıyor olmasıdır.¹⁸³ Oysa ilk fiille misilleme eylemi arasında fiili bir bağ yoktur. Bu durum diğer mukâbele fiilleri için de geçerlidir.

Uygulamadaki bu iç içelik, bizi, aslında meşru müdafaa ile misilleme terimlerinin kavramsal içeriklerinin de çoğu kez iç içelik arz edecek şekilde algılandığı/anlaşıldığı ve tatbik edildiği gerçeğine götürmektedir. Bazen biri söylenirken öbürü kastedilmiş, bazen de bir kavram öbürünü kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Nitekim kimi müelliflerin,¹⁸⁴ uluslararası ilişkilerde savaşın belirleyici/esas kabul edildiği dönemlerde, misilleme fiilinin uygulanma gerekçesini, ulusların ya da devletlerin meşru müdafaa hakkına dayandırmalarında, yukarıda ifade edilen kavram belirsizliğinin etkili olduğunu da unutmamak gerekir.

3. Misilleme Şekilleri

Burada, misilleme fiilinin meydana geliş şekilleri üzerinde duracağız. Modern dönemde, uyuşmazlıkların giderilmesinde başvuru misilleme türündeki karşı önlemlerin, nitelik ve mahiyet olarak birçok yönden geçmişten farklı olduğunu söylemek mümkündür. Bu durum, uluslararası ilişkileri belirleyen şartların ve uluslararası hukukun dayandığı fikri ve pratik zeminin günümüzdekinden farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca misilleme mefhumunun tanımı ve uygulanma biçimini belirleyen anlayış ve kuralların da bu tür fiillerin ortaya çıkış şekillerine etki ettiği açıktır. Kuşkusuz bağlı bulunulan hukuk sisteminden, yaşanan zaman ve şartlardan ve de bugünkü uluslararası toplum düzeninin geldiği hukukî anlayıştan olsa gerek, misilleme fiillerinin, bazı yönlerden modern uluslararası hukuktakinden daha farklı şekillerde ortaya çıkmış olması doğaldır. Fakat bu araştırmada misilleme fiillerinin, İslâm hukukunun aktif bir şekilde uygulandığı dönemlerde ortaya çıkış şekilleri, yine İslâm hukuku merkeze alınarak incelenecektir. Bununla birlikte modern uluslararası hukukla benzer ve farklı yönlerine işaret edilerek bir mukayese de yapılacaktır.

¹⁸³Özel, “İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmişil/Misilleme/Karşılıklılık”, 54; a.mlf., *İslâm ve Terör Fıkhî Bir Yaklaşım*, 82.

¹⁸⁴ Bkz. el-Mevsilî, II, 372.

a. İslâm Dâveti Adına Misilleme

İslâm, evrensellik iddiası taşıyan bir dindir. Dolayısıyla hem mensubu olan Müslümanların hem de iyiliğe, doğruluğa ve tevhid inancına davet ettiği bireylerin tam bir hürriyet içerisinde yaşamaları onun en temel hedeflerindedir.

Dininin tevhid akidesini, doğru bir şekilde yayma çabası¹⁸⁵ anlamına gelen İslâm tebliğ ve davet vazifesi için çoğunlukla, *i'lâ-yi kelimetullah*¹⁸⁶ ve *fi sebîlillah cihad* gibi ifadeler kullanılmıştır. Böylece hem Müslümanın dinle irtibatı artırılmış hem de evrensellik iddiasındaki İslâm'ın bu niteliğinin Müslümanlar tarafından hep canlı tutulması sağlanmıştır.

Burada öncelikle şöyle bir soru akla gelmektedir. *İnsanlık için en son, en mükemmel*¹⁸⁷ ve *evrensel*¹⁸⁸ din olarak gönderilen İslâm'ın, bir dünya görüşü ortaya koyması bakımından itikadî, siyasî, sosyal ve ekonomik problemlere getirdiği çözümlerin insanlığa sunulma faaliyetinin (davet ve tebliğin) engellenmesi, misilleme yapmaya bir gerekçe olabilir mi?

Aslında İslâm'ın ilk dönemlerinde yaşananlara bakıldığında bu soruya verilecek cevabı bulmak zor olmasa gerek. Özellikle Mekke'li müşrikler olmak üzere İslâm düşmanları, İslâm daveti için mücadele eden Müslümanlara karşı kin ve düşmanlıkla hareket ederek İslâmî oluşumun önünü kesmeye ve yayılışını engellemeye çalışmışlardır. Müslümanlar, Kur'ân'ın ifadesiyle, "...*Rabbimiz*

¹⁸⁵ Bu çaba, İslâm'ın tebliğ edilme vazifesine dair nâzil olan âyetlere dayanmaktadır. Mesela bkz. Âl-i İmran, 3/64, 138; Fussilet, 41/33; Ahkaf, 46/31.

¹⁸⁶ "İ'lâ-yi kelimetullah" için cihad yapmak; ganimet elde etmek veya anılmak için değil, sırf Allâh adına, Allâh yolunda yapılan savaş demektir. Zira İslam, savaş/cihad sonunda elde edilen maddi varlık olarak ganimeti meşru saysa da onu asla ana gaye addetmemiştir (Bkz. Enfâl, 8/67; eş-Şâtîbî, I, 318). Çünkü fetih ya da savaş sonunda ganimet elde edilmesine izin verilmesi, hem Müslümanların geçimlerini sağlayacak maddi güç temin etmek hem de İslâm'ın davet ve cihad ruhunu canlı tutmak içindir. Aksi durum talan ve işgal anlamına gelir ki bu, Allâh rızası için yapılan cihad ve fetih ruhuna terstir.

Konuyla ilgili olarak Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "...*Kim Allâh'ın ismi/kelimesi (dini) en yüce olsun diye savaşırsa o, Allâh yolundadır...*" Bkz. el-Buhârî, İlm, 45 (123); Cihâd, 15 (2810); Tevhid, 28 (7458); Muslim, İmâret, 149, 150, 151; en-Nesâî, Ebû Abdîrrahmân Ahmed b. Şuayb b. Alî b. Sinân, "Sunenu'n-Nesâî (es-Suğrâ)", derl. Sâlih b. Abdulazîz b. Muhammed b. İbrâhîm, *Mevsû'atu'l-Hadisi's-Şerîf el-Kütübu's-Sitte* içinde, Dâru's-Selâm (nşr. Abdulmâlik Mucâhid b. Muhammed Yûnus), Riyâd 2000/1421, Cihâd, 21 (3138); İbn Mâce, Cihâd, 13 (2783). Ayrıca bkz. İbn Teymiyye, *es-Siyâsetu's-Şer'iyye fi Islâhî'r-Râî ve'r-Rayıye*, 123; İbn Kesîr, II, 358-359.

¹⁸⁷ İslâm'ın son ve mükemmel din oluşu için bkz. Maide, 5/3. âyette şöyle buyrulur: "...*Bugün size dininizi ikmal ettim, üzerinize nimetimi tamamladım ve sizin için din olarak İslâm'ı beğendim...*"

¹⁸⁸ Hz. Muhammed'in, "âlemlere rahmet" ve "bütün insanlar için müjdeleyici ve uyarıcı" olarak gönderilmesi (Bkz. Enbiya, 21/107; Sebe, 34/28) İslâm'ın evrensellik özelliğine işaret etmektedir.

*Allâh'tır...*¹⁸⁹ dedikleri için haksız yere yurtlarından çıkarılmış ve hicrete zorlanmışlardır. Yapılan işkence ve zulümlere gerekçe olarak, ortaya çıkan yeni dine (İslâm'a) yapılan davet gösterilmiştir. Davetin devam ve bekası ise, temsilcileri tarafından müdafaa edilmesine bağlıydı. Bu amaçla, Allâh, zulüm ve haksızlığa uğratarak kendilerine savaş açılan kimselere (müminlere), savaşma izni verdiğini, bunun bir hak olduğunu ve bu hakkı müdafaa etmek için müminlerin var güçleriyle mücadele ve mukâbele etmeleri gerektiğini belirtmektedir.¹⁹⁰

İslâm'da *zarûriyyât-ı diniyyeden* sayılan ve dinin korumayı hedef edindiği beş zaruri esas (*el-umûru'l-hamse*) vardır ki din ve dünya işleri (*mesâlihu'd-dîn ve 'd-dunyâ*) bu beş esas üzerine bina edilmiştir. Bunların başında da, bünyesinde insan yaşamını düzenleyen ve kolaylaştıran kurallar manzumesi barındırdığı için dinin muhafazası gelmektedir.¹⁹¹

Dinin muhafazası esasına dayalı olarak ortaya konulan çaba, bazen terğib ve terhib yoluyla dine davet etmek, bazen düşmanca davrananlara karşı cihad etmek, bazen de dinin esasında meydana gelecek eksiklikleri telafi etmek şeklinde gerçekleşmiştir.¹⁹² Aslında dinin muhafazası, inanç hürriyetini de beraberinde getirmektedir. Evet, İslâm insanlara bir inanç sistemini dayatmayı istemez ama insanların hür iradeleriyle neye inanacaklarını hangi dine mensup olacaklarını tercih etmesine mani olan tüm engelleri (*tağut*) ortadan kaldırmayı; doğruluk ve sapkınlığın çok açık olarak birbirinden ayrılmasını ister¹⁹³ ve böylece fıtrata uygun bir ortam oluşturarak insana bir tercih sunar. Bu ortamı tehdit eden her türlü baskı, şiddet ve saldırı, fitneye sebebiyet verir. Fitneyi kaldırmak için de gerekirse savaş (*kıtal*) kaçınılmaz olur.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Hacc, 22/40.

¹⁹⁰ Hacc, 22/39.

¹⁹¹ Eğer din olmasaydı işlenen her fiil/amel için beklenen karşılığın verilmesi yani mükâfat ve ceza anlayışı da olmazdı. Eğer mükellefiyet olmasaydı bir dine inanan ve üzerinde yaşayan kimse de olmazdı. Bkz. eş-Şâtübî, I, 331-332.

¹⁹² Bkz. eş-Şâtübî, II, 409.

¹⁹³ Bkz. Bakara, 2/256.

¹⁹⁴ Bakara suresinin 191. âyetinde geçen “*fitne, adam öldürmekten daha kötüdür*” ile 217. âyetindeki, “*zulüm ve baskı (el-fitne), adam öldürmekten (el-katl) daha büyük (kötülük)tür*” hükümleri de buna dikkat çekmektedir.

İbn Ebî Hâtim, İbnu'l-Arabî, el-Kurtubî ve İbn Kesîr gibi âlimler, Bakara suresinin 191. âyetinde geçen “*fitne, adam öldürmekten kötüdür (el-fitnetu eşeddu mine'l-katl)*” ifadesindeki *fitnenin*, şirk

İslâm, sırf mensup olduğu dinden dolayı bir ferdin veya topluluğun varlığını veya inanç hürriyetini tehdit eden kâfirlere karşı Müslümanların mücadele etmesini, birbirine yardımcı olmasını ister.¹⁹⁵ Nitekim Bi'r-i Maûne seriyyesi ve Dûmetu'l-Cendel gazvesi, Hz. Peygamber'in, böylesi zulme maruz kalan Müslümanlara yardım için giriştiği askeri müdahalelerdendir.¹⁹⁶ Böyle bir amaçla yapılan cihad, düşmanı yok etme veya onların yaptıkları gibi, başkalarını kendileri gibi inanmaya zorlama değil,¹⁹⁷ hem dini tebliğ vazifesini hem de müntesiplerinin hak ve hukukunu muhafaza etme amacı taşımaktadır. Her kim de Müslümanları, Allâh'ın dininin ikamesinden alıkoymazsa ve onlara savaş açmazsa, âlimlerin çoğunluğuna göre bunlar öldürülmezler. Çünkü bunların İslâm harici bir dine mensup olmaları sadece kendilerine zarar verir.¹⁹⁸

Kuşkusuz İslâm'ın ilk dönemlerinde misillemenin, kuvvet kullanma (*savaş/cihad*) düzeyinde gerçekleştirilmesi ile, öncelikle bir inanç sistemini (*akîde*) ifade/temsil¹⁹⁹ etmenin yanında, siyasî ve hukukî hüviyet taşıyan bir otoriteyi; devlet

veya küfür anlamında olduğunu söyler. Bkz. İbn Ebî Hâtim, I, 326; İbnü'l-Arabî, I, 109; el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, III, 242; İbn Kesîr, I, 227.

el-Cassâs da, Bakara 191'deki *fitne* kelimesi hakkında, 'seleften bir grup âlimden rivayet edildiğine göre, buradaki fitneden murad, küfürdür' ifadesini kullanarak (İbn Ebî Hâtim vb âlimlerin sahip olduğu) bu görüşe işaret etmektedir. Bkz. I, 355.

İbnü'l-Arabî, Bakara, 2/217'deki "*el-fitne*" kelimesinin de küfür anlamında olduğunu -ayrıca- belirtir. Bkz. I, 147.

Fahrüddîn er-Râzî ise, "*el-fitnetu eşeddu mine'l-kat'*" ifadesindeki fitneyi birkaç yönden ele alır ama ilk olarak, İbn Abbas'tan gelen rivayete göre *fitne*yle kastedilenin Allâh'a küfür olduğunu; çünkü yeryüzünde zorbalığa (*ez-zulm*) ve kargaşaya (*el-herc*) sebebiyet veren fesad olduğu için Allâh'ın, küfrü bu şekilde isimlendirdiğini söyler. Bkz. er-Râzî, V, 130.

¹⁹⁵ Bkz. Nisa, 4/75. Bu âyette, Medine'ye göç edemeyen ve üstelik Mekke müşriklerin zulmüne maruz kalan ve çektikleri eziyetler yüzünden Allâh'tan yardım dileyen Müslümanlara yardım edilmesi istenmektedir. Âyette, aynı zamanda, İslâm davetinin başlamasından kıyamete kadar, hak dinleri uğrunda zulüm ve haksızlığa uğrayacak olan Müslümanlara yardım edilmesi de istenmekte ve onlara yönelik bir haksızlığın giderilmesi için gerekli karşılığın verileceğine de işaret edilmektedir.

Nitekim İbn Teymiyye, bu konuyla ilgili bahsettiği, "*hata/günah (hatue) gizlendiğinde, sahibinden başka kimseye zarar vermez fakat hatanın veya günahın ortaya çıkması halinde umumun zararı göz ardı edilemez*" hadisine dayanarak, dinin, bu şekilde davranan kâfirlerin (*kuffâr*) öldürülmesini zorunlu kıldığını ifade etmektedir. Bkz. İbn Teymiyye, *es-Siyâsetu 'ş-Şer'iyye fi Islâhi'r-Râi ve'r-Raiyye*, 124.

¹⁹⁶ Bkz. el-Vâkidî, 261-264, 397-398; İbn Hişâm, 751-752, 1114-1115.

¹⁹⁷ Kur'an, insanların vicdanlarına zorlama ve baskı yapmayı yasaklamıştır. Bkz. Bakara, 2/256.

¹⁹⁸ İbn Teymiyye, *es-Siyâsetu 'ş-Şer'iyye fi Islâhi'r-Râi ve'r-Raiyye*, 123, 124; Mevâfi, Ahmed, *ed-Darar fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, I-II, Dâru İbn 'Affân, Huber (S. Arabistan) 1997/1418, I, 398.

¹⁹⁹ İnanç/akîde adına savaşı emreden nasslara Kur'an'ın, "*Fitne (küfür) tamamen yok oluncaya ve din (kulluk) de yalnız Allâh için oluncaya kadar onlarla savaşın*" (Bakara, 2/193) âyetini ve Hz. Peygamber'in: "*Lâ ilâhe illâllah deyinceye kadar insanlarla savaşmak üzere emrolundum. Eğer bu sözü söylerlerse, -hak etmedikçe- canlarına ve mallarına dokunulmaz.*" [el-Buhârî, Cihâd, 102

gibi teşkilatlı bir yapıyı da ihtiva eden İslâm için zarurî ve meşru bir hak kullanılmış olunmaktaydı. Müslümanlar, dinin muhafazası ve devamı için siyasî bir otoriteye ihtiyaç duyarlar. Kaldı ki İslâm devletinin varlığı da, İslâm'ın bekası için, sayılan zarurî maslahatların muhafazasına yöneliktir. Mesela Mekke'de siyasî bir güce sahip olmayan Müslümanlar, sırf bu amaçla, Medine'ye hicret ettikten sonra Hz. Peygamber'in önderliğinde İslâm devletinin kurulmasına yönelik teşebbüslerde bulunmuşlar ve siyasî otoritenin ardından örgütlü bir güç olarak İslâm düşmanlarına karşılık vermeye başlamışlardır.²⁰⁰

İslâmî ilkelere göre, meşru müdafaa düşüncesiyle, davetin önünü kesen her fiile karşılık vermek mümkündür. Fakat misilleme fiili ile verilen karşılık; mümkün mertebe, 'savaş ortamında meşru sayılabilen' nitelikte olmamalıdır. Yani barışın sağlanabileceği, uyuşmazlığın giderilebileceği mümkün olan her türlü -savaşa varmayan- çözüm yoluna başvurulmalı ve sorunun giderilmesi ancak bu şekilde sağlanmalıdır. Sadece düşmanın saldırı ve savaş içerikli fiillerine yapılacak mukâbele (misilleme), savaşla karşılık şeklinde olabilir.²⁰¹

Sorunun çözümü sadece savaşla sağlanabiliyorsa bundan kaçınmak ve kâfirlere boyun eğmek Hz. Peygamber'in gönderiliş gayesine terstir. Nitekim bu gayenin ifade edildiği Furkan suresi 52. âyette,²⁰² İslâm'ın başlangıcında (Mekke döneminde) sorunun halledilmesi için sabır ve dua şeklinde ortaya konulan

(2946); Zekât, 1 (1399); İstîtâbetü'l-Murteddîn ve'l-Mu'annidîn, 3 (6924); Muslim, İmân, 20, 21] hadisini örnek göstermek mümkündür. Bu nasslar, sırf İslâm inancını temsil ve tebliğ ettikleri için öldürülmek istenen Müslümanlara, her mevzide, tüm müşriklerle (kâfirlerle) mutlak manada savaşa; kuvvet kullanma ve misillemede bulunma konusunda zorunluluk getirmektedir. Bkz. er-Râzî, V, 133; el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, III, 246; Yazır, II, 698.

²⁰⁰ Bütün bunlardan maksat, İslâm'ın din olarak kabul edilmesi ve ona tabi olunmasının önündeki, fitrata ve özgür iradeye ters düşen tüm zorlamaların ortadan kaldırılmasıdır. Bu yolda gerekirse kuvvet kullanmaya (*savaşa*) varan önlemler bile alınmıştır. O kadar ki, bu amaç doğrultusunda, Hz. Peygamber sürekli bir mücadelenin içinde olmuş; ya düşmana karşı kuvvet çıkarmış; seriyeler göndermiş veya savaşmıştır. Bkz. Türcan, "Hz. Peygamber'in Politik Karar ve Uygulamalarının Hukukîleşmesi Sorunu -Uluslararası İlişkiler Bağlamında Bir Örneklem-", 148, 151.

²⁰¹ Mesela Hz. Peygamber'in çıktığı gazalar ve ondan sonra ashabının yaptığı savaşlar, ya Medine'de Beni Kaynuka Yahudilerinin yapılan bir antlaşmayı ve Mekkeli müşriklerin Hudeybiye barış antlaşmasını bozmaları durumlarında ya da Uhud ve Hendek gazvelerinde olduğu gibi, yapılan saldırıyı veya düşmanca tavrı gidermek için gerçekleştirilmiştir. Bkz. ez-Zuhaylî, *Asâru'l-Harb fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhiyye Mukarene*, 101.

²⁰² Burada Allâh, tüm peygamberler adına, hem Hz. Peygamber'in vereceği mücadelenin, yapacağı cihadın büyüklüğüne (*cihâden kebîran*) ve yükünün ağırlığına hem de onu ebedî mucizesi olan kelâmullah(Kur'ân)la düşmana karşı muzaffer kılacağına işaret etmektedir. Bkz. Yazır, V, 3601.

mücadelenin, ileride (Medine döneminde) kaçınılması mümkün olmayan büyük bir savaşa dönüşeceğine işaret edilmiştir.²⁰³

Emr-i bil maruf nehy-i anil münker ilkesi gereği bazen savaş, fesadın ve zulmün ortadan kaldırılmasında, hak ve adaletin sağlanmasında başvurulan son çare olabilmektedir. Bu da birileri için rahmet demektir. Mevcut durumu çok veciz bir şekilde özetleyen Hz. Peygamber'in, "*Ben rahmet peygamberiyim, ben savaş peygamberiyim*" sözü,²⁰⁴ muhtemelen bu noktadaki inceliğe işaret etmektedir.

Müslümanların dinî/vicdanî özgürlüklerine ve tercihlerine müsamaha göstermeyen, onlara işkence edip onları yurtlarından çıkmaya zorlayan İslâm düşmanlarına karşı Müslümanların mukâbele (*misilleme*) etmesi kendilerinden beklenen bir hareket tarzıdır.²⁰⁵ Misillemeye izin veren ilk âyet olarak kabul edilen Hacc, 22/39, düşman saldırısına maruz kalan Müslümanların uğradıkları zulüm dolayısıyla karşı tarafa savaş açabileceklerini ve bu hususta Allâh'ın da onlara yardım edeceğini ifade etmektedir. Yine Hacc surenin 40. âyetinde ise savaşın emredilmesinin, İslâm daveti için bir kural ve zorunluluk olduğu görülmektedir.

İslâm'a göre savaş, bireysel ve toplumsal hayatın bütünlüğünü tehdit ettiği için bizatihi çirkin (*kabih*) ve kötü (*şerr*) addedilmiştir.²⁰⁶ Diğer yandan Müslümanların din ve vicdan hürriyetini, temel hak ve özgürlüklerini korumayı gaye edindiği için ise İslâmın dayandığı önemli bir rukün olan cihadla özdeşleştirilmiş ve güzel (*hasen*) olarak kabul edilmiştir.²⁰⁷ O kadar ki, tabiatı itibariyle hoş karşılanmayan ve yasak sayılan savaş/cihad, insana yapılan eziyeti ortadan kaldırmak gibi bir zarurete binaen ve zaruret miktarınca meşru sayılmış²⁰⁸ ve hatta yöneldiği hedefin yüceliği itibariyle de mukaddes bir görev olarak kabul edilmiştir.²⁰⁹

²⁰³ er-Râzî, XXIV, 100.

²⁰⁴ İbn Hanbel, V, 405.

²⁰⁵ Sönmez, Âbidin, *Rasûlüllah'ın İslâm'a Dâvet Mektupları*, İnkılâb Yayınları, İstanbul 1984, 27. Nitekim zulmün karşılıksız kalmaması ve haksızlığa ve zulme gereken karşılığın verilmesi için Allâh, Tevbe suresinin 13. âyetinde Müslümanlara savaşmaları için çağrıda bulunmaktadır.

²⁰⁶ Bkz. Turnagil, 125-126; Crozat, 201; Bilmen, III, 356, 357.

²⁰⁷ Cihad (savaş) tabiatı itibariyle, insanların ölmesine, binaların ve şehirlerin tahrip edilmesine sebebiyet verdiği için "lizatihî hasen bir vecibe değildir, belki liğayrihî hasendir ." Bkz. Bilmen, III, 356.

²⁰⁸ Turnagil, 126; Özel, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı*, 48.

Savaşın meşruiyeti İslâm hukukunda, kaide-i külliyye diye nitelendirilen, "*Zaruretler yasakları mubah kılar*" ile "*Zaruretler kendi miktarlarıncaya tayin olunurlar*" ilkelerine dayanmaktadır. Bkz. İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 107. Bu ilkeler aynı zamanda Mecelle'de de yer almaktadır.

İslâm'ın kurumsal bir güç olarak teşkilatlanmasından itibaren, İslâm inancına ve davetine yönelik ortaya çıkan düşmanlık ve tecavüzlerin önlenmesi ve giderilmesi için karşı tarafa bazı çözüm yolları sunulmaktaydı. Hz. Peygamber'in, bir kavimle savaşmadan önce onlara, 'ya Müslüman olmaları ya da İslâm yönetimine itaat ederek ve vergi (cizye) vererek kendi imanlarını korumaları yolunda seçenekler sunulmasını tavsiye (*emr*) etmesi,²¹⁰ neticede üçüncü yol olarak başvurulacak savaş öncesi, savaş önlemeye yönelik bir zorlama yolu (*tedbir*) olarak düşünülmelidir.²¹¹

Şu halde, mevcut bir çatışma/uyuşmazlık durumunun ortasında öncelikle karşı tarafı İslâm'a davet etmek²¹² de bir anlamda uyuşmazlığı çözme çabası olabilir. Zira bahsedilen seçenekler kademeli olarak hayata geçirilir ve en son davete (İslâm'a) yönelik haksız saldırıları ve fiilleri engellemek için savaşa başvurulur.²¹³

Mecelle'nin 21. maddesindeki, "Zaruretler, memnu olan şeyleri mubah kılar" ve 22. maddesindeki, "Zaruretler kendi miktarlarında takdir olunurlar" hükümleri, İslâm hukukunun yukarıda zikredilen kaidelerinin kanun haline getirilmiş ifadeleridir. Bkz. Ali Haydar, I, 76-79.

²⁰⁹ Cihadın meşruiyet sebebi, "Allâh" diyenlerin varlığını korumak ve "Allâh'ın dinini yüceltmek (*i'lâ-i kelimetullah*)" (Bkz. eş-Şâtübî, I, 211, 213) olduğuna göre, bu maksatla yapılan cihad da mukaddes olarak telakki edilmelidir. Nitekim bu vazife ihmal edilse, Kur'an (Hacc, 22/40)'ın da işaret buyurduğu gibi, Allâh'ın isminin çokça anıldığı, *savâmi'*, *biye'*, *sâlâvât* ve *mesâcid* gibi ibadet edilen mekânlar çokça tahrip/yok edilirlerdi. Bkz. el-Cassâs, III, 362; el-Kurtubî, *Muhtasarı Tefsiri'l-Kurtubî*, III, 302; a.mlf., *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, XIV, 409; Yazır, V, 3408-3409; Bilmen, III, 356-357.

²¹⁰ Hz. Peygamber, düşman (*müşrikler*) üzerine gönderdiği seriyye veya ordu komutanına, düşmana üç seçenektan birini tercih etmeleri yönünde çağrıda bulunmalarını tavsiye ederdi. Bkz. İbn Ebî Şeybe, Ebû Bekr Abdullâh b. Muhammed, *el-Musannef*, I-XXVI, Tahkik ve Tahric: Muhammed Avvâme, Dâru Kurtuba [Şirketü Dâri'l-Kible(Cidde)-Muessesetu Ulûmi'l-Kur'an (Dımaşk)], Beyrut 2006/1427, XVII (Kitâbu's-Siyer), 401-402 (33299, 33300).

²¹¹ Müşriklerin savaş öncesinde bu şekilde bir seçenikle karşı karşıya kalmaları onları (ya din ya da hâkimiyet olarak) açıktan İslâm'ı kabule zorlamakta ve kendileri hakkında tekrar düşünceleri, yaptıkları işler hakkında ihtiyatlı olmaları sağlanmaktadır. Bkz. *Âsârü'l-Harb fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâsetun Fikhiyye Mukarene*, 100.

²¹² Müslümanlar bir beldeye girdikleri, bir şehri veya bir kaleyi ablukaya aldıkları zaman, onları öncelikle İslâm'a davet etmeleri İslâm'ın şiarındandır. Çünkü Müslümanların gazaya çıkışlarının temel sebebi İslâm dininin izzetini korumak ve ona davettir. Yoksa maksat, kan dökmek, yakmak (*hark*), yıkmak ve yok etmek, zorla kadınları ve çocukları ele geçirmek ve malları artırmak değildir. Eğer düşman davete icabet ederse artık onlardan el çekilir. Bkz. el-Merğînânî, II, 811-812.

Savaş alanları aynı zamanda daveti ulaştırma alanları oldukları için davet yapılır da İslâm'a giriş sağlandıktan sonra artık onlarla savaşılmaz. Nitekim Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "*Lâ ilâhe illallâh deyinceye kadar onlarla savaşmak üzere emrolundum.*" Bkz. el-Buhârî, Cihâd, 102 (2946); Zekât, I (1399).

²¹³ ez-Zuhaylî, *Âsârü'l-Harb fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâsetun Fikhiyye Mukarene*, 102.

Müslümanların, sadece, diğer din mensuplarının İslâm'ı hedef alan bir takım söz ve eylemlerinden dolayı savunma (*müdafaa/el-harbu'd-difâ'iyye*) amacıyla mukâbele etmesi değil, "*Cihad kıyamete kadar geçerlidir*" (Bkz. el-Buhârî, Cihâd, 44; Ebû Dâvûd, Cihâd, 33) hadisinin işaret ettiği gibi fetihlerle İslâm davetini yaymak amacıyla kâfir topluluk üzerine yürümesi; yani saldırı cihadı (*el-harbu'l-hucûmiyye*) ile mukâbele etmesi de söz konusudur. Ayrıca bkz. Şelebî, Salâh Abdulbedî',

Yani İslâm'a davet seçeneği reddedilirse bu defa İslâmî yönetim altında ve onun hâkimiyetini, cizye vermek suretiyle kabul etmek de bir anlamda savaşı önleme çabası olarak düşünülmelidir.²¹⁴ Çünkü İslâm hukukunda, cihadda olduğu gibi, gayrimüslimlerden cizye almaktaki temel gaye, mal elde etmek değil, iki taraf arasındaki uyuşmazlık sebebinin ortadan kaldırılmasıdır. Cizye almakla karşı taraf, en güzel bir şekilde dine davet edilmiş (*ed-dua ile'd-dîn bi ahseni'l-vucûh*) olunmaktadır. Dine/İslâm'a davet bir bakıma barışa (*silm*) davet anlamına gelmektedir. İslâm'ı tercih etmeyenlerle devam eden mevcut savaş haline son vermek için bu defa da *zimmî akdi* yapılmaktadır. Akdedilen zimmîlik antlaşması (ve müstemenlik statüsü) ile Müslümanlar arasına yerleşen zimmîlerin, dinin güzelliklerini görmesi, İslâm'a girmesi ve böylece Müslümanlarla düşmanlıklarına son vermeleri hedeflenmektedir.²¹⁵

Esasında Müslümanların gayrimüslimlerle aralarındaki uyuşmazlıkları gidermede başvurdukları mukâbele uygulamaları, İslâm'a davetten, cizyeye (zimmîlik), oradan da savaşa (ölüm) varan geniş bir uygulama sahasına sahip olmuştur. Fakat burada savaş, daha çok gelişi güzel başvuru bir mukâbele türü olmak yerine, İslâm'a yönelik tehdit algılaması, düşmanca teşebbüsler karşısında, Müslümanların başvurdukları bir karşılıktır. İslâm'da, bu anlamda bir karşılığı, *cihad* diye nitelemek mümkündür. Müslümanlara farz kılınan cihad, bir bakıma düşmanın sebep olduğu fesat ve zulüm ortamına son vermek ve onların böylesi fiillerine mukâbele etmek için gerçekleştirilen bir eylemdir. Dolayısıyla cihad, o anki bir

Hakku'l-İstirdâd fi'l-Kânûni'd-Devli (Dirâse Mukârene fi's-Şerî'ati'l-İslâmiyye ve'l-Kânûni'd-Devli), Kahire 1983, 20; Ebû İyd, 88.

²¹⁴ Cizyenin meşruiyet sebebinin *muâmele bi'l-misl* olduğu hususunda bkz. ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fıkhî'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhîyye Mukarene*, 102.

Zaruret durumunda yapılan barış antlaşması (*muhadene*) ile hem aradaki uyuşmazlık sebebi ortadan kaldırılmakta hem de gayrimüslimler cizye vermeyi kabul etmekle, İslâm devleti altında Müslümanların sahip oldukları hak ve menfaate sahip olmaktadır. Ayrıca canları ve malları da tıpkı Müslümanlarınki gibi haram sayılmaktadır. Bkz. el-Mergînânî, II, 812; İbn Ruşd el-Hafîd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî, *Bidâyetu'l-Muctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid*, I-II, Kahraman Yayınları, İstanbul 1985, I, 313. Ayrıca bkz. İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, XVII, 401-402 (33299, 33300).

Arap müşrikleri ve dinden dönenler (*mürted*) bu hükümden hariç tutulmuşlardır. Çünkü bunlarla uyuşmazlığı gidermede cizye verme yoluna başvurmak Kur'ân'ın, "...ya onlarla savaşsınız ya da Müslüman olurlar..." hükmü ile yasaklanmıştır. Bkz. Fetih, 48/16.

²¹⁵ Müslümanlarla savaşmayanlarla savaşmaya son verilmekte veya savaşa sebep olabilecek gelişmelerin ortadan kaldırılması istenmektedir. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 77.

saldırıyı karşılama (savma, def etme) amacıyla yapıldığı gibi, daha önceki bir saldırıya verilen karşılık (saldırı) amacıyla da gerçekleştirilmiştir.

Cizye almanın gerekliliği zillet ve küçülmüşlük vasfına dayanmaktadır.²¹⁶ Cizye vermek için küçülünceye kadar düşmanla savaşma emri, İslâm adına savaşmanın amacını, bir bakıma sınırını belirtmektedir. Yani Kurân'ın, "...cizye verinceye dek..." (Tevbe, 9/29) ifadesinde, cihaddan beklenen hedefin ne olduğu tespit edilmektedir. Bu hedef, onların, hepsinin İslâm'a girmesi gibi bir şarta bağlanmış değildir.²¹⁷ Şayet öyle olsaydı, Allâh, "İslâm'a girinceye dek" ifadesini kullanırdı. Bu durumda "düşmanla, onların İslâm'ı kabul etmesine kadar savaşın" anlamı çıkardı.²¹⁸ Yani yapılan davetle, İslâm'a girmenin getireceği üstünlük ve reddetmenin getireceği zillet ifade edilse bile,²¹⁹ gayrimüslimlerin, İslâm'a mensup olmadıkları için doğrudan öldürülmeleri meşru kabul edilemez. Fakat İslâm'ı din olarak kabul etmeseler de İslâm devletinin hâkimiyetini ve İslâm ahkâmının tatbikini kabul etmek zorundadırlar.²²⁰ Bu da, âyetteki "zillet ve küçülmüşlükle cizye verinceye kadar" ifadesine açıklık getirmektedir.

İslâm dini, Müslümanların başka dinlere ve inanç sistemlerine mensup insanlarla beraber yaşamalarında bir sakınca görmez fakat Müslümanların kendi dinlerine bağlılıkları konusunda onları uyarmaktan da geri durmaz. Müslümanlardan istenen, sağlam bir dini inanca ve istikamete sahip olmalarıdır.²²¹ Dolayısıyla gayrimüslimlere karşı serbestlikten ve hoşgörüden yana olunması, İslâm dininin ve davasının canlı ve diri tutulmasıyla paralel gitmeli ve Müslümanlar hâkim konumda

²¹⁶ el-Cassâs, III, 147.

İslâm devlet başkanının gayrimüslime, "ey Allâh'ın düşmanı cizyeyi ver" demesi, bu küçülmüşlük ve zillet vasfına işaret etmektedir. Bkz. el-Mevsilî, II, 396-397.

²¹⁷ Mesela gayrimüslimler, düşman topraklarına sığınmak veya zorla bir yeri ele geçirmekle zimmet antlaşmasını bozduklarında ve Müslümanlara savaş açtıklarında, Müslümanlar onları yenersen, onları köle olmaya zorlasalar bile İslâm'a girmeye zorlayamazlar. Bkz. el-Mevsilî, II, 397.

²¹⁸ el-Mevdudî, Ebu'l-A'lâ, *İslam'da Savaş Hukuku*, Çev. M. Beşir Eryarsoy, Buruc Yayınları, İstanbul 2009, 112.

²¹⁹ es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 78.

²²⁰ İmâm Şâfî, çok sayıda ilim ehlinin, âyetteki (Tevbe, 9/29) *cizye ile küçülme* (*es-sığâr mea'l cizye*)nin, gayrimüslimlere İslâmî hükümleri tatbik etmek olduğunu söylediğini bildirmektedir. Bkz. eş-Şâfî, IV, 176-177, 210, 284. Ayrıca bkz. el-Mâverdî, 253, 254.

²²¹ Allâh, bir âyette (Maide, 5/105): "Ey İman edenler! Siz kendinize bakın. Siz doğru yolda olunca sapan kimse size zarar veremez..." buyurmaktadır. Bu âyette Müslümanlardan üzerlerine düşen vazifeyi (*iyiliği emretme ve kötülüğü yasaklama*) yapmaları halinde, kendileri dışında ortaya çıkan kötülüklerden sorumlu olmayacakları belirtilmektedir. Bkz. İbnu'l-Arabî, II, 709-710; er-Râzî, XII, 112-113; Yazır, III, 1825-1826.

olmalıdır. Hz. Peygamber'in, bu maksada yönelik olan, “*Cihâd kıyamete kadar geçerlidir*”²²² hadisini anlamlı kılan, belki de, zarûriyyât-ı diniyyeden olan *dinin muhafazası* için İslâm daveti adına misillemeye dayanak teşkil ediyor olmasıdır.

Hz. Peygamber, melikleri İslâm'a davet eden diplomatik mektuplar gönderdiğinde, bu davetin kendilerine tâbi olan halka da şâmil olduğunu belirtmiştir. Davet mektuplarıyla meliklere; en büyük zulmün, evrensel nitelik taşıyan İslâm'a yönelmeyi engellemek olduğu, İslam davetinin halka ulaşması ve halkın İslâm'ı tanınması için onlara din hürriyetinin tanınması gerektiği hatırlatılmaktadır.²²³ Davet mektuplarına olumsuz cevap veren melike, İslam'ı kabul etmediği için değil, halkının İslam'ı tanınmasına engel olduğu için ordu göndermiştir. Yani halkına karşı baskı ve zulüm uygulayan meliklere, önce diplomatik yollarla başlayan sonra da savaşa (cihada) kadar varabilen bir fiil olan misilleme ile karşılık vermiştir.

Nitekim Hz. Peygamber ve Râşid halifler döneminde İslâm davetine tehdit oluşturmaya çalışan yöneticilere karşı, bir ikaz mahiyetinde, İslâm adına yapılan misilleme, keyfiliğe değil, aksine Kur'ân ve Sünnet'e dayalı bir mahiyette gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

b. Düşmana Kuvvetli Görünme Hali İle Misilleme

Düşmana kuvvetli görünme ile İslâm'ın güttüğü gaye, birilerine güç gösterisinde bulunmak veya haddini bildirmek yoluyla bir menfaat peşinde olmak değildir. Aksine İslâm, kuvvetlinin haklı sayıldığı bir ortamda mazlumun hayat hakkını savunmak ve kuvveti hakkın emrine vermek için kuvvetli görünmeyi gaye edinmiştir. Müslümanlar düşmana karşı her zaman hazırlıklı olacak kadar zamanının silahlarını bulundurmalıdır ki karşı tarafı bununla caydırabilsin; savaşı önleyebilsin. Caydırıcılığı sağlamak, düşmanı korkutmak ve Müslümanlar aleyhine sonuçlanacak bir uyuşmazlığa meydan vermemek amacıyla, Müslümanların üzerlerine düşen görevi hakkıyla yapmaları gerekir. Mesela oluşturulacak bir askerî gücün varlığı, karşı tarafın düşmanca tavrını ve saldırıda bulunma cesaretini tekrar gözden geçirmesine vesile olacaktır. Bu da bir bakıma uyuşmazlığı savaşa vardırılmadan önleyen bir misilleme şeklidir.

²²² Bkz. el-Buhârî, Cihâd, 44; Ebû Dâvûd, Cihâd, 33.

²²³ Ebû Zehra, 43.

Nitekim Allâh, *düşmana karşı kuvvetli görünmek* için Müslümanlara, dönemine göre en güçlü ve savaş tekniğine sahip, zafer sağlamaya en layık orduları hazırlamaları hususunda gayret sarf etmelerini emretmektedir.²²⁴ Güçlü bir ordu kurulması ve düşmana karşı kuvvetli olunması veya Müslümanların, düşmanlarının silahlarıyla silahlanması emri, barışı korumak için oluşturulacak güç dengesinin tedbirler arasında yer almasına imkân sağlamaktadır.²²⁵

Mekkeli müşriklerle ittifaklar oluşturan ve Hz. Peygamber'e verdikleri sözden dönen (ahde vefa göstermeyen)²²⁶ Beni Nadir, Beni Kaynuka, Beni Kureyza Yahudileri, müşriklere yardım etmeleri, Medine'nin iç huzurunu bozup düşmanlıklarını açığa vurmaları yüzünden Hz. Peygamber tarafından kuşatılmış, etkisiz hale getirilmiş ve ardından Medine ve Hayber'den sürgün edilmişlerdir.²²⁷ Bu hususta gösterilen kararlılık da düşmanların İslâm'a karşı oluşturdukları şer şebekelerini ve zayıflatma teşebbüslerini boşa çıkarmak ve onları caydırmak hedefine matuftur. Hz. Peygamber'in bu uygulaması, Yahudilerin Müslümanlara

²²⁴ Bkz. Enfâl, 8/60.

Âyette geçen, "*savaş atları hazırlayın*" ifadesiyle Müslümanlara, yaşadıkları dönemde düşmanları yıldırma özelliği taşıyan "en gözde güç ve kuvveti haiz olun" demek istenmektedir. Şu halde Müslümanlar, düşmanlarını yıldırma için -sadece- fazla sayıda askere değil, -belki de daha önemlisi- içinde buldukları zamanın şartlarında silahlara ve savaş teknolojilerine (güce) sahip olmalıdırlar (Bkz. Ebu Süleyman, A. Ahmed, *İslâm'ın Uluslararası İlişkiler Kuramı*, Çev. Fehmi Koru, İnsan Yayınları, İstanbul 1985, 86-87). Bu âyetle Müslümanların savaşçı olmaktan çok, düşman karşısında her zaman güçlü/dik durmaları istenmiştir. Çünkü İslâm'a göre savaş gücüne sahip olmaktan veya savaş için hazırlık yapmaktan maksat, sadece savaşarak düşmanın/kâfirlerin maddi ve manevi yönden Müslümanlara ve başkalarına zarar vermelerine engel olmak değil, bu konuda gerekli tüm gayret (cehd/cihad) şeklini ortaya koymaktır. Bu da genellikle düşmandan daha güçlü olmakla mümkündür.

²²⁵ Durmuş, Zülfikar, *Kur'an-ı Kerim'de Ulus ve Uluslararası İlişkiler*, Gökkuşbuca Yayınları, İstanbul 2006, 117.

²²⁶ Burada, Muhacir, Ensar ve Yahudiler arasında imzalanan Medine Vesikası (Anayasası)'nın 43., 44. ve 45. maddelerinin ihlal edilmesi, her defasında verilen sözden dönülmesi kastedilmektedir. Çünkü Medine Vesikası, verilen söze riayeti gerektirmektedir. Bkz. Hamidullah, *Mecmuatu'l-Vesâiki's-Siyâsiyye (li Ahdi'n-Nebeviyye ve'l-Hilâfeti'r-Râşide)*, 62.

²²⁷ Bkz. Ebû Dâvûd, Harac, Fey ve İmâre, 22-23 (3004).

Müslümanlar, Hayber'i kuşattıklarında, düşmana korku salarak kuvvetli ve heybetli görünmek için Hz. Peygamber'in emri ile "Allâhu Ekber" diyerek Yahudilerin üzerine yürümüşlerdir. Bu olay maddi planda düşmana karşı kuvvetli görünme halinin bariz örneklerinden biridir. Bkz. İbn Abdisselâm, İzzuddîn Abdulazîz b. Abdisselâm es-Sulemî, *Ahkâmu'l-Cihâd ve Fedâiluh*, Thk. İyâd Hâlid et-Tabba', Dâru'l-Fikri'l-Muasır (Beyrut)-Dâru'l-Fikr, Dımaşk 1996/1417, 54. Bir de, Yahudilerin sürgün edilmesi ile ilgili olarak nâzil olan Âl-i İmrân suresinin 12. ve 13. âyetlerinde, düşmanın yenik düşmesiyle elde edilen maddi kuvvetin (zaferin) yanında kâfirlerin, inananları kendilerinin iki misli -sayıda- görmesine dikkat çekilerek, düşmana kuvvetli görünme halinin düşman üzerinde yaptığı psikolojik/ruhsal tesire ve tesis ettiği manevi kuvvete işaret edilmektedir. Bkz. es-Sâbûnî, Muhammed Alî, *Safvetu't-Tefâsîr*, I-III, Dersaadet Kitabevi, İstanbul ty., I, 188.

yönelik giriştikleri haince planları engellemek ve bir daha teşebbüs etmelerine müsaade etmemek amacı taşımaktaydı. Böylece hem düşmanları bu noktada ikaz etmek, onlara gözdağı vermek suretiyle Müslümanların kuvvetli görünmesi sağlanmakta hem de böyle bir eyleme teşebbüs edenlere misilleme yaparak karşı tarafın zulmüne hukuk ve adalet çerçevesinde mukâbele edilmekteydi.²²⁸

İslâm, öncelikle, devletlerin birbiriyle olan ilişkilerini barış içerisinde sürdürmelerini ve dünya barışına katkı sağlamak için barışçıl yollardan gidilmesini ama zorunlu olduğu zamanlarda, Müslümanların uluslararası toplum içerisinde bir denge unsuru oluşturmalarını ve güçlerini birleştirmelerini gerekli görür. Bu konuyla ilgili olarak Enfal suresi 60. âyette zikredilen, “*ribâtu’l-hayl*” ifadesi bir anlamda *hazırlıklı ve ihtiyatlı olun* demektir.²²⁹ Bu âyette ilkin, müşriklerin zulüm ve tehditlerine karşın bir misilleme olarak yapılan Bedir savaşında olduğu gibi alet/silah, donanım ve hazırlık bakımından yetersiz olunmamasına, aksine onların gücüne mukavemet edebilecek *kuvvet dengesi* oluşturmaya işaret edilmektedir. Esasında Enfal 60’taki “*bağlı atlardan gücünüz yettiğini hazırlayın*” ifadesini, “*düşmana karşı toplayabildiğiniz kadar -her çeşit- kuvvet hazırlayın*” diye ifade etmek de mümkündür.²³⁰ Dolayısıyla bu ifadede, günün şartlarına göre en gelişmiş silahlarla herhangi bir saldırıya ve tehdiye karşılık verebilmek için öncelikle devlet başkanına²³¹ olmak üzere tüm Müslümanlara, hazırlıklı olmaları yönünde teşvik ve tavsiye vardır.

²²⁸ Bkz. el-Cenzûrî, *I. Kitap*, 677-680.

²²⁹ Aynı amaçla, Al-i İmrân suresi 200. âyette de, “*râbitû (ribât)*” kavramından bahsedilmektedir ki bu da Allâh (din ve cihad) yolunda sabır, sebat ve bağlılık göstermek demektir. Buradaki “*râbitû*” kavramı, *ribâtu’l-hayl* kavramından alınmıştır. Her iki kavram da düşmana karşı hazırlıklı olmak, düşman sınırlarında atını bağlayıp gözetlemek ve beklemek demektir. Bkz. İbnu’l-Arabî, I, 304; Yazır, II, 1265.

²³⁰ Kur’ân’ın bu hükmünün, Hz. Peygamber’in şu sözüyle tefsir edildiğini görmekteyiz: “*Düşmanlarınız için elinizden geldiği, gücünüzün yettiği kadar kuvvet hazırlayınız. Dikkat ediniz! Kuvvet atmaktır, kuvvet atmaktır, kuvvet atmaktır.*” Bkz. Muslim, İmâre, 167; Ebû Dâvûd, Cihâd, 23; et-Tirmizî, Tefsîru Sure (8) 5 (3083); İbn Mâce, Cihâd, 19. Ayrıca bkz. İbnu’l-Arabî, II, 872; el-Kurtubî, *el-Câmi’ li Ahkâmi’l-Kur’ân*, X, 56.

²³¹ Söz gelimi İbn Abdisselâm’ın *Ahkâmu’l-Cihâd ve Fedâiluh* adlı eserinin muhakkiki İyâd Hâlid et-Tabba’, Bedruddîn İbn Cema’a el-Hamevî’nin (eseri *Muhtasar fi Fedâili’l-Cihâd*, 115’te), Enfâl suresinin 60. âyetindeki “*Düşmanlara karşı gücünüz yettiği kadar kuvvet hazırlayın (ve uiddu lehum me’seta’tum min kuvvetin)*” ifadesine dayanarak, devlet başkanının yapması gereken şeylerden bahsettiğini belirtir. Bunlar: 1) Düşmanla karşılaşmaya tam ehliyetli komutanlar ve ordular hazırlamak. 2) Çok iyi silahlara ve atlara [bir manada günün şartlarının gerektirdiği ordu teçhizatına] sahip olmak. 3) Atları iyi idman ettirerek ve gözeterek [başka bir ifade ile askerî güçleri tatbikatla] ve askerleri atış müsabakalarıyla savaşa hazırlamak. 4) Bütün bunlar için

İslâm'ın kuvvet hazırlamayı veya kuvvet/güç dengesi oluşturmayı teşvik etmesi, zulüm ve zorbalık veya insanları ve devletleri sömürmek değil, öncelikle Müslümanlara yapılabilecek muhtemel saldırılara karşı temkinli ve tedbirli olmak siyasetinin bir gereğidir. İslâm'da kuvvetli görünme hali için kuvvet hazırlamayı teşvik etmenin, Batı menşeli uluslararası ilişkilerde başvurulan *güç yaklaşımı* politikasından farklı olduğunu belirtmeliyiz.²³²

Yine Enfâl 60'ın, “ *Onunla (hazırlanmış atlarla) Allâh'ın ve sizin düşmanlarınızı korkutursunuz (turhibûne bihî aduvvellâhi ve aduvvekum)*” ifadesinde Müslümanlara kuvvet hazırlamalarının emredilmesi, Yahudilerden, Kureyşten ve diğer Arap kâfirlerinden olan Allâh düşmanlarını korkutmak,²³³ sindirmek ve savaştan alıkoymak içindir.²³⁴ Bu da barışı koruma gayesine yöneliktir. Barış için güçlü ve hazırlıklı olmak, savunma amacıyla kuvvet dengesi oluşturmak, geçmişte olduğu gibi günümüzde bile uluslararası ortamda başvurulan bir yoldur.

Diğer taraftan, uluslararası hukukta yaygın kanaate göre, kuvvet dengesi oluşturmak, her istenildiğinde bu gücün kullanılması anlamına gelmemektedir. Sadece karşı tarafın hukuku, hak ve menfaatleri ihlal eden (saldırı) fiillerini engellemek üzere ona gözdağı vermektir.²³⁵ Böylelikle, hem bir nevi devletlerin

yapılacak harcamalara bol ödenek ayırmak. Bkz. İbn Abdisselâm, 57 (muhakkikin 1 no'lu dipnotu).

²³² Karşılaştırma yapmak için bkz. Sönmezoğlu, Faruk vd., 143. Devletlerin çıkarlarını gerçekleştirmek için, çok eski tarihlerden beri uluslararası ilişkilerde uyguladıkları *güç yaklaşımı* (power approach) politikası, İslâm'ın tamamen meşru müdafaa amaçlı kuvvet hazırlama emri ile taban tabana zıttır. Geçmişte uluslararası ilişkilere hâkim olan ve bugünkü uluslararası ilişkilerde de bazen uygulama örneklerine şahit olduğumuz güç yaklaşımı politikasında, devletlerin birbirlerine karşı gücünü artırmanın tek sebebi menfaat temin etmektir. Bu yolla nüfuzunu artıran devletler, diğerlerine karşı yürütmüş oldukları emperyalist ve sömürgeci emellerine ulaşmayı hedeflemektedir.

Görüldüğü üzere, *güç yaklaşımı* politikası tamamen kuvvetlinin haklı olduğu bir ilişkiler yumağını ve siyaset tarzını ifade etmektedir ki İslâm tam da bunun için düşmana karşı kuvvetli görünmeyi emretmektedir. Bkz. Enfâl, 8/60.

²³³ el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, X, 61.

²³⁴ İbn Abdisselâm, 69; Yazır, IV, 2425; Aydın, Ali Rıza, “İslam Dünyasında Yaşanan Son Olayların Işığında “İslamiyet ve Milletlerarası Adalet”, *Doğu'da ve Batı'da İnsan Hakları (Kutlu Doğum Haftası: 1993-1994)*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları (No: 201), Ankara 1996, 141.

²³⁵ Hz. Ömer döneminde, İslâm fütuhâtı için oluşturulan her cephede düşmanlarla mücadele ederken binlerce at ve deve istihdam etmekle beraber savaşın çıkması ihtimaline karşın, Suriye bölgesinde belli noktalarda oluşturulan askerî merkezlerde her an kullanılmak üzere dört bin atlık tam donanımlı birlikler hazır tutulmaktaydı. Bunun için de, otuz iki bin atı el altında bulundurmak amacıyla bu merkezlerde büyük çiftlik/mera oluşturulmuştu. Yine bu maksatla Medine yakınlarında at ve devler için birkaç mera oluşturulmuş, Mekke yakınlarındaki merada da kırk bin

kendini güvenceye alması sağlanmakta hem de her iki taraf için daha vahim neticeler doğurabilecek fiillerin işlenmesine meydan verilmemektedir. Dolayısıyla bu şekil bir gayretin temelinde savaş değil savaşı engelleme saiki yatmaktadır.²³⁶

Aynı şekilde, modern dünyada, teknolojik gelişmelerden de faydalanmak suretiyle devletlerin silahlanma yarışına girmeleri sadece savunma ve mevcut barış ortamını muhafaza amacıyla meşru sayılmıştır. Devletlerin giriştikleri silahlanma yarışına gerekçe olarak saldırı değil de savunmanın gösterilmesi bu düşünceye dayanmaktadır. Aksine, bir tecavüz ve saldırı için böyle bir girişimde bulunmak, yasal zeminin dışına çıkmak anlamına gelmektedir.

Uluslararası hukuk düzenini hiçe sayan, her fırsatta kaba kuvvete müracaat eden devletlerin yaptıkları zulümleri engellemek için günümüz uluslararası hukuk düzeni ve uluslararası örgütler de bu amaçla oluşturulmuş uluslararası yapılanmalardır. Bu yapılanmalar, meydana gelen uyuşmazlıklara veya uluslararası düzeni tehdit eden hukuka aykırı fiillere karşı devletlerin, münferiden veya örgütler nezdinde, uluslararası hukuk kurallarını ihlal etmeden misilleme yapmasına imkân ve uygulama sahası tanımaktadırlar.

Ayrıca bir güç kullanımı, mevcut kargaşa (*fitne*) ortamının yok edilmesine katkıda bulunacağından bu uğurda yapılacak bir savaş (*katl*) da, kuşkusuz fitneden daha hayırlı olacaktır.²³⁷ Çünkü barışı sağlamak için, bütün yollar denendiyse, *kuvvet kullanmak* kaçınılmazdır.

c. Ekonomik ve Ticarî İlişkilerin Durdurulması İle Misilleme

Müslümanların düşmanlardan (müşriklerden) uzak durması menduptur. Çünkü Müslümanların, müşrikleri güçlendirecek şeylerden sakınması, kuşkusuz onların menfaatine olan bir durumdur. Dolayısıyla ticaret yapmak amacıyla onlara mal veya hizmet götürmek, bir şekilde onların güçlenmesine sebep olursa, böyle bir durumda Müslümanların onlarla ticarî ilişkiler içine girmesi Müslümanların aleyhine

deve beslenmekteydi. Bkz. Numanî, Şibli, *Hiz. Ömer ve Devlet İdaresi*, Çev. Talip Yaşar Alp, I-II, Hikmet Yayınları, İstanbul 1986, II, 144-145.

Ayrıca Hz. Ömer, fethedilen her yeni şehirde daimi askeri birlikler yerleştirmek suretiyle her zaman düşmana karşı kuvvetli görünmek istemiştir. Mesela Kûfe'de, on bin kişinin dış seferlere gönderilmesi şartıyla daimi olarak kırk bin asker bekletirdi. Bkz. Numanî, II, 146, 148.

²³⁶ Bkz. Bilmen, III, 357.

²³⁷ Bkz. Bakara, 2/191.

olacağından yasaklanmıştır. Fakat çoğu kez ilaç, yiyecek, içecek ve elbisede böyle bir sakınca olmadığı için bunların ticareti sakıncalı görülmemiştir.²³⁸

Konuyla ilgili olarak Hz. Peygamber döneminde önemli tâcirlerden biri olan Sümame b. Esâl el-Hanefî'yi örnek göstermek yerinde olacaktır. Sümame b. Esâl, Rasulullah zamanında Müslüman olunca, Müslümanlara düşman olan müşriklerin zayıf düşmesi için Mekke halkına gıda (yiyecek, içecek) ihraç etmekten vaz geçmişti. Onu böyle davranmaya iten saik, şüphesiz düşmanın zayıf düşürülmek istenmesi düşüncesidir.²³⁹

d. Kölelik Uygulaması İle Misilleme

Misilleme ilkesinin bir uzantısı/sonucu ve İslâm'ın kabul ettiği savaş teamüllerinden biri olması yönüyle *kölelik* mubah sayılmıştır. Çünkü köleliğin mubah oluşu savaşların getirmiş olduğu bir zorunluluktur.

İslâm hukukuna baktığımızda, köleliğin kaldırılmasına dair hem teoride hem de uygulamada genel manada bir eğilimin olduğunu, özellikle ilk dönem Müslümanların, bunun aksine bir tavır sergilemediğini görmekteyiz. Kur'ân'da, köleleştirme usulü yasaklanmamışsa da ona teşvik (tervic) de edilmemiştir.²⁴⁰ Nitekim Kur'ân'da, köleliğin mubah olduğuna işaret eden ifadeler/hükümler bulunmasına²⁴¹ rağmen Allâh Rasülü'nün hayatında köleliğin hürriyete tercih edildiği

²³⁸ Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, IV, 182.

²³⁹ es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, IV, 182.

²⁴⁰ Yazır, VI, 4376.

²⁴¹ Mesela Muhammed suresi, 4. âyette, "...Nihayet onlara iyice vurup sindirince bağı sıkıca bağlayın (esir alın). Savaş sona erince de artık ya karşılıksız veya fidye karşılığı salıverin." buyrulmaktadır. Bir kısım âlime göre, "artık ya karşılıksız veya fidye karşılığı salıverin (fe immâ mennen ba'de ve immâ)" ifadesindeki "ya (immâ)" edatı, tahsis (*hasr*) içindir. Düşmanı esir ettikten sonra onların durumları sadece karşılıksız (*menn*) veya fidye (*fidâ*) karşılığı serbest bırakılmaları ile sınırlı (*munhasır*) değil, 'köle edilmeleri (*istirkâk*)' veya öldürülmeleri (*katl*) de caizdir; yani seçenekler arasındadır. Nitekim caiz olan umumî emrin başka çeşit seçenekler hakkında da zikredilmesi, yol göstermek içindir. Fakat savaşçı Araplardan ele geçirilen mürted ve müşrik esirler köleleştirilmez; ya Müslüman olurlar ya da öldürülürler. Çünkü Hz. Peygamber onlarla beraber olduğu halde köleleştirmeden bahsetmemiştir. Arap ve Arap olmayan müşriklerin kadın ve çocukları ise köleleştirilebilir. Bkz. el-Kâsânî, IX, 398; er-Râzî, XXVIII, 44; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed, *el-Muğnî*, I-XV, Thk. Abdullâh b. Abdulmuhsin et-Turkî-Muhammed el-Hulv, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyâd 1999/1419, XIII, 47. Kaynaklarda, Mâlikî, Şâfîî, Hanbelî mezheplerine ve es-Sevrî (ö.161/778), el-Evzâî ve Ebû Ubeyde'ye göre dört seçenekli hükmün sabit ve devlet başkanının bu seçeneklerden birini seçmede serbest (*muhayyer*) olduğu kaydedilmektedir. Fakat hanefilere göre (Bedir savaşından sonra) bu şekildeki hükmün yürürlükten kaldırıldığı; ya öldürme ya da köle edinme (*istirkâk*) olarak kaldığı ifade edilmektedir. Bkz. eş-Şâfîî, IV, 238; el-Beyhakî, XIII, 196 (Dipnot: Mesele-1173); es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*,

bir temayül, uygulama veya görüş sabit olmamıştır. Bununla birlikte İslâm tarihinde esirlerin köle yapıla gelmesi olgusu da ifade edilmelidir. Genellikle bu olgu, arzu edilenin dışında, konjonktürel olarak devletler arasında uygulana gelen bir uygulamanın (örf ve adet kuralının) şartlar gereği tatbik edilmesi şeklinde gerçekleşmiştir.²⁴² Diğer bir ifade ile kölelik, düşmanların Müslüman esirleri köle yapmaları fiiline karşılık (misilleme) olarak (devlet başkanının/halifenin emriyle) Müslümanların da tatbik ettikleri -arızî- bir uygulama olmuştur.²⁴³

Ayrıca, Müslümanların önünde, düşman esirlerini köle olarak kullanmaktan başka bir muamele şekli yoktu. Fakat daha sonra esirlerin değiştirilmesine yönelik bir imkân doğduğunda, Müslümanlar hemen böyle bir teklifi kabul ediyorlardı.

Müslümanlar ellerindeki müşrik esirleri, müşriklerin ellerinde bulunan Müslüman esirlerle karşılıklı olarak değiştirirlerdi. Böylece Müslümanlar ele geçirdikleri düşman esirler karşılığında kendi esirlerini kurtarmakla bir bakıma İslâm adına bir yarar sağlamış olmaktadır.²⁴⁴ Bundan dolayı köleliğin, düşmana karşı misilleme aracı olarak da kullanılan bir uygulama olduğunu söylemek mümkündür. Fakat burada Kur'ân'ın hükümlerine riayet etmek şartıyla, misli ile mukâbele (misilleme) etmek gerekmektedir.

X, 139; İbnü'l-Arabî, IV, 1702; el-Kâsânî, IX, 398; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, I-VI, Thk. Abdullâh b. Abdulmuhsin et-Turkî, Hicr li't-Tıbaa ve'n-Neşr, Cize 1997/1418, V, 485; a.mlf., *el-Muğni*, XIII, 44-45; el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, XIX, 246, 247; Yazır, VI, 4375; Ebû İyd, 234 vd. Yine âyetteki “*bağî sıkıca bağlayın (feşuddu'l-vesâk)*” emrinin, tutup yakalamaktan fazla bir şiddet anlamı taşıdığı için esirlerin köleleştirilmesi (*istirkâk*) şeklinde de anlaşılma ihtimalinin olduğu söylenir. Bkz. Yazır, VI, 4376. Dahası ez-Zuhaylî, âlimlerin, “*bağî sıkıca bağlayın (feşuddu'l-vesâk)*” emrinden anlaşılmanın köleleştirme olduğunu söylediklerini aktarır. Delil olarak da, Beyhakî'nin, Enfâl suresinin 67. âyeti hakkında İbn Abbas'tan rivayet ettiği hadisten yaptığı tahriri gösterir. Bkz. *Âsâru'l-Harb fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhiyye Mukarene*, 412.

²⁴² Bilmen, III, 401; Ebû Zehra, 37; Özel, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş Esirleri*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1996, 87.

²⁴³ Köleleştirme (*el-istirkâk*) uygulamasının Hz. Peygamber döneminde mi daha sonra mı vâki' olduğuna dair kaynaklarda farklı görüşlere rastlamaktayız. Nitekim bunlardan birinde, köleleştirme uygulamasının Hz. Peygamber'den hemen sonra gelen Hulefâ-i Râşidîn dönemlerinde, misilleme (muâmele bi'l-misl) ilkesine dayanarak yapıldığı kaydedilmektedir. Bkz. Sâbık, III, 197.

Bazı kaynaklarda ise, köleleştirme uygulamasının, misilleme (*muâmele bi'l-misl*) ilkesinin ve savaş ortamının bir gereği olarak Hz. Peygamber'in sünnetiyle ve sahabe uygulamalarıyla sabit olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhiyye Mukarene*, 412, 413; Aydın, Mehmet Akif/Hamidullah, Muhammed, “Köle”, *DİA*, Ankara 2002, XXVI, 239. Hz. Peygamber döneminde köleleştirmenin varlığına dair ayrıca bkz. Hadduri, 135.

²⁴⁴ es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, IV, 350.

Önceki dönemlerde Müslümanlar, içinde buldukları uluslararası ilişkiler ortamının bir sonucu olarak savaş sonucunda, ganimet olarak elde ettikleri esir kadınlarla cinsel ilişkide bulunmayı, İslâm'ın misilleme ilkesine göre tatbik etmişlerse de,²⁴⁵ Müslümanlar buna günlük şartlara göre hiç kimsenin beklemediği bir şekilde, tek taraflı olarak çok ciddi sınırlar/şartlar²⁴⁶ getirmişlerdir. Anlaşılan bu hususta yapılacak misilleme, İslam'ın yasak saymadığı (temel ilkelere uygun) şekilde olmalıdır.

Şüphesiz kölelik kurumuna bakış açısından Müslümanlarla gayrimüslimler arasında çok bariz farkın olduğunu özellikle belirtmek gerekir. Öncelikle İslâm'da, kölelere merhamet (*re'fet*), iyilik ve adalet ile muamele edilir.²⁴⁷ İslâm'ın ilk dönem uygulamalarına göre, köle olmak, kişinin insanca muamele görmesini engellemediği gibi zulüm görmesine de gerekçe olarak gösterilemezdi. Hz. Peygamber ve Râşid halifeler döneminde bunun uygulama örneklerine rastlamak mümkündür.

Öyle ki, Hz. Peygamber'den hür ile köle arasında farkın olmadığını beyan sadedinde birçok söz sadır olmuştur.²⁴⁸ İslâm, kölelik uygulamasının azaltılmasına

²⁴⁵ Özel, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş Esirleri*, 66.

²⁴⁶ Ganimetler paylaşılmadan önce esir kadın (cariye) ile cinsel ilişki yasaklanmıştır. Fiilin zina olması sebebiyle el-Evzâî, es-Sevr, el-Leys ve İmâm Mâlik'e göre had cezası gerekir. Bkz. et-Tahavî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme, *Muhtasarü İhtilâfi'l-Ulemâ (İhtisarü Ebi Bekr Ahmed b. Ali el-Cessas er-Râzî)*, I-V, Thk. Abdullâh Nezîr Ahmed, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 1996/1417, III, 474; İbn Ruşd el-Ced, Ebû'l-Velîd Mukammed b. Ahmed, *el-Mukaddimâtu'l-Mumehhidât*, I-II (Tek cilt içinde), Dâru Sadr, Beyrut ty., I, 274; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIII, 196. Mülkün sabit olma şüphesi sebebiyle hanefî, şâfiî ve hanbelîlere göre had cezası gerekmez fakat tazir (*te'dîb*) gerekir. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIII, 196. Şâfiî ve hanbelîlere göre, cinsel ilişkide bulunan kişiden, mehr-i misil alınır ve ganimetlere (*el-meksim*) katılır. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIII, 197. Hanefîlere göre "ukr" denilen (mehr-i misil dengi) ilişki bedeli alınır. Bkz. et-Tahavî, III, 474; es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 50.

Ganimet paylaşıldıktan sonra, bir kimsenin, payına düşen kadınla cinsel ilişkide bulunabilmesi için, esir kadının istibrâi (*istibrâu'l-eme*); yani cariyenin hamile olup olmadığının anlaşılması gerekir. Bunun için de cariyenin (bir veya iki hayız müddeti kadar) bir süre beklemesi ve eğer hamileyse çocuğunu doğurması gerekir. Cariye hayız görmüyorsa en az iki ay beklemeden ona yaklaşılmaz. Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 206; eş-Şâfiî, IV, 273. Ayrıca ganimet payından olsa bile kişi, putperest ya da mecusi esir kadınla cinsel ilişkide bulunamaz. Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 206; eş-Şâfiî, IV, 272.

Ebû Yûsuf'un Atâ'dan aktardığına göre, hür iken düşman eline düşen sonra da başkaları tarafından satın alınan kadınlara yaklaşmak caiz değildir. Hür kadınlara cariye muamelesi de yapılamaz ve sadece satın alınırken verilen bedel geri alınarak serbest bırakılırlar. Bkz. Ebu Yusuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 201.

²⁴⁷ İlgili Kur'ânî hükümler için bkz. Bakara 2/177; İnsan, 76/8. Ayrıca bkz. Ebû Utle, Hadîce Ahmed, *el-İslâm ve'l-Alâkâtu'd-Devliyye fi's-Silmi vel'Harb*, Dâru'l-Meârif, Kahire 1973, 197, 204, 208.

²⁴⁸ Bu hadislerden dikkat çeken birinde, Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur: "Kim kölesini öldürürse, (bu fiilinden dolayı onu) öldürürüz. Kim kölesinin uzvunu keserse, (onun da) uzvunu keseriz." Bkz. Ebû Dâvûd, Diyât, 7 (4515); et-Tirmizî, Diyât, 17 (1414); İbn Mâce, Diyât, 23 (2663).

yönelik çabaların/yolların artırılmasını teşvik etmiş ve bir bakıma azad etme kapısını sonuna kadar açmıştır.²⁴⁹

İslâm hukuku, oluşum ve gelişim dönemlerinde, içinde bulunduğu zaman ve fizik çevre şartları itibariyle, köleliği tamamen kaldırmadıysa da bünyesinde aldığı tedbirlerle insanlığın tekâmülüne bağlı olarak kaldırılmasına büyük katkı yapmıştır.

B. ZARARLA MUKÂBELE (MUKÂBELE Bİ'L-MİSL, REPRISALS)

İngilizce reprisals, Fransızca représailles diye ifade edilen *zararla mukâbele* deyimini için modern Arapça'da; *mukâbele bi'l-misl, muâmele bi'l-misl, el-ahz bi's-se'r, el-intikâm fi'l-kânuni'd-duveliyyi'l-âmm, el-'ilâcu'l-cevâbi bi vesâili'l-unf, el-cezaâtu'l-âmm, vesâilu'l-ikrâh evi'l-kisâs, el-kum'* gibi birçok ifade kullanılmaktadır.²⁵⁰

Haksız (hukuka aykırı) bir fiile karşılık olarak işlenen ve ilk fiilin hukuka aykırılığına karşılık olduğu için de hukukun yasak saymadığı fiil anlamında zararlar mukâbele için, Türkçe uluslararası hukuk kitaplarında ise, zararlar mukâbele/ zararlar karşılık, reprezay, mütekebil muamele (muamele-i mütekebile) gibi değişik ifadeler kullanılmaktadır. Biz, araştırmamızda bu ifadelerden sadece zararlar mukâbele kavramını kullanmayı tercih ettik.²⁵¹

Hiz. Peygamber başka bir hadiste, “Kardeşleriniz olan köleleri Allâh elinizin altına vermiştir. Her kimin elinin altında (köle) kardeşi bulunursa, (ona) yediğinden yedersin, giydiğinden giydirdin. Onlara yapamayacakları işleri yüklemeyin. Şayet bir iş yüklerseniz (onlara) yardımcı olunuz.” Bkz. el-Buhârî, İmân, 22 (30).

²⁴⁹ Ebû Zehra, 37. Hiz. Peygamber bu noktada, sadece hukukî değil dinî/vicdanî yönden de Müslümanları duyarlı hale getirmeye çalışmıştır. Mesela köle azad etmeyle hür insanın kendini cehennemden azad etmesi arasında çok kuvvetli/canlı bir bağ kurar ve şöyle buyurur: “Kim Müslüman bir köle azad ederse bu azad ettiği kölenin her bir organına karşılık onun da bir organı ateşten kurtulur.” Bkz. el-Buhârî, İtk, 1 (2517); Keffârât, 6 (6715).

²⁵⁰ Başât, Muhammed Bahauddin, *el-Muâmele bi'l-Misl fi'l-Kanuni'd-Duveliyyi'l-Cinâi*, Kahire 1974, 5. Zararla mukâbele için kullanılan bazı ifadeler için ayrıca bkz. Abdusselâm, 710, 711. Fakat Abdusselâm, zararlar mukâbele karşılığı olarak saydığımız ifadelerden *el-muâmele bi'l-misl* ve *a'mâlu'l-unfi'l-cevâbiyye*'nin haddizatında hukuken yasal olmayan yollar olduğunu söylemesine rağmen bunları, İngilizce “retorsion” diye ifade edilen *misilleme* teriminin karşılığı olarak zikretmiştir. Bkz. Abdusselâm, 711 (2 no'lu dipnot).

²⁵¹ Türkçe ve Arapça kullanımında birçok deyim ya da kelimeyle ifade edilen ve İngilizce karşılığı “reprisal” olan kavram için “zararla mukâbele” tabirinin kullanılmasını tercih eden Seha L. Meray ile Ahmet Özel'e iştirak ediyoruz.

Sözlükte, bir kötülüğe karşı ve intikam maksadıyla yapılan kötülük diye ifade edilen zararlarla mukâbele [représailles (Fr.)],²⁵² uluslararası hukuktaki klasik tanımlamaya göre: Hukuka aykırı olarak hareket eden devlete, zarar gören devletin daha şiddetli bir fiille karşılık vermesidir.²⁵³ Zararla mukâbele, iki taraf arasındaki ihtilafın daha çok cebir ve hatta şiddet yoluyla halledilmesini teşkil eder.²⁵⁴ Zararla mukâbele hukuka aykırı ve haddizatında haksız bir muamele olmasına rağmen sadece daha önce meydana gelen bir hak ihlaline karşı bir mukâbele olması bakımından yasal sayılabilir.²⁵⁵

Esasında zarar verme ve zarara zararlarla mukâbele etme yasağına göre, fiil tek başına ele alındığında, ne ilk zarara (zarar verme) ne de ikinci zarara (zararla karşılık verme) hukuken izin verilmiştir. İki fiili birbirinin devamı olarak düşündüğümüzde, burada, önce meydana gelen bir hak ihlaline karşılık mağdur tarafın, hukuka aykırı olan fakat ilk fiilden dolayı hukuka uygun hale gelen bir fiil ile hukuk çerçevesinde mağduriyetini gidermesinin, hukuk dâhilinde olduğu ifade edilmektedir. Sonuçta zararlarla mukâbele fiiline, hukuka aykırı olmasına rağmen, (önceki) hukuka aykırı (ve haksız) fiile karşılık olarak gerçekleştirilmek, uyuşmazlıkların savaşa kadar tırmanmasını önlemek ve karşı tarafı haksız fiilinden vazgeçirip hukuka uymaya zorlamak maksadıyla izin verilmiştir.²⁵⁶

Diğer taraftan uluslararası hukuka aykırı bir fiile verilen karşılığı, önceki fiilden bağımsız olarak düşünüp “hukuka aykırı bir fiille mukâbele etme” diye ifade etmenin kurulu düzene karşı gelmeyi ve bazen savaşa yol açmayı çağrıştırdığı da söylenmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlığı daha da artırabileceği söylenen bu algı/anlayış yüzünden zararlarla mukâbele bir kısım hukukçular tarafından, “hukuka aykırı bir fiile, ilk fiilden dolayı hukuka uygun (yasal) kabul edilen bir fiille karşılık

²⁵² Sâmi, *Kâmûs-i Firânsî-Fransızcadan Türkçeye Luğât (Dictionnaire Français-Turc)*, Mihran Matbaası, İstanbul 1882/1299, 1365.

²⁵³ Bilsel, *I. Kitap*, 321.

²⁵⁴ Sevig, 138.

²⁵⁵ Le Fur, 470; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 383; a.mlf., *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 233, 234; Pazarcı, *III. Kitap*, 204.

²⁵⁶ Bilsel, *I. Kitap*, 321; Le Fur, 478; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 383; Pazarcı, *III. Kitap*, 204; a.mlf., *IV. Kitap*, 269.

Devletler Hukuku Enstitüsü'nde [1934 Paris toplantısı kararları (md. 7)], zararlarla mukâbele hakkını kötüye kullanan devletlere karşı, haksız fiili ilk işlemiş devletin de zararlarla mukâbelede bulunabileceğini kabul etmiştir. Bkz. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 386.

verme” diye tanımlanmıştır. Daha önce belirttiğimiz gibi,²⁵⁷ uluslararası hukuk teorisinde meydana gelen yeni yaklaşımlar çerçevesinde bazı hukukçuların misillemeyi de bu şekilde tanımladıklarını görmekteyiz.²⁵⁸ Söz konusu yaklaşımlar doğrultusunda, misilleme ile zararlarla mukâbelenin, *hukuka aykırı bir fiile, hukuka uygun bir fiille karşılık verilmesi* şeklinde bir mukâbele türü olarak tanımlanması, her iki kavramı büyük oranda birbirine yakınlaştırmıştır.²⁵⁹ Anlaşılan o ki, -bir yönüyle- savaşa benzeyen fakat etkileri ve sonuçları itibariyle muhtemel bir savaştan daha hafif bir eylem olduğu için tamamen yasaklanmayan zararlarla mukâbelenin, misilleme ile benzer şekilde tanımlanmakla, ilişkilerin savaşa varması zorlaştırılmak istenmiştir.

1. Uluslararası Hukukta Haksız Fiil Kavramı

Zararlarla mukâbele şeklindeki karşı önlemlerin alınmasına sebep olan ve zararlarla mukâbele fiilinden önce işlenen hukuka aykırı fiil, uluslararası hukukta haksız fiil diye nitelendirilmektedir.

Uluslararası hukukta, hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi uluslararası sorumluluk doğurmaktadır.²⁶⁰ Bu durum, Uluslararası Hukuk Komisyonu tasarısında, “devletin uluslararası hukuka aykırı her fiili uluslararası sorumluluğuna yol açar”²⁶¹ şeklinde dile getirilmiştir.

Uluslararası hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir takım haller vardır ki, bunlardan bir kısmı, uluslararası hukuk kişisi/süjesi olan *mağdurdan* (devlet veya uluslararası örgüt) kaynaklanan hallerdir. Bu haller, borçlar hukukunda da olduğu gibi, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Diğer bir kısmı ise, mağdurla alakası

²⁵⁷ Bkz. Araştırma metni, İkinci Bölüm, “ III. A. 1. Misillemenin Kavramsal İçeriği” adlı başlık.

²⁵⁸ Mesela bkz. Combacau, “Retorsion”, *Encyclopedia*, IX, 335; Pazarcı, *III. Kitap*, 201.

²⁵⁹ Şöyleki; misillemede hukuka aykırı bir fiile karşılık, doğal olarak hukuka uygun bir fiil gerçekleştirilmektedir. Zararlarla mukâbeledede de yine hukuka aykırı bir fiil mevcut ve bu fiile karşılık gerçekleştirilen eylem, öncekinden bağımsız (mücerred) düşünüldüğünde hukuka aykırı olmasına rağmen, önceki fiile karşılık gerçekleştirildiği için hukuka aykırılığı ortadan kalkmakta ve meşru kabul edilmektedir. Birinci fiile nispetle ikinci fiil hukuka uygun olmakta ve bir yönden misilleme için yapılan tanımları çağrıştırmaktadır. Bkz. Bozkurt vd., 254 (ve 368 no’lu dipnot).

²⁶⁰ Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 496.

Uluslararası ahlak ve nezaket kurallarına aykırı fiiller ise, devletlerin, hukuk karşısında sorumluluğunu gerektirmez. Sadece uluslararası kamuoyu ve toplum düzeni nezdinde ayıplanmayı gerektirir. Bkz. Politis, 34-36; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 66, 497; Pazarcı, *I. Kitap*, 9.

²⁶¹ Sur, 235.

olmayan, sorumlu devletin hiçbir katkısının bulunmadığı, tamamen dış etmenlerden kaynaklanan “zorlayıcı neden” ve “tehlike ve zorunluluk” halleridir. Bunlar hukuka aykırılık teşkil etmeyen fiillerdir.²⁶²

Mağdurdan kaynaklanan ve uluslararası hukuka aykırılığını ortadan kaldıran haller sebebiyle uluslararası hukuk ve topluluk nezdinde yasal sayılan mukâbele türü, *zararla mukâbele (reprisals, retaliation)* tipindeki fiillerdir.²⁶³ Burada zararlar mukâbele fiilinin meşru sayılması, genel manada uluslararası hukuk ve toplum tarafından tasvip edildiği anlamına gelmez. Çünkü bu fiilin, tamamen hukuk dışı olduğunu kabul etmek, karşı tarafın/düşmanın, uluslararası hukuka aykırı fiillerini artırmasına ve hatta âdet haline getirmesine sebep olabilir.²⁶⁴ Bu sebeple, uluslararası hukuk tarafından tamamen yasaklanmamış, sadece belli şartlarla ve sınırlı olarak uygulanmasına müsaade edilmiştir.²⁶⁵ Ancak zararlar mukâbele tipindeki karşı önlemlerin en başta, önceden işlenen hukuka aykırı (haksız) fiile karşılık ve onunla orantılı olması, haksız fiili işleyen devlete yöneltilmiş olması, uluslararası hukukun emredici kurallarına ters düşmemesi ve insan haklarını da zedelememesi gerekmektedir.²⁶⁶

2. İslâm Hukukunda Haksız Fiil Kavramı

İslâm hukukunda haksız fiil veya zarar verme konusu, Kıta Avrupası ve onun etkisinde olan hukuk sistemlerinde olduğu gibi genel bir haksız fiil teorisi yerine, fıkıh kitaplarının çeşitli bab ve bölümlerinde muhtelif haksız fiiller olarak tek tek ve dağınık bir şekilde ele alınmıştır.²⁶⁷

Haksız fiil, hukuka aykırı olarak bir kimsenin şahsına veya mal varlığına zarar veren fiildir. Hukuka aykırı bu fiilden dolayı zarar veren, bu zararı tazminle ya da fiilinin hukuka uygun hale getirilmesiyle sorumlu tutulur. Haksız fiil konusunun

²⁶² Sur, 239-240.

²⁶³ Sur, 239.

²⁶⁴ Bkz. Le Fur, 476.

²⁶⁵ Le Fur, 476; Özman, 68-69; Sur, 248.

²⁶⁶ Bkz. Özman, 66; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 384; a.mf., *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, 234; Sur, 239.

²⁶⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, Nesil Yayınları, İstanbul 1991, II, 470-471; Cin/Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 2. Cilt (Özel Hukuk), Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yy., İstanbul 1996, 215; Aydın, Mehmet Akif, “Haksız Fiil”, *DİA*, İstanbul 1997, XV, 210.

ceza hukuku (*hudud, cinayât ve diyet*) ile ilgili tarafı bulunduğu gibi borçlar hukuku (*gasp, itlaf ve tazminat*) ile ilgili tarafı da vardır.²⁶⁸

İslâm hukukunda iç hukuk-uluslararası hukuk ayrımı olmadığı için, haksız fiil kavramı, İslâm uluslararası hukuku (siyer) alanında da söz konusudur. İslâm hukukunda, ceza hukuku (ukûbât: hudûd, cinâyât ve kısas) ve borçlar hukuku (muâmelât) ile ilgili bazı konular ayrıca uluslararası hukuk (siyer) kitaplarında da ele alınmıştır.²⁶⁹

Mesela İslâm uluslararası hukukunda, suçlar öncelikle devlete ve şahsa karşı işlenen diye temelde ikiye ayrılır. Bireye karşı işlenen suçlar da, şahsa ve mala olmak üzere ikiye ayrılır. Şahsa karşı işlenen suçlar ise hayata, uzuvlara ve ırza karşı işlenen suçlar diye ayrılırlar.²⁷⁰ Dolayısıyla ceza hukukundaki adam öldürme ve yaralama suçları ile borçlar hukukundaki *gasp, itlaf* gibi şahsa ve mala yönelik suçlar, Müslümanlarla gayrimüslimler arasındaki ilişkilerde de ortaya çıkmaktadır.

İslâm hukukunda haksız fiil sorumluluğu,²⁷¹ ya doğrudan ya da sebebiyet yoluyla zarar doğuran haksız fiil ile ortaya çıkar. İnsanlığın ilk dönemlerinde haksız fiil sorumluluğu toplumu ve hukuk düzenini değil, zarar veren ile zarara maruz kalan iki tarafı ilgilendiriyordu. Hukuk anlayışının toplumsal hayatta yer etmesi, hukukun kurumsallaşması ve zamanla merkezileşmesi²⁷² ile tarafların karşılıklı ihkâk-ı hak davası gütmesi ve hatta öç alması düşüncesi²⁷³ de kalkmıştır.²⁷⁴ Neticede haksız fiil

²⁶⁸ Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 471-472; Cin/Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 2. Cilt, 217-218.

²⁶⁹ Nitekim Hz. Peygamber, dârulislamda suç işleyip dârulharbe kaçan veya dârulharbde suç işleyip de müste'men (izinli) olarak dârulislâma giren kişilere dair ortaya koyduğu hükümler bu alanla ilgili olarak zikredilmektedir. Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 321.

²⁷⁰ Bkz. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, III, 337-351.

²⁷¹ İslâm hukukunda sorumluluğu, akdî ve haksız fiil sorumluluğu olarak ayırdığımızda, haksız fiil sorumluluğu, *damânu'l-ıtlâf* veya *damânu't-tasarrufâti'l-fi'liyye* diye nitelendirilir. Fakat modern hukuktaki gibi, iç içe girmelerin olduğu yani zarar veren fiillerin hem akdî hem de haksız fiil sorumluluğu kapsamında ele alınabileceği de unutulmamalıdır. Bkz. Aydın, "Haksız Fiil", 210.

²⁷² Hukukî merkezileşme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Türcan, "Hukuki Merkezileşme ve Fıkıh", *İslâmiyât*, Cilt: 8 (2005), Sayı: 1, 127-138.

²⁷³ Merkezileşme öncesi (adem-i merkezi) dönemde var olan ilkel hukuk düzenlerinde, bu düşüncenin en tipik örneği, sürdürülen kan davaları olmuştur. Burada sadece ihlalden zarar görenlerin öç alma şeklinde gerçekleştirdikleri ve yaptırım niteliği taşıyan bir ihkâk-ı hak söz konusudur. Bkz. Türcan, "Hukuki Merkezileşme ve Fıkıh", 130. Kişisel öç alma diye de ifade edilen bu sistemde, toplum, bu hakkı, mağdur tarafa ve yakınlarına tanıdığı için, herkes kendisine karşı yapılan haksız hareketlerin failini dilediği gibi cezalandırabilirdi. Bkz. Bilge, 42.

²⁷⁴ Türcan, "Hukuki Merkezileşme ve Fıkıh", 129.

sorumluluğu da, düzeni sağlayan bir otorite olarak hukuk tarafından sorgulanır olmuştur.

İslâm'da zarar verme (*darar*), zarara zararlar karşılık verme (*dirâr*) yasaklanmıştır. Doğrudan Kur'ân'ın bazı hükümlerine²⁷⁵ dayanmakla birlikte, aynı lafızlarla Hz. Peygamber'den sadır olan bir hadisle²⁷⁶ de sabit olan bu yasak, İslâm hukukunun her alanında, cüzî olaylar ve küllî kaidelerin tümünde geçerlidir. Yine cana, mala ve ırza karşı tecavüzdən, gasp ve zulümden sakındırmak bu cümledendir. Bütün bunlar idrâr (ilk zarar) ve dirâr (zarara karşılık zarar) manasının kapsamına dâhil olmaktadır. Dolayısıyla, nefse (cana), akla ve nesle karşı işlenen suçlar, bahsi geçen hadisin ve doğal olarak ele alınan bu ilkenin kapsamına girmektedir.²⁷⁷

Lâ darar velâ dirâr ilkesi, neticesinde malın bedelinin karşılanması veya cezalandırmanın terettüp ettiği zarar veren bir fiilin yasaklanması ve ortadan kaldırılması için esas kabul edilmektedir.²⁷⁸ Çünkü bu ilkeye mesned olan hadis, yasaklama ve zorlamanın (*zacr*) açık (*beliğ*) olması için cinsini yok sayan (*nefy*) bir üslupla sevk edilmiştir.²⁷⁹

Aynı zamanda Mecelle maddesi olan bu genel hükmün metni (*lafzı*) kesin bir şekilde zararı yok sayar, mutlak manada yasaklanmasını zorunluluk kabul eder. Buradaki zarar hem umuma hem de hususa şâildir. Bu ilke, zararın vuku bulmadan önce mümkün olan en doğru yolla giderilmesini içermektedir. Zararın meydana gelmesinden sonra giderilmesi, izlerinin ortadan kaldırılması ve tekrarının yasaklanması tedbirleriyle mümkündür.²⁸⁰

Zarara, zararlar karşılık vermeyi (*dirâr*) engellemekten maksat, zarara zararlar karşılık vermeyi artıran sırf ölç alma ve cezalandırma fikrini yok etmektir. Dolayısıyla zararlar mukâbele etmenin (*dirâr*) giderilmesinde yapılması gereken, sırf ölç alma ve cezalandırma fikrinin ortadan kaldırılma maksadının alanını genişletmek

²⁷⁵ Meselâ bkz. Bakara, 2/231, 233; Talak, 65/6.

²⁷⁶ Hadisin lafzı şöyledir: "*Lâ darar velâ dirâr fi'l-İslâm.*" Bkz. Mâlik, Akdiye, 31; İbn Mâce, Ahkâm, 17.

²⁷⁷ en-Nedvî, 289.

²⁷⁸ eş-Şerbecî, 45.

²⁷⁹ Emâme, Adnan Muhammed, *el-İhkâm ve't-Takrîr li Kâideti'l-Meşakka Teclubu't-Teysîr*, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 2004/1425, 189.

²⁸⁰ eş-Şerbecî, 45.

olmalıdır. Zarar veren bir fiilin karşılığı olarak genellikle -yine bir- zarara başvuruluyor olması veya nihaî hedefin bu olması caiz değildir.²⁸¹

Zarureten dolayı zarara başvurulması, başka bir telafi yolu kalmadığı anlamına gelir. Fakat başta kişiyi, işlediği o fiilden vazgeçirme çabası, zaruret durumunda, zararı izale etmek için verilen karşılıktan daha faziletli ve maslahata daha uygundur. Mesela, bir kişi başkasının malını telef etse, malı telef edilen kişi de onun malını telef etmek suretiyle ona mukâbele etse bu caiz olmaz.²⁸² Çünkü böyle bir davranış, hiçbir menfaat olmaksızın zararı arttırmaktan başka bir sonuç doğurmaz. En iyisi malı (veya herhangi bir menfaati) yok eden (ya da bir haksız fiille zarar veren) kişinin verdiği zararı tazmin etmesidir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, malın telef edilmesi veya bir hakkın ihlali durumunda, bu fiilin karşılığı olarak, öncelikle malın tazmin edilme veya durumun ihlalden önceki hale döndürülme talebi, maslahatın temin edilmesi bakımından daha makuldür. Fakat bahsettiğimiz çözüm yolu, “ukubat” dediğimiz ceza hukukunda geçerli değildir. Mesela cana (*nefs*) veya bedene karşı işlenen suçlarda İslâm hukuku kısası şart koşturmuştur. Çünkü işlenen bu tür suçlar, sadece kendi cinsinden olan bir ceza ile telafi edilebilir. Mesela kim adam öldürürse buna karşılık/kisas olarak öldürülür. Kim birinin bir uzvunu keserse, aynı şekilde onun da uzvu kesilir ve böylelikle suçu işleyen de ne yaparsa yapsın nihayetinde, yaptığı işten dolayı nefesine saldırıda bulunan kişi gibi bir fiille muhatap olarak cezalandırılır.²⁸³ Ceza hukuku alanında, bir zarara zararla mukâbele etmek bazen mubah bazen de vacip olabilmektedir. Çünkü ceza, zarara karşılık verilen bir zarardır. İslâm hukuku bunu, suçların cezasız kalmaması, suçluların te'dib edilmesi ve insanlara karşı düşmanca fiillerin ortadan kaldırılması için mubah saymaktadır.²⁸⁴

²⁸¹ eş-Şerbecî, 45.

İbn Abdülberr, *lâ darar velâ dırâr* hadisinin şerhinde, darar/zarar ve dırâr kelimelerinin medlullerini sınırlandıran çeşitli görüşlere yer verirken, İbn Esir'in bu konudaki görüşlerine de yer verir. İbn Abdülberr'e göre, Allame İbn Esir, *en-Nihâye* adlı eserinde şöyle der: “zarar yoktur (*lâ darar*); bir kişi kardeşine zarar vermez, sadece hakkından bir şeyi eksiltir, demektir. Dırâr da, (birini) zarardan alıkoymak için verilen zarardır. Yoksa zararı işleyeni, verdiği zarardan dolayı cezalandırmak değildir.” Daha fazla bilgi için bkz. en-Nedvî, 288.

²⁸² eş-Şerbecî, 45; Zeydân, *el-Medhâl li Dirâseti 'ş-Şerîati 'l-İslâmiyye*, Bağdat 1969/1388, 83.

²⁸³ eş-Şerbecî, 45.

²⁸⁴ Zeydân, *el-Medhâl li Dirâseti 'ş-Şerîati 'l-İslâmiyye*, 83.

Cana verilen zararın gizlenmesi ve karşılığının verilmemesi, insanları oç almaya sevk eder. Dahası belaların ve fesadın artmasıyla oç almanın da ötesine geçilir ve aşırıya gidilir. Nefse ve vücudun bir uzvuna yönelik suçlarda (cinayetler) kısas ilkesi etkili bir çözüm olarak durmaktadır. Çünkü kısas, bu gibi hallerde en adaletli ve insanları yaptıkları fiillerden alıkoyan bir yoldur. Ama malın telef edilmesine gelince, burada malın telefine telefle mukâbele olmadan, malın aynen ya da nakden bedelinin verilmesi (tazmin edilmesi) doğru ve faydalı çözümdür.²⁸⁵

İslâm hukukunda, haksız fiiller değişik bölümlerde ve tek tek ele alınmış olmakla beraber zamanla bütün haksız fiillere özgü ilkeler ortaya çıkmıştır. Fıkhın küllî kaideleri (*kavâid-i külliyye*) olarak adlandırılan bu ilkeler, “el-kavâid”,²⁸⁶ “el-eşbâh ve’n-nezâir”,²⁸⁷ “el-furûk”²⁸⁸ türünden eserlerde incelenmiş ve fıkhın birçok bölüm ve başlıklarında kullanılmıştır.²⁸⁹

Başkasına zarar veren ve hukuka aykırılık içeren fiilleri ve onlara karşı ortaya konulacak muamele şeklini gösteren İslâm hukuku ilkeleri hakkında tezde daha

²⁸⁵ eş-Şerbecî, 45.

²⁸⁶ İzzuddîn İbn Abdüsselâm’ın (ö.660/1262), *kavâ'idu'l-ahkâm fî mesâlihi'l-enâm (el-kavâ'idu'l-kübrâ)* adlı eseri, kavâid literatürünün günümüze kadar gelen ilk örneklerindedir. Fakat eserde, İslâm hukukunun o zamana kadar oluşan küllî kâideleri değil de, İslâm’ın bütün hükümlerinin merkezinde yer alan *celb-i mesâlih* ve *def'-i mefâsid* ilkesinin, fıkhın değişik alanlarındaki uygulanma biçimi ele alınmıştır. Bkz. Apaydın, H. Yunus, “İbn Abdüsselâm”, *DİA*, XIX, İstanbul 1999, 286; eş-Şerbecî, 17-18; en-Nedvî, 211-212.

Ayrıca mâlikîlerden Ebu Abdullâh Muhammed el-Makarrî’nin (ö.758/1357) *el-kavâ'idî*, hanbelîlerden İbn Receb’in (795/1393) *tahrîru'l-kavâ'id ve tahrîru'l-fevâid* ve en son Osmanlı devleti fıkıh komisyonunun Hanefî mezhebine göre telif ettiği *mecelletu'l-ahkâmî'l-adliyye*, kavâ'id geleneğinin önemli eserlerindedir. Bkz. eş-Şerbecî, 16, 17, 20; en-Nedvî, 178-183, 196, 256-258.

²⁸⁷ İslâm hukukunun genel kurallarının (kâide-i külliyye) ele alındığı el-eşbâh ve’n-nezâir başlığı altında eser veren ilk müellif, Şâfiî mezhebinden İbnu'l-Vekîl (ö.716/1317)’dir. Yine şâfiîlerden, Tâcuddîn es-Subkî (ö.771/1370), İbnu'l-Mulakkîn (ö.804/1401) ve Celaleddîn es-Suyûtî (ö.911/1505) ile hanefîlerden Zeynelâbidîn İbn Nuceym’in (ö.970/1563) *el-eşbâh ve'n-nezâir* adlı eserleri, bu alanın güzel örneklerindedir. Bkz. İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 6-9 (Muhakkikin önsözü); eş-Şerbecî, 15, 18, 19; en-Nedvî, 225, 236, 242.

²⁸⁸ Furûk ilmine dair yazılan eserlere, şâfiîlerden Ruknu'l-İslâm el-Cuveynî’nin (ö.438/1047) *el-cem' ve'l-farkını*, hanbelîlerden İbn Suneyse es-Sâmerrî’nin (ö.616/1219) *el-furûk alâ mezhebi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel'ini* ve mâlikîlerden Şihâbuddîn el-Karâfi’nin (ö.684/1285) *envâru'l-burûk fî envâ'i'l-furûkunu* örnek verebiliriz. el-Karâfi’den önce furûk alanında yazılan eserler şeklen birbirine benzeyen fakat hüküm bakımından birbirinden ayrı olan fikhî meseleler arasındaki farkları ortaya koyarken, onun eseri, daha çok kaideler arasındaki farkları açıklamayı hedef almış ve bu alanda yenilik getirmekle kendinden öncekilerden ayrıldığını ortaya koymuştur. Bkz. Özen, Şükrü, “el-Furûk”, *DİA*, İstanbul 1996, XIII, 226-227; eş-Şerbecî, 15, 17, 19; en-Nedvî, 192.

²⁸⁹ Bkz. Aydın, “Haksız Fiil”, 210.

ayrıntılı bilgi verilmiştir.²⁹⁰ Fakat burada, tezle ilgili olan *zararla mukâbelenin* ne olduğuna ve ortaya çıkış şekillerine geçmeden önce, İslâm hukukunda zarar veren - haksız- fiillerin ve sorumluluğunun ne olduğuna, hangi alanlarda söz konusu olabileceğine ve hukuktaki meşruiyet zeminine az da olsa değinmek istedik.

3. Zararla Mukâbele'nin Kavramsal İçeriği

Batıda geleneksel ve modern uluslararası hukukta zararlar mukâbelenin (mukâbele bi'l-misl, reprisals) tarifinde iki farklı yaklaşım söz konusudur. İlkinde temel unsur olarak devletin hakkı, ikincisinde hukuk kuralı öne çıkar. Bu sebeple geleneksel uluslararası hukuka göre, *mukâbele bi'l-misl* genel olarak bir devletin yaptığı eyleme karşı diğer devletin benzer şekilde onun hakkını çiğnemesi şeklinde anlaşılmıştır.²⁹¹ Devletler, zararlar mukâbele fiilini yaparken uğradıkları zararlar veya haksız fiili gerekçe göstermekteydiler.

Uluslararası hukuktaki gelişmenin bir sonucu olarak modern hukukta ise bir devletin hukuka aykırı eylemine karşı diğer devletin ona zarar vermek için yine uluslararası hukuk kurallarına aykırı olarak verdiği karşılık biçiminde tarif edilmiştir.²⁹² Fakat modern hukukta zararlar mukâbelenin meşruiyeti karşı tarafın mağduriyetine değil uluslararası hukukun ihlal edilmesine dayanmaktadır.

Bir devletin işlediği devlet suçu sebebiyle ortaya çıkan anlaşmazlığı çözmeye zorlamak için diğer bir devletin ona karşı giriştiği eylem olan zararlar mukâbeleyle, bir devlet diğerinin haklarını çiğneyince, onu hukuka saygı göstermeye zorlamak için istisnâ olarak başvurulur. Oysa işlenen haksız fiil, tek başına herhangi bir haksız fiille doğrudan bağlantısı kurulmadan yapıldığında hukuk dışı sayılır.²⁹³ Zararlar mukâbele uluslararası hukuka aykırı olmakla beraber meşruluğunu, mevcut hukuka aykırı bir davranışa karşılık olmasında bulur.²⁹⁴ Uluslararası hukuka uygunluğun sağlanmasının yanında, uluslararası toplum düzeninin sükûnetinin haklarının da korunması gerekir. Zararlar mukâbele, haksız fiile maruz kalan bireylerin haklarının

²⁹⁰ Bkz. Tez metni (Üçüncü Bölüm, "II. A. Zarar Verme, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ve Kıyas Prensibi" adlı başlık), 195-208.

²⁹¹ Özel, *İslam ve Fıkhi Bir Yaklaşım*, 80.

²⁹² Başât, 209; Pazarcı, *III. Kitap*, 204.

²⁹³ Abdusselâm, 710-711.

²⁹⁴ Le Fur, 470; Başât, 43.

savunulması yönüyle, aralarında bir takım farklar²⁹⁵ bulunmakla birlikte, meşru müdafaayı andırmaktadır.

Uluslararası toplum düzenini korumaya yönelik olarak oluşturulan uluslararası örgütlerin ve antlaşmaların tesis edildiği 19. yüzyıldan önceki dönemlerde mukâbele bi'l-misl düşüncesinin dayanağı, tecavüze uğrayan devletin hakkını mütecavizden alacak, uğradığı zararı giderecek uluslararası bir otoritenin bulunmamasıydı. Dolayısıyla zararlarla mukâbele, böylesi bir fiille karşı karşıya kalan devletin tek başına başurabileceği hak olarak kabul edilmişti. Fakat zamanla değişen şartlar ve uluslararası toplumda varılan anlayış çerçevesinde, zararlarla mukâbelede, hukuka aykırı bir fiille karşılaşan devletin, haksızlığı gidermek için tek başına hareket etme hakkı ve yetkisi elinden alınmıştır.

Zararla mukâbele, hem savaş hem de barış zamanında uygulanabilen bir karşılık verme (*mukâbele*) türüdür.²⁹⁶

a. Barış Zamanında Zararla Mukâbele

Barış zamanında zararlarla mukâbele, hukuka aykırı ve hak ihlal eden fiille karşılık verilen bir cevap olduğu için meşru sayılır ve biraz da ortaya çıkan tecavüzü savma (*def'*) sadedinde hukuka aykırı fiillere izin veren meşru müdafa kuralına benzer.²⁹⁷

Barış zamanı zararlarla mukâbele yollarına bombalama, barış içinde (geçici) abluka, barış içinde (geçici) işgal,²⁹⁸ ambargo, boykot, antlaşmaların ihlali, yabancı ülke gemilerine ve vatandaşlarının mallarına el koyma gibi mukâbele fiillerini örnek

²⁹⁵ Mesela bu farklardan biri, meşru müdafaanın savunma niteliği taşımasına karşılık zararlarla mukâbelenin ceza niteliği taşımasıdır. Diğer bir fark ise, BM Antlaşması (md. 51) devletlere meşru müdafa hakkı tanıırken, zararlarla mukâbele, BM Antlaşması'na (md. 2/4) göre meşruiyetini kaybeden bir eylemdir. Bkz. Özel, "İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık", 54.

²⁹⁶ Bkz. Le Fur, 472; Sevig, 138; Başât, 5.

²⁹⁷ Bkz. Le Fur, 472.

²⁹⁸ Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 389-390, 392-393; Pazarcı, *IV. Kitap*, 141.

Günümüzde bombalama, barış içinde (geçici) abluka, barış içinde (geçici) işgal şeklindeki zararlarla mukâbele yollarına başvurabilme hakkının tartışmalı olduğunu söyleyebiliriz. Zira öğretilerde, BM Antlaşması'na (md.2/4) göre, kuvvet kullanmanın yasak olduğu görüşü ağırlık taşımaktadır. Fakat bazı yazarlar, özellikle Güvenlik Konseyi kararlarının gerekçelerine bakarak, "makul nitelikli" veya "kışkırtmaya karşılık olarak" zararlarla mukâbele önlemlerinin yasaklanmadığı görüşüne sahiptir. Bkz. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 394; Pazarcı, *III. Kitap*, 210-211; a.mlf., *IV. Kitap*, 141.

verebiliriz.²⁹⁹ Yine aynı maksatla devletin fonlarına el konulması veya mal varlığının dondurulması gibi barışçı karşı önlemler veya zorlamalar uluslararası hukuk tarafından genel manada yasak kabul edilmemektedir.³⁰⁰

Nefsi müdafaa biçiminde yapılan cihadla, farklı dine mensup oldukları için Müslümanlara eziyet eden ve onları mallarından, yurtlarından ve eşlerinden ayırarak hicret etmek zorunda bırakan Kureyşlilere karşı misilleme veya kısas yaparken, “es-s’er (intikam, öç)” diye de nitelendirebileceğimiz zararlarla mukâbelede bulunma gibi amaçlar da hedeflenmiştir.³⁰¹ Nitekim kişinin bir dine/inanca sahip olması da onun nefesine bağlı haklardan ve nefsi müdafaa kabilinden sayılmaktadır. Dolayısıyla benimsedikleri dinden ötürü baskı, zulüm ve birçok hak ihlalleri yaşayan Müslümanlar, kendi hak ve menfaatlerinin elde edilmesi ve İslâm daveti için mukâbelede bulunmak amacıyla cihad yapmışlardır.

Hz. Peygamber, Kureyş’in büyüklerinin yaptıklarına mukâbele maksadıyla, bir dizi seriyyeler göndermiştir. Haksız yere mallarına el konulan Müslümanlar, görevlendirilen seriyyelerle, ticaret yollarına nüfuz ederek, kuvvet kullanmak suretiyle, Kureyşlilerin ticaret kervanlarına el koymakta ve böylece onlara zararlarla mukâbele (kisas) uygulamaktaydılar.³⁰² Bu uygulama bir bakıma modern hukukta, müspet zararlarla mukâbele denilen, yabancı gemilerin durdurulup onlara el konulmasına benzer. Antlaşma hükümlerini uygulamaktan kaçınma veya antlaşmayı bozma ise menfi zararlarla mukâbeleyle örnek teşkil eder.³⁰³ Mesela Kureyşlilerin 10 yıllığına imzalanan Hudeybiye barış antlaşmasını tek taraflı olarak bozmaları gibi.

b. Savaş Zamanında Zararla Mukâbele

Öncelikle ifade etmeliyiz ki, savaş zamanında zararlarla mukâbele bir çeşit kısas (*talion*) prensibinin tatbiki olup masum insanlar hakkında uygulandığı zaman, güdülen amacın araçları haklı göstermeyeceği gerekçesiyle, hukuka aykırı olduğu iddiası ağır basmaktadır.³⁰⁴ Bu iddianın dayanağı, hedefi hukuka uymayı sağlamak

²⁹⁹ Bkz. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, 387-389, 391-392; Pazarcı, *III. Kitap*, 208; Sur, 248.

³⁰⁰ Sur, 247.

³⁰¹ el-Cenzûrî, *I. Kitap*, 662, 666.

³⁰² el-Cenzûrî, *I. Kitap*, 667.

³⁰³ Bkz. Le Fur, 472.

³⁰⁴ Bkz. Le Fur, 476.

ve amacı yasal olan bu fiilin, çoğunlukla daha önce işlenen haksızlıklara yenilerini ekleyeceği³⁰⁵ düşüncesidir.

Diğer taraftan, savaş zamanında zararlarla mukâbele uygulamasına başvurmanın veya onu yasak saymanın düşman devletin haksız fiillerini teşvik etmek anlamına da geleceğini belirtmek gerekir. Yani düşmana haktan bahsetmenin imkânsız olduğu ve hukukun vahim bir şekilde ihlal edildiği savaş gibi mecburiyet hallerinde, çok önemli ve gerekli bir müeyyide haline gelebilir. Dolayısıyla sınırlı da olsa bazı zaruri hallerde böyle bir fiile teşebbüs etmenin yasal olduğunu ayrıca ifade etmek gerekir.³⁰⁶

Savaş zamanında zararlarla mukâbele fiillerine, “barış dönemi içinde başvuru olan tüm kuvvet kullanma yolları (bombalama, işgal, abluka, ambargo vb. fiiller)” dâhil edilebilir.³⁰⁷ Ayrıca tahrip etme (yakıp yıkma), sele verme, su altında bırakma fiillerini de bu bağlamda zikretmek mümkündür. Şimdi bu şekildeki zararlarla mukâbele fiillerini İslâm hukuku açısından ele alalım.

İslâm hukukçularının büyük çoğunluğuna göre savaşa katılmayan kadınlar, çocuklar, keşişler ve inzivaya çekilenler,³⁰⁸ yaşlılar, körler ve mecnunlar gibi savaşçı

³⁰⁵ Bkz. Le Fur, 478.

³⁰⁶ Bkz. Sevig, 139; Le Fur, 476.

³⁰⁷ Pazarıcı, III. Kitap, 211.

³⁰⁸ Keşişler ve inzivaya çekilenler hakkında dayanılan delil, “Manastır/Savmi’ a halkını (papazlar, keşişler) öldürmeyiniz” hadisidir. Hadisi, Ahmed b. Hanbel (ö.241/855), İbn Abbas’tan rivayet etmiştir. Hadis’te ifade, *kilise/manastır adamlarını öldürmeyiniz (lâ tektulû ashabe’s-savami’)* biçiminde geçmektedir. Bkz. İbn Hanbel, I, 300; İbn Hazm, VII, 297.

Ebû Yûsuf’un, hadisi, Dâvud’dan onun da İkrime yoluyla İbn Abbas’tan rivayet ettiğine dair bkz. *Kitâbu’l-Harâc*, 195.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, düşman din adamlarının (papazlar, keşişler) öldürülme yasağı, manastır kapılarını üzerlerine kapatmaları ve insanlarla kaynaşmamaları şartına bağlıdır. Mesela İmâm Mâlik, manastırlara (*savami’*) ve evlerine kapanmış rahiplerin öldürülmesini mekruh (haram) sayar ve rahiplerin mallarının hepsine el konulmaması; hayatlarını sürdürecekt kadar mallarının kendilerine bırakılması gerektiği görüşünde olduğunu söyler. Bkz. Sahnûn b. Saîd et-Tenûhî, *el-Mudevvenetu’l-Kubrâ*, I-VI, Dâru Sâdir (Mısır 1323 baskısından ofset), Beyrut ty., III, 6; et-Taberî, 179; İbn Ruşd el-Hafîd, I, 310.

Hanefî hukukçulara göre ise, din adamları insanlar arasına karışıyorsa, öldürülürler. Çünkü görüşleri ve tavsiyeleri ile düşmana moral ve kuvvet vermiş olmaktadır. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu’l-Mebsût*, X, 137; İbn Âbidîn, *Reddu’l-Muhtâr*, VI, 214.

Şîi/Zeydî hukukçulara göre de, din adamı (*er-rahîb*) kendini insanlardan tecrid etmiş ve manastıra hapsedilmişse, yaşlı, çocuk ve kadın hükmündedir; öldürülmez. Fakat kâfirlerle birlikte Müslümanlara karşı savaşır ise öldürülür. Bkz. el-Hârûnî, Ahmed b. Huseyn, *Şerhu’t-Tecrid fi Fıkhî’z-Zeydiyye*, I-VI, Thk. Muhammed Yahyâ Sâlim ‘Azzân-Hamîd Câbir ‘Abîd, Merkezi’t-Türâs ve’l-Buhûsi’l-Yemenî, San’a 2006/1427, VI, 504, 505.

olmayanlar tecavüzden masundurlar.³⁰⁹ Bu konuda delil gösterilen, Hz. Peygamber'den rivayet edilen, “*çok yaşlıları, küçük çocukları, kadınları öldürmeyiniz ve aşırı gitmeyiniz*” hadisi³¹⁰ ve Kur’ân-ı Kerim’in, “*Size karşı savaş açanlara, siz de Allâh yolunda savaş açın. Sakın aşırı gitmeyin, çünkü Allâh aşırı gidenleri sevmez*” âyeti,³¹¹ Müslümanların sadece kendileriyle savaşanlarla savaşabileceğini, savaşçıların dışındakilerin öldürülmesinin yasak olduğunu göstermektedir.³¹² Eğer yaşlılar ve keşişler doğrudan veya dolaylı olarak (görüşleriyle) halklarına yardım ederlerse, can ve mal güvenlikleri korunmuş olmaktan ve dokunulmaz olmaktan çıkarlar. Bunun dışında onlara hiçbir şekilde

³⁰⁹ Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 195; Sahnûn, III, 6; İbn Hazm, VII, 296, 297; İbn Ruşd el-Hafîd, I, 310; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 175-179; İbn Teymiyye, *es-Siyâsetu's-Şer'iyye fî Islâhu'r-Râi ve'r-Raiyye*, 123; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 214.

İmâm Serahsî, bu grup insanların dokunulmazlığı hususunda farklı bir yaklaşım ortaya koyar. Şöyle ki: Yaşlılar, manastır halkı ve inzivaya çekilenler (rahipler), gayrimüslim (kâfir) oldukları için değil, İslâm'a girdikten sonra dinden dönerlerse öldürülürler. Âmâ ve müzmin hasta (*yatalak*) gibi özürülüler de dinden çıkarlarsa öldürülürler. Eğer kendi dinleri üzerine (gayrimüslim olarak) devam ederlerse, onlara dokunulmaz. Çünkü İslâm'a girdikten sonra dinden dönen ve küfründe inat ve ısrar eden kişi, sanki İslâm'a karşı potansiyel savaşçı konumuna girmiş olur. Bundan dolayı Müslümanlara esir düşen mürtedler (dinden dönenler), hapse, tazir cezasına ve zorlamaya maruz kalmalarına rağmen tekrar İslâm'a girmezlerse öldürülürler. Nitekim Hz. Peygamber zamanında, savaşan, savaş kışkırtan veya savaşta düşmana fikirleriyle destek veren kadın ve yaşlıların öldürülmeleri de, sırf, ısrarla ve inatla İslâm'a cephe almaları ve savaşçı tavır sergilemeleri yüzündendir. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 29, 64, 109, 137. Ayrıca bkz. İbn Teymiyye, *es-Siyâsetu's-Şer'iyye fî Islâhu'r-Râi ve'r-Raiyye*, 123; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 214.

³¹⁰ Hz. Peygamberin, iştirak ettiği bazı savaşlarda ölü kadınlara rastlaması üzerine sarf etmiş olduğu bu hadisin birkaç tarikten rivayet edildiğini görmekteyiz. Bu rivayet şekillerinin bazılarında öldürülmeleri yasak olan insan gruplarının bir kısmı, bazılarında ise hepsi birden sayılmıştır. Mesela Buhârî ve Muslim'in, Abdullah b. Ömer'den rivayetinde, Hz. Peygamber'in, kadınlar ve çocukların öldürülmesini yasakladığı belirtilmektedir. Ebû Dâvûd'un Enes b. Mâlik'e dayandırdığı rivayette, Hz. Peygamber'in, çok yaşlıların, küçüklerin ve kadınların öldürülmesini yasakladığı şeklinde ifade geçmektedir. Bu rivayet için bkz. Ebû Dâvûd, *Cihâd*, 82 (2614).

İmâm Ebû Yûsuf'un da belirttiğine göre, Hz. Peygamber, (Abdullah) İbn Ömer'den gelen rivayette, kadınların ve çocukların (küçüklerin); İbn Abbas'tan yapılan rivayette, -sadece-kadınların; el-Leys'in (175/791), Mücahid'den yaptığı rivayette ise, kadın, çocuk ve çok yaşlının öldürülmesini yasaklamıştır. Bkz. *Kitâbu'l-Harac*, 195. İbn Ömer ve İbn Abbas rivayetleri için ayrıca bkz. el-Hârûnî, VI, 504.

³¹¹ Bakara, 2/190.

³¹² İbn Ebî Hâtîm, Ali b. Ebî Talha'nın İbn Abbas'tan rivayet ettiğine göre, âyetteki, *haddi aşmayın* ifadesinin, “kadınlara, çocuklara, yaşlılara ve size ‘selâm/barış’ deyip elini çekenlere saldırmayın” anlamına geldiğini söyler. Bkz. İbn Ebî Hâtîm, I, 325.

el-Kurtubî, *haddi aşmayın* ifadesinin, “savaşmayanlarla savaşmayın” demek olduğunu ve bu âyetin hükmünün, *kâfirlerle toptan savaşın* emriyle neshedildiğini belirtir. Bkz. el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmî'l-Kur'ân*, III, 242; a.mlf., *Muhtasarı Tefsiri'l-Kurtubî*, I, 155.

İbn Kesir'e göre, *haddi aşmayın* ifadesinde, müslu ve hıyanetlik etmek; kadınları, çocukları, yaşlıları ve din adamlarını öldürmek gibi İslâm'ın yasakladığı şeylerin yapılmaması vurgulanmaktadır. Bkz. İbn Kesir, I, 226.

ilişilmez.³¹³ Hz. Peygamber, harpte savaşçılarla beraber olsalar bile savaşmayan kadınların ve çocukların öldürülmesinden³¹⁴ veya açlık ve susuzlukla ölüme terk edilmelerinden sakındırmıştır.³¹⁵ Esasında İslâm'da hiçbir esirin aç bırakılmasına ve esir düşen savaşçıların aç bırakılarak ölüme terk edilmelerine onay verilmez. Hz. Peygamber'in, "*Muhakkak ki Allâh, her şeye karşı iyilikle muamele etmeyi farz kıldı. Öldüreceğiniz zaman güzel öldürün, hayvan keseceğiniz zaman güzel kesin*"³¹⁶ sözü de bunu teyit etmektedir.

Ayrıca İslâm âlimleri arasında kâfirlerle, sırf taşıdıkları küfür vasfı dolayısıyla savaşıldığı konusunda da sarih ve kati bir kanaat hâsıl olmuş değildir. İslâm hukukunda, savaşın/cihadın sebebi konusunda hukukçular arasında iki temel görüş ortaya çıkmıştır. Hanefîlerin öncülük ettiği, mâlikîler ve hanbelîlerin de iştirak ettiği cumhurun görüşüne göre savaşın sebebi, kâfirlerin Müslümanlarla savaşmaları veya onlara karşı saldırı/tecavüz fiilleri içinde bulunmalarıdır.³¹⁷ Şafîîlerin öncülük ettiği ve bir kısım hanbelîlerin de iştirak ettiği görüşe göre ise, düşmanı öldürmeyi

³¹³ eş-Şirbînî'ye göre, Tevbe suresi 5. âyetteki "*fektulû'l-müşrikîn*"ın umum ifade etmesinden dolayı savaşarak ya da görüşleriyle katkıda bulunmasalar bile rahip, işçi ve yaşlı olanlar hür ve mükellef oldukları için diğerleri gibi öldürülürler. İkinci bir görüşe göre, bu grup insanlar savaşa katılmadıkları için kadınlar ve çocuklar gibi sayılırlar ve öldürülmezler. Bkz. eş-Şirbînî, Şemsuddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc*, I-IV, Dâru'l-Fikr, by. ty., IV, 223.

³¹⁴ İmâm Serahsî'nin Ebû Yûsuf'tan aktardığına göre, Ebû Hanife, kadınları, çocukları, (savaşamayacak kadar) çok yaşlıları bir de yatalak hastaları, -şartlar ne olursa olsun- çiftçi ve din adamlarından ayrı tutar. Çünkü diğerleri her zaman savaşçı potansiyellerini koruyabilirler ama - özellikle- kadınlar ve çocuklar öyle değillerdir. Bkz es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 137.

³¹⁵ es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 5, 29.

³¹⁶ Ebû Dâvûd, Edâhî, 11 (2814); et-Tirmizî, Diyât, 14 (1408) [et-Tirmizî, bu hadisin, hasen-sahih bir rivayet niteliğinde olduğunu belirtmektedir.]; İbn Mâce, Zebâih, 3 (3170). Ayrıca bkz. el-Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Huseyn b. Alî, *Ma'rifetu's-Sunen ve'l-Âsâr*, nşr. Abdulmu'tî Emîn Kal'acî, Câmîatu'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye, Karaçi (Pakistan) 1991/1411, XIII, 209; İbn Hacer, 159.

³¹⁷ Hanefîlerin temsil ettiği ve çoğunluğun katıldığı görüşe göre, Müslümanlar kâfirlerle, kâfir oldukları için değil Müslümanlarla savaşmaları ve Müslümanlara düşmanlık güttükleri için savaşılır. Yani savaşın sebebi yine savaştır. Dolayısıyla hanefîler, gayrimüslimlerle düşmanlığın sürekli olmadığını ve savaşın da, ilişkilerin ancak düşmanca olduğu bir zamanda söz konusu olduğunu söylemektedirler. Bkz. İbn Ruşd el-Hafîd, I, 310; İbn Teymiyye, *es-Siyâsetu's-Şer'iyye fî Islâhi'r-Râi ve'r-Raiyye*, 123. Abdullah Draz'ın şerh ve telifi ile eş-Şâtîbî'nin savaşın sebebine dair görüşünün (genel anlamda) ne olduğu hususunda bkz. eş-Şâtîbî, I, 254 (6 no'lu dipnot); I, 325 (1 no'lu dipnot); İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik (fî Furû'i'l-Hanefiyye)*, I-VII {İbn Âbidîn'in *Muhtasaru'l-Hâlik* adlı haşiyesi (I-VII) ve et-Tûrî'nin *Tekmilesi* (VIII-IX) ile birlikte}, Zabt ve Tahrîc: Zekeriyâ Umeyrât, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye (nşr. Muhammed Alî Beydûn), Beyrut 1997/1418, V, 119; Bilmen, III, 356; Özel, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı*, 50-51, 81-82; ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fî'l-Fıkhî'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhîyye Mukarene*, 103, 126, 529-530; Türçan, "Sosyal Olgular ve İslam Hukuku: Klasik Fıkhın Uluslararası İlişkiler Kuramının Oluşumu", 106-107, 109.

mubah kılan sebep, onların taşıdıkları küfür vasfı, yani kâfir olmalarıdır.³¹⁸ İbn Teymiyye her iki görüşe de yer verir ve cumhurun görüşünün doğru olduğunu söyler. Onun, “bazıları” diye bahsettiği ikinci grup, bir topluluğu sadece kâfir oldukları (*li mucerredî'l-kufr*) gerekçesiyle katletmeyi caiz (*mubah*) görmüştür. İbn Teymiyye'ye göre ise, savaş, sadece Müslümanlarla savaşanlara karşı yapılır ve âyette (Bakara 190) belirtildiği gibi, Müslüman haddi aşmaktan men edilmiştir.³¹⁹

Şu halde ifade edilen her iki mezhebe/görüşe göre düşmanla yapılan savaşın sebebi üzerindeki görüş farklılığının, savaşın tarafı sayılmayan kadınların ve çocukların öldürülemeyeceği yönündeki genel kanaate tesir etmeyeceği de ortadadır.³²⁰

Diğer taraftan, çağdaş araştırmacılardan Emin Abdulhafiz Ebu Bekr er-Rağrûğî'nin, İbn Ruşd'un (ö.595/1199), dört mezhebin ihtilafı olduğu konuları ele alan *Bidâyetu'l- Muctehîd ve Nihâyetu'l-Muktesîd* adlı eseri üzerine yaptığı bir çalışmada, bu defa dört mezhep ve diğer ehl-i sünnet âlimlerinin ittifak ettiği

³¹⁸ Bizatihi küfür halinin, düşman olmak ve savaşmak için yeterli sebep olduğunu ve dolayısıyla savaşın sebebinin küfrün izalesi olduğunu söyleyen İbn Ebî Hâtim, İbnü'l-Arabî, er-Râzî, el-Kurtubî ve İbn Kesîr de eş-Şâfiî ile aynı görüştedir. Bkz. İbn Ebî Hâtim, I, 326; İbnü'l-Arabî, I, 109; er-Râzî, V, 133; el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, III, 242; İbn Kesîr, I, 227. Mesela İbnü'l-Arabî, Tevbe, 9/5. âyetin, “...müşrikleri öldürün (*faktulu'l-müşrikîn*)...” ifadesinin tefsirinde, el-Kurtubî de, Bakara 193. âyetteki, “*Din -sırf- Allâh için oluncaya kadar onlarla savaşın*” ifadesinin tefsirinde, savaşın (veya müşrikleri öldürmenin) sebebinin küfür olduğunu söyler. Bkz. İbnü'l-Arabî, II, 901, 902; el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, III, 247; a.mlf., *Muhtasarı Tefsiri'l-Kurtubî*, I, 157.

Şu halde şâfiîlere ve hanbelilerden bazılarına göre, kâfirlerle ilişkilerde esas olan küfür halidir ve barış olmadıkça aralarındaki ilişki de savaş esaslıdır. Bu görüş sahipleri, kâfirlerle savaşılmasını ve onların öldürülmesini, sırf onların küfrüne bağlarlar. Bkz. İbn Ruşd el-Hafîd, I, 311; Bilmen, III, 356; Özel, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, 50, 54; ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâsetun Fikhiyye Mukarene*, 104-105; Türcan, “Sosyal Olgular ve İslam Hukuku: Klasik Fıkıhın Uluslararası İlişkiler Kuramının Oluşumu”, 107.

Zâhiriler (ve onlar gibi düşünenler) de, savaşın illetinin küfür olduğuna kâildirler. Bkz. ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâsetun Fikhiyye Mukarene*, 529.

³¹⁹ Bkz. İbn Teymiyye, *es-Siyâsetu's-Şer'iyye fi İslâhi'r-Râi ve'r-Ra'yye*, 123. Krş. Mevâfi, I, 397. ez-Zuhaylî, İbn Teymiyye'nin bu doğrultudaki görüşlerine yer vermiş, talebesi İbnü'l-Kayyim'in, Müslümanlara savaşın, ancak kendilerine savaş açılması şartıyla farz olacağını söylemekle hocasına katıldığını ifade etmiştir. Burada her iki görüş için, Bakara 190. âyet delil gösterilmiştir. Bkz. ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâsetun Fikhiyye Mukarene*, 106.

³²⁰ Ne var ki, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, savaşın sebebinin küfür olduğunu söyleyen şâfiîler, savaşan savaşmayan ayrımı yapmadan, gayrimüslim (kâfir) oldukları için rahip, yaşlı, müzmin (yatalak) hasta, âmâ, eli kesik ve çiftçinin, Tevbe suresi 5. âyete istinaden öldürülmesinin caiz olduğunu söylerler. Meselâ bkz. eş-Şirbînî, IV, 223. Fakat İmâm Şâfiî'nin, cumhur ulemanın görüşüyle uygun düşen ikinci kavline göre, yukarıda sayılanların öldürülmesinin caiz olmadığını ayrıca belirtmek gerekir. Bkz. ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâsetun Fikhiyye Mukarene*, 105.

görüşleri bir araya toplamıştır. Bu çalışmada, İbn Ruşd'un, âkil-bâliğ olan müşrik erkeklerin savaş esnasında öldürülmelerinin caiz olması hususunda Müslüman âlimler arasında ittifak olduğuna dair görüşüne yer verilmektedir.³²¹

Bazen -savaşçı- kâfirler, Müslümanlarla yapılan savaşlarda aileleriyle savaşa katılırlardı. Kadınların ve çocukların düşman savaşçılarla birlikte savaş meydanında olmaları, onlarla birlikte Müslümanlara karşı istekli olarak kıran kırana savaş verdikleri anlamına gelmez. Dolayısıyla düşman askerlerinin yanında bulunup da savaşa iştirak etmeyen kadınların ve çocukların öldürülmesi başta İslâm'ın ruhuna ve savunduğu temel ilkelere aykırı olup Hz. Peygamber'in şiddetle yasakladığı bir fiildir.³²² Bir defasında Hz. Peygamber, Mekke fethi esnasında öldürülmüş bir kadın görünce, 'Şuna bakın! Herhalde bu kadın savaşacak değildi, niye öldürüldü?' sözüyle üzüntüsünü ve memnuniyetsizliğini dile getirmiştir.³²³ Sonra da sahabeden birine: "Halid b. Velid'e, kadın, çocuk ve köle/ırgat('asîf) öldürmemelerini söyle"³²⁴ diye buyurmuştur.³²⁵

Fakat eğer kadınlar ve çocuklar, İslâm'ı tehdit algılandıkça bütün gayretleriyle Müslümanlara karşı savaşanlara destek verme iradesinde olurlar veya

³²¹ Bkz. er-Rağrûğî, Emîn Abdulhafız Ebû Bekr, *İttifakâtü İbn Ruşd el-Hafid min Hilâli Kitâbihi Bidâyeti'l-Muctehid (Dirâse Fıkhiyye Mukarene)*, I-III, Câmîatu Sebha, Sebha 2001, II (*fi's-Savm ve'z-Zekât ve'l-Hacc ve Mulhakâti'l-İbâde*), 726.

³²² Mâlik b. Enes ve başkalarının Nâfi'den rivayet ettiğine göre, Hz. Peygamber, katıldığı gazvelerinden bazılarında öldürülmüş kadın gördüğünde hoş karşılamamış ve kadın ve çocukların öldürülmesini nehyetmiştir. Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 195; İbn Mâce, Cihâd, 30 (2841); Sahnûn, III, 7; el-Beyhakî, XIII, 226; İbn Ruşd el-Hafid, I, 310; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIII, 180. Ayrıca bkz. el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, III, 238.

³²³ es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 5; el-Merğînânî, II, 816; İbn Ruşd el-Hafid, I, 310.

³²⁴ Ebû Dâvûd, Cihâd, 111 (2669); İbn Mâce, Cihâd, 30 (2842).

İbn Hişâm, eserinde, olaya şöyle yer verir. İbn İshâk dedi ki: "Arkadaşlarımızın bize bildirdiğine göre; Hz. Peygamber, Hâlid b. Velid'in öldürdüğü bir kadına rastladı. İnsanlar da izdiham oluştururcasına ölü kadının bulunduğu yere toplandılar. Hz. Peygamber: 'Bu nedir?' dedi. Orada bulunanlar: 'Bu, Hâlid b. Velid'in öldürdüğü kadındır' dedi. Allâh Rasulü, oradakilerden birine: 'Hâlid'e yetiş ve ona de ki, Rasulüllah seni çocuk, kadın ve köle/ırgat('asîf) öldürmekten men ediyor' diye buyurdu." Bkz. İbn Hişâm, 975.

Ribah b. er-Rebi'in rivayet ettiğine göre, kendisi sahabeden bazıları ile öldürülmüş bir kadına rastladılar. Hz. Peygamber de o esnada oradan geçmekteydi ve öldürülmüş kadını görünce, 'bu kadın niçin öldürüldü' dedi. Sonra sahabeden birine, Hâlid'e yetişmesini ve kadın-çocuk (ez-zurriyye) ve işçi ('asîf) öldürmemesini tenbihledi. Bkz. Sahnûn, III, 7; el-Hâkim, III, 963; İbn Hazm, VII, 297; İbn Ruşd el-Hafid, I, 311; İbn Teymiyye, *es-Siyâsetu's-Şer'iyye fi Islâhi'r-Râi ve'r-Raiyye*, 124; es-Sââtî, Ahmed b. Abdurrahmân b. Muhammed el-Bennâ, *el-Fethu'r-Rabbânî li Tertibi Musnedi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî*, I-XXIV(*Bulûğu'l-Emânî min Esrârî'l-Fethi'r-Rabbânî* serhi ile birlikte), Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 1976, XIV, 64.

³²⁵ Bkz. eş-Şâfiî, IV, 244; İbn Teymiyye, *es-Siyâsetu's-Şer'iyye fi Islâhi'r-Râi ve'r-Raiyye*, 123; eş-Sîrbînî, IV, 223; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 227.

savaşılırsa, bu durumda elbette Müslümanlarca masun sayılmayacaklardır.³²⁶ Mesela Hz. Peygamber, Kureyza günü, Mahmûd b. Mesleme (Seleme)'ye taş atan bir kadını öldürmüştür. Aynı şekilde, ister kadın ister erkek olsun, Müslümanlar aleyhine görüş ve tavsiyeleri ile savaşı etkileyen veya tayin eden kişi de öldürülür.³²⁷

İslâm hukukçuları, Hz. Peygamber'in ve dört halifenin tavsiyelerinden ve tatbikatından hareketle, Müslümanların (gaziler), yakın akrabalarını ve mahremlerini öldürmelerini mekruh saymışlardır.³²⁸ Müslüman savaşçıların, her ne kadar müşrik olsalar bile, babalarını³²⁹ bizzat kendilerinin öldürmeleri hoş karşılanmamış; müşrik baba saldırmadan oğlun saldırmaması mekruh sayılmıştır.³³⁰ Yine savaşta kâfir oğluyla karşı karşıya gelen babanın da oğluna saldırıda bulunması mekruh sayılmıştır.³³¹

³²⁶ Bkz. et-Taberî, 9; İbn Hazm, VII, 296; İbnu'l-Arabî, I, 104-105; İbn Ruşd el-Hafid, I, 310; el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, III, 238; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 131; er-Rağrûgî, II (*fi's-Savm ve'z-Zekât ve'l-Hacc ve Mulhakâti'l-İbâde*), 726; Ebû İyd, 169.

İbn Kudâme, kadınlar, yaşlılar ve rahipler, savaş meydanında Müslümanlara karşı savaşılırsa öldürülebilecekleri hakkında el-Evzâi, es-Sevrî, el-Leys, eş-Şâfî, Ebû Sevr ve hanefilerin (ashâbu'r-re'y) aynı görüşte olduğunu, buna muhalif bir görüş olmadığını belirtir. Bkz. *el-Muğni*, XIII, 179-180.

³²⁷ İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 477; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 131.

İbnu'l-Arabî'nin belirttiğine göre, Tevbe suresi 5. âyetin “müşrikleri öldürün (*fektulu'l-müşrikîn*)” ifadesi, her müşrik için geçerli olan umumî bir ifadedir. Fakat Hz. Peygamber'in uygulaması (sünnet) bu hükmü tahsis etmiş ve müşriklerden kadın, çocuk, rahip ve düşük halli (*huşve/huşve*) olanları bu umumî ifadenin dışında bırakmıştır. Bununla beraber âyetin lafzından çıkarılan hüküm; “müşriklerden her kim savaşır veya savaşmaya istidadı olursa onu öldürün”dür. Bkz. İbnu'l-Arabî, II, 901-902. Ayrıca krş. el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, X, 109.

³²⁸ eş-Şirbînî, kâfir olan akraba veya mahremi öldürülmesinin mekruh (*kerâhe*) oluşuna bir açıklık getirir. Yani bazen şefkat pişmanlığa eklenir ve cihadda sebatın zayıflamasına sebep olur ki, bu durumda kerâhe, tenzihidir. Kâfir olan akrabayı veya mahremi öldürmek emredilmiş sila-i rahmi kesmesi illetini iktiza ederse, o zaman kerâhe, tahrimidir. Bkz. eş-Şirbînî, IV, 222.

³²⁹ Hanefi hukukçular, anne ve baba tarafından yakın veya uzak dedeleri (*ecdâd*) ve nineleri (*ceddât*) de anne-baba gibi kabul etmektedir. Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 76; ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, III, 245; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 133.

³³⁰ Hanzala b. Ebî Âmir ve Abdullâh b. Abdullâh b. Ubeyy b. Selûl, Hz. Peygamber'den, babalarını öldürmek için izin istemişlerdi. Fakat Hz. Peygamber onları bu fiili işlemekten sakındırmıştır. Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 76; a.mlf., *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 132; ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, III, 245; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 132. Hz. Peygamber, Bedir savaşında, Ebû Huzeyfe'nin, babasını kendisinin öldürmesini de men' etmiştir. Bkz. eş-Şirbînî, IV, 222.

Baba ilk hamleyi yapar da Müslüman olan çocuğunu, kendini savunmak zorunda bırakırsa Müslüman savaşçı kendini savunma esnasında babasını (veya dedesini) öldürebilir. Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 76; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 133.

Umeyr b. Mâlik, adamın birinin Hz. Peygamber'e: “Babama düşmanlar arasında rastladığımda, bana, ‘seni öldüreceğim diye seslendi’, ben de onu öldürdüm” dediğini bildirmektedir. Hz. Peygamber bu durum karşısında sustu. Böylesi zor/zaruri meselede eğer açıklanması gereken bir şey olsaydı mutlaka söylerdi. Bkz. ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, III, 245.

³³¹ Hz. Peygamber, Uhud savaşında, Hz. Ebû Bekir'i, oğlu Abdurrahman'ı öldürmekten men' etmiştir. Bkz. eş-Şirbînî, IV, 222.

Diğer taraftan Müslüman bir savaşçı, kendisini öldürmek için yapılan saldırıdan dolayı değil de, dinin mukaddesatına (Allâh ve Rasulü'ne) kötü sözler söylendiği için ilk saldırıyı yaparak babasını, mahremini ya da akrabasını öldürmesi meselesine gelince, İmâm Muhammed, Umeyr b. Mâlik'ten gelen bir rivayeti delil göstererek, Rasulullah'ın hiçbir şey söylemeden sustuğunu ifade etmektedir.³³² eş-Şirbînî (ö.977/1570) ise, Allâh ve Rasulü'nü kötü sözlerle anan birini işiten Müslümanın, Allâh ve Resülü'nün hakkını öne almayı müstehap görerek böyle birini kastedip öldürmesinin, nefsi (meşru) savunma olacağını ve bunda bir kerahet/sakinca olmadığını söyler.³³³ Hatta İbn Âbidîn, Hâşiyesinde, Allâh ve Rasulü'nü kötü sözle anan babasını işiten bir Müslümanın, onu öldürmesinin dinen gerekli (*mendub*) bir fiil olduğunu ifade eder.³³⁴

İmâm Muhammed'e göre, Müslüman'ın düşman saflarında bulunan -babası dışındaki- akrabasını öldürmesinde veya kendisine saldırmadan önce müşrik akrabasına saldırmada bir beis yoktur.³³⁵ Bununla birlikte Hz. Peygamber'in, savaş esnasında akrabaya saldırmak ve bizzat onu öldürmek üzere izin talep eden sahabiye sakındırmasını, düşman saflarında bulunsalar veya gayrimüslim olsalar bile kesin bir meşru müdafaa (kendini savunma zorunluluğu) olmadıktan sonra akrabayı öldürmenin caiz olmayacağı şeklinde yorumlayan hukukçular da bulunmaktadır.³³⁶

İslâm'ın ilk dönemlerinde, gayrimüslimler arasında, düşman esirlerinin arkasına sığınarak, onları kendi milletine karşı siper/kalkan yapmak ve bir nevi kendi milletiyle savaşmaya zorlamak şeklinde çok meşhur, insanlık dışı ve korkakça bir uygulama mevcuttu. İslâm tarihinde, Müslümanlar arasında böyle bir insanlık dışı uygulamaya rastlamak çok zordur, çünkü insanlığı ihya için gelmiş bir dinin böyle

³³² İlk dönem Hanefî hukukçulardan Muhammed eş-Şeybânî'nin bu rivayetine istinaden es-Serahsî, böylesi durumda olan bir Müslüman'a herhangi bir şey/ceza gerekmediğini belirtmektedir. İmâm Serahsî, kişinin müşrik olan babasını kendisinin değil de başkasının öldürmesinin daha iyi olacağını da ayrıca ifade eder. Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 76-77; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 133.

³³³ Bkz. eş-Şirbînî, IV, 222.

³³⁴ Babasının, Hz. Peygamber'e sövdüğünü işitince onu öldüren Ebû Ubeyde b. Cerrâh'ı, Hz. Peygamber yadırgamadığı gibi, bu fiilinden dolayı ona tazim/övgü ve ikramda bulunmuştur. Bkz. İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 216.

³³⁵ Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 76. İmâm Serahsî, düşman müşrik kardeşin savaşta öldürülmesinde bir sakınca olmadığını söylemektedir. Bkz. *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 132. Ayrıca bkz. ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, III, 245.

³³⁶ Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 321.

bir uygulamaya müsaade etmesi en başta kendi ilkeleriyle çelişmesi demektir. Fakat eğer Müslümanların çocukları düşman tarafından rehin alınıp Müslüman savaşçılara karşı kalkan olarak kullanılırlarsa, bu durumda Müslüman savaşçıların onlara ok atıp atmaması ise müctehidler arasında tartışılan bir konudur.

Ebu Hanife, düşman kalesinin Müslümanlar tarafından ablukaya alınması esnasında Müslümanların çocuklarını önlerine siper edinerek kale surlarına çıkan düşmana ok ve mancınık atılmasını, düşman askeri hedef ve niyet/kast edilmek şartıyla caiz görmektedir. Bu durumda Müslümanlar, Müslüman çocukları değil, *bi kaderi'l imkân (mümkün olduğu kadar)* kâfirleri hedef alırlar.³³⁷ Fakat atılan ok, mancınık veya silah Müslüman çocuklara isabet ederse, hanefilerde tercih edilen görüşe göre ne diyet ne de kefarete gerekir. Çünkü neticede cihad farzının ikamesi için böyle davranmak zorunlu (*zaruret*)dur.³³⁸ Ebû Hanife'nin öğrencilerinden Hasan b. Ziyad'a (ö.204/819) göre, diyet ve kefarete gereklidir.³³⁹ İmâm Şâfiî ise, eğer düşman Müslümanı siper edinirse, Müslümana hedef almamaya gayret gösterilir. Yine de atılan şey Müslümana isabet eder ve onu öldürürse kefarete olarak bir köle azat etmek gerektiği görüşündedir.³⁴⁰

³³⁷ el-Kâsânî, IX, 347, 348; el-Merğînânî, II, 813.

el-Mevsilî de, maksad düşmanı kızdırmak ve rezil etmek olduğu için düşman Müslümanları siper/kalkan edinse bile, onlara mancınıkla atmak, ziraat ürünlerini ve ağaçlarını ifsad etmek, yer ve yurtlarını tahrip etmek caizdir, der ve Müslümanın bu fiilden uzak kalmasını onaylamaz. Çünkü tarihte çoğu kez Müslüman çocuk, esir ve tâcirin, düşman topraklarındaki varlığına rastlanmış olmasına rağmen hiçbir zaman düşmana saldırıdan vazgeçilmemiştir. Nitekim Hz. Peygamber, Beni Nadr'ın sığındıkları evlerini ve kalelerini tahrip etmiş ve morallerini bozmak için de ağaçlarını ve hurmalıklarını kestirmiştir. Bkz. el-Mevsilî, II, 373. Aynı doğrultudaki görüşler için bkz. ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, III, 244.

Aslında hanefilerin görüşü, “*zarar misliyle izale olunur*” ve “*umumî zararı def için hususî zarar ihtiyar olunur*” gibi fikhî kaidelere dayanır. Bkz. İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 109.

³³⁸ el-Kâsânî, IX, 348; el-Merğînânî, II, 814.

³³⁹ Hasen b. Ziyâd, “Müslümanın kanını dökmek haram olduğu için, onlara ok, mancınık (veya kurşun) atmanın da haram olduğunu, ancak cihad emrinin/farzının yerine getirilmesi zarureti dolayısıyla caiz olabileceğini” söyler. Bu durumda, zaruretler, miktarlarınca tayin/takdir edilmelidir. Yani cihad emrinin yerine getirilmesi zarureti, yapılan fiilden doğan tazminatı kaldırmaz. Tıpkı açlıktan dolayı yapılan hırsızlığa müsaade edilmesinin çalınan malın tazminatını ortadan kaldırmaması gibi. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 64, 65; el-Kâsânî, IX, 348.

el-Kâsânî (ö.587/1191) ve ez-Zeylaî (ö.743/1342), hanefilerin tercih ettiği ve kendilerinin de iştirak ettiği görüşün, Hasen b. Ziyâd'dan farklı olduğunu belirtir. Dolayısıyla farz olan savaşın yerine getirilmesi amacıyla ortaya çıkan zaruretlerin tazminat sorumluluğunu da kaldırdığını söyler. Çünkü Müslümanlar, tazminat sorumluluğu/zorunluluğu korkusuyla düşmana saldırma emrinden (fiilden) sakınabilirler. Oysa düşmana saldırı (*kıtal*) farziyeti hiç bir zaman Müslümanın üzerinden düşmez. Bu da tazminat yükümlülüğünün düştüğüne delalet eder. Bkz. el-Kâsânî, IX, 348; ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, III, 244.

³⁴⁰ eş-Şâfiî, IV, 244.

Ebû Hanife'nin görüşüne karşılık el-Evzâî ise, eğer düşman askerlerinden biri, tek başına (önünde siper olmaksızın) açık bir şekilde görülürse o zaman Müslümanlar ona ok veya mancınık atabilir aksi takdirde bu vasıtaları kullanmaktan vaz geçilmelidir.³⁴¹

Kutsal sayılan şeylere saygısızlık üzerinden mukâbele yapmak da yasaklanmıştır. Mesela Hayber, gözdağı verme amacıyla gerçekleştirilen sefer sonucunda fethedildikten sonra Hz. Peygamber, ele geçirilen Tevrat nüshalarının (sayfalarının), hiçbir zarar verilmeden ve hürmetsizlik yapılmaksızın, Yahudilere verilmesini emretmiştir.³⁴² Yine dince kutsal sayılan mekânlara yönelik saldırı, tahrip ve/veya alay içerikli fiillerle yapılan zararlar mukâbele de yasaklanmıştır. Dini mekânlar, içlerinde Allâh'ın zikredildikleri kutsal yerlerdir ki İslâm dinine göre bu mekânlar ve buralarda kendi âleminde, uzlet içerisinde yaşayan insanlara dokunulması yasak sayılmıştır.

Kâfirlerle yapılan savaşta Müslümanlar, düşmana galip gelmek için değişik silahlar ve taktikler kullanılabilir. İslâm'a göre savaşın gayesi tahrip etmek; yakıp yıkmak ve yeryüzünde fesad çıkarmak değil sadece karşı tarafı etkisiz hale getirmektir. Bu bakımdan İslâm hukukçuları da, Müslümanların, kendilerini yok etmek isteyen düşmanı yenmek ve güçsüz bırakmak için öldürücü vasfı sınırlı olan silahları kullanabilmeleri yönünde görüşler ortaya atmışlardır. İslâm hukukçuları,

et-Tahavî'nin belirttiğine göre, Müslüman çocuğu veya esiri kendisine siper edinen düşmana (hedef alınması ve) ok, mancınık vb. atılması hususunda eş-Şâfiî'nin birbirine zıt iki görüşü vardır. Atılabilir görüşüne göre, Müslümana isabet ettiği bilirse hem diyet hem de köle azat etmek (*er-rakabe*); bilinmezse sadece köle azat etmek gerekir. Bkz. III, 434.

es-Serahsî de, İmâm Şâfiî'nin iki görüşünden birine işaret eder ve onun Hasen b. Ziyâd'la aynı görüşte olduğunu söyler. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 64, 65; el-Kâsânî, IX, 348.

³⁴¹ Ebû Yûsuf, *er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâî*, 65-66. Burada, Ebû Yûsuf, hocasının görüşünü savunma sadedinde, Hz. Peygamber'in Taif, Beni Nadîr ve Beni Kureyza halkını kuşatmasını örnek vermektedir. Hz. Peygamber'in, Taif halkına karşı mancınık kurduğunu ve onların kalelerinde ve şehirlerinde çocukların, kadınların, yaşlıların, küçüklerin, esirlerin, tâcirlerin bulunmasına rağmen bundan vazgeçmediğini belirtmektedir. Ayrıca bu uygulamanın, Hz. Peygamber'in sahil bir sünnetine dayandığını ve O'ndan sonra gelen ilk dönem Müslümanlar tarafından da sürdürüldüğünü ifade etmektedir.

Kâfirlerin Müslüman çocukları siper edinmeleri durumunda onlara atış yapılamayacağını söyleyen el-Evzâî'nin yasaklayıcı veya yapılabileceklerin alanını daraltıcı görüşünün dayandığı delil ise, Fetih, 48/25'tir. Orada şöyle buyrulmaktadır: "...Eğer (Mekke'de) kendilerini henüz tanımadığınız mümin erkeklerle mümin kadınları bilmeyerek çiğnemeniz sebebiyle üzüntüye kapılmanız ihtimali olmasaydı (Allâh savaşı önlemezdi)... " Bkz. et-Tahavî, III, 434.

³⁴² Câmîatu'l-Ezher, 191.

düşmanı yenmek amacıyla, içinde kadınlar ve çocuklar bulunan kalelere mancınık atmanın caiz olduğunda ittifak etmişlerdir.³⁴³

Müslümanların, su (ile boğmak) ve ateş (ile yakmak) hariç, kılıç, mızrak, ok, mermi, top gibi savaşta kullanılması adet olan aletler kullanmasının caiz olduğunda İslâm hukukçularının ittifak halinde olduğu bilinmektedir. Su ve ateşin kullanılmasında ise şart/sınırlama göze çarpmaktadır. Âlimlere göre, eğer savaşta Müslümanlara karşı kullanılmasından korkulursa ve bu iki yöntemi kullanmadan zafere ulaşmaları mümkün olmazsa o zaman Müslümanların suyla boğarak veya ateşle yakarak savaşmaları caizdir. Böyle bir şartın veya zorunluluğun olmadığı durumlarda, düşman (kâfir) arasında bulunan kadınların, çocukların ve Müslümanların helakı söz konusu olur ki bu caiz değildir.³⁴⁴ Nitekim İbn Âbidîn, *Şerhu's-Siyeri'l-Kebîr*'de böyle bir kaydın olduğuna işaret eder. Fakat bir kayıt (zaruret) olmadığında, düşmanı ateşle yakmak ve/veya üzerlerine su göndererek boğmak ya da ateş ve su ile onları bir yere hapsederek açıklıktan ölmelerine sebep olmak konusunda âlimler ihtilaf etmişlerdir.³⁴⁵

el-Kurtubî (ö.671/1273), hürmetlerin (dokunulmazlıklar) karşılıklı olduğunu ve kim Müslümanlara saldırırsa onlara da misliyle saldırılması gerektiğini bildiren Bakara 194. âyetin, kısasta misliyle karşılık vermenin³⁴⁶ dayanağı olduğu hususunda ulemanın ittifak halinde olduğunu söyler. el-Kurtubî ardından da “kim nasıl/neyle öldürdüyse, öyle (o şeyle) öldürülür” der. Aynı yerde İbnu'l-Mâcişûn'un, Hz. Peygamber'in, “*Allâh'tan başkası ateşle azap etmez*” sözüne³⁴⁷ dayanarak söylediği,

³⁴³ Mesela Hz. Peygamber, içlerinde kadın ve çocukların bulunduğu Taif halkı üzerine atmak üzere mancınıklar kur(dur)muştur. Yine Nâfi' ve İbn Şihâb yoluyla gelen habere göre Hz. Peygamber, Beni Nadir'in mallarını yakmıştır. Bkz. Ebû Yûsuf, *er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâi*, 65-66; eş-Şâfiî, IV, 243-244; Sahnûn, III, 25; İbn Ruşd el-Hafid, I, 311.

³⁴⁴ İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 478-479; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 209 (2 no'lu dipnot).

³⁴⁵ Bkz. İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 210.

³⁴⁶ el-Kurtubî'ye göre, Bakara 194'teki, “*kim size saldırırsa siz de ona misli kadar saldırın (fe'tedû bi misli ma'tedâ aleykum)*” ifadesindeki “*bi misli*”, işlenen düşmanca fiile dengiyle mukâbeleyi gerekli kılmaktadır. Âlimler, yapılan fiile dengiyle karşılık vermenin (*el-mukâfee*) düşmanca mı yoksa değil mi olduğu konusunda ihtilaf ettiler. Bazıları bu mukâbelenin mubah sayılan düşmanlık olduğunu ifade eder. Bkz. el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, III, 250. Ayrıca İbnu'l-Arabî'nin: “Âlimlerimiz en doğru/sahih görüşü, *mumâselenin* vacip olduğudur” sözüne yer vererek Mâlikî mezhebinde temayül edilen baskın görüşe de işaret eder. Bkz. *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'an*, III, 253.

³⁴⁷ Ebu Hureyre, bu sözün geçtiği hadisi şöyle anlatmaktadır: “Bir gün Rasulullah bizi, bir savaş birliği olarak düşmana gönderiyordu. O sırada Kureyşten iki kişinin adlarını vererek: ‘Bunları yakaladığımızda, ikisini de ateşte yakın’ dedi. Görev için çıkacağımız esnada veda için

“bir kimse ateşle veya zehirle öldürse bile o da aynı şekilde öldürülmez” sözünü nakletmesine rağmen, İslâm âlimlerinin çoğunun (*cumhur*), âyetin umum manasına dayanarak düşmanın bu şekilde öldürülebileceği görüşünde olduğunu belirtmektedir.³⁴⁸ Yukarıda yer verilen iki farklı görüşten hareketle anlaşılan odur ki, bu konuda İslâm âlimlerinin görüş birliği halinde olduğunu söylemek çok zordur.³⁴⁹ Nitekim Şâfiî âlimlerden eş-Şirbînî, aralarında Müslüman esir veya tâcir bulursa bile kâfirleri beldelerinde veya kalelerinde kuşatıp üzerlerine su göndermenin, ateş atmanın, bir gaflet anında onlara baskın yapmanın mezhepteki yaygın kanaate göre caiz olduğunu söylemesi³⁵⁰ bu konudaki ihtilafı ortaya koymaktadır.

Herhangi bir saldırı (tecavüz) ve savaş esnasında kısasta bulunmanın zararlı mukâbele anlamına geldiğini daha önce belirtmiştik. Bu bakımdan geçmişte bazı İslâm âlimlerinin ortaya koyduğu görüş ve uygulamalar ile modern hukukta kısas şeklinde uygulanan zararlı mukâbeleyle cevaz veren hukukçuların bu konuda birleştiğini söyleyebiliriz. Demek ki, savaşta, ateşli silahlar, öldürücü gazlar (zehir) ve sıvılar, zehirli oklar her çeşit silahın kullanılması hususunda klasik ve çağdaş İslâm hukukçuları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır.³⁵¹

Rasulullah'a uğradığımızda, O da bize: 'Size, o ikisini ateşte yakın diye emretmişim, ama yapmayın. Çünkü ateşte yakma cezasını yalnızca Allâh verir. Siz bu iki kişiyi yakaladığımızda öldürün' buyurmuştur." Bkz. el-Buhârî, Cihâd, 107 (2954), 149 (3016); Ebû Dâvûd, Cihâd, 122 (2674); et-Tirmizî, Siyer, 20 (1571). Ayrıca bkz. eş-Şâfiî, IV, 245; el-Beyhakî, XIII, 206; İbn Ruşd el-Hafîd, I, 311; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 229; Mansûr, IV, 373; Ebû İyd, 207.

³⁴⁸ Bkz. el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, III, 252. el-Kurtubî, ayrıca, Hz. Ebû Bekir ve Hz. Alî'nin bazı dinden dönenleri (*ehl-i ridde*) ateşte yakmasını da, Tevbe suresi 5. âyetin, “müşrikleri öldürün...” umum ifadesine dayandırmaktadır. Yani ona göre, bu âyetin mutlak sevk edilmesi, her ne şekilde olursa olsun müşriklerin öldürülmesinin caiz olduğuna işaret etmektedir. Bkz. *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, X, 109-110.

³⁴⁹ Düşmanın yaptıklarına nasıl karşılık verileceği; hangi araçların/silahların ne şekilde kullanılacağı ve neye göre davranılacağı konusunda şüphesiz belirleyici olan Hz. Peygamber'in savaşlardaki uygulamalarıdır. Bu uygulamalar, ortaya konulan görüşler ve ihtilaflar için bkz. el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, III, 251, 252-255.

³⁵⁰ eş-Şirbînî, IV, 223.

³⁵¹ İmâm Şâfiî, “düşmanlar bize atıp öldürürlerse, biz de onlara mancımikle nefis, ateş, su ve duman atıp onları öldürebiliriz” diyerek savaş ortamında düşmanın kullandığı silahları Müslümanların da onlara karşı kullanmasında bir mahsur görmemektedir. Yani silahların kullanımında mukâbele bi'l-misl (*misliyle mukâbele*) kuralını esas almaktadır. Bkz. eş-Şâfiî, IV, 287. Benzer ifadelerin el-Kurtubî tarafından da dile getirildiğini görmekteyiz. Bkz. *Muhtasarı Tefsiri'l-Kurtubî*, I, 158. Böyle bir görüş ayrılığının var olduğuna modern hukukçular da dikkat çekmektedir. Mesela, kimi hukukçular [Mâlikî Halîl (b. İshâk) (ö.767/1365) ve (Ebû Abdullâh Muhammed) el-Huraşî/Hırşî (ö. 1101/1690)] zehirli okların kullanılmamasını öğütlerken kimisi [(Caferî hukukçu Muhakkik) Hillî (ö.676/1277)] de hangi şekilde olursa olsun kullanılmasını yasaklar. Bkz. Bilmen, III, 366; Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 322, 347; Hadduri (Muhammed el-Emîr, *Kitâbu'l-İklil Şerhu*

C. KARŞILIKLILIK (MÜTEKÂBİLİYET, RECIPROCITY)

Klasik fıkıh kaynaklarında karşılıklılık (*mütekâbiliyet*) kavramı yerine, daha ziyade “mükâfee” ve “mücâzât” kelimelerinin kullanıldığını söylemek mümkündür. Arapçada “denk, eş” anlamına gelen “kufv” kelimesinden türetilen *mükâfee* terimi, bir şeye eşit ve benzer (*misl*) olmak³⁵² anlamında kullanıldığı gibi, bedel/ödün veya ödül olarak verilen karşılık³⁵³ anlamında da kullanılmaktadır. Şu halde her iki anlamıyla mükâfee, bir iyiliğe benzeriyle veya fazlasıyla verilen karşılık anlamına gelmektedir. Mükâfee ile aynı kökten türeyen ve “*Müslümanlar başkalarına karşı tek bir el gibidir. Kanları birbirine eşittir*” mealindeki hadiste³⁵⁴ geçen *tetekâfeu* kelimesi de, mükâfee teriminin, ‘eşit olma’, ‘denk gelme’ anlamlarına işaret etmektedir.³⁵⁵

‘Aynıyla/misliyle muâmele etme’, ‘hak ve sorumlulukların denk/uyumlu olması’ anlamları ve son zamanlara kadar misilleme kavramı içinde (ve onun bir türü olarak) ele alınmış olması dolayısıyla karşılıklılık yerine ‘muâmele bi’l-misl’ kelimesinin kullanıldığına rastlamak da mümkündür.³⁵⁶

Karşı tarafa ‘yaptığının aynıyla karşılık verme’ anlamı taşıyan *mücâzât* ise, Arapçada, “karşılığını vermek” anlamındaki “ceza” kelimesinden türetilmiştir.³⁵⁷

Muhtasari'l-Halil, Kahire, 1224h, 160 ve Hillî, *Tabsıratu'l-Muta'allimîn*, Şam 1342h, 103'e atfen), 111.

³⁵² Ayverdi, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, II, 2196.

³⁵³ *Mükâfee* teriminin ‘karşılık’ anlamında kullanıldığına dair bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 57. Ayrıca karşılık vermenin, bedel/ödün (taviz) verme ile ilişkisine, özellikle uluslararası ticarete iki ülke arasında karşılıklı olarak, dışarıda düşük gümrük tarifesi uygulanması, kota sınırlarının geniş tutulması gibi durumları örnek göstermek mümkündür. Bkz. *TDK Türkçe Sözlük*, 1094; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 550.

³⁵⁴ Hadis için bkz. Ebû Dâvûd, *Cihâd*, 147 (2751, 4530); en-Nesâî, *Kasâme*, 13 (4749, 4750); İbn Mâce, *Diyât*, 31 (2683, 2684, 2685). Ayrıca bkz. eş-Şâfiî, IV, 226, 284; İbnu'l-Arabî, II, 904; İbn Teymiyye, *Minhâcu's-Sunneti'n-Nebeviyye (fi Nakdı Kelâmi's-Şîa ve'l-Kaderiyye)*, IV, 270.

³⁵⁵ es-Sââtî, XIV, 115.

³⁵⁶ Mesela, modern uluslararası hukuk yazarlarından Abdulğani Mahmûd, karşılıklılık ilkesi için “muâmele bi’l-misl” yani misilleme kavramını kullanmaktadır. Aynı yerde, *muâmele bi’l-misl*den kastedilenin; hakların ve sorumlulukların birbirine karşılık geldiği, uygun düştüğü (*tetâbuk*) veya en azından her ikisinin birbirine denk (*mükâfee*) olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Mahmûd, Abdulğani, *Teslîmu'l-Mucrimîn alâ Esâsi'l-Muâmele bi'l-Misl*, Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Kahire 1991/1412, 3.

³⁵⁷ Ebû Yûsuf, Asım b. Suleyman'ın Hasen (el-Basrî)'den rivayetine göre, Ebû Mûsa el-Eşarî'nin Hz. Ömer'e şöyle dediğini belirtmektedir: “*Bizim tarafımızdan tüccar, düşman ülkesine gidiyorlar. Düşmanlar bu Müslüman tüccardan vergi alıyorlar. Halife Ömer de bu mektuba şöyle cevap yazdı: Müslüman tüccardan vergi aldıkları gibi sen de onların tüccarından vergi al...*” Buradaki ‘aldıkları gibi sen de onlardan al’ ifadesi, aynıyla karşılık verme (*mücâzat*) anlamındadır. Bkz. *Kitâbu'l-Harâc*, 135. Hz. Ömer'in bu uygulamasına yer veren es-Serahsî de, eserinde, karşılıklılık

İslâm hukukuna göre, gayrimüslimlerin cizye vermek suretiyle İslâm topraklarında sürekli olarak yaşamalarına izin verilmektedir. Gayrimüslimlerin (yabancıların) birçok yönden Müslümanlarla aynı haklara sahip olmalarına ve güven içerisinde yaşamalarına imkân sağlayan uygulamayı ifade için kullanılan *cizye* kelimesi de karşılıklılık (mütakâbiliyet) teriminin karşılığı olarak kullanılan *müzâcât* kelimesiyle aynı kökten gelmektedir.³⁵⁸ Nitekim cizye, yabancıların İslâm topraklarında yaşamaları (oturmaları) karşılığında alınan bir bedel/karşılıktır.³⁵⁹

Karşılıklılık anlamında kullanılan “mükâfee” ve “mücâzât” kelimelerinin her ikisi de, diğer mukâbele uygulamaları gibi, başlangıçta bir menfaat ihlali veya uluslararası hukuk ve ahlak kurallarına uymayan bir uygulamada bulunmak anlamında değildir. Karşılıklılık ilkesinde, özellikle mükâfee anlamı itibariyle devletlerin/ tarafların, iyi ilişkiler ortamını geliştirmeye yönelik gayretlerini ortaya koyma çabası vardır.

Devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen uluslararası hukukunun bir ilkesi olarak karşılıklılık, başta bir menfaat ihlal eden veya zarar veren menfi bir fiilin karşılığı olan ilk iki mukâbele uygulamasının aksine, belli bir konuda, bir devletin kendi iç hukukunun diğer devletin vatandaşına tanıdığı hakka karşılık, karşı devletin de bu hakkı o devletin vatandaşına tanıması durumudur.³⁶⁰ Karşılıklılık fiilinde esas olan, devletlerin, kendi sınırları içerisinde yaşayan yabancılarla tanıdığı hak ve ayrıcalıkları, söz konusu diğer devletin sınırları içerisinde yaşayan kendi vatandaşlarına tanınan hak ve ayrıcalıklar temelinde belirlemeleridir.³⁶¹ Karşılıklılık

fiiline denk düşen *mücâzât* kelimesini kullanmıştır. Bkz. *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, V, 285, 286.

³⁵⁸ Cizye kelimesi, *mücâzât* gibi, bir karşılıklılık temeline oturur. Çünkü cizye, ya kâfirin küfrüne ‘karşılık’ onları zelil kılmak için ya da Müslümanların onlara verdiği emniyete (emana) ‘karşılık’ - bahşiş- olarak alınır. Bkz. el-Cassâs, III, 149; el-Mâverdî, Ebu'l-Hasen Alî b. Muhammed, *el-Ahkâmu's-Sultaniyye ve'l-Vilâyetu'd-Dîniyye*, Tahrîc ve Ta'lîk: Hâlid Abdullatif es-Seb' el-Amî, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1999/1420, 251; el-Huraşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Alî, *Şerhu Muhtasari Sidi Halil*, I-VIII (Alî el-Adevî'nin *hâşiyesi* ile birlikte), Dâru Sâdır, Bulak ty. (Bulak 1318 baskısından), III, 143.

³⁵⁹ el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, X, 169; el-Huraşî, III, 143.

³⁶⁰ Bkz. Özel, “İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık”, 49; a.mlf., *İslam ve Terör Fıkhi Bir Yaklaşım*, 80.

³⁶¹ Bkz. Tekinalp, 19.

1982 Anayasası'nın 74. maddesindeki *dilekçe hakkı* buna örnek olabilir. Mesela Türkiye'de ikamet eden bir Alman'a tanınan dilekçe hakkının, Almanya'daki Türklere tanınan dilekçe hakkına karşılık uygulanması ve yine Türkiye'de yabancılarla tanınan taşınmaz mal edinme

ilkesiyle birlikte yabancılar sahip oldukları haklardan daha fazlasına sahip olabilirler. Temel haklardan yararlanmalar bu kapsama dâhil değildir.

Uluslararası hukukta tatbik edilen bir kural/norm olarak karşılıklılık (*reciprocity norm*), takas kurallarının en önemlilerinden biridir. Bu kural, ilişkide bulunan tarafların her birinin hem alıcı hem de verici olması, yani takasın her iki tarafa da doyum sayılması gerektiğine vurgu yapar. Bu bakımdan karşılıklılık, aynı zamanda, benzer kaynakların, fırsatların ve hakların değiş-tokuş edilmesini de öngörmektedir.³⁶²

Karşılıklılık ilkesinde genellikle hedeflenen, her iki taraf açısından fertlerin haklarının artırılması ve ilişkilerin güzelleştirilmesi olduğu için bir tarafın olumsuz sayılan fiiline, bazen onunkinden daha iyi bir fiille karşılık vermek suretiyle de karşı tarafı bu fiilinden vazgeçirmek mümkündür. Bazen de karşılıklılık ilkesi bir hakkın tanınmasının aksine, bir yükümlülüğün yerine getirilmesi şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Mesela bir devletin, uluslararası ticaretle uğraşan bir vatandaşına, diğer devletin uyguladığı bazı vergilere karşılık olarak o devletin vatandaşı olan tâcire aynı vergileri yüklemesi bu tür bir karşılıklılık fiilidir.

Bir bakıma karşılıklılık, tarafların hak ve menfaat ihlal edici uygulamalardan veya haksız fiillerden kaçınmaları ama bununla birlikte, ilişkilerin geliştirilmesine yönelik olumlu uygulamalarını artırmalarıdır. Olumlu yöndeki ilişkilerin azaltılmasına yönelik fiile de yine aynıyla karşılık verilmesidir. Buradaki olumsuz durum, diğer devlete karşı kuvvet kullanmak ya da zarar vermek değil, o devlete, vatandaşı olan tüccarı veya sıradan bireyleri, mevcut ya da ileride elde edecekleri menfaatlerinden mahrum etmekle, mukâbele etmektir. Fakat karşılıklılıktaki menfaat mahrumiyetine yönelik mukâbele, tabii ki misilleme fiilindeki menfaatlerin ihlali anlamına gelmemektedir. Çünkü bu durum, ne uluslararası ahlakın ne de hukukun bir ihlali neticesinde doğmaktadır.

Aslında İslâm hukukunda, mütekâbiliyet kavramının kullanımında da bu olumlu manayı bulmak mümkündür. Nitekim Hz. Ömer'e, mallarıyla İslâm devletine

hakkının, Türkiye dışındaki ülkelerde Türklere tanınan taşınmaz mal edinme hakkıyla orantılı (denk) olarak uygulanması da bu kabildendir.

³⁶² Bilgin, Nuri, *Sosyal Psikoloji Sözlüğü: Kavramlar, Yaklaşımlar*, Bağlam Yayıncılık, 2. Basım, İstanbul 2007, 191.

giren yabancı tüccara nasıl muamele edileceği sorulduğunda, Hz. Ömer'in ticaret konusunda yabancıların mensup olduğu devlette Müslüman tüccara nasıl muamele edildiye onlara da o şekilde hareket edileceği yönünde verdiği talimat dikkate değerdir. Burada yabancıların uyguladığı gümrük vergisine göre yabancı (*müste'men*) tüccara gümrük uygulanması, karşılıklılık (*mücâzât*) fiilinin *aynıyla karşılık verme* yönüne işaret eden güzel bir misaldir. Hz. Ömer'in bu uygulamasından da anlaşılacağı üzere, *mücâzât* anlamında karşılıklılık, İslâm'ın ilk döneminden beri İslâm hukukunda yer etmiş bir uluslararası ilke olmuştur.³⁶³ Görüldüğü üzere Hz. Ömer, Müslümanlarla gayrimüslim ülkeler arasındaki ilişkinin temelini karşılıklılık (*mücâzât*) esasına bağlı olduğunu tespit etmiştir.³⁶⁴

Hz. Ömer'in bu uygulamasına dayanarak İmâm Muhammed ve İmâm Şâfî de, “ehl-i harbin vatandaşı bulunduğu devlet, kaç defa ülkelerine giriş yaparlarsa yapsınlar Müslümanlardan yılda sadece bir defa vergi alıyorsa, biz de bir defa onlardan öşür/vergi alırız” diyerek Müslümanlarla harbîler arasındaki ilişkilerde gözetilen karşılıklılık ilkesine işaret etmektedir.³⁶⁵

es-Serahsî, İmâm Muhammed'in sözlerine açıklık getirme sadedinde, daha önce de zikrettiğimiz gibi, karşılıklılık kavramının anlam genişliğini ifade eden *mücâzât* (*el-mucâzât*) ve *mükâfee* (*el-mukâfee*) terimlerini kullanmıştır.³⁶⁶

Bu cümleden olmak üzere başka bir misal de, mensubu buldukları devletleri temsil eden diplomatik temsilcilere tanınan ayrıcalıklar bakımından verilebilir. Mesela İmâm Muhammed, yabancı devletlerin, Müslüman elçileri gümrük vergilerinden ve diğer vergilerden muaf tutması halinde bu devletlerin elçilerinin de İslâm ülkesinde aynı ayrıcalıklardan faydalanabileceğini belirtmektedir.³⁶⁷

³⁶³ es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, V, 285. Tipik bir karşılıklılık fiili olan bu uygulamanın delili şu rivayettir: Hz. Ömer'in vergi (*öşür*) toplama memuru (*âşir*), Halife'ye mektup yazarak, yabancı (*harbî*) tüccardan ne kadar vergi alacağı hakkında bilgi istemiş. Hz. Ömer de, vergi memuruna, onların Müslümanlardan ne kadar aldıklarını sormuştur. Vergi memuru onların, onda bir aldıklarını söyleyince, Hz. Ömer, ‘*sen de onlardan onda bir al*’ diye talimat vermiştir.

³⁶⁴ Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, V, 285-286, 288.

³⁶⁵ Bkz. eş-Şâfî, IV, 281; es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, V, 290.

³⁶⁶ Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, V, 290.

³⁶⁷ es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, IV, 67; Hamidullah, “İslâm Devletler Genel Hukukunun Başlangıçtaki Teori ve Pratiği”, 137.

Karşılıklılık kuralı, uluslararası nezaket (görgü) kuralları (*comitas gentium, muamele-i mücemele*)³⁶⁸ gereği uluslararası dostluk ve işbirliğini geliştirme amacına yönelik uygulanan uluslararası hukukun kurallarından biridir.³⁶⁹ Çünkü karşılıklılıkta, baskı yaparak zor kullanma değil, incitilmiş, gücendirilmiş devlet ile diğer devlet arasında denge sağlama ve durumu eski haline getirme niyeti vardır.³⁷⁰ Yani nazıkçe davranmamanın müeyyidesi, başkaları tarafından da nazık olmayan bir davranışa maruz kalmadır.³⁷¹

Uluslararası dostluk ve işbirliğini artırmaya yönelik devletler arasında riayet edilen karşılıklılık kuralının birçok şekilde ortaya çıktığını görmek mümkündür. Söz gelimi uluslararası nezaket kuralları, devletlerin açık (sarih) veya gizli (zımnî) kabulleri ile gerçek anlamda örf ve adet hukuku kuralları haline gelebilir.³⁷² Karşılıklılık kuralı, hem devletler umumî hukuku kapsamına dâhil olan konularda hem de devletler hususî hukuku dediğimiz, her iki devletin vatandaşlarıyla ilgili konularda ortaya çıkmaktadır.

Karşılıklılık kuralı, uluslararası hukukun özel/hususî alanında, bir devletin vatandaşına karşı diğer devletin vize, taşınmaz mal edinme ve ticaret işlemleri, gümrük tarifeleri gibi uygulamalarda kolaylık göstermesi şeklinde tatbik edilir. Kamu hukuku alanında ise, devletleri zor durumda bırakabilecek, iç hukuku ve düzeni tehdit edebilecek durumda olan suçluların iadesi gibi adlî mekanizma ile ilgili konularda söz konusu olmaktadır. Bu tür uygulamalara, taraflara ait gemilerin, açık denizlerde karşılıklı olarak selâmlaşması³⁷³ ve dostluk gösterisinde bulunması,

³⁶⁸ Uluslararası toplum bireylerinin, birbirleriyle olan ilişkilerinde gösterdikleri karşılıklı saygı ve iyi niyet (duygu) belirtisi olan davranışlar, uluslararası nezaket kuralları olarak anılırlar. Bu kurallara aykırı fiil, dostça olmayan ve iki devlet arasındaki ilişkileri olumsuz yönde etkileyebilecek davranış anlamına gelmektedir. Bkz. Pazarcı, *I. Kitap*, 9; Bozkurt vd., 3.

³⁶⁹ Alsan, *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 26; Akdoğan, Hüseyin, “Suçla Mücadelede Suçluların İadesi Kavramı”, <http://www.emniyet.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi//34/yeni/web/Huseyin_AKDOGAN.htm>. (02.12.2009).

³⁷⁰ *YILC 1991 (43. Oturum Dokümanları)*, II, 13.

³⁷¹ Politis, 33; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 65.

³⁷² Mesela diplomatik temsilcilerin dokunulmazlığı, savaş zamanında düşman devletin vatandaşlarına ait balıkçı gemilerine el konulması önceden birer nezaket kuralı olmalarına rağmen daha sonra örf ve adet kuralı haline gelmişlerdir. Bkz. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, 66.

³⁷³ Orta Çağ'da, hangi devlete ait gemilerin önce selâmlanacağı iddiası devletler arasında uyuşmazlık ve hatta savaş sebebi olmuştur. Mesela özellikle İngiltere'nin, “diğer milletlere ait gemilerin önce İngiliz gemilerini selâmlaması” iddiası 13. yüzyılda başlamış, 17. yüzyıla gelindiğinde ise uyuşmazlıklara ve savaşa sebebiyet veren bir konu olmuştur. Bkz. Meray, “Bazı Türk

kazaya uğrayanlara yardım edilmesi gibi deniz hukuku ile ilgili konuları da ekleyebiliriz.³⁷⁴

Karşılıklılıkta tarafların uluslararası nezaket kuralları çerçevesinde hareket etmeleri beklenir. Bunun aksi durumlar meydana geldiğinde de bu tür bir mukâbele ile devletler birbirlerini uyarırlar. Mesela tarafların yabancı ülke vatandaşlarına uygulayacakları fiiller uluslararası nezaket kurallarına ters düşerse diğer taraf kendi vatandaşının hakkını savunmak amacıyla, uluslararası karşılıklılık ilkesine başvurur. Nezaket kuralları kapsamında uygulanan iyi, güzel muameleye de yine aynı amaçla ve aynıyla mukâbele edilir. Devletlerin yabancılara ilişkin fiillerinde takındıkları tavırların, aralarındaki iyi ilişkileri artırma ya da azaltma niyetine yönelik olması, karşılıklılık fiilinin uluslararası nezaket kurallarına uygunluğu ile ilgilidir.

1. Karşılıklı Eman Vermek

Eman vermek, İslâm hukukunda Kitâb³⁷⁵ ve Sünnet³⁷⁶ ile sabittir.³⁷⁷ Fakat savaş (*kıtâl*) farz olduğu ve eman da savaş halini askıya aldığı veya ortadan kaldırdığı için, Müslümanların zayıf ve kâfirlerin kuvvetli olması hariç, emanda aslolan caiz olmamasıdır.³⁷⁸ Dolayısıyla uluslararası ilişkilerin ağırlıklı olarak savaş üzerinden belirlendiği bir dönemde klasik fıkıhın uluslararası hukuka ilişkin ortaya koyduğu hükümlerin ve tanımlamaların da savaş merkezli bir özellik taşıdıklarını söylemek gerekir. Zaten eman da korku ortamına has bir olgudur.³⁷⁹ Verilen eman ile geçici savaşızsızlık veya andlaşma ortamı ve taraflara bir güvence sağlanmış

Antlaşmalarında Denizde Dostluk, Selâmlaşma, Kazaya Uğramış Gemilere Yardımla İlgili Hükümler”, Siyasi İlimler ve Hukuk, *AÜSBFD*, Cilt: XVI, Sayı: 2, Yıl: 1961, 77.

³⁷⁴ Denizlerde dostluk ve yardımlaşmada karşılıklılık ve milletlerarası nezaket kuralları hususunda bkz. Meray, “Bazı Türk Antlaşmalarında Denizde Dostluk, Selâmlaşma, Kazaya Uğramış Gemilere Yardımla İlgili Hükümler”, 77-92. Bu konudaki antlaşmalar için ayrıca bkz. Erim, Nihat, *Devletlerarası Hukuku ve Siyasî Tarih Metinleri (Cilt1: Osmanlı İmparatorluğu Andlaşmaları)*, AÜHF Yy., Ankara 1953.

³⁷⁵ Bkz. Tevbe, 9/6.

³⁷⁶ Bkz. Ebû Dâvûd, Cihâd, 147 (2751); Diyât, 11 (4530); en-Nesâî, Kesâme, 13, 14 (4749, 4750).

³⁷⁷ er-Râzî, XV, 227; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 219.

³⁷⁸ Çünkü savaş (*kıtâl*) farzdır ve eman savaşmayı yasaklamak demektir. Eman -sadece- Müslümanların zayıf, kâfirlerin de kuvvetli olması halinde câiz olur. Bkz. el-Kâsânî, IX, 363.

³⁷⁹ Bkz. el-Merğînânî, II, 820; ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, III, 247, 248; ez-Zeylaî, *Nasbu'r-Râye Tahricu Ehâdisi'l-Hidâye*, III, 604-605; el-Haddâdî, Ebû Bekr b. Alî el-Abbâdî, *el-Cevheretu'n-Neyyire*, I-II (Kenarında Abdulğani el-Meydânî'nin *el-Lubâb* adlı Kudûri şerhi ile birlikte tek kitap halinde), Fazilet Neşriyat, İstanbul 1978, II, 338.

olunmaktadır.³⁸⁰ Şu halde Müslümanlar açısından eman vermek, gerek devlet başkanı veya onu temsilen bir görevli gerekse İslâm devletinin bir vatandaşı tarafından, İslâm ülkesine girmek için, bir gayrimüslim/düşman devlet vatandaşına sağlanan can ve mal güvenliğidir.

Doktrinde bir Müslüman'ın eman vermesi kabul edilmekle beraber, devlet başkanı ile sıradan bir Müslüman'ın eman vermesi arasında, *emanın kapsayıcılığı* bakımından fark olduğu müctehid imamlar tarafından kabul edilen bir husustur. Müslümanların umumî velayetini elinde bulundurması yönüyle devlet başkanı, kâfirlere, münferiden veya toplu halde eman verebilir.³⁸¹ Ayrıca kamu görevi yürüten, Müslüman toplum adına görüş ortaya koymada ve maslahat elde etmede öncü olan idarecinin (*emir*) emanı da geçerli(*sahih*)dir.³⁸²

Eman verilen kişilerin (topluluğun) sayısına göre eman; *özel eman* ve *genel(umûmî) eman* diye ayrılmaktadır.³⁸³ Bir Müslümanın, bir topluluğa, bir kale ya da şehir halkına verdiği emanın geçerliliği/sıhhati konusunda fıkıhçılar arasında ihtilaf vardır:

Hanefîler, eman vermek için topluluk şartı aramazlar. Hz. Alî'nin, Hz. Peygamber'den rivayet ettiği, “*Müslümanların kanları birbirine eşittir, zimmetleri (emanları) en alt derecedeki bireye varıncaya kadar geçerlidir*”³⁸⁴ hadisindeki “*en alt derecedeki bireye varıncaya kadar geçerlidir (yes'a bi zimmetihim ednâhum)*” ifadesine dayanarak, hür -bir- erkek veya kadının kâfirlere birine, bir topluluğa, kale halkına ya da şehir halkına eman vermesini sahih kabul eder.³⁸⁵ Hanbelîler ise, bir Müslümanın, kâfirlere on kişilik gruba veya küçük kabileye ya da küçük bir kalede yaşayan topluluğa verdiği emanı sahih kabul etmekle beraber bir belde veya köy halkının hepsine ya da büyük bir topluluğa -birden- eman vermesini geçerli

³⁸⁰ Türkan, “Sosyal Olgular ve İslam Hukuku: Klasik Fıkıhın Uluslararası İlişkiler Kuramının Oluşumu”, 106.

³⁸¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 77; a. mlf., *el-Kâfi*, V, 563.

³⁸² İbnü'l-Arabî, II, 903; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 77; a. mlf., *el-Kâfi*, V, 563.

³⁸³ Bkz. Bilmen, III, 244.

³⁸⁴ Ebû Dâvûd, Cihâd, 147 (2751); Diyât, 11 (4530); en-Nesâî, Kesâme, 13, 14 (4749, 4750); İbn Mâce, Diyât, 31 (2683).

³⁸⁵ Bkz. el-Kâsânî, IX, 364; el-Merğînânî, II, 819-820; ez-Zeylaî, *Nasbu'r-Râye Tahricu Ehâdîsi'l-Hidâye*, III, 602; el-Haddâdî, II, 338.

saymaz. Çünkü bu durum, İslâm'ın farzlarından biri olan cihad ruhunu öldürür. Dolayısıyla bu noktada en son karar verme mercii devlet başkanıdır.³⁸⁶

Verilen emanın genel ya da özel olması halinde geçerliliği, Şîî mezhepler arasında da tartışmalıdır. Şîî fıkında, 'bir Müslüman, harbîlerden -sadece-bir kişiye eman verebilir, genel (*umûmî*) olarak veya bir bölge/yöre (*iklîm*) halkına ise eman veremez'³⁸⁷ görüşüne karşılık, zeydîlerin, 'Müslümanlardan her birinin, az veya çok müşriklere verdikleri eman Müslümanlar için bağlayıcı/geçerli (*câiz*)dir' görüşünün varlığı buna delildir.³⁸⁸

Eman verenin hür-köle, kadın-erkek, bâliğ-çocuk, akıllı-akıl hastası vb. olması bakımından verilen emanın geçerliliği (*sıhhat*) hususunda da İslâm hukukçuları arasında görüş ayrılıkları mevcuttur.³⁸⁹

Hanefî hukukçular, akli ve buluşu, emanın rukün şartları arasında sayar ve akıl hastası ile çocuğun emanını geçerli kabul etmez. Çünkü hanefîlere göre tasarruf ehliyetinin bir şartı olan akıl ile buluş, çoğunluk âlimlerin nazarında emanın gerçekleşmesi için gereklidir.³⁹⁰ Hürriyetin, emanın sıhhati için şart olmadığını; savaşa katılmasına izin verilmiş bir kölenin emanının icma ile sahih olduğunu söyleyen hanefîler, savaşa katılması engellenmiş kölenin (*el-abdu'l-mahcûr*) emanı hakkında ihtilaf olduğunu da belirtirler.³⁹¹ Hanefîlere göre erkek olma emanın geçerli

³⁸⁶ Mesela bir defasında Hz. Ömer, "Müslümanların zimmeti (emanı) birdir, en aşağısına kadar geçerlidir" hadisini zikrederek, bir Müslüman kölenin kale halkına verdiği emanı kabul etmiştir. Fakat kölenin bir belde/şehir veya köy halkının hepsine ya da büyük bir topluluğa eman vermesi geçerli sayılmamıştır. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 77; a. mlf., *el-Kâfi*, V, 563.

³⁸⁷ el-'Amîlî, Zeynuddîn b. Alî, *Mesâlikü'l-Efhâm ilâ Tenkîhi Şerâi'i'l-İslâm*, I-XVI, Tahkîk ve Neşr: Muessesetu'l-Maarifi'l-İslâmiyye, Kum 1425h, III, 29.

³⁸⁸ el-Hârûnî, VI, 521, 522-523.

³⁸⁹ Bkz. el-Merğînânî, II, 819-822; İbn Ruşd el-Hafîd, I, 309; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 75-77.

³⁹⁰ Cumhur ulemanın aksine İmâm Muhammed göre, İslâm'ı akleden murahik çocuğun (*es-sebyu'l-murahik*) veya akli karışık (*el-muhtelitu'l-akl*) olan bâliğin eman vermesi geçerlidir. Bkz. el-Kâsânî, IX, 362; el-Merğînânî, II, 822; el-Mevsilî, II, 378.

³⁹¹ Ebu Hanife'ye ve Ebu Yûsuf'un bir görüşüne göre, savaşa gitmesi engellenmiş kölenin emanının sahih olmadığı, İmâm Muhammed ise sahih olduğu görüşündedir. İmâm Muhammed'in görüşü aynı zamanda, içinde Mâlik, es-Sevrî, el-Leys, el-Evzâî, eş-Şâfiî'nin ve zeydîlerin de bulunduğu cumhurun görüşüdür. Bkz. Ebû Yûsuf, *er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâî*, 68; et-Tahavî, III, 449; el-Hârûnî, VI, 526; el-Beyhakî, XIII, 255 (Dipnot: Mesele-1184); el-Kâsânî, IX, 363; el-Merğînânî, II, 821.

İmâm Şâfiî de, *el-Umm* adlı eserinde, hanefîlerin bu ihtilafına dikkat çeker. Savaşa gitmesine/katılmasına izin verilmeyen kölenin emanının geçerli olmadığını söyleyen Ebu Hanife ve Ebu Yûsuf'tan *kâle ba'z* diye bahseder ve onlara bir takım sorular sorarak kendince onların çelişkilerini ortaya koymaya çalışır. Bkz. eş-Şâfiî, IV, 226-227.

olması için şart değildir; kadının da emanı sahihtir.³⁹² el-Evzâî de, hanefiler gibi, eman vermede hür ve erkek olma şartı aramaz.³⁹³ Yine hanefilere göre tâcirin, esrin ve dâruhârbede Müslüman olan harbînin orada eman vermesi caiz değildir. Çünkü eman, bir tarafın duyduğu korkuyu ortadan kaldırmak için verilir. Ne var ki kâfirler, dâruhârbede az ve zayıf durumda olan bu müslümanlardan korkmadığı için onlara verilen emanın da anlamı veya geçerliliği yoktur.³⁹⁴

Ebu Hanefî ve talebeleri (ashâbı) ile aynı görüşte olan zeydiler de dâruhârbede esir bulunan bir Müslümanın onlardan bazısına verdiği emanın Müslümanlar için bağlayıcı (câiz) olmadığını söyler. Çünkü harbîler arasındaki Müslümanlar, zayıf (*mekhûr*) ve ikrâh/zorlama altında olan (*mukreh*) konumundadır.³⁹⁵

Mâlikî mezhebinin meşhur olan görüşüne göre kadının ve kölenin emanı geçerlidir. Çocuk eman vermenin ne olduğunu akledebilecek yaşta (âkil) olursa onun da emanı câiz görülmüştür.³⁹⁶ Nitekim Mâlikî mezhebinin -muteber- görüşünü yansıtan İbnu'l-Arabî, “Müslümanların kanları birbirine eşittir, zimmetleri (emanları) en alt derecedeki bireye varıncaya kadar geçerlidir” hadisine dayanarak, eman veren kişinin hür,³⁹⁷ köle,³⁹⁸ kadın,³⁹⁹ çocuk⁴⁰⁰ gibi yönetici dışından bir vatandaş (*ra'iyye*)ın da olabileceğini ifade etmektedir.⁴⁰¹

³⁹² Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 205-206; el-Kâsânî, IX, 363; el-Merğînânî, II, 819; el-Mevsilî, II, 377; el-Haddâdî, II, 338.

el-Buhârî'nin “Kadınların Emanı ve Himayesi” {Bkz. el-Buhârî, Cizye, 9 (3171)} adlı babda tahric ettiği bir rivayette, Ebu Tâlib'in kızı Ummü Hânî'nin bildirdiğine göre, kardeşi Hz. Alî'den şikâyet ederek Hz. Peygamber'e çıkmış ve: “Ey Allâh'ın Resûlü! Annemin oğlu Alî, benim eman verdiğim Hübeyre oğlu falan adamı öldürmek iddiasındadır” demiştir. Hz. Peygamber de: “Ey Ummü Hânî! Senin eman verdiğine biz de eman verdik” diyerek karşılık vermiştir. Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 205-206.

ez-Zeylaî de, Ahmed b. Hanbel, Buhârî ve Muslim'den gelen rivayete göre Mekke fethi esnasında, Hz. Peygamber'in Ummü Hânî'nin verdiği emanı kabul etmesine dayanarak kadının emanını caiz görür. Bkz. *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, III, 247.

³⁹³ el-Evzâî'ye göre, köle, hür ve kadının emanı câizdir. Bkz. et-Taberî, 25.

³⁹⁴ Bkz. el-Kâsânî, IX, 364; el-Merğînânî, II, 820; el-Mevsilî, II, 378; ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, III, 247, 248.

³⁹⁵ el-Hârûnî, VI, 524; ez-Zeylaî, *Nasbu'r-Râye Tahricu Ehâdisi'l-Hidâye*, III, 604; el-Haddâdî, II, 338.

³⁹⁶ Bkz. Sahnûn, III, 41. Aynı yerde, İbn Vehb'in, İsmâ'il b. İyâş'tan, ‘hocalarımızdan (*es-yâhunâ*) işittiğime göre’ diyerek yaptığı rivayete yer verilmiş ve ‘çocuğun (*es-sabî*) ve kölenin (*el-mu'ahid*) emanının devlet başkanının kararına bağlı (*muhayyer*) olduğu; isterse geçerli sayabileceği isterse de reddedebileceği’ kaydı düşülmüştür.

³⁹⁷ İbnu'l-Arabî, hür kişinin emanının, âlimlerin tümüne göre sürekli(geçerli) olduğunu kaydeder ve mâlikîlerden İbn Habîb'in, hür kişinin emanının sürekliliğinin devlet başkanına bağlı olduğu yolundaki görüşünün doğru olmadığına dikkat çeker. Bkz. İbnu'l-Arabî, II, 904.

İmâm Şâfiî, eman vermede hür-köle, savaşa katılıp katılmama ayrımı yapmadan her müslümanın eman verebileceğini zira eman vermenin savaşmaya değil imana bağlı olduğunu söyler.⁴⁰² eş-Şâfiî, Hz. Peygamber'in, "Müslümanların kanları birbirine eşittir, zimmetleri (emanları) en alt derecedeki bireye varıncaya kadar geçerlidir" sözünü zikrederek Müslümanlardan bâliğ olan hür, savaşa katılsın veya katılmasın köle ve kadının verdiği emanı câiz görür. Fakat bâliğ olmayanın, bunamış (*mâ'tuh*) olanın ve zimmînin, savaşsın veya savaşmasın, emanını geçerli saymaz.⁴⁰³ Bu konuda Ebû Sevr (ö.246/860), eş-Şâfiî ile aynı görüştedir.⁴⁰⁴

Hanbelîlere göre, ister kadın olsun ister erkek; ister hür olsun isterse köle, âkil, bâliğ, muhtar olan her Müslümanın eman vermesi geçerli (*sahih*)dir.⁴⁰⁵ Şu halde Müslümanlardan biri (ve İslâm toplumunun bir ferdi) olan kölenin⁴⁰⁶ ve baskı/zorlama olmaksızın esirin eman akdi geçerlidir.⁴⁰⁷ Aynı şekilde dâruharbdeki ücretli/işçi (*el-ecîr*) ve tâcirin de verdiği eman sahihtir.⁴⁰⁸ Fakat sözlerine itibar edilmediği için akıl hastası ve çocuğun, baskı altında olduğu ve haksız yere eman akdine zorlandığı için mukrehin emanı geçerli/sahih olmaz. Mümeyyiz çocuk hakkında ise iki görüş mevcuttur. Birinci görüşe göre kendisi mükellef ve sözünün

İbnu'l-Arabî gibi, hür -erkek- Müslümanın emanının cumhur ulemaya göre caiz olduğunu söyleyen İbn Ruşd ise, hür kişinin emanının sürekliliğinin devlet başkanına bağlı olduğunu söyleyenin İbn el-Mâcişûn olduğunu ve bu görüşüyle cumhura muhalefet ettiğini bildirmektedir. Bkz. İbn Ruşd el-Hafid, I, 309.

³⁹⁸ İbnu'l-Arabî, İmâm Şâfiî'nin de aynı görüşte olduğunu, fakat Ebu Hanife'ye göre kölenin eman hakkının olmadığını belirtir. Ebu Hanife'ye isnad ettiği bu görüşün aynı zamanda mâlikilerin ikinci görüşü olduğunu ifade eder. İbnu'l-Arabî'nin belirttiğine göre Ebu Hanife, ganimette payı olmayan köle, kadın ve çocuğun emanının geçerli olmadığı ama eğer köle ve kadın savaşmak için efendisinden izin almışsa eman vermesinin de caiz olacağı görüşündedir. Bkz. İbnu'l-Arabî, II, 904; İbn Ruşd el-Hafid, I, 309.

³⁹⁹ Mâlikîlerden İbn el-Mâcişûn ile Sahnûn'a göre, kadının emanının devlet başkanının iznine bağlı olduğu hususunda bkz. İbn Ruşd el-Hafid, I, 309. el-Kurtubî ise, İbn el-Mâcişûn'un görüşünün, Mâlikî mezhebinde cumhurun görüşüne aykırı (*şazz*) olduğu kaydını düşer. Bkz. *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, X, 115.

⁴⁰⁰ İbnu'l-Arabî, savaşa katılmaya güç yetiren çocuğun, savaşçı/asker grubundan sayıldığını ve emanının da geçerli olduğunu söyler. Bkz. İbnu'l-Arabî, II, 904. Krş. el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, X, 115.

⁴⁰¹ Bkz. İbnu'l-Arabî, II, 904.

⁴⁰² Bkz. eş-Şâfiî, IV, 226-227.

⁴⁰³ Bkz. eş-Şâfiî, IV, 284; et-Taberî, 27.

⁴⁰⁴ Bkz. et-Taberî, 30.

⁴⁰⁵ Bkz. İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 561.

⁴⁰⁶ Köle, hür gibi, Müslüman, mükellef olduğu için tüm sözlerinde emanı sahihtir. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 76.

⁴⁰⁷ Baskı altında olmayan Müslüman esir de mükellef ve muhtardır ve bu haliyle esir olmayanlara benzer. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 77.

⁴⁰⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 77.

bir hükmü olmadığı için emanı geçerli değildir. İkinci görüşe göre, mümeyyiz çocuk akıllı Müslüman olduğu için, haberin umumîliğinden dolayı bâliğ gibi emanı geçerlidir.⁴⁰⁹

Şiîlere göre, eman verenin âkil, bâliğ ve muhtar olması gereklidir. Eman vermede hür-köle, erkek-kadın eşittir.⁴¹⁰ Fakat buluğ çağına ermiş çocuk (*murahik*) ve akıl hastası (*mecnûn*) eman verse de (eman) akdi gerçekleşmiş olmaz.⁴¹¹

İslâm hukukçularına göre eman, verildiği şahıslar ve veriliş biçimleri bakımından da birkaç türdür. Fakat bu kapsamda emanı, *müebbet/mutlak (kalıcı-süreklî) eman*⁴¹² ve *muvakkat (geçici, sınırlı) eman*⁴¹³ olmak üzere temelde ikiye ayırarak ele almak mümkündür. Muvakkat eman da; *maruf eman* ve *muvadaa* olmak üzere ikiye ayrılır.⁴¹⁴

Eman vermek, ya tek taraflı olarak devletlerden birinin ya da karşılıklı olarak, antlaşmayla her iki devletin birbirine güvence vermesiyle gerçekleşir.

İslâm hukuku açısından tek taraflı olarak eman verme, sözlü, işaret ve ima ve yazılı beyan olmak üzere üç şekilde gerçekleşir. Sözlü eman, ya “*sana eman verdim, sen eminsin*” gibi açık lafızlı, ya da “*geliniz, korkmayınız*” denmesi şeklinde olur. İşaret ve ima ile eman, parmakla semaya işaret edilmesi gibi kapalı lafızlı olur. Bir Müslümanın, eman vermeyi kastetmemiş olsa bile, işaret ve iması harbî tarafından eman olarak algılanmışsa, bu da, İslâm hukukunun tanımış olduğu bir emandır.⁴¹⁵ İşaretle eman vermenin sözlü eman yerine geçip geçmediği hakkında İmâm

⁴⁰⁹ Mümeyyiz çocuğun emanının geçerli olmadığı yönündeki birinci görüş, Ebu Hanife ve İmâm Şâfiî'nin görüşüdür. Onlara göre mümeyyiz çocuk mükellef değildir ve sözleri, akıl hastası gibi, kendilerini ve başkalarını bağlayan bir hüküm doğurmaz. Mümeyyiz çocukların emanının geçerli olduğu yönündeki ikinci görüş ise mâlikîlerin görüşüdür. Bkz. İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 77; a. mlf., *el-Kâfi*, V, 562.

⁴¹⁰ el-Hârûnî, VI, 526; el-‘Amilî, III, 28.

⁴¹¹ el-‘Amilî, III, 28.

⁴¹² Bu emana, “muvadaa ve musalaha” da denilmektedir. İki tarafın birbirine karşı savaşı bırakmak üzere yaptıkları ahd/antlaşma ile gerçekleşir. Bkz. el-Kâsânî, IX, 365, 369; Bilmen, III, 336. İslâm toprakları içerisinde bulunan gayrimüslimlere, yani İslâm devletinin gayrimüslim vatandaşlarına, onlarla yapılan zimmet akdine istinaden verilen daimî emana da müebbet eman (*el-emânu'l-muebbet*) denir. Bkz. el-Kâsânî, IX, 372.

⁴¹³ Düşman ülke vatandaşlarına verilen süreli ve sınırlı bir emandır. Bir kaleyi abluka altına alan Müslüman komutanın o kale içinde bulunan düşmana vermiş olduğu on-on beş günlük bir eman bu türdür. Bkz. el-Kâsânî, IX, 365; Bilmen, III, 336.

⁴¹⁴ el-Kâsânî, IX, 361, 369.

⁴¹⁵ Bkz. Mâlik b. Enes, I, 578-579; Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 205; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 564, 565; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 219-220.

Mâlik'ten sorulduğunda, işaretle emanın sözlü eman yerine geçeceği görüşünde olduğunu ve bu tür emanın da sözlü eman gibi verilen bir güvence sözü /ahdi olduğunu ifade etmiştir.⁴¹⁶

Yazılı eman ise, yazılı bir belgenin gönderilmesi şeklinde gerçekleşir.⁴¹⁷ Kuşkusuz burada söylediklerimiz, Müslümanların tek taraflı olarak düşman devlet vatandaşına (*harbî*) verdiği emanla ilgilidir.

Meselâ İslâm şehir devleti altında, Müslümanlara düşmanlık yapmamak kaydıyla, Kureyza oğullarına Medine'de yaşama izni verilmişti. Bu izin, Kureyza oğullarının Hz. Peygamber ile yaptıkları bir antlaşma ile Hz. Peygamber'in verdiği emana (güvenceye) dayanmaktaydı. İslâm hukukçularının eman konusunu genelde, İslâm devleti ve Müslümanların eman vermesi yönüyle ele aldıklarını görmekteyiz. Bunu, Müslümanların düşmandan zarar göreceği endişesiyle, zorunlu kalınmadıkça, düşman topraklarına gitmemeleri gerektiği yönündeki tavsiyelerden de anlamak mümkündür. Oysa Müslümanlar, düşmanca ilişkiler içinde olduğu devlet vatandaşına bile Kitâb ve Sünnet'in öngördüğü çerçevede, adalet ve insâniyet ilkeleri dâhilinde muamele etmek durumundadırlar.

Düşman ülke vatandaşı (gayrimüslim) olan birine eman/güvence vermek zorunlu değildir. Fakat bir kez güvence verdikten sonra bu güvence sözüne riayet etmek (*ahde vefa*) gerektiği hususunda İslâm hukukçuları arasında ittifak mevcuttur.⁴¹⁸ Çünkü Müslümanlar, vuruşma halinde bile, İslâm hukukunca belirlendiği üzere, hem savaşçıların hem de sivil gayrimüslim vatandaşların haklarına riayet etme yükümlülüğü altında iken, nasıl olur da, vermiş oldukları sözden sonra kendi haklarına ters düşen bir harekette bulunabilirlerdi.

Savaşın devam ediyor olması, müste'menlerin İslâm ülkesinde ikamet etmelerine engel değildir ve onların ne mallarına ne de canlarına dokunulur. Çünkü İslâm ülkesinde sınırlı/belli bir müddet ikamet eden müste'menler, yapılan ticaret

⁴¹⁶ Mâlik b. Enes, I, 578-579.

⁴¹⁷ Bilmen, III, 378.

⁴¹⁸ İmâm Mâlik, verilen eman sözünün yerine getirilmesinin önemine, Abdullâh İbn Abbâs'ın, "Ahdini bozan her bir kavme Allâh, düşmanını musallat eder" mealindeki sözü ile dikkat çeker. Bkz. Mâlik b. Enes, I, 579; el-Mevsîlî, II, 374. Şia'dan el-'Amilî'ye göre de, verilen güvence/eman (*ez-zimâm*) sözüne vefâ göstermek zorunludur. Bkz. III, 29.

antlaşması çerçevesinde ticaret eşyalarının takası için sağlanan emniyet (*eman*) ile Müslümanlar arasında ikamet etmekteydiler.

Ticarî ilişkiler iki tarafı bir araya getirmenin bir göstergesi olup savaş zamanında kesintiye uğramaz. Taraflar arasındaki kaynaşmayı engelleyen ve temel insanî ihtiyaçların dışında kalan şeylerin ticareti, fertler ve topluluklar arasında uyuşmazlık veya husumet doğurabileceği için doğal olarak yasaklanmıştır. Bu noktaya dikkat çeken İslâm hukukçuları, genel manada ticareti serbest saymakla beraber bazı nesnelerin satışını ise kesin bir dille yasaklamışlardır. Mesela Müslüman veya zimmî tâcirlerin, bazı silahlar; demir, köle, at gibi savaşlarda düşmanı kuvvetli hale getiren veya onlara yardımcı olan şeyler hususunda düşmanla alışveriş yapmaları veya bunları düşman ülkesine götürmeleri caiz değildir.⁴¹⁹ Aynı şekilde, İslâm ülkesine giren düşman ülke vatandaşına (*harbî*) silah, at ve (harbîlerden ele geçirilen) esir köle satın alma imkânı sağlanmaz. Eğer satın almışsa düşman topraklarına sokulmasına izin verilmez.⁴²⁰ Yine harbî tâcirin, İslâm topraklarına satmak için getirdiği silahların, kendi cinsinden olmayan veya daha tehlikeli/kuvvetli olan silahla değiştirilmesine de izin verilmez.⁴²¹ Buna karşılık düşman tâcirin, elbise, meta veya yiyecek alıp ülkesine götürmesi yardım veya destek anlamına gelmeyeceği için yasaklanmamıştır. Çünkü bunlar temel insanî ihtiyaçlardır ve teamül (*adet*) de bu şekilde cereyan etmiştir.⁴²²

Ebû Hanife, İslâm ülkesinin, savaş halinde olduğu devletle, demir ve silah satışı hariç, her hususta ticarî ilişki kurmasını caiz görmektedir. Demir ve silahın satışını caiz görmemesi, düşmanlığı artırması ve düşmanı kuvvetlendirme niteliği

⁴¹⁹ Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 190; el-Kâsânî, IX, 351; el-Merğînânî, II, 819; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 218.

⁴²⁰ Harbî, İslâm ülkesinde, bu sayılanlardan bir şey satın almışsa, mallarına el konulur ve bedeli kendisine iade edilir. Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 188; el-Hârûnî, VI, 525.

⁴²¹ Mesela at ve silahın ondan daha iyisi ile değiştirilmesi ya da kılıcın yayla, mızrakla veya daha iyi bir kılıçla ya da atla değiştirilmesi gibi ki, böyle bir ticaret Müslümanların aleyhine olduğu için yasaklanmıştır. Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 188; el-Kâsânî, IX, 352; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 218. Eğer harbî, getirdiği at veya silahı daha kötüsüyle değiştirmişse, onu alıp götürmesine izin verilir. Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 188; el-Hârûnî, VI, 525-526.

⁴²² Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 188; el-Kâsânî, IX, 352. Yiyecek ve giyecek gibi temel insanî ihtiyaçların düşman ülkesine naklinde bir sakınca olmayacağı nassla sabittir. Mesela Hz. Peygamber, kendisiyle savaş halinde olan Mekkelilere yiyecek göndermesi için yeni Müslüman olan Sümame (b. Esâl) adındaki tâcire talimat vermiştir. Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyerî'l-Kebîr*, IV, 182; el-Merğînânî, II, 819.

taşımasındandır.⁴²³ Nitekim bundan dolayı, haneffiler, düşmanla savaşta ele geçirilen silahlardan yakılması mümkün olanların yakılacağı, demir gibi yakılma ihtimali olmayanların da, düşman tarafından bulunmaması için, gizli bir yere gömülecekleri görüşündedirler.⁴²⁴

Bir de gayrimüslim ülke (*dârulharb*) tarafından verilen tek taraflı eman söz konusudur. Bir Müslüman ticaret etmek, seyahat etmek veya ikâmet etmek üzere gayrimüslim bir ülkeye giderse, kendisine verilen eman gereği, düşmanın mallarına ve kanlarına dokunmamak ve o ülkenin hukukuna saygı göstermek, uymak zorundadır. Çünkü Müslüman, düşmandan eman talep ederken onlara saldırmama yükümlülüğü altına girmeyi de kabul etmektedir. Esasında kendisine verilen güvence (eman) de bu şarta/akde/söze dayanmaktadır.⁴²⁵

Müslüman tâcir veya elçi *dârulharbe* girdiğinde, âdet/teamül olduğu üzere, hem Müslüman (tâcir veya elçi) onların sağladığı emandan yararlanır hem de onlar Müslümandan emana uygun (emin) davranmasını beklerler. Nitekim eman, taraflardan birince akdedilirse, bu akit diğerini de bağlar. Dolayısıyla Müslümanların, İslâm topraklarında (*dârulislâm*) birbirlerine hainlik yapmaları yasak olduğu gibi, düşman topraklarında (*dârulharb*) da onların mallarına hainlik (*el-hiyâneh*, *el-ğadr*) etmeleri ve onlarla faizli alışveriş yapmaları helal olmaz. Bu, İslâm ahlakına da aykırıdır.⁴²⁶

Diğer taraftan Müslüman, gittiği gayrimüslim ülke(*dârulharb*)de yasak olmayan fiillerin/şeylerin İslâm'a göre yasak olması halinde İslâm hukukuna uymak zorundadır.⁴²⁷ Mesela faiz, şarap ve domuz eti gibi *dârulharb*de yasak olmayan şeyler

⁴²³ Burada, savaşla ilgili olabilecek aletlerin/nesnelerin ismini vermek yerine, zamana göre değişebilen, çeşitlenebilen ve hatta sayıları artabilen savaş aletlerinin uyumsuzluğu tırmandırdığı ve savaşa sebebiyet verme ihtimali olduğu için ticaretlerinin yapılmasının yasak olması vurgulanmaktadır. Kanaatimizce müctehidlerin üzerinde durdukları husus da budur. Dolayısıyla İslâm devleti, savaş ve düşmanlık ortamını artırmamak ve gerilimi tırmandırmamak için uyumsuzluk yaşadığı karşı tarafa, ticarî alanda bazı kısıtlamalar getirmek ve bu yönüyle karşı tarafı aciz bırakmak suretiyle de karşılıklı bulunmuş olur.

⁴²⁴ el-Kâsânî, IX, 351; el-Mevsîlî, II, 381; İbn Âbidîn, *Reddu 'l-Muhtâr*, VI, 230.

⁴²⁵ Müslüman, düşmana verdiği emniyet/güven sözünden sonra, saldırıda bulunursa hıyanetlik (*el-ğadr*) yapmış olur ki bu da Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır. Bkz. el-Merğînânî, II, 848; ez-Zeylaî, *Tebyînu 'l-Hakâik Şerhu Kenzi 'd-Dekâik*, III, 266; Bilmen, III, 432; Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 45.

⁴²⁶ Bkz. İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 566. Krş. Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 45.

⁴²⁷ Bkz. Hadduri, 172.

konusunda İslâm hukukunun hükümlerini dikkate almalıdır. Bu hususta İbrâhîm en-Neha'î (ö.95/713), Ebû Hanîfe ve İmâm Muhammed dâruharbde Müslümanlarla ehlu'l-harb arasında faiz vb. fâsid işlemlerin (*akid*) yapılmasında bir beis görmezken⁴²⁸ Ebû Yûsuf, Mâlik, el-Evzâî, el-Leys ve eş-Şâfiî, esir olsun olmasın bir Müslümanın bu gibi fâsid işlemleri dâruharbde gerçekleştirmesinin câiz olmadığına ittifak etmişlerdir.⁴²⁹

2. Barışı Sağlamak İçin Barış Temayülüne Karşılık Vermek

Kur'ân, din hususunda Müslümanlarla savaşmayan ve onları yurtlarından çıkarmayan (hicrete zorlamayan) gayrimüslimlere iyi davranılmasını ve onlarla dostluk ve sevgi bağları kurulmasını yasaklamamıştır.⁴³⁰ Dolayısıyla Kurân, Müslümanların, kendilerine zarar vermeyen ve dinlerine saldırıda bulunmayan gayrimüslimlere güzel muamelede bulunmalarına ve onlara, karşılıklı menfaat ilişkisini gözeterik mukâbele etmelerine imkân sağlamıştır.⁴³¹

Kur'ân, Müslümanlar düşmanla savaşırken, onlar savaştan barışa ve musalahaya (anlaşmaya, uzlaşmaya) doğru meylederse, onların bu meyline karşılık vermeyi ve onlardan bu yaklaşımı kabul etmeyi de emretmektedir.⁴³² Bu durum Müslümanların diğer toplumlarla olan ilişkilerini barış içinde sürdürmelerinin yanında, iki tarafın uyumsuzluk veya savaş hali yaşadığı bir dönemde, iyi niyet

⁴²⁸ Bkz. Ebû Yûsuf, *er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâî*, 96; et-Tahavî, III, 491; el-Kâsânî, IX, 432.

⁴²⁹ Bkz. Ebû Yûsuf, *er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâî*, 97; et-Tahavî, III, 492.

⁴³⁰ Bkz. Mumtehine, 60/8.

⁴³¹ Kur'ân, Müslümanların gayrimüslimlerle kuracakları dostane ilişkilerin temelini, Müslümanlara dinlerinden dolayı savaş açılmaması ve yurtlarından çıkarılmamaları şartına dayandırmıştır. Mumtehine suresi 8. âyetteki, “*sizinle din hususunda savaşmayanlar (ellezine lem yukâtîlukum fi'd-dîn)*” ifadesinden kastedilenin kim olduğu üzerinde ihtilaf edilmiş olsa da, çoğunluğa göre bunlar, Hz. Peygamber ile savaşmamaya ve düşmanlık göstermemeye söz/ahid vermiş (ehl-i ahid) olan Huza'a kabilesidir. Bazılarına göre âyet müşrikler hakkında inmiştir. Katâde, savaş (*kitâl*) âyetinin, bu âyeti neshettiğini söylemektedir. Yine âyette geçen “*onlara iyilik yapmanız (en teberrûhum)*” ifadesinden kastedilenin “*sizinle savaşmayanlar*” olduğu kaydedilmektedir. Âyetin nâzil olma sebebine dair rivayet çeşitliliği bir tarafa, şarta bağlı ifadenin umumîliğine ve tefsir (te'vil) ehline göre bu âyet, Müslümanlarla müşrikler arasında iyi ilişkilerin kurulabileceğine de delâlet etmektedir. Bkz. İbnü'l-Arabî, IV, 1785; er-Râzî, XXIX, 303, 304.

Âyette belli şartlar altında bir ruhsatın olduğu dikkat çeken Hamdi Yazır da, kendileri hangi din ve millettense olsun, Müslümanların dinlerinin hukukuna ve ahkâmına saygı gösteren; Müslümanları, dinleri yüzünden yerlerinden ve yurtların çıkarmak için savaş açmayan kimselere iyilikle ve adaletle muamele etmenin yasaklanmadığını belirtmektedir. Bkz. Yazır, VII, 4904.

⁴³² Bkz. Enfâl, 8/61. el-Kurtubî, düşmanın barış meyline karşılık vermenin mutlak olmadığını, kayda bağlı olduğunu söyler. Eğer barış (*sulh*) yapmak Müslümanların maslahatına olursa bu yararı elde etmek (*celb*), zararına olursa da yanaşmamak (*def'*) gerekir. Bkz. *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, X, 64-65.

göstergesi olarak karşı tarafın (düşmanın) ortaya koyduğu, uyuşmazlığı giderici bir fiile/çabaya ya da barışa yönelik bir teşebbüse yine aynı şekilde karşılık vermesine imkân sağlamaktadır.

Eğer düşman, kendisine sertlikle karşılık veren Müslümanlara karşı düşmanca tavrını terk eder de barışa yönelik tavır sergilerse, İslâm ordusu galip durumda olsa bile savaşmaya son verilmesi, İslâm'ın tavsiye ettiği bir durumdur. Böyle davranan insanlarla dostluk ilişkileri kurmak, onlara adaletle muamele etmek ve güzelce davranmak bir nevi iyi ilişkiler kurmak anlamına gelip hem Müslüman'ı hem de gayrimüslimi bağlayan insanî bir ilkedir.⁴³³ Ayrıca İslâm, iyilikten yana -az da olsa- bir eğilim gösteren kimselere bunun karşılığının verileceğini taahhüt eder.⁴³⁴

Müslümanların gayrimüslimlerle sağlam ilişkiler kurmaları, karşılıklı barış ve eman ortamında daha kolay gerçekleşir. Kur'ân, barıştan yana olan ve Müslümanlarla savaşmaktan kaçınanlara karşı misliyle karşılık verilmesi ve onlara ilişilmemesini istemektedir.⁴³⁵ Öte yandan İslâm'ın barıştan yana teşviki/eğilimi, “*Ey iman edenler! Hep birden barışa girin*” (Bakara, 2/208) âyetiyle açıkça ortaya konulmuştur.

Fakat düşman, Müslümanları kuşatma altına aldıktan sonra kendilerine verilecek belli bir bedel karşılığında barış teklifinde bulunursa, mevcut uyuşmazlığı ya da savaşı gidermek gayesiyle de olsa İslâm devleti, düşmana karşı koyacak güce sahip olduğu müddetçe bu teklife olumlu cevap veremez.⁴³⁶ Bu anlamda barış teklifi/daveti, Müslümanların verecekleri bir bedele dayandığı için onlar adına bir zillet ve yükür. Bu ise, Müslümanların zararına olan bir durumdur. Böyle bir zarara, sadece, Müslümanların def etmeye güç yetiremediği bir durum ya da yok/helak olma tehlikesi gibi daha büyük zarar (*zaruret*) söz konusu olduğunda katlanılır.⁴³⁷

⁴³³ Ebû Zehra, 42.

⁴³⁴ Bkz. Mü'min, 40/40 (“*Kim de kadın veya erkek, mümin olarak faydalı bir iş yaparsa, işte onlar cennete girecekler.*”); Zilzâl, 99/7 (“*...Kim zerre miktarı hayır yapmışsa onu görür...*”).

⁴³⁵ Bkz. Nisa, 4/90.

⁴³⁶ Nitekim bir defasında Hz. Peygamber, Hendek savaşı öncesinde, Müslümanları koruma gayretiyle, Medine hurmalıklarının üçte biri karşılığında kâfirlerle barış yapmaya azmetmiş fakat daha sonra Sa'd b. Muâz ve Sa'd b. Ubâde ile yaptığı istişare neticesinde bu görüşünden dönmüştür. Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 207. Anlaşılan yapılan istişare neticesinde, hiçbir bedel vermeden kâfirleri yenmenin, Medine'yi ve Müslümanları korumanın mümkün olabileceği kanaatine varılmıştır.

⁴³⁷ Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 207.

3. Suçluların İadesi Konusunda Karşılıklılık

Suçluların iadesi meselesini çok eski zamanlara kadar dayandırmak mümkündür. Mesela Eski Mısırlılarda, suçluların iadesine ve göç ettirilmesine müteallik hükümler de mevcuttu. İade edilen suçlulara çok şiddetli cezaların uygulanması (mesela ailelerinin yok edilmesi, sakatlanmaları) yasaklanıyordu ki bu hüküm, şimdi sığınma hakkını çağrıştırmaktadır. Aynı şekilde Etilerde, yapılan antlaşmalar gereği, suçluların iadesi konusunda karşılıklılık ilkesi söz konusuydu.⁴³⁸ Antik Yunan'da da, devletler arasındaki münasebetlerin geliştirilmesi bakımından suçluların iadesi için karşılıklılık ilkesine başvurulmaktaydı.⁴³⁹ Milattan önceki bu uygulamaların aksine milattan sonra, bazı istisnalar hariç tutulursa, suçluların iadesi konusu, modern uluslararası hukuk açısından ancak 19. asrın ortalarından itibaren, karşılıklılık ilkesi gereği uygulanan uluslararası bir müessese olmuştur.⁴⁴⁰

Her devletin kendi ülkesi içerisinde herkes hakkında hüküm ve nüfuzunu tatbik etmek hususundaki ısrarına rağmen, karşılıklı menfaatler, çoğunlukla suçluları iade hakkında diğer devletlerle antlaşmalar akdetmeye sevk eder. Suçluların iadesi, bazen karşılıklı bazen de tek taraflı gerçekleşir.⁴⁴¹

Tek taraflı olarak suçluların iadesine verilebilecek en iyi örnek, Hz. Peygamber ile Mekkeli Müşrikler arasında gerçekleştirilen Hudeybiye antlaşmasıdır. Bu antlaşmada, Kureyşlilerden herhangi bir kimse kabile reislerinden veya büyüklerinden izin almadan Rasulullah'a Müslüman olarak sığınır veya kaçarsa, Allâh Rasulü onu geri gönderecektir. Bununla beraber Müslümanlardan herhangi bir kimse Kureyşlilere giderse, Kureyşliler o kişiyi iade etmeyeceklerdir.⁴⁴² Antlaşmanın

Mesela Müslümanların esirlerini ve mallarını düşman elinden kurtarmak için düşmana bir miktar mal vermeleri, büyük zararın küçük bir kayıpla (zararla) önlenmesi anlamına gelir. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 87; İbn Abdisselâm, 69-70; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 217.

⁴³⁸ Crozat, 81; İçel, Kayıhan, "Suçluların Geri Verilmesi Üzerinde Bir İnceleme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sermet Matbaası, Cilt: XXX, Sayı: 3-4, İstanbul 1965, 697-698.

⁴³⁹ Crozat, 184. Suçluların iadesi konusu, eski dönemlerden beri uygulana gelişi ve modern hukukta yer alışı bakımından hep karşılıklılık ilkesi ile irtibatlandırılmıştır. Bkz. Tekinalp, 91.

⁴⁴⁰ Turnagil, 101. Bugünkü anlamda suçluların geri verilmesi meselesi, gelişimini tamamlamış (tekâmül etmiş) uluslararası hukukun varlığına bağlıdır. Bkz. İçel, 698, 719.

⁴⁴¹ Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 231.

⁴⁴² Hz. Peygamber ile Mekkeli müşrikler arasında, hicretten altı yıl sonra imzalanan Hudeybiye barış antlaşmasının ilgili maddesi şöyledir: "Kureyşten her kim velisinin izni olmadan Muhammed'e sığınır veya kaçarsa Mekkelilere geri gönderilecektir. Muhammed'in teb'asından her kim, Kureyş'e sığınacak

ardından Mekke'den Müslüman olarak gelen kadınlar Medine'ye sığınınca, antlaşma gereği velileri onları Hz. Peygamber'den geri istemişlerdir. Hz. Peygamber, Kur'ân'ın, “*Ey iman edenler! Mümin kadınlar hicret ederek size geldiği zaman, onları, imtihan edin. Allâh onların imanlarını daha iyi bilir. Eğer siz de onların inanmış kadınlar olduklarını öğrenirseniz onları kâfirlere geri göndermeyin. Bunlar onlara helal değildir. Onlar da bunlara helal olmazlar*”⁴⁴³ hükmüne dayanarak, kadınların anlaşmaya dâhil olmadığını belirtmiş ve Müslüman olarak kendisine iltica eden kadınların geri verilmelerini yasaklamıştır.⁴⁴⁴ Âyete göre kadınların antlaşmadan istisna edilmeleri ve iade edilmelerinin yasaklanması, onların iade edilmekle en azından fuhşa zorlanmaları veya Müslüman olmakla önceki eşlerine artık ebediyen haram olmaları gibi sakıncaların doğmasından kaynaklanmaktadır.⁴⁴⁵

Suçluların iade edilmesiyle devletler, karşılıklı olarak taleplerini yerine getirmek şartıyla aralarındaki uyuşmazlıkları giderme imkânı elde ederler. Suçluların iadesinin dayanağı olarak karşılıklılık, devletlerin karşılıklı olarak hak ve sorumluluklarını birbirine uyumlu hale getirmeyi veya en azından denkleştirmeyi gerektirir.⁴⁴⁶ Fakat İslâm hukukuna göre, yerine getirilmesi halinde Müslümanların zarar göreceği durumlarda karşılıklılık anlamını yitireceğinden bu uygulamaya izin verilmez. Çünkü bu, nasrlara ve İslâm'ın temel ilkelerine ters düşmektedir. Nitekim düşman topraklarından Müslümanlara sığınan iffetli kadınların kâfirlere teslim (iade) edilmesi, Müslümanlar adına telafisi mümkün olmayan maddi ve manevi zararlar doğuracağından, yukarıda da ifade edildiği gibi, Allâh tarafından yasaklanmıştır.

es-Serahsî de suçluların iadesi konusunda devletin menfaatinin esas alınması gerektiğini söyler. Dârulharbde Müslüman rehinelere öldürenlerin İslâm devletine

olursa, Mekkeliler o kişiyi geri vermeyeceklerdir.” Bkz. Hamidullah, *Mecmuatu'l-Vesâiki's-Siyâsiyye (li Ahdi'n-Nebeviyye ve'l-Hilâfeti'r-Râside)*, [vesâik no: 11, md. 5], 77.

⁴⁴³ Mumtehine, 60/10.

⁴⁴⁴ Nitekim Hz. Peygamber'in Müslümanlara sığınan erkekleri geri göndermesi üzerine, kendisine sığınan kadınlardan Ümmü Gülsüm binti Ukbe b. Ebî Muayt adlı kadın endişeyle kendi durumunu anlatmış ve Hz. Peygamber'den kendisini geri göndermemesini, zira kendisinin zayıf biri olduğunu ve kendisine yapılacak eziyetleri ve kötülükleri kaldıramayacağını ifade etmiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber, geri gönderme şartının erkekler hakkında olduğunu, Allâh'ın kadınlar hususunda ahdi bozduğunu yani kadınları geri göndermekten istisna ettiğini bildirmiştir. Hz. Peygamber, burada, kendisine inen âyete (Mumtehine, 60/10) işaret etmektedir. Bkz. eş-Şâfiî, IV, 192, 193; el-Vâkıdî, 439, 440; el-Cassâs, III, 653; İbnu'l-Arabî, IV, 1786; er-Râzî, XXIX, 305.

⁴⁴⁵ Yazır, VII, 4911- 4912.

⁴⁴⁶ Mahmûd, *Teslîmu'l-Mucrimîn alâ Esâsi'l-Muâmele bi'l-Misl*, 3.

teslim edilmesi karşılığında, gayrimüslim rehinelerin karşı devlete verilmesi şeklinde cereyan eden bu uygulama, devlet başkanının veya onun yetki/izin verdiği memurların tasarrufundadır. Görüldüğü üzere karşı devletin bir uygulama teklifine İslâm devletinin menfaatine olmak üzere verilen bir karşılık söz konusudur.⁴⁴⁷

Suçluların iadesi konusunda, devletler uygulamalarını; ya antlaşmalara ya da teamül olarak (*adeten*) bu konuda var olan karşılıklılık ilkesine dayandırırılar. Burada karşılıklılık ilkesi, hem her zaman müracaat edilen ve hem de suçluların iadesi ile ilgili antlaşmalarda yol gösterici olan bir ilkedir.⁴⁴⁸ Bir antlaşmanın bulunmaması durumunda genellikle karşılıklılık ilkesi söz konusu olmaktadır. Kuşkusuz devletler, uluslararası ilişkilerin, barış ve dostluğun esası üzerinden yürütülmesini isterler. Dolayısıyla uluslararası dostluk ve işbirliğinin bir göstergesi olarak devletler suçluların iadesinde karşılıklılık ilkesine riayet edeceklerdir.⁴⁴⁹ Ayrıca tarafların birbirlerine yardımcı olmaları kendilerine büyük kolaylık sağlayacağından, bu konuda kendi aralarında imzalanmış bir antlaşmanın yokluğunda bile, her iki taraf da kendi yararına olan hareket tarzını ortaya koymaya çalışacaktır.

⁴⁴⁷ Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyerî'l-Kebîr*, V, 50.

⁴⁴⁸ Suçluların iadesinin temelini karşılıklılık ilkesi olduğu hususunda bkz. Mahmûd, *Teslîmu'l-Mucrimîn alâ Esâsi'l-Muâmele bi'l-Misl*, 3.

⁴⁴⁹ Bkz. Akdoğan, “Suçla Mücadelede Suçluların İadesi Kavramı”, <http://www.emniyet.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi//34/yeni/web/Huseyin_AKDOGAN.htm>. Yazar, bu çalışmasında, suçluların iadesinde başvurulan karşılıklılık ilkesini, uluslararası hukukun yazılı olmayan kurallarından biri olarak belirtmiştir. Fakat hem yabancı mülkiyet edinmesi, karşılıklı olarak vize işlemlerinin kolaylaştırılması gibi *hususî hukuk* hem de devletlerin birbirlerine uyguladıkları gümrük vergileri ve tarifeleri, denizde dostluk -selâmlaşma ve kazaya uğramış gemilere yardım gibi *umumî hukuk* ile ilgili konularda karşılıklılık (*mütekâbiliyet*) ilkesinin varlığı, uluslararası antlaşmalarla yazılı hale getirilmiştir. Öte yandan karşılıklılık ilkesiyle çok yakından ilgili olan *milletlerarası nezaket kuralları* da daha çok âkit devletler arasında ve antlaşmalarla düzenlenmiş ve de uluslararası hukukun yazılı kuralları haline getirilmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUKÂBELE UYGULAMALARINA GETİRİLEN SINIRLAR

I. MUKÂBELE UYGULAMALARI BAKIMINDAN SAVAŞ ÖNCESİ VE SONRASI DURUM

A. İSLÂM ÖNCESİ MİLLETLERDE SAVAŞIN MAHİYETİ VE SONUÇLARI

İslâmiyet'ten önceki devirlerde, tüm milletler ve topluluklar savaş ve savaşın sonuçları bakımından ortaya koydukları davranış şekilleri ya da uygulamaların aynı veya benzer özellikler taşıdığını söyleyebiliriz.¹

Aşağıda isimlerini zikrettiğimiz milletler veya medeniyetler, esirlere ve kölelere yapılan muameleler; elçilere yapılan muameleler; kadınlara, çocuklara, yaşlılara, savunmasızlara ve savaşmayanlara yapılan muameleler bakımından büyük benzerlikler taşımaktadırlar. Adeta bu tür muamele tarzları o dönemin milletlerinde gelenek haline gelmişti.

Bu benzer özellikler göz önüne alındığında diyebiliriz ki, İslâm'dan önceki milletlerde savaşın yapılışı, ortamı ve neticeleri çok vahşice ve insanlık dışı bir hal almıştı. Böylesi karanlık çağlarda İslâm, yüksek sesle, meşru gerekçe olmadan Allâh'ın haram/yasak saydığı canın öldürülemeyeceğine² vurgu yapmıştır.

Aşağıda, başlıklar halinde belirttiğimiz, İslâmiyet'ten önceki dönemlerde yaşayan milletlerde, savaşın mahiyeti ve sonuçlarının nasıl olduğuna ana hatlarıyla değinelim:

¹ Karakoç, "Türk Hukuk Tarihi'nde Uluslararası Antlaşmaların Uluslararası Hukukun Gelişim Sürecindeki Yeri", *DEÜHFD*, Cilt: VI, Sayı: 2, Yıl: 2004, 201.

² Bkz. Maide, 5/32; Furkan, 25/68.

Eski Mısırlular, başka milletlere hor gözle bakarlar her fırsatta onları esir etmek için savaş çıkarırlardı. Vahşiler gibi, öldürdükleri düşmanların uzuvlarını keserlerdi.³

Mısırlıların diğer doğu halklarına nazaran daha az vahşice savaş adetleri ve usulleri olduğunu söyleyebiliriz. Mağlup düşmanı öldürmektense, köle yapmayı ve bunlara toprağı ekirmeyi veya çok büyük yapıları inşa ettirmeyi tercih ediyorlardı.⁴

Bununla birlikte, Mısırlıların Hititlerle M.Ö. 1269'da imzalamış oldukları ittifak antlaşmasına göre, 'ahlak kurallarının kaba güce üstünlüğü', 'ahde vefa', 'elçilik garantileri' gibi uluslararası temel ilkeler üzerinde durulduğu da olmuştur.⁵

Ayrıca suçluların iadesine ve göç ettirilmesine müteallik hükümler de mevcuttu. İade edilen mücrimlere çok şiddetli cezaların uygulanması (mesela ailelerinin yok edilmesi, sakatlanmaları) yasaklanıyordu ki bu hüküm, bugünkü sığınma hakkına benzeyen bir uygulama şekline işaret etmektedir.⁶

Asurlular, diğerleri gibi aynı vahşeti göstermişlerdir. Şehir ve kasabaları yağmalamışlar, yakıp yıkmışlardır. Mağlupları kazıklara geçirerek veya derilerini yüzerek öldürmüşler; savaş esirlerinin uzuvlarını kesmişlerdir.⁷

Kartacalılar ise esir olarak alıkoymak istemedikleri tutsakların ellerini keserlerdi.

Farslar esirlerine acımadan, olmadık zulüm insanlık dışı fiillerle muamele ederlerdi. Onların gözleri kör edilir, işkenceden geçirilir ve en sonunda öldürülür veya idam edilirdi.⁸

Yunanlılar site devletlerinde karşılıklılık koşulu üzere birbirlerinin vatandaşlarına siyasal haklar tanımışlardır.⁹ Fakat Yunan olmayanlara karşı böyle bir karşılıklılık uygulaması veya hoşgörü gösterilmemiştir. Çünkü sadece anlaşmalı

³ Turnagil, 130.

⁴ Crozat, 181.

⁵ Karakoç, "Türk Hukuk Tarihi'nde Uluslararası Antlaşmaların Uluslararası Hukukun Gelişim Sürecindeki Yeri", 203.

⁶ Crozat, 181.

⁷ Turnagil, 130.

⁸ Hadduri, 131.

⁹ Karakoç, "Türk Hukuk Tarihi'nde Uluslararası Antlaşmaların Uluslararası Hukukun Gelişim Sürecindeki Yeri", 205.

olunan sitenin vatandaşları, ticarî işlemlerde bulunma hakkını elde etmişler ve sitenin ayrıcalıklı kişilerinin korunması altında olmuşlardır.¹⁰

Yunan site devletleri arasında, sitenin haklarını savunan, her türlü dokunulmazlığı¹¹ olan geçici elçiler gönderilmesi; iki veya daha fazla site devleti arasında antlaşmalar yapılması, siteler arasında herhangi bir uyuşmazlık çıktığında genellikle hakeme başvurulması ve savaş konusunda ortak uygulamaların (âdetlerin) olması site devletleri arasında uygulanan savaş öncesi duruma ışık tutmaktadır. Yapılan antlaşmalarla uyuşmazlıkların hakemlik müessesesi ile çözülmesine karar verildiği gibi zararlarla mukâbele (reprisals) ilkesi gereği, işlenen haksız veya menfaat ihlal edici fiilin mahiyetine göre, bu antlaşmaların iptali de meşru kabul edilmiştir.¹²

Çağdaşı olduğu diğer milletlerde ve medeniyetlerde olduğu gibi zararlarla mukâbele fiillerine rastlamak mümkündür. Bu fiiller dönemine göre tamamen normal ve meşru hareketler olarak görülmekteydi. Genellikle saldırganca hareket edilir ve sadece düşmanlar değil masum olanlar bile yağma ve talana maruz kalabilmekteydiler.¹³

En acımasız tahrip, yok etme ve savaş dönemlerinde bile bazı uluslararası kuralların etkisi kendisini göstermeye devam etmiştir. Nitekim savaş durumunda savaş ilan etmenin şart koşulması, savaş esnasında insanlık mefhumunun ve insanî değerlerin korunması, suçluların iadesi, mezarların azizliği ve ibadet edilen mekânlara sığınanların gözetilmesi gibi hususlara uyulması, Yunanlıların uluslararası hukuk açısından belli oranda bir seviye oluşturduklarını göstermektedir.¹⁴ Fakat buna rağmen vahşice bir takım uygulamaların sürdürülmesine engel olunamamıştır.

Romalılar, savaşı düzenleyen gerçek anlamda bir hukukun mevcudiyeti hususunda birbirinden farklı iki görüş ortaya atmışlardır. Ancak şunu diyebiliriz ki,

¹⁰ Karakoç, “Türk Hukuk Tarihi’nde Uluslararası Antlaşmaların Uluslararası Hukukun Gelişim Sürecindeki Yeri”, 207.

¹¹ Elçilerin dokunulmazlığı, âdet/teamul ve kanun tarafından korunmuştur. Elçi, -görevi dolayısıyla-kendi vatanının dışında olmanın sağladığı ayrıcalıklardan yararlanır, bulunduğu ülkenin iç hukuku ona tatbik edilmezdi. Bkz. Korff, Baron Serge A., “Devletlerarası Hukukun Tarihine Giriş”, Çev. İlhan Lüttem, *AÜHFD*, Cilt: II, Sayı: 1, Ankara 1944, 327.

¹² Karakoç, “Türk Hukuk Tarihi’nde Uluslararası Antlaşmaların Uluslararası Hukukun Gelişim Sürecindeki Yeri”, 207-208.

¹³ Korff, 328.

¹⁴ Korff, 329; Crozat, 184.

doğu medeniyetlerinde olduğu gibi Romalılar da, fethedilen yerleri topraklarına katma ve kuvvetin kötüye kullanılması hususunda en az diğer milletler kadar hırslı davranmışlar ve hâkimiyet kurmak için imha savaşlarını benimsemişlerdir.¹⁵ Roma'da milletler, Romalılar ve Romalı olmayanlar diye ikiye ayrıldıkları için iki ayrı uluslararası hukuk uygulaması mevcuttu. Kendilerinden olanlara bazı haklar tanımalarına rağmen, kendilerinden olmayanlara yaşama hakkı bile tanımıyorlardı.

“Düşmanı imhaya yönelik vasıtaların kullanılması hususunda bir yasak mevcut değildi. Galip tarafın, mağlupların şahısları ve malları üzerinde sınırsız bir hakkı vardı. Savaşçılarla savaşçı olmayanlar arasında bir ayırım yapılmıyordu. Fakat verilen sözün tutulması kuraldı. Gönderilen veya kabul edilen temsilciler dokunulmazlıklardan yararlanırlardı. Elçiler ise, uluslararası hukuk ile korunan dokunulmaz şahıs sayılırdı.”¹⁶

Elçiler, sadece müttefik devlet topraklarında değil düşman topraklarındaki ikametleri esnasında bile dokunulmazlıkları olan kişilerdi. Romalı bir elçiyi karşılayan millet ona yiyecek, barınacak yer sağlamak ve gösterişli bir kabul töreni yapmak zorunda idi. Buna mukabil de Roma, diğer milletlerin elçilerini özel törenle karşılardı. Roma'da yabancıları karşılamak ve kabul töreni düzenlemek için özel bir memur bile atanmıştı.¹⁷

M.Ö. Çinliler, uluslararası hukuka dair ilişkilerde büyük gelişmeler kaydetmişlerdir. M.Ö. 720-220 yıllarında iki büyük devir yaşanmıştır. Bunlardan biri, her türlü savaşı mutlak olarak reddeden barışçı devir olup diğeri ise, devletin hakkını alabilmek (ihkâk-ı hak) için zorlayıcı bir tedbire veya meşru/haklı savaşa başvurabileceğinin kabul edildiği devirdir.¹⁸

Antik Çin medeniyetinin her türlü savaşı mutlak bir tarzda reddeden barışçı devrinde, uluslararası ilişkileri ve hukuku ilgilendiren konularda gelinen seviyenin, bugünkü manada olmasa da, kendi zamanına göre ileri olduğunu söylemek mümkündür. Diğer taraftan savaşın hâkim olduğu devirde ve ortamda, savaşın

¹⁵ Crozat, 185-187.

¹⁶ Crozat, 187.

¹⁷ Korff, 331.

¹⁸ Crozat, 180; Pazarcı, *I. Kitap*, 39.

mahiyeti ve neticeleri diğer milletlerde veya medeniyetlerde olduğu gibi sonuçlar doğurmuştur.

Elçiler gönderilmesi, uluslararası antlaşmalara riayet edilmesi, mutlak hâkimiyetin inkârı, savaşı bertaraf etmeyi mümkün kılacak vasıtaların araştırılması, tecavüz ve fetih savaşlarının engellenmesi gibi konular Çinlilerin o zamandan konuştukları meseleler olmuştur.¹⁹

M.Ö. Türkler, özellikle töreye dayalı bir yönetme sanatına sahiplerdi. Buna bağlı olarak hükümdarlar yasaların kendileri için de bağlayıcı olması gerektiğini kabul etmişlerdir. Kanunlaştırma çalışmalarına aşina olmuş Türk devletlerinde uluslararası hukuka ilişkin kuralların yerleşmiş olması kaçınılmazdır.

Eski Türklerde uyumsuzlukların önce antlaşma yapmak suretiyle çözümü esas kabul edilmiştir. Fakat taraflar uyumsuzluklarını antlaşmalar ve savaş öncesi zorlama yollarıyla halledemediklerinde savaşa başvururlardı. Eski Türklerden kalma Oğuz Destanı gibi tarihî/edebî kaynaklarda, savaş sonunda fethedilen ülkelerde yapılan uygulamalardan bahsedilirken insan öldürme ve katliama ilişkin ifadelere rastlanılmamıştır.²⁰

Etiler, antlaşma yaptıkları milletlerle ilişkilerini, eşitlik esası üzerine yürütürlerdi. Antlaşmalar yeminle teyit edilir ve süresiz kabul edilirdi. Bu tür antlaşmalarda iki konu ele alınırdı: Suçluların iadesi ve himaye altında olanlar. Fakat bu kapsamda bazen karşılıklılık (*mütekâbiliyet*) kaydı bulunmakla beraber hükümlerden çoğu, taraflar arasında eşitlik olmadığını göstermektedir.²¹

Yahudiler, mevcudiyetlerini muhafaza etmek, yeryüzünde mekân tutmak ve fetihle yayılmak için savaşı kendi milletine farz kılmış bir millettir. Yahudilerin savaş mantığının zihni temelleri, kendi milletinin eğitimi ve fethedilmiş beldelerin sakinlerinin yok edilmesi şeklindeki umumî savaş fiilleri üzerine kuruludur.²²

¹⁹ Crozat, 180.

²⁰ Karakoç, "Türk Hukuk Tarihi'nde Uluslararası Antlaşmaların Uluslararası Hukukun Gelişim Sürecindeki Yeri", 217.

²¹ Crozat, 181.

²² Tevrat, *Hâkimler*, Bab: 20, âyet: 37, 45, 48. Özellikle 48. âyette İsraililerin Benyamin kentlerindeki insanları, hayvanları ve bütün canlıları kılıçtan geçirdiklerinden ve tüm kentin ateşe verildiğinden bahsedilmektedir.

Eski Ahit'in Yasa'nın Tekrarı (Tesniye) bölümünde, "Bir yeri ebediyen mülkiyetine geçirmek için Rabbin seni bir yere soktuğu zaman, senden önceki birçok milletlerle, onları yok edinceye ve onlardan biri kalmayınca kadar savaş. Onlara ahit verme (onlarla antlaşma yapma) ve onlara karşı asla seni bir şefkat ve merhamet duygusu kaplamasın."²³

Kuşkusuz saldırıdan önce bir barış önerisinin varlığından bahsedilmektedir. Fakat bu teklifin reddedilmesine karşılık bütün erkeklerin kılıçtan geçirilmesi; kadınların, çocukların, hayvanların ve kentteki her şeyin yağmalanması; hatta kendilerinden olmayan halkların kentlerinde soluk alan hiçbir canlıya yaşama hakkı tanınmaması istenmekteydi.

Neticede, savaşlarda görülen birçok vahşice uygulamalara bakıldığında, Yahudilerin de diğer milletlerden bir farkı olmadığı görülür. Mesela kendilerine yakın coğrafyada bulunan Farslıların ve Asurluların savaşlarda uyguladıkları kuralları, hal ve hareketleri İbranilerde de görmek mümkündür. Yukarıda da değinildiği gibi, üstelik bu uygulama için dinî mesnetleri de mevcuttu.²⁴

İbraniler, vahyî/semavî dinin mensupları olarak kendilerini seçkin bir kavim olarak vasıflandırıyorlar ve bu özellikleriyle gurur duyuyorlardı. Dolayısıyla diğer kavimleri hiçbir zaman kendilerine eşit kabul etmiyorlardı.²⁵

Hıristiyanlığın başlangıcında savaş haram kılınmıştı. Savaşın haram/yasak olduğuna inananların sayısının artmasına bağlı olarak askerlik sanatının haram olduğunu düşünenlerin sayısı da giderek artmış, fakat bu durum çok fazla sürmemiştir. Zamanla devlet zarureti ile İncil'in metni arasında bir uygunluk sağlanmak suretiyle sonrakilerin zorla asker yapılması yoluna gidilmiştir. Bu durumda, *caiz olan savaş* ile *yasaklanan savaş* diye kavramlar oluşturulmuş ve bunlar arasında da bir ayırım yapma ihtiyacı hâsıl olmuştur.²⁶

²³ Tevrat, *Tesniye*, Bab: 20, âyet: 10-17. Ayrıca Eski Ahit'in Zebur (Mezmurlar) bölümünün 5. Kitabında (149. Mezmur; 6. ve 7. âyetler), İsrail (Siyon) halkının uluslardan öç almasından ve halkları cezalandırmasından söz edilmektedir.

²⁴ Bkz. Tevrat, *Tesniye*, Bab: 20, âyet:10-17.

²⁵ Crozat, 182.

²⁶ Tabbara, 390.

B. UYUŞMAZLIK VEYA SAVAŞ DURUMUNDA İSLÂM'IN BELİRLEDİĞİ MUAMELE ŞEKLİ

İslâm'ın getirdiği bir takım dinî ve insanî kıstaslar çerçevesinde İslâm hukuku, hem gayrimüslimlerle ilişkilerin dostane sayılamayacağı uyumsuzluk ortamında hem de savaş ortamında (savaş öncesi, sonrası ve esnasında) gayrimüslimlerden bir takım insanların farklı muameleye tâbi tutulmasını emretmektedir.

İslâm'ın savaş hukukuna dair ortaya koyduğu ilkeler kendi konjonktüründe çok üstün ahlakî ve insanî meziyetleri temsil etmekteydi. İslâm hukukunun bu ilkeleri/meziyetleri,²⁷ gayrimüslimlere hangi durumlarda ne şekilde muamele edileceğini ortaya koyduğu gibi, düşmana karşı nasıl bir muamele (*mukâbele*) tarzının söz konusu olduğunu ve bunun sınırlarının ne olması gerektiğini de göstermekteydi.

İslâm, o zamana kadar uluslararası alanda kural dışılığın kural olduğu, insanlık dışı muamelelerin genel geçer kabul edildiği ortamda, savaşın da bir hukukunun ve etiğinin olduğunu, tüm insanların dikkatlerine sunuyordu.

Hz. Peygamber, uyumsuzlukların savaşa varmadan çözülmesi için önce uzlaşma çareleri arardı.²⁸ Bir savaş için gönderdiği komutanlarına/askerlerine de, savaşmadan önce düşmanı İslâm'a davet etmelerini tavsiye eder ve onlardan ilk saldıran ve ilk öldüren olmamalarını isterdi.²⁹

²⁷ Bahsi geçen ilkeler, Tez metni (İkinci Bölüm, “ II. Mukâbele Uygulamalarının Tatbikinde Dikkate Alınan Temel İnsanı İlkeler” başlığı altında), 81-109'da ayrıntılı olarak incelenen Adalet, Ahlak ve Hakkaniyet ilkeleridir.

²⁸ Âyette (Nahl, 16/125) de işaret edildiği gibi, Hz. Peygamber, müşrikleri, hikmet ve güzel sözle Allâh'ın dinine davet etmek ve onlarla en güzel şekilde mücadele etmekle görevlendirilmiştir. Bkz. el-Mâverdî, 84; es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 2. Ayrıca krş. Ebû İyd, 147.

²⁹ Ehl-i kitâb ve mecûsiler, genellikle daha önceden kendilerine İslâm daveti ulaştığından, savaştan önce İslâm'a davet edilmezlerdi. Putperestler (*abdetu'l-avsân*) ise, çoğunlukla önceden İslâm davetinden haberdar olmadıklarından, savaş öncesinde İslâm'a davet edilirlerdi. O kadar ki, ister ehl-i kitâb ve mecûsî olsun isterse putperest, kendilerine İslâm daveti ulaşmamış olanlar, kendileriyle savaşılmadan önce İslâm'a davet edilmeleri istenirdi. Nitekim Muslim ve Ebû Dâvûd'dan rivayet edilen hadise göre, (müşrik) düşmanlar, savaştan önce İslâm'a davet edilirler; icâbet ederlerse ikrarları kabul edilir. Eğer daveti reddederlerse, kendilerinden cizye vermeleri istenir; kabul ederlerse kendi halleri üzere bırakılırlar. Fakat eğer -bu teklifi de- reddederlerse Allâh'tan yardım dileyerek onlarla savaşılır. Bkz. Muslim, Cihâd, 2 (1731); Ebû Dâvûd, Cihâd, 90 (2612). Ayrıca bkz. İbn Ruşd el-Hafîd, I, 312; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 29.

İslâm'ın ortaya çıktığı ve davet emrinin başladığı sıralar, düşman (küffar), kendileriyle savaşılmadan önce, İslâm'a davet edilirdi. Kendilerine davet (*ed-da've*) ulaşmamış bir kavmi

İslâm'ın gelişine kadar değersiz ve alt statüden kabul edilen ve devamlı istismar edilen kadın, köle, esir gibi bazı kesime, ihlal edilen bir takım haklara, menfaatlara ve değerlere karşı yapılacak muamelenin (mukâbelenin) şeklini ve şartlarını aşağıda belirttiğimiz başlıklarda ayrıntılı olarak görmek mümkündür.

1. Elçilere Yapılacak Muamele

Cahiliye zamanında elçi öldürmek mubah görülürken Hz. Peygamber, elçinin saldırıdan korunmuş ve dokunulmaz olması esasını gerek sözü ve gerek fiili ile ortaya koymuştur. İslâm devletine gelen bir harbî, “*ben elçiyim*” dese ve devlet başkanının gönderdiği yazılı bir belgeyi (mektup) gösterse, mesajını iletinceye ve ülkesine dönünceye kadar emniyette sayılırdı. Cehalet döneminde elçiler böyle bir emniyete sahip değilken İslâm onlara bu emniyeti sağlamıştır.³⁰ Çünkü devletler arasındaki savaş ve barış ilişkileri kuşkusuz elçiler vasıtasıyla sürdürülmekteydi. Hz. Peygamber elçilere, edep ve saygı sınırlarını aşmalarına rağmen, gereken saygıyı ve iyi muameleyi göstermiştir. Elçiler, kendilerini gönderen ülkenin reisi gibi karşılanmışlardır. Ne mallarına ne de kişilik haklarına dokunulmuştur. Elçilerin masuniyeti konusunda, İslâm coğrafyasında yer etmiş olan *elçiye zeval olmaz* anlayışı, bu tatbikatın bir ürünü olsa gerek.

İslâm'a davet etmeden onlarla savaşmak helâl olmazdı (Bkz. el-Mâverdî, 84). İbn Abbas, Hz. Peygamber'in bir kavmi İslâm'a davet etmeden onlarla savaşmadığını (Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 191; es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 30), asıl maksadın, Müslümanların, müşriklerin mallarını almak için değil onları İslâm'a davet etmek için savaştıklarını bildirmek olduğunu söyler. İslâm'ın yayılması tüm müşrikler için davet anlamına geldiğinden tekrar davete gerek kalmamıştır. Hatta davetle meşgul olmak Müslümanların aleyhine olacak ve onlara zarar verecekse, davet etmeksizin onlarla savaşmakta bir engel (beis) yoktur. Nitekim Hz. Peygamber, Usâme b. Zeyd'in, (ehl-i) Ubnâ'ya sabah vaktinde (habersiz) saldırmasını emretmiştir. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 6; a.mlf., *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 57-58; ez-Zeylaî, *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, III, 243; el-Haddâdî, II, 330.

İbn Kudâme'nin Ahmed b. Hanbel'den rivayet ettiğine göre, Hz. Peygamber'den sonra İslâm daveti her tarafa yayıldığı için savaştan önce müşriklerin (gayrimüslim) İslâm'a davet edilmeleri gerekli değildir; eğer davet edilirlerse, bunda da bir sakınca yoktur. Bkz. *el-Muğni*, XIII, 30.

Bu konudaki görüşleri şöylece özetlemek mümkündür: İmâm Mâlik'e göre, davet ulaşın ulaşmasın, savaştan önce müşriklerin İslâm'a davet edilmeleri gereklidir. İçinde Hasen el-Basrî (ö.110/728), es-Sevrî, el-Leys, eş-Şâfî, Ahmed b. Hanbel gibi mezhep imamları ile hanefilerin ve Şia'dan zeydilerin bulunduğu çoğunluk âlimlere göre ise, -savaştan önce- davet ulaşmamış olanlara davet gerekli (*vâcib*); ulaşmış olanlara gerekli değil ama yapılırsa güzel (hasen, mustehâb)dir. Bkz. Sahnûn, III, 2-3; et-Taberî, 2-3; et-Tahavî, III, 425; el-Hârûnî, VI, 498-500; es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 31; el-Merğînânî, II, 812; el-Mevsilî, II, 372-373; ez-Zeylaî, *Nasbu'r-Râye Tahricu Ehâdisi'l-Hidâye*, III, 587-588; Ebû İyd, 148-150; ez-Zuhaylî, *Âsârû'l-Harb fi'l-Fıkhî'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhîyye Mukarene*, 154-155.

³⁰ es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 92.

Hız. Peygamberin, sekiz devlet başkanına ve Arap yarımadasındaki emirlere, onları İslâm'a davet eden mektuplar taşıyan elçiler gönderdiğini biliyoruz. Bu yöneticiler Hız. Peygamber'in davetini reddetmişlerdir. Bunlardan bazıları gönderilen elçileri öldürmüş, bir kısmı gönderilen davet mektubunu parçalamış ve onu getiren elçiyi de tehdit etmiştir. Bu durumda Müslümanların üzerine düşen vazife, kendilerine gönderilen davetçileri öldüren ve halkını zulüm siyasetiyle yöneten bu meliklerle, zararlı mukâbele amacıyla savaşmak olmuştur.³¹

Bir defasında el-Müseylemetu'l-Kezzâb'ın gönderdiği elçiler,³² Hız. Peygamber'in huzuruna vardıklarında hem edep sınırlarının dışına çıkmışlar hem de diplomatik üslup dışı sözler sarf etmişlerdir. Bu hareketlerine karşılık, elçi sıfatıyla geldikleri için, kendilerine hiçbir şey yapılmamıştır. Hız. Peygamber onlara sadece sakin bir şekilde: *"Eğer siz -ikiniz- elçi olmasaydınız boynunuzun vurulmasını emrederdim"* demiştir.³³ Rasulullah'ın bu tavrı, elçilerin emniyetine çok güzel bir delildir.

Oysa Müslüman elçiler gittikleri ülkelerde hiç de iyi muamele görmedikleri gibi üstelik bazıları, sırf Hız. Peygamber'in mesajını ilettikleri için, ölümle yüz yüze gelmiş, bazıları da öldürülmüşlerdir. Bu sahnelere, Hız. Peygamber'in tebliğ için gönderdiği diplomatik mektup taşıyan elçilere karşı yapılan muamelelerde tanık olmaktayız. Nitekim İranlıların meliki Kisrâ, Hız. Peygamber'in mektubunu yırtmış mektubu getiren elçiye, öldürme derecesinde ağır eziyet ve hakaretlerde bulunmuştur.

İslâm'a davet amacıyla Gassanî reislerine gönderilen elçiler de insanlık sınırını zorlayan hakaretler görmüşlerdir. Yine Busrâ (Filistin) reisine (vali) gönderilen elçi de Şurahbîl İbn Amr adındaki bir Gassanî lider tarafından kendi topraklarında yolda katledilmiştir.³⁴

³¹ Tabbara, 396.

³² Nuaym b. Mesûd el-Eşce'i'nin rivayet ettiği bir hadiste, Müseyleme'nin mektubunu getiren elçilerin, İbn Nevvâhe ve arkadaşı olmak üzere iki kişi olduğu zikredilmektedir. Bkz. Mansûr, IV, 401 (ve 2 no'lu dipnot).

³³ Ebû Dâvûd, Cihâd, 154 (2761, 2762.); Dârimî, Siyer, 59; es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 92; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 79; a.mlf., *el-Kâfi*, V, 566.

³⁴ Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, I-II, İmaj İç ve Dış Ticaret A.Ş., Ankara 2003, I, 329. Hamidullah, bu Müslüman elçinin Hâris İbn Umeyr olduğunu söyler. Bkz. *İslâm Peygamberi*, I, 330.

Elçiler sadece olağanüstü durumlarda (gözetiminde) tutulurlar veya hapsedilirlerdi. Nitekim bu amaçla Hz. Peygamber, Mekke'de alıkonulan Müslüman elçi, kendisinin ordugâh kurduğu Hudeybiye'ye sağ ve sâlim dönünceye kadar Mekkeli delegeleri alıkoymuştu.³⁵

Eğer devletler arasında karşılıklı olarak *mütekâbiliyet ilkesinin* geçerli olacağına karar verilmiş ise, devletler arası diplomatik ilişkiler dolayısıyla İslâm ülkesine giren elçilerin malları, İslâm topraklarında gümrük vergisinden muaf tutulur.³⁶ İslâm hukukçuları yabancılara tanınacak böyle bir ayrıcalığın karşılıklı olması halinde mümkün olabileceğine dikkat çeker. Nitekim bu amaçla İmâm Muhammed, yabancı devletlerin Müslüman elçileri gümrük vergilerinden ve diğer vergilerden muaf tutması halinde, bu devletlerin elçilerinin de İslâm ülkesinde aynı ayrıcalıklardan faydalanabileceğini belirtmektedir.³⁷ Aksi takdirde sıradan yabancı ziyaretçilerden alınan vergiler, yabancı elçilere de tatbik edilir.

2. Savaş Durumunda Emanetlere Yapılacak Muamele

Mekkelilerin taşkınlıkları en yüksek haddine eriştiği ve Hz. Peygamberi öldürmek için suikast düzenledikleri bir zamanda, Hz. Peygamber Mekke'yi terk ederken, kendisine düşmanca tavır sergileyen Mekkelilerin emanet verdikleri malları, hiç bir hâlel getirmeden sahiplerine teslim etmek üzere Hz. Ali'ye bırakmıştı. İslâm'daki emanet şuuru ve Hz. Peygamber'in gönderildiği risalet vazifesi bunun dışındaki muameleye zaten müsaade etmezdi.³⁸ Öyleki Kur'ân'da emanetlere dair vaz' edilen hükümler ve verilen önem, bu konudaki İslâmî hassasiyeti/tavrı, en üst düzeyde ortaya koymaktadır.³⁹

Medine'deki Nadir oğulları Yahudileri ile İslâm devleti arasında çıkan harp sonucunda Hz. Peygamber, bozguna uğrayan Yahudilerin Medine'den çıkmasıyla yetinmiş, onların nakli mümkün olan mallarını da yanlarında götürmelerine izin vermiştir. Ayrıca, Müslümanların onlara olan borçlarının zamanı geldiğinde kendilerine ödeneceğini, savaş sebebiyle borçların silinemeyeceğini fakat borçların

³⁵ Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 244.

³⁶ Bkz. Ebu Yusuf, *Kitabu'l-Harac*, 116; es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, IV, 67.

³⁷ Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, IV, 67.

³⁸ Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 306.

³⁹ Bkz. Bakara, 2/283; Nisa, 4/58.

hemen ödenmesini istemeleri halinde, Müslümanların, bazı indirimlerle yeni bir anlaşma yapmakta serbest olduklarını da belirtmiştir.⁴⁰

Hz. Peygamber bir hadisinde: “*Kılıç bütün mükellefiyetleri siler, borç hariç*”⁴¹ buyurmuştur. Veda hutbesinde ise: “*Kimin yanında bir emanet varsa, bu emaneti sahibine geri versin*” buyurmak suretiyle İslâm’da emanet şuuruna dikkat çekmiştir.⁴²

3. Savaş Meydanında Ölümlere Yapılacak Muamele

İslâm hukuku, düşman ölümlerinin uzuvlarının kesilmesini kesin olarak yasak etmiştir. İslâm dinine göre, ölüye daima hürmet gösterilir.⁴³ Mükerrer olarak yaratılan insanoğlu, insanlık onuruna yaraşır bir şekilde yaşaması gerektiği gibi insanlık onuruna yaraşır bir şekilde ölmelidir.

Fakat Ebu Süfyan’ın karısı Hind, Bedir savaşında ölen babası (Utbe), amcası (Şeybe) ve kardeşinin (Velîd) intikamını almak için, Uhud savaşında bir kâtil (Vahşi) tutup Hz. Hamza’yı öldürmekle kalmamış, savaş sonunda kendince kin ve intikam duygularını dindirmek kastıyla kendisi ve yanındaki kadınlarla Müslüman ölümlere, benzeri görülmemiş bir muamelede bulunmuşlardır.⁴⁴ İbn İshâk’ın Sâlih b. Keysân’dan rivayetle dediğine göre, Hind b. Utbe yanındaki kadınlarla, Hz. Peygamber’in ashabından öldürülenlerin burunları ve kulaklarını kesmek suretiyle onlara müsle yapmış, o kadar ki, öldürülen Müslüman erkeklerin burunlarından halhal, kulaklarından da gerdanlık yapmıştır. Dahası Hind, Hz. Hamza’nın burnunu ve kulaklarını kesmiş, karnını yararak ciğerini çıkarmış ve kanını yudumlayacak kadar insanlık dışı muamele ile mukâbelede bulunmuştur.⁴⁵ Hind’in, Hz. Hamza’nın cesedine yaptığı bu muamele, o günün savaş mantığı içerisinde sıradan, makul bir fiil gibi görünse de, İslâm, böylesi vahşice muameleyi hoş görmemiş ve ilk fırsatta ortadan kaldırmıştır.

⁴⁰ Hamidullah, *İslâm’da Devlet İdaresi*, 307.

⁴¹ Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi’s-Siyeri’l-Kebîr*, I, 20; Hamidullah, *İslâm’da Devlet İdaresi*, 309.

⁴² Hamidullah, *Mecmuatu’l-Vesâiki’s-Siyâsiyye (li Ahdi’n-Nebeviyye ve’l-Hilâfeti’r-Râşide)*, 361.

⁴³ Hamidullah, *İslâm’da Devlet İdaresi*, 389.

⁴⁴ Kandemir, M. Yaşar, “Hind bint Utbe”, *DİA*, İstanbul 1998, XVIII, 64-65.

⁴⁵ Bkz. İbn Hişâm, 674, 678; Nedvi, A. Ahmed/Ensarî, Sahib, *Asr-ı Saâdet Hayat’üs-Sahabe*, Çev. Ali Genceli, I-VI, Şamil Yayınevi, İstanbul 1985, I, 93; Hamidullah, *İslâm Peygamberi*, I, 235; Aksu, Zâid, *İslâm’ın Doğuşunda Toplumsal Realite-Hukukî Âyetler ve İctihâdî Kaynaklar*, İlahiyât, Ankara 2005, 118.

İslâm, o güne kadar uygulana gelen bu vahşice uygulamayı, *müsleyi*, yasaklayarak, mukâbelenin (*misilleme* ve *zararla mukâbele*) mümkün olamayacağı alanlar konusunda bir ilke daha ortaya koymuştur. Bu ilke ile düşman ölülerini parçalamak, insanlık onuruna yakışmayacak şekilde düşman ölülerinin uzuvlarını kesmek (müsle yapmak) veya benzeri kötülükler yasaklanmıştır.⁴⁶

Diğer taraftan Hz. Peygamber, defnedilmeye götürülen bir gayrimüslimin nâşî dahi olsa ayağa kalkar ona saygı gösterirdi.⁴⁷ Onun tavsiyesiyle, savaşlarda ölmüş düşman cesetleri, Müslümanları gibi defnedilirdi.⁴⁸ Eğer düşman, ölenlerin cesetlerinin kendilerine teslim edilmesini talep edecek olsaydı, İslâm'ın fazilet ve rahmet ilkesinin bir gereği olarak bu istek reddedilmezdi.⁴⁹

4. Esirlere Yapılacak Muamele

İslâm hukuk literatüründe esir, savaşta ele geçirilen düşman/kâfir askerine verilen addır.⁵⁰ Bir de ele geçirilen kadın ve çocukları ifade eden seby (çoğulu için sebâyâ) terimi kullanılmaktadır.⁵¹ Kur'an'da birkaç yerde savaş esirlerine temas edilerek onlara uygulanacak muamele ve karşılaşacakları durum üzerinde durulmuştur.⁵² Fakat nâzil olan bu âyetler, konunun farklı yönlerini ortaya koymaktadır.

⁴⁶ Bkz. Muslim, Cihâd, 3; Ebû Dâvûd, Cihâd, 110; Tirmîzî, Siyer, 47; Diyât, 14 (1407).

⁴⁷ Böyle bir olay, Yahudi bir cenaze hakkında vuku' bulmuştur. Câbir b. Abdullâh'tan rivayet edildiğine göre o şöyle dedi: "Önümüzden bir cenaze geçiyorken Rasulullâh (s.a.v) hemen -ona saygı olsun diye- ayağa kalktı. Biz de ayağa kalktık ve şöyle dedik: 'Ey Allâh'ın Rasulü! Bu geçen bir Yahudi cenazesidir.' O da: 'Cenaze gördüğünüz zaman -saygı için- hemen ayağa kalkın.'" Bkz. el-Buhârî, Cenâiz, 49 (131).

⁴⁸ Hz. Peygamber, Bedir harbi sonrasında düşman cesetlerinin gömülmesini emrederek onlara da gereken ihtiramın gösterilmesini sağlamıştır. Bkz. Hamidullah, *İslâm'da Devlet İdaresi*, 389 (2 no'lu dipnot); Hamâde, 124; ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fıkhî'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhîyye Mukarene*, 446. Çünkü İslâm'da ölülere yapılması beklenen şey (*el-matlûb*) onların örtülmesidir. Bkz. ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fıkhî'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhîyye Mukarene*, 447. Örneğin İbâzîlere göre, başkalarının yapmaması halinde, zaruret durumunda, düşman ölülerini Müslümanlar defneder. İmâmiyye mezhebine mensup bazıları da, 'bütün düşman ölüleri defnedilir, güzel olan da budur' der. Bkz. ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fıkhî'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhîyye Mukarene*, 445.

⁴⁹ Söz gelimi Hendek savaşında müşrikler, içlerinde Nevfel b. Abdullâh b. el-Muğîre'nin de bulunduğu üç müşrikin cesedini Hz. Peygamber'den satın almak istediklerinde, Hz. Peygamber, "onun cesedine ve parasına ihtiyacımız yoktur" buyurdu ve cesetlerini onlara vererek oradan ayırdı. Bkz. Hamâde, 124; ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fıkhî'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhîyye Mukarene*, 447.

⁵⁰ el-Mâverdi, 232; el-Kâsânî, IX, 397; Bilmen, III, 401.

⁵¹ Bkz. Ebû Yûsuf, *er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâi*, 70; eş-Şâfiî, IV, 238; el-Beyhakî, XIII, 197; el-Kâsânî, IX, 397; eş-Şirbînî, IV, 227; Bilmen, III, 402.

⁵² Meselâ bkz. Bakara, 2/85; Enfâl, 8/67, 70; Tevbe, 9/5; Muhammed, 47/4; İnsan, 76/28.

Müslümanların organize bir güç ve otorite olarak galip geldiği ilk savaş, Bedir savaşıdır. Bu savaşta Müslümanların ortaya koyacağı hareket tarzı ve insanî muameleler Müşrikler, Yahudiler ve Hıristiyanlar tarafından çok merak edilmekteydi. Neticede herkes gördü ki, Bedir savaşında Müslümanların esirlere yönelik muamelesi, o zamana kadar alışık olunmadık bir şekilde cereyan etmiştir. Daha önce çok sınırlı bir şekilde esirlere ve esirler hukukuna özen gösterilmesine rağmen Müslümanlar, savaşın bir sonucu ve realitesi olan esirler hususunda örnek bir tavır sergilemişlerdir.⁵³ Esirler öldürülmeyip, fidye karşılığı serbest bırakılmak suretiyle canları bağışlanmış ve onlara son derece iyi muamele edilmiştir.

Diğer taraftan, Mekke döneminde, Müşriklerin Müslümanlara yaptıkları kötülükler düşünülünce, Müslümanların böylesi bir zafer neticesinde tüm esirleri katletmesi işten bile değildi. Üstelik buna, o zamanın savaş kültürü ve hukuku da müsaitti. Fakat buna mukabil, hem bir nebi hem de bir komutan/lider olarak Hz. Peygamber, o döneme göre savaş hukukunda eşine rastlanmayan bir uygulamaya imza atarak düşmanlarını bile hayrete düşürmüştür.

Hız. Peygamber, esirlerin can güvenliğini korumak için onları kendi askerleri arasında taksim etmiş ve onlara iyi davranılması hususunda talimatta bulunmuştur. Elbisesi olmayan esirlere elbise temin edilmiş ve Müslümanlarla eşit derecede doyurulmuşlardır.⁵⁴ Aslında böyle bir muamele tarzında şaşılacak bir şey yoktur. Çünkü Kur'ân'a göre de esirlerin karşılıksız doyurulması gerekmektedir.⁵⁵

Hız. Peygamber'in, Bedir savaşında elde edilen esirlere yaptığı bu muameleden önce, esirler bazen öldürülürler bazen de köle olarak satılırlardı. Özellikle kadınlar ve çocuklar bazen karşılıksız, bazen de fidye karşılığında serbest bırakılırsalar bile genelde çok kötü muamele görürlerdi. Fiilen ya da görüş bildirmek

⁵³ Esirlere/esirliğe dair hükümler, o döneme göre ileri denebilecek ahlâkî ilkelerle donatılmıştır. Mesela kadın, çocuk, yaşlı ve din adamlarına bir takım ayrıcalıklar tanınmıştır (Dönmez, I, 488). Yine o zamana kadar insanlar birçok sebeple köle/esir edilebilirken, İslâm esareti, savaşla sınırlanmıştır (Bkz. Karakoç, "Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım", 101).

⁵⁴ Hız. Peygamber'in esirlere hassas davranılması; onlara insanca muamele edilmesi yönündeki emirlerine özenle riayet eden sahabiler bazen kendi paylarına düşen giyecekleri, esirlerine vermişlerdir. Bkz. Buhârî, Cihâd, 142 (3008). Ebû Musa'dan gelen bir rivayette ise, Hız. Peygamber esirlerin çözülmesini, açların doyurulmasını, hastaların tedavi edilmesini istemiştir. Bkz. el-Buhârî, Cihâd, 171 (3046); Nikâh, 72 (5174); Et'ime, 1 (5373); Merdâ, 4 (5649); Ahkâm, 23 (7173).

⁵⁵ Bakara, 2/177; İnsan, 76/ 8-10.

suretiyle Müslümanlara karşı savaşa katılan kadın ve çocuklar hariç, savaş sonunda esir alınan kadınların ve çocukların öldürülmesi, âlimlerin ittifakına göre caiz değildir.⁵⁶ Bu hüküm, Hz. Peygamber'in ordu komutanlarına söylediği, “*Küçük çocukları, kadınları ve yaşlıları öldürmeyin*” hadisine⁵⁷ dayanmaktadır.

Bedir savaşında ele geçirilen esirlerin akıbeti konusunda sahabe arasında iki ayrı görüş ortaya çıkmıştır. Bunlardan biri, esirlerin fidye karşılığı serbest bırakılmasına dair Hz. Ebû Bekir'in savunduğu görüş, diğeri ise Hz. Ömer'in savunduğu, esirlerin öldürülmesi görüşü idi. Hz. Peygamber ise, sahabenin içinde buldukları maddi sıkıntılardan dolayı Hz. Ebû Bekir'in görüşünden yana tercihini kullanmıştır.⁵⁸

Esasında Hz. Peygamber'in savaş esirlerine dair muamelesini, Bedir'de olduğu gibi, sadece fidye karşılığında veya karşılıksız serbest bırakma şeklindeki uygulamaya indirgemek doğru değildir. Sonraki uygulamalarıyla ele aldığımızda Hz. Peygamber'in savaş esirlerine yaptığı muameleyi temelde üçe ayırmak gerekir: Birincisi, Bedir savaşı sonunda olduğu gibi, esirlerin fidye karşılığında veya karşılıksız serbest bırakılmaları. Bu muamele, esirlere yapılan muamele şekillerinin ilkidir.⁵⁹ Bundan sonra, esirlere yönelik olarak Hz. Peygamber'den, Kur'ân

⁵⁶ eş-Şâfiî, IV, 175, 239; el-Mâverdî, 238; İbnu'l-Arabî, I, 104, 105; es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 29; İbn Ruşd el-Hafîd, I, 309; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIII, 44; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 131.

⁵⁷ Ebû Dâvûd, Cihâd, 82 (2614).

⁵⁸ es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 138-139.

İbnu'l-Arabî ve el-Kurtubî, Enfâl suresi 67. âyetin nüzul sebebi hakkında şöyle bir bilgiye yer vermektedir. Muslim'in (Bkz. Muslim, Cihâd, 1763) Hz. Ömer'den, et-Tirmizî'nin de Hz. Ebû Bekir, Hz. Ömer ve İbn Revâhe'nin sözlerinden özetle rivayet ettiğine göre, Hz. Peygamber, Hz. Ebû Bekir ile Hz. Ömer'e, Bedir esirlerine nasıl bir muamelede bulunacakları hakkında fikirlerini sorduğunda, Hz. Ebû Bekir: “Ey Allâh'ın Nebisi! Onlar amca çocukları ve aşirettendir. Ben onlardan fidye alınmasından yanayım. Fidyeye ise düşmana karşı kuvvetli olmamızı sağlar. Umulur ki Allâh onları, İslâm'ı seçmekle hidayete erdirir.” diye cevap vermiştir. Hz. Peygamber Hz. Ömer'e, “Sen ne düşünüyorsun” diye sorduğunda ise, Hz. Ömer: “Ey Allâh'ın Rasulü! Ben Ebû Bekir'in görüşüne katılmıyorum. Ben esirlerin boyunlarının vurulması taraftarıyım. Zira bunlar küfrün önderleri ve şiddetli savunucularıdır” diyerek karşılık vermiştir. Bundan sonra Hz. Ömer sözlerine devam ederek, Hz. Peygamber'in, kendisinin değil de Hz. Ebû Bekir'in görüşüne meylettini belirtmektedir. Bkz. İbnu'l-Arabî, II, 880; el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, X, 72-73. Ayrıca bkz. es-Sââtî, XIV, 102-103.

⁵⁹ Hz. Peygamber'in Bedir esirlerine karşı ilk ve ağırlıklı muamele şekli, karşılıklı veya karşılıksız serbest bırakılmaları olmakla beraber tek muamele şekli bu değildir. Söz gelimi Ukbe b. Ebî Muayt ve en-Nadr b. el-Hâris gibi küfre önderlik eden ve İslam'a düşmanlıkları devam eden bir kısım esirler, Hz. Peygamber'in emriyle öldürtülmüştür. Bkz. eş-Şâfiî, IV, 238; el-Beyhakî, XIII, 197, 199; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 483; a.mlf., *el-Muğni*, XIII, 46. Fakat savaş esirlerinin

hükümlerine dayalı başka uygulama şekilleri (*sünnet*) de sadır olmuştur.⁶⁰ İkincisi, Evtas savaşında olduğu gibi, askerler arasında ganimet (köle) olarak paylaşılması.⁶¹ Üçüncüsü ise, Kureyza esirlerine yapıldığı gibi, öldürülmeleri.⁶²

Konuyla ilgili inen âyetlerden⁶³ sadır olan hükümler ve Hz. Peygamber'in uygulamalarındaki çeşitlilik müctehid imamların icihadlarına da yansımıştır. Dolayısıyla esirlere yönelik gerçekleştirilen uygulamalarda, nassa bağlı olarak, İslâm âlimleri (*fukahâ*) arasında görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır.⁶⁴ Müslümanların işlerini yürütmekle görevli olan devlet başkanı da doğal olarak bu uygulama çeşitlerinden, Müslümanların menfaatine en uygun olanını tercih etmelidir.⁶⁵

Ebü Yûsuf, yakalanıp getirilen esirler hakkında karar ve tasarruf hakkının devlet başkanının (*el-İmâm*) salahiyetinde olduğunu söyler. Ebu Yusuf'a göre, eğer devlet başkanı, İslâm'ın menfaatinin, esirlerin öldürülmesinde olduğuna karar verirse, onların öldürülmesini istemesi caizdir. Buna karşılık, devlet başkanı, esirlerin öldürülmesinin değil de, düşman elinde bulunan Müslüman esirlerle mübadele edilmesinin Müslümanların (İslâm'ın) menfaatine olduğunu düşünürse, esirleri bu maksatla kullanmasında bir sakınca yoktur.⁶⁶ Düşman esirleri mal karşılığı mübadele

öldürülmesi vakıasına, Hz. Peygamber'in hayatında çok az ve istisnâî olarak rastlanmaktadır. Bkz. Ebu Süleyman, 108.

⁶⁰ Hanefilere göre, Bedir'deki uygulamanın geçerliliği (*hükümü*) daha sonra inen âyetlerle yürürlükten kaldırılmıştır. Mesela Bedir'deki uygulamanın dayanağı olan “*Karşılıksız veya fidyeye karşılığı salıverin.* (Muhammed, 47/4)” âyeti, “*Müşrikleri bulduğunuz yerde öldürün.* (Tevbe, 9/5)” âyetiyle nesh edilmiştir. Bu hüküm, “*Allâh tarafından önceden verilmiş bir hüküm olmasaydı, aldığınız fideden ötürü size mutlaka büyük bir azap dokunurdu.* (Enfâl, 8/68)” âyetiyle daha şiddetli ve tehdit eder mahiyette teyit edilmiştir. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 139; el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, X, 110.

⁶¹ Müslüman askerlerin, esirleri ganimet/köle edinmelerine dair ifadeler için bkz. eş-Şâfiî, IV, 238.

⁶² Bkz. eş-Şâfiî, IV, 238; Sahnûn, III, 12; el-Beyhakî, XIII, 196 (ve nâşirin 1 no'lu dipnotu); es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 63; el-Kâsânî, IX, 368. Güvenlik ve psikolojik fayda sağlama amacıyla aşırı tedbirler uygulanması bağlamında Kureyzalıların öldürülmesi hususunda ayrıca bkz. Ebu Süleyman, 108 vd.

⁶³ Esirlerin fidyeye karşılığı veya karşılıksız serbest bırakılmaları hakkında inen âyet ile öldürülmelerini emreden âyetler için sırasıyla bkz. Muhammed, 47/4; Enfâl, 8/67, 68; Tevbe, 9/5; Bakara, 2/85.

⁶⁴ Bkz. el-Mâverdi, 233.

⁶⁵ eş-Şâfiî, IV, 260; el-Mâverdi, 233-234; es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 24, 64, 138-139; İbn Ruşd el-Hafid, I, 308; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 482.

⁶⁶ Ebü Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 195-196; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 485.

Ebü Yûsuf, Ebü Hanife'den, Hammad ve İbrâhîm en-Nehâî'nin de, ele geçirilen düşman savaşçılar (*esir*) konusunda devlet başkanının (halifenin) muhayyer (tercih hakkı/yetkisi) olduğu görüşünü nakleder. Bkz. *Kitâbu'l-Harâc*, 196.

etmek (fidyeleşmek/el-mufâdât), Hanefî mezhebindeki sahih görüşe (*zâhiru'r-rivâye*) göre caiz değildir.⁶⁷

es-Serahsî, haneffilerin, savaşta ele geçirilen düşman askerlerinin mal/bedel karşılığında serbest bırakılmayacağını,⁶⁸ komutanın, esir edilen düşman askerlerini İslâm ülkesine götürme imkânı yoksa onları öldürebileceğini söyler. Çünkü götürülme esnasında onların kurtulup tekrar Müslümanlara saldırma tehlikesi vardır ve bunun için öldürülmeleri Müslümanların menfaatine olacaktır. Kadın ve çocuklar ise öldürülmezler. Bunlar İslâm topraklarına götürülemezlerse, düşmanın ulaşamaması ve açlıktan ölmeleri için harabe bir yere bırakılırlar. Hem böylece İslâm'ın yasak kabul ettiği kadın ve çocukların öldürülmesi fiili doğrudan işlenmemiş hem de düşmanın onlara ulaşip da güç kazanması engellenmiş olunur.⁶⁹ Âmâ ve müzmin hasta (yatalak) gibi özürlü/sakat olanlar ve bunamışlar da öldürülmezler.⁷⁰

İmâm Şâfiî, devlet başkanının, baliğ erkeklerin hepsini veya bir kısmını öldürme ya da kısmen veya tümüyle onlara iyilikte bulunup serbest bırakma gibi bir yetkisinin olduğuna işaret eder. Erkeklerden baliğ olmayanlar (çocuklar) ve kadınlara gelince, eğer bunlar ehl-i kitâbdan ise ganimet malları gibidirler, ganimetlerle taksim edilirler; ne serbest bırakılırlar ne de öldürülürler. Eğer öldürülürlerse, her birisi için

et-Tahavî, esirlerin esirlerle karşılıklı (fidyeleşmek suretiyle) değiştirilmesinde bir sakınca görmeyen Ebû Yûsuf ve İmâm Muhammed'in, es-Sevrî ve el-Evzâî ile aynı görüşte olduğunu söyler. Bkz. III, 480.

İmâm Serahsî'nin belirttiğine göre, esirlerin esirlerle mübadelesi konusunda, Ebû Hanife'den iki ayrı görüş sadır olmuştur. Bunlardan kuvvetli olanına göre caiz değil, fakat Ebû Yûsuf ve İmâm Muhammed'in de iştirak ettiği ikinci görüşüne göre ise caizdir. Bkz. *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 139. Ebû Yûsuf ve İmâm Muhammed'e göre, Müslümanları kurtarmak kâfirleri helâk etmekten öncelikli(evlâ)dir. Ebû Hanife'ye göre ise, müşrikleri öldürmek Kur'an'ın (Tevbe, 9/5, Enfâl, 8/12) hükmüyle farz kılınmıştır. Farzın ikâmesi, İslâm'a yönelişi sağladığı için terk edilmez. Dolayısıyla bu hükümden çıkan sonuç fidyeleşme değil, -belki- zimmîlik (*ez-zimme*) ve köleleştirme (*istirkâk*)dir. Bkz. el-Kâsânî, IX, 400, 401. Ayrıca krş. el-Merğînânî, II, 824; el-Haddâdî, II, 336.

⁶⁷ Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, IV, 337; el-Kâsânî, IX, 399; el-Haddâdî, II, 336.

⁶⁸ Haneffilere göre, Muhammed suresi 4. âyetin, esir edilen düşman askerlerinin karşılıksız veya fidye karşılığı serbest bırakılması hükmü, Tevbe suresi 5. âyetin, "Allâh'a şirk koşanları nerede bulursanız öldürünüz" hükmü ile nesh edilmiştir. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 24. Serahsî'ye göre, Tevbe suresi, 5. âyetin emrine dayanarak, imkân varken bir müşriki öldürmek farzdır. Fidyeye karşılığında geri vermek ise bu emre terstir. Bkz. *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 139.

el-Kâsânî de, "bize göre, esirlerin öldürülmesi, Enfâl suresi 12. âyetle emredilmiştir" diyerek haneffilerin görüşünü teyit eder. Bkz. IX, 399.

⁶⁹ es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 36; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 230.

⁷⁰ es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 64; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 131.

tazminat vermek gerekir.⁷¹ Esir kadınlar, materyalist (*dehrî*) veya putperest (*abdetu'l-evsân*) gibi ehl-i kitâbdan olmayan bir topluluktan olurlarsa ve İslâm'a girmekten de kaçınırlarsa şâfîlere göre öldürülürler.⁷²

Şâfî mezhebinde, esirlerin -fidye olarak- mübadele edilebileceğine, Hz. Peygamber'in Bedir ve ondan sonraki savaşlarda iki Müslüman esire karşılık bir müşrik esiri mübadele etmesi delil olarak gösterilmektedirler.⁷³ Bir defasında da Hz. Peygamber, Sakîf'in esir aldığı iki sahabeye karşılık Benî Akeyl'den ele geçirilen bir kişi fidye olarak vermiştir.⁷⁴

Şâfî hukukçu el-Mâverdî (ö.450/1058), devlet başkanı veya onun görevlendirdiği komutanın, ele geçirilen müşrik esirlerin; a) Öldürülmeleri b) Köle edilmeleri c) Mal veya esir (*el-fida'*) karşılığı serbest bırakılmaları d) Fidyersiz/karşılıksız (*el-menn*) serbest bırakılmaları tercihlerinden birine karar verebileceğini söylemektedir.⁷⁵ Bu tercihlerden son ikisi birlikte düşünüldüğünde, İslâm hukukçularının bu konudaki görüşlerinin Hz. Peygamber'in savaş esirlerine

⁷¹ Ele geçirilen esirlerin hepsinin öldürülmesi zorunluluğu yoktur. Ama Allâh'ın dinini güçlendirmek isteyen Müslümanların nazarına göre, düşmanı zayıf düşürmek ve öfkelenmek için her halükarda onları öldürmek mübah olur. Onlara iyilikte bulunma zorunluluğu yok ama İslâm'a girmelerini umma düşüncesiyle onlara -öldürülmemekle- iyilik de yapılabilir. Onları fidyesiz serbest bırakmaktansa Müslümanlara fidye vermeleri daha iyidir. Çünkü onlardan fidye almak Müslüman'a ganimet gibidir. Bkz. eş-Şâfî, IV, 260; el-Mâverdî, 237-238; İbn Abdisselâm, 68-69. es-Serahsî, şâfîlerin, esirlerin fidye karşılığında serbest bırakılabileceği görüşünde olduğunu, Hasen b. Ziyâd ile Atâ'nın da İmâm Şâfî ile aynı görüşü paylaştıklarını söylemektedir. Şâfîler, bu konuda, Hz. Peygamber'in Bedir savaşında esirleri fidye karşılığı serbest bırakmasını delil gösterirler. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mesûr*, X, 24. es-Serahsî, ayrıca, eş-Şâfî'ye göre esirlerin fidye karşılığı serbest bırakılmalarının, alınacak malın (fidyenin) büyük miktarda olması şartıyla caiz olduğunu söyler. Aynı şekilde İmâm Muhammed'in de eş-Şâfî ile aynı görüşte olduğunu kaydeder. Bkz. *Kitâbu'l-Mesûr*, X, 138.

⁷² Bkz. el-Mâverdî, 238; eş-Şîrbînî, IV, 223. el-Mâverdî'nin (aynı yerde) belirttiğine göre, Ebu Hanîfe ve Ebû Ya'lâ, ehl-i kitâb olsun ya da olmasın esir kadının öldürülmesinin caiz olmadığını; köle edilip ganimetlerle paylaşılması gerektiğini söyler. Hanefî kaynaklar da bu bilgiyi doğrulamaktadır. Nitekim hanefilere göre, ister Araplardan isterse acemlerden olsun, savaşta ele geçirilen putperest (*abdetu'l evasân*) kadınlar ganimet (fey)dirler. Köle edilip ganimet sahipleri arasında paylaşılırlar ama öldürülmezler. Bkz. el-Merğînânî, II, 862-863.

⁷³ eş-Şâfî, IV, 286; el-Mâverdî, 234.

⁷⁴ et-Tahavî, III, 480; el-Beyhakî, XIII, 199.

Bu konuyla ilgili olarak, Ebû Kılâbe'nin Ebû Muhalleb'den, onun da Imrân b. Husayn'dan rivayet etmiş olduğu ve et-Tirmizî'nin de hasen-sahîh olarak nitelendirdiği bir hadiste, Hz. Peygamber'in iki Müslümana karşılık bir müşrik fidye verdiği zikredilmektedir. Bkz. et-Tirmizî, Siyer, 18 (1568).

⁷⁵ el-Mâverdî, 233.

yönelik farklı zamanlardaki tüm uygulamaları dikkate alınarak temelde üçe ayrıldığı yönündeki kanaatimizle örtüşmektedir.

el-Mâverdî, İmâm Mâlik'e göre, devlet başkanı veya komutan; a) öldürme b) köleleştirme c) mal olmaksızın esir-erkek-lerle mübadele suretiyle fidyeleşme seçeneklerinden birini tercih etmede serbest olduğunu ve esirlerin karşılıksız salıverilmelerinin mümkün olmadığını belirtir. Maverdî'ye göre Ebû Hanife, esirler konusunda, devlet başkanı veya komutanın; a) öldürme b) köleleştirme seçeneklerinden biri hususunda muhayyer olduğunu, mal veya esirlerle mübadele (fidyeleşme) diye bir tercihin söz konusu olmadığını belirtir.⁷⁶ el-Mâverdî, Ebû Hanife'den sadır olan iki görüşten, fidyenin caiz olmadığı görüşünü almıştır. Fakat es-Serahsî'nin bildirdiğine göre, Ebû Hanife'nin (Ebû Yûsuf ve İmâm Muhammed'in de iştirak ettiği) ikinci görüşüne göre ise fidye karşılığı düşman/müşrik esirleri serbest bırakmak caizdir.⁷⁷

Mâlikî hukukçu İbn Ruşd, devlet başkanının, Hz. Peygamber'in uygulamalarına bakarak ele geçirilen esirleri; karşılıksız salıvermek, köleleştirmek, öldürmek, fidye karşılığında salıvermek ve cizye almak gibi uygulamalardan birine tâbi tutmada serbest (*muhayyer*) olduğunu ve çoğunluk ulemanın da bu görüşte olduğunu belirtir.⁷⁸

Hanbelî mezhebinden İbn Kudâme (ö.620/1223) de, savaşçılardan ele geçirilen esirlerin; öldürülmeleri,⁷⁹ köleleştirilmeleri ve fidye⁸⁰ karşılığında veya karşılıksız⁸¹ serbest bırakılmaları şıklarından birini tercih etmede devlet başkanının

⁷⁶ el-Mâverdî, Ebû Hanife'nin görüşünün, Kur'ân'ın, "...Savaş sona erince de artık ya karşılıksız veya fidye karşılığı salı verin..." (Muhammed, 47/ 4) hükmüne dayandığını belirtir. Bkz. el-Mâverdî, 233.

⁷⁷ es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 139.

⁷⁸ İbn Ruşd, kimisinin, esirlerin öldürülmesinin caiz olmadığını söylediğine ve Hasen b. Muhammed et-Temimî'nin, esirleri öldürmenin caiz olmadığı üzerinde ahabın icmaı olduğunu söylediğine de dikkat çekmektedir. Bu ihtilafın sebebi ise Kur'ân âyetleri ve Kur'ân'ın zahiri ile Hz. Peygamber'in uygulamaları arasında yorum/anlayış farklılıklarının var olmasıdır. Bkz. İbn Ruşd el-Hafid, I, 308.

⁷⁹ Mesela Hz. Peygamber, Bedir günü, savaşçı esirlerden en-Nadr b. el-Hâris ile Ukbe b. Ebî Muayt'ı, Uhud günü de, Ebû Azze el-Cumehiy'i öldürtmüştür. Bkz. İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 483.

⁸⁰ Fidyeye, mal veya esir olarak verilmekteydi. Nitekim Hz. Peygamber, Bedir esirlerinden bazılarında fidye olarak mal kabul etmiştir. Bir adam da, fidye olarak Sakîf'in esir ettiği iki sahabeyi vermek karşılığında serbest bırakılmıştır. Bkz. İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 483.

⁸¹ Hz. Peygamber, Bedir savaşı sonunda, Ebû Azze eş-Şâir, Ebû Âs b. Rebi' ve Sümâme b. Usâl/Esâl el-Hanefî'yi karşılıksız serbest bırakmıştır. Bkz. İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 482.

muhayyer olduğunu ifade etmektedir. Fakat her ne kadar devlet başkanına bir tercih hakkı (*tehyîr*) tanınsa da bu fiillerden birini seçmede, maslahata ve ictihada dayanmalıdır. Çünkü devlet başkanı, Müslümanların işlerini görüp gözeten biri olarak, yukarıda bahsedilen seçeneklerden Müslümanların menfaatine (*el-maslaha*) olanını tercih etmelidir. Bunun dışındakini tercih/tayin etmesi caiz olmaz. Bu şekilde hareket ettikten sonra, katlini uygun bulduğu esirin boynunu da vur(dur)abilir.⁸²

Ahmed b. Hanbel (ö.241/855), gayrimüslim esir kadınların mal karşılığı serbest bırakılmalarını yasaklar. Çünkü esir kadınların köle olarak bırakılmaları, Müslümanlarla birlikte yaşamaları ve onlara İslâm'ın anlatılması içindir. Ahmed b. Hanbel, Hz. Peygamber'in, Seleme b. el-Ekvâ'dan aldığı bir kadını, Müslümanlardan iki erkeği kurtarmak üzere fidye olarak vermesine dayanarak Müslüman esirlere karşılık kadın esirlerin fidye verilmesini caiz görür. Fakat Müslüman olmaları halinde, Mumtehine suresi 10. âyet gereği, küffara veya bir başkasına fidye karşılığı verilmelerini uygun bulmaz.⁸³

Daha sonraki dönemlerde de Müslümanlar, büyük ölçüde, ilk dönem hukukçuların görüşleri doğrultusunda belirlenen kurallar çerçevesinde esirlere muamelede bulunmaya özen göstermişlerdir. Fakat uluslararası teamül, içinde bulunulan uluslararası şartlar ve devletler arasındaki karşılıklılık ilkesi gereği yapılan savaşlarda, bazen, devlet başkanının esirlere uygulayabileceği muamele şekillerinden en ağırı olan öldürme (*katl*) fiilinin gerçekleştirilmesine engel olunamamıştır. Bu durum biraz da o dönemin şartlarının bir neticesidir. Mesela bir kimse, ele geçirdiği esirden daha kuvvetli olduğunu ve onu yenebileceğini anlasa, esirin Müslüman olmasından ümidini yitirse ve esirin öldürülmesiyle de kavminin zayıf düşeceğini bilse, o esiri, müsle yapmamak şartıyla öldürür.⁸⁴ Buradan anlaşılan, düşman/kâfir tarafın gücünü kırmak ve onları öfkelenmek amacıyla düşman öldürülebilir. Fakat

⁸² İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 482-485.

Devlet başkanının, köleleştirme, fidye karşılığında veya karşılıksız salıverme tercihlerinden birini kullanması da onların öldürülmesine karar vermesi de Kur'an ve Sünnet'e dayanmaktadır. Muhammed suresi 4. âyette, "(Savaşta) inkâr edenlerle karşılaştığınız zaman boyunlarını vurun" buyrulmaktadır. Hz. Peygamber de, bir defasında, savaşta ele geçirilen inkârcıların öldürülmesini istemiş, ardından boyunları vurulmuştur. Bkz. İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 485.

⁸³ İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 486; a.mlf., *el-Muğni*, XIII, 184-185.

⁸⁴ el-Mâverdî, 234; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 485.

Sünnet'te açıkça yasaklanan müsleye, yani öldürülen kişinin cesedi üzerinde herhangi bir muamelenin yapılmasına hiçbir şekilde tevessül edilmemelidir.

Sonuç olarak, İslâm'ın esirlere yönelik takip ettiği siyasetin, temel insanî değerler ile İslâm davetinin muhafazasını birlikte dikkate alan bir denge siyaseti olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim bir yandan savaşmayan, savaşı körüklemeyen masum ve mazlum insanları sonuna kadar gözeten ama buna karşılık İslâm davetine ölümüne düşman olan, Müslümanların aleyhine çabalayan insanları da bu emelinden vazgeçiren, direncini kıran ve hatta zelil eden bir hareket tarzı güdülmeye çalışılmıştır. Böyle bir hareket tarzı, gelişi güzel değil, ancak nasların ışığında ve İslâm'ın temel ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilebilir.

Devletler arasında meydana gelen silahlı mücadelede meşru olan, düşmanın direncini ve saldırı gücünü kırmaktır.⁸⁵ Artık zarar veremez hale gelen, esir düşmüş düşman askerlerinin kadın ve çocuklarının öldürülmeleri veya onlara eziyet ve işkence edilmesi haddi aşmak olacağından yasaklanmıştır.⁸⁶ Nitekim Bakara suresinin 190. âyeti ışığında konuyu ele alan bazı âlimlere göre, mücadele edemez hale getirilmiş olan esirlerin öldürülmeleri, haddi aşmak olarak sayılmakta ve yasaklanmaktadır.⁸⁷

5. Rehinlere Yapılacak Muamele

Devletlerarası ilişkilerin düzenlenmesi esasına dayalı olarak tespit edilmiş bazı temel hukuk normları vardır. Bu normlardan biri de, “bir kişinin başkası lehine misillemeye maruz bırakılamayacağı”⁸⁸ kuralıdır.

İslâm hukukunda, rehineler bakımından kendi dönemine göre radikal sayılabilecek olumlu muamele şeklinin sergilendiğini ve neticede belli bir seviye ve ölçü tespit edildiğini söylemek mümkündür.

⁸⁵ Bkz. İbn Nuceym, *el-Bahru 'r-Râik*, V, 128.

⁸⁶ Esasında, geniş anlamıyla haddi aşmak; İslâm'ın, savaş esnasında yapılmasını yasakladığı fiillerin işlenmesidir. Hasen el-Basrî, *haddi aşmak* olarak ifade edilen yasak fiiller arasında; müsle yapmayı, ganimetten çalmayı (*ğulûl*), görüşleriyle ve fiilleriyle savaşa katılmayan kadınların, çocukların, yaşlıların ve din adamlarının (*rahîp, ehl-i savâmi'*) öldürülmesini, gereksiz yere ağaçların imha edilmesi ve hayvanların katledilmesini saymaktadır. İbn Abbas, Ömer b. Abdulaziz, Mukâtil b. Hayyân ve başkaları da aynı şeyleri söylemişlerdir. Bkz. İbn Kesîr, I, 226.

⁸⁷ Bkz. er-Râzî, V, 128-129; İbn Kesîr, I, 226.

⁸⁸ Karakoç, “Türk Hukuk Tarihi'nde Uluslararası Antlaşmaların Uluslararası Hukukun Gelişim Sürecindeki Yeri”, 229.

Söz gelimi, Müslümanlarla gayrimüslimler arasında, her iki tarafın birbirlerine rehinleri verme taahhütünde bulunduğu bir ateşkes antlaşması (*muvadaa*) gerçekleştiğinde, bir taraf antlaşmaya ihanet ederek rehineleri öldürürse -antlaşma gereği- o tarafın rehinelerinin kanı diğerlerine helal olur. Fakat her ne kadar Müslümanlar, İslâm uluslararası hukukunun kaynaklarından biri olarak akdettikleri antlaşmalara uymak zorunda olsalar⁸⁹ bile işlenen fiile verilecek karşılık zalimce bir boyuta varacağı için antlaşmanın bu hükmü geçersiz sayılır.⁹⁰ Zira rehineler kendileriyle yapılan ateşkes antlaşmasıyla Müslümanlar tarafından emâna kavuşturulmuştur. Artık bu emân onlara dokunulmazlık getirmiştir.⁹¹ Kâfirler, ellerinde bulunan Müslüman rehineleri öldürdükleri takdirde bile Müslümanların ellerindeki düşman rehinelerin masuniyetleri aynen devam eder; öldürülmezler. Çünkü Kur’ân’ın, “*Hiçbir kimse başkasının -suç/günah- yükünü üstlenmez*”⁹² emredici hükmü gereği, rehineler, kendilerine ait olmayan bir suçun (başkalarının işlediği bir cinayetin) cezasını çekmezler.⁹³

İslâm’ın bidayetinden beri hassasiyetle üzerinde durduğu ve temel prensiplerinden biri kabul ettiği ‘muahedelerin dokunulmazlığı’ (*ahde vefa/pacta sunt servanda*) ilkesi;⁹⁴ düşmanlar, kendileriyle akdedilen barışın şartlarını yok saysalar bile barışa katkı sağlama adına, tutuklu bulunanların (rehine) öldürülmesine cevaz vermez.⁹⁵ O kadar ki, Hz. Peygamber’in, “*Sana verilmiş olan emaneti sahibine iade et ve sana hıyanet edene sen asla hıyanetle mukabele etme*”⁹⁶ sözü,

⁸⁹ Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 28.

⁹⁰ Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi’s-Siyeri’l-Kebîr*, V, 44; Crozat, 201; Zeydân, *Mecmûatu Buhûsin Fıkhiyye*, 48.

Düşman rehinelerin katli hususunda (zararla) mukâbele/misilleme yapmaya kapı aralayan bir antlaşma imzalanmış olsa bile, antlaşmada koşulan şart batıl olduğu için düşman rehinelerini öldürmek yasaktır. Bu, hukukun genel ilkelerinin (emredici kural) gereğidir. Uluslararası hukukta emredici kurallar, antlaşma iradesini rahatlıkla sınırlandırabilmektedir. Bkz. Bilmen, III, 389; Özel, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, 31; Karakoç, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım”, 103, 105.

⁹¹ Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu’l-Mebsût*, X, 129; Turnagil, 98-99; Bilmen, III, 389.

⁹² En’âm, 6/164; İsrâ, 17/15; Fâtır, 35/18; Zümer, 39/7; Necm, 53/38.

⁹³ es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi’s-Siyeri’l-Kebîr*, V, 44.

⁹⁴ Kur’ân-ı Kerim’de, “*karşılıklı sözleştiğinizde (antlaşma yaptığınızda), Allâh’ın ahdini yerine getiriniz (evfû bi ahdillâh izâ ‘ahedtüm)*” (Nahl, 16/91) ve “*verdiğiniz sözü tutun (evfû bi’l-ahd)*” (İsrâ, 17/34) gibi birçok âyette, özelde Müslümanlara, genelde tüm insanlara mutlaka ahde vefa göstermeleri emredilmektedir. Bkz. er-Râzî, XX, 106-107, 205.

⁹⁵ Crozat, 201; Bilmen, III, 389.

⁹⁶ Ebû Dâvûd, *Buyu’*, 82 (3534, 3535); et-Tirmizî, *Buyu’*, 38 (1280). Ayrıca hıyanetlikle ilgili Kur’ânî hükümler için bkz. Enfâl, 8/27, 58, 71.

Müslümanların üzerinde ittifak ettikleri, “*hiyanete sıdk ve ihlâs ile mukâbele; hiyanete hiyanetle mukâbeleden hayırlıdır*”, veciz söze dönüşmüş ve hem hukukî hem de ahlâkî bir düstur haline gelmiştir.⁹⁷

Savaş sonucunda Müslüman rehinelerin hayatı tehlikede olursa ve Müslümanlar bu duruma karşılık, kendi menfaatlerini koruma adına, muhakkak bir mukâbelede (misillemede) bulunmak durumunda kalırlarsa, yapılacak iş, İslâm hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak suretiyle, İslâm hukukçularının bu konudaki farklı ictehadlarından yararlanmak olmalıdır. Bu gibi durumlarda, farklı neticeler ve kazanımlar elde etmeye imkân sağlayan ictehadların göz önünde bulundurulması; Müslümanların menfaatine olan fetvanın/ictehadın tercih edilmesi, İslâm hukukunun özüne daha muvafık ve Müslümanların lehine sonuçlar doğurmaya daha müsaittir.

Şu halde Müslüman rehinelerin -haince- öldürülmesi, düşman rehinelerin kanlarını mubah kılmaz.⁹⁸ Bu durumda Müslümanlara düşen İslâm hukukuna aykırı olmayan başka çözümler bulmaktır. Nitekim hanefilere göre, Müslüman rehineleri kurtarmak söz konusu olduğunda başvurulacak çözüm, gayrimüslim rehineleri ya Müslüman olmaya ya da İslâm devletinin gayrimüslim tebaası (*zimmi*) olmaya zorlamaktır. Böylece onlar, Müslüman rehinelerin geri dönmesinden önce memleketlerine dönemeyeceklerdir. Müslüman rehinelerin öldürülmesi halinde, düşman rehinelerin de kendi ülkelerine dönüşleri imkânsız hale gelecek ve bu şekilde daima İslâm toprağında ikamet etmek zorunda kalacaklardır.⁹⁹ Böyle bir misilleme ile hem bir yaptırım uygulanmakta hem de savaşıyor taraf olmadıkları için hayatta bırakılmalarıyla, İslâm’ın temel prensiplerine de uygun davranılmış olunmaktadır.

Diğer taraftan, Müslümanlar, kâfirlerin elinde bulunan kendi rehinelerini geri almak istemelerine karşın kâfirler (düşman) onları teslim etmeyi kabul etmezlerse, bu durumda Müslümanlar kâfirlere savaş açabilirler.¹⁰⁰ Çünkü Müslümanların rehine konumunda alıkonulmaları ve hürriyetten mahrum edilmeleri bir bakıma zulümdür. Esasında İslâm devleti (ve Müslümanlar) kendi vatandaşlarının tabii

⁹⁷ Bkz. Turnagil, 98, 100; Bilmen, III, 389.

⁹⁸ Turnagil, 99.

⁹⁹ Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 129.

¹⁰⁰ es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, V, 42.

savunucusu olarak, bu zulmü, kendi hak ve menfaatinin ihlali olarak görme ve bu zulme dur demek için bir mukâbelede bulunma hakkına sahiptir. Hatta İslâm'a göre, böyle bir tepki göstermek, devletin yapmakla zorunlu olduğu (vâcib) bir vazifedir.

II. İSLÂM HUKUKUNA GÖRE MUKÂBELE UYGULAMALARINI SINIRLAYAN GENEL İLKELER

Uhrevî ve dünyevî sorumluluk yükleyen İslâm daveti, insanlığa ve yüksek insanî değerlere verilen önemin somutlaştırılmasını sağlayan hukukî yapıya öncelikle ihtiyaç duymaktadır. Böyle bir ihtiyacın varlığını, Hz. Peygamber'in, insanların hak ve menfaatlerinin (*mesalih*) muhafazasını temin etmek maksadıyla tüm insanları toptan İslâm'a davetle görevlendirilmiş olmasında aramak gerekir.¹⁰¹ Hz. Peygamber'in âlemlere rahmet olarak gönderilmiş¹⁰² olması da bu gayeye matuftur.

Özünde hem ferdî hem de toplumsal barışı barındıran bir dinin, hayatın tüm alanlarına dair hükümler ihtiva etmesi kaçınılmazdır. Nitekim İslâm tıpkı ferdî ve toplumsal manada olduğu gibi, uluslararası toplum düzeninin öznelere olan devletler ve örgütler nezdinde de bir takım kurallar koymuştur. İster iç hukuka isterse uluslararası hukuka dair olsun İslâm hukukunun bir parçası oldukları için bu iki alanda tatbik edilen ilkeler/kurallar ve kanunlar, yine İslâm hukukunun temel kaynaklarından esinlenerek oluşturulmuşlardır. Her düzen için olduğu gibi uluslararası düzen için de, ortak hedefe yönelik konulan kurallar, Allâh'ın vaz ettiği dinin (İslâm'ın) hükümlerinin tüm insanlar için uygulanabilir olmasını sağlamaktır.

Modern uluslararası hukukta savaş öncesi bir durumu ifade eden *uluslararası uyumsuzlukların giderilmesi* için uluslararası toplum nezdinde uygulana gelen *Mukâbele (Misilleme, Zararla Mukâbele ve Karşılıklılık) Uygulamaları*'na getirilen sınırlar olduğu gibi İslâm hukukunda da kuşkusuz bazı sınırlamalar mevcuttur.

Mesela Kur'ân-ı Kerim'in vaz' ettiği: "...Sizi Mescid-i Haram'a (Kâbe'ye) gitmekten alıkoydular diye bir kavme karşı beslediğiniz kin, sakın sizi haddi aşmaya sevk etmesin. İyilik etmek, fenalıktan sakınmak hususunda birbirinizle yardımlaşın. Günah işlemek ve haddi aşmak üzerinde yardımlaşmayın"¹⁰³ hükmü, sadece dinin

¹⁰¹ Bkz. Bakara, 2/208.

¹⁰² Bkz. Enbiya, 21/107.

¹⁰³ Maide, 5/2.

kutsal değerlerinin değil aynı zamanda insanlığın yüksek değerlerinin de çiğnenmesini yasaklamıştır. Nitekim İslâm, din kurallarının ihlaliyle insan haklarının ihlalini aynı metinde zikretmek suretiyle intikam duygularının insan haklarına tecavüze sebep olmaması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁰⁴ Buradaki emir, uyuşmazlık veya savaşa kadar uzanan anlaşmazlık durumunda Müslümanların ne gibi tavır alacaklarını ve bunun sınırının/şiddetinin ne olacağını ortaya koyan âmir bir hükümdür.

“Âyetten anlaşıldığına göre müşriklerin Müslümanlara karşı hasmane tutumları ve bu arada onları, büyük bir hasretle arzuladıkları Kâbe ziyaretinden engellemeleri bazı Müslümanları intikam alma düşüncesine sevk etmiş, Müslümanlar Mekke’yi fethederek oranın yönetimini ellerine geçince bazı kimseler daha önce kendilerine kötülük etmiş olanları cezalandırmak ve yapılan kötülüklere misliyle mukâbelede bulunmak istemişlerdir. Ancak âyet, yaşanan olayın, Müslümanların zulüm yapmalarına gerekçe olamayacağını bildirmiştir.”¹⁰⁵

Müslümanlar, karşı tedbirler almakta haklı olmakla beraber, bu tedbirlerin alınması esnasında bazı insanî ilkeleri/değerleri göz ardı edemezler. Nitekim İslâm’ın öngördüğü adalet ve insâniyet gibi ulvî nitelikleri vasıtasıyla ortaya koymayı hedeflediği düzen/sistem, söz konusu olabilecek zararlarla mukâbele (mukâbele bi’l-misl) ve misilleme (muâmele bi’l-misl) fiillerine bazı sınırlamalar getirmektedir.

A. ZARAR VERME, HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI VE KISAS PRENSİBİ

1. “İslâm’da Zarar Vermek ve Zarara, Zararla Mukâbele Etmek Yoktur (Lâ Darar velâ Dırâr fi’l-İslâm)” İlkesi

Bu ilke, Hz. Peygamber’in, tamamen aynı lafızlardan oluşan hadisine dayanmaktadır.¹⁰⁶ Amr b. Yahyâ’nın babasından mürsel olarak rivayet ettiği bu hadisi, İmâm Mâlik, *el-Muvatta’* adlı eserinin “el-Akdiye (hükümler, kadıyyeler)”

¹⁰⁴ Karaman, Hayrettin vd., *Kur’an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, II, 208.

¹⁰⁵ Karaman, Hayrettin vd., *Kur’an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, II, 207.

¹⁰⁶ “Lâ darar velâ dırâr fi’l-İslâm” diye de ifade edilen hadis için bkz. Mâlik, Akdiye, 31; İbn Mâce, Ahkâm, 17; İbn Hanbel, V, 327. Ayrıca bkz. İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, 105-106.

bölümünde rivayet etmiştir.¹⁰⁷ Bu hadisi, el-Hâkim (ö.404/1014) *el-Müstedrek* adlı eserinde ve ayrıca Beyhakî ve Dârekutnî de, Ebu Said el-Hudrî'den müsned rivayetle tahriç ederler. İbn Mâce, bu hadisi, İbn Abbas ve Ubâde b. es-Sâmit hadisi olarak tahriç eder.¹⁰⁸

İster gayrimeşru isterse meşru amelin neticesi olsun, “lâ darar velâ dırâr fi'l-İslâm” hadisi, mutlak manada zararı yasak sayan sarîh bir nasıttır.¹⁰⁹ Bu hadisin vaz' ettiği hüküm/ilke, fikhın önemli kaidelerinden biri olduğu gibi kapsadığı fer'î meseleler bakımından da geniş bir uygulama sahasına sahip olmuştur.¹¹⁰ Söz konusu ilke, İslâm hukukçularının, meydana gelen olaylarla ilgili şer'î hükümlerin anlaşılması ve fikhî meselelerin çözümü için kurdukları fikrî yapının direklerini teşkil etmiş, ortaya koydukları görüş ve fetvaların da ölçüsünü belirlemiştir.¹¹¹ Dolayısıyla bu ölçü, zarar veren fiilin engellenmesinde dayanak, hâkimin yargı (*kaza*) ve hükümlerinin adalet ve insafla onaylamasında ise belirleyici olmuştur.¹¹²

“Lâ darar velâ dırâr fi'l-İslâm” cümlesi, iki hüküm ihtiva etmektedir:

Birinci hüküm olan “lâ darar”; zararın olmaması/yasaklanması demektir. “Lâ darar” lafzı; yani olumsuzluk bildiren “lâ”dan sonra gelen nekra “darar”, umumîdir ve dolayısıyla hangi sebepten, türden ya da haktan olursa olsun zararın yasak olduğunu ifade eder.¹¹³ Şu halde “lâ darar”, başlangıçta birinin, bir başkasının nefsi(canı), ırzı ve malı hususunda ona zarar¹¹⁴ vermesinin hiçbir şekilde caiz

¹⁰⁷ İbn Hacer; İbn Mâce, Dârekutnî ve diğerlerinin müsned olarak, İmâm Mâlik'in ise mürsel olarak rivayet ettiği bu hadisin *hasen* olduğunu belirtmektedir. Bkz. İbn Hacer, 236. Ayrıca bkz. Emâme, 189; eş-Şerbecî, 44; Zeydân, *el-Vecîz fi Şerhi'l-Kavâidi'l-Fikhîyye fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, 85.

¹⁰⁸ Bkz. İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 105-106; Zeydân, *el-Vecîz fi Şerhi'l-Kavâidi'l-Fikhîyye fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, 85; Mahmûd, *el-Mutâlebetu'd-Devliyye li Islâhi'd-Darar fi'l-Kânûni'd-Devliyyi'l-Âmm ve's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Dâru't-Tıbaati'l-Hadîs, by. 1986/1406, 241 (30 no'lu dipnot); el-Mîrânî, Muhammed Emîn Er, *Mecmû'atu'r-Resâili'd-Dinîyye fi'l-Ulûmi'l-Muhtelife*, Dâru'l-Endulus, Dimaşk 1431/2010, 489.

¹⁰⁹ Mahmûd, *el-Mutâlebetu'd-Devliyye li Islâhi'z-Zarar fi'l-Kanuni'd-Devliyyi'l-Âmm ve's-Şerîati'l-İslâmiyye*, 241.

¹¹⁰ Mesela bu ilke üzerine birçok fikhî bab/konu bina edilmiştir. Bunlar arasında, ayıplı malı geri verme, telef edilmiş bir malın tazmini, bağilerin öldürülmesi gibi mevzuları sayabiliriz. Bkz. el-Mîrânî, 490.

¹¹¹ eş-Şerbecî, 44.

¹¹² en-Nedvî, 278.

¹¹³ Mahmûd, *el-Mutâlebetu'd-Devliyye li Islâhi'z-Zarar fi'l-Kanuni'd-Devliyyi'l-Âmm ve's-Şerîati'l-İslâmiyye*, 241; Mevâfi, I, 58, 87.

¹¹⁴ Âlimlerin, hadiste geçen “darar” kelimesinin tefsirine dair görüşlerini; 1) ‘Kişinin, kardeşinin hakkından bir şey eksiltmesi’ durumundaki gibi *bir hakkı ihlal etme*, 2) ‘Senin yapmanla bir fayda sağladığın şeyden arkadaşının zarar görmesi’ halinde olduğu gibi *fayda sağlarken başkasına zarar*

olmamasıdır.¹¹⁵ Nitekim bazen başkasına zarar veren fiil, kişinin kendi mülkünde tasarrufu olsa bile, fahiş (aşırı/önemli ölçüde) zarar¹¹⁶ doğuran bir fiil olabilmektedir. Ne şekilde olursa olsun başkasına bir zararın ilişmesi zulümdür ve zulüm ise haramdır.¹¹⁷

İkinci hüküm, “(ve) lâ dırâr”dır. Bu da, önceki bir zarara, zararla mukâbele edilmemesidir. Başkasının fiilinden zarar görenin yapması gereken, hâkimin onun hakkında/lehine tazmine hükmetmesi için mahkemeye veya yargı yoluna müracaat etmesidir.¹¹⁸ Buna istinaden, bir kimse kendi malını itlaf edenin malını itlaf etmekle veya şahsına yönelik düşmanca bir fiile düşmanlıkla mukâbele edemez. Çünkü zarara, zararla mukâbele etmek ancak zarar doğurur.¹¹⁹

Hadisin bu iki hükmüne bağlı olarak iki kavramdan söz etmek gerekir. Bunlar ise, *darar* ve *dirâr* kavramlarıdır. Birbiriyle bağlantılı olan bu iki kavramdan *darar* (zarar), yapılan birinci fiil; *dirâr* (zarara zararla mukâbele), (ilk fiile karşılık) yapılan

verme, 3) ‘Mutlak olarak bir mefsedetin (zararın) başkasına ilişmesi’nde olduğu gibi *az veya çok - sırf- zarar verme* kasdı içeren anlamda olmak üzere üçe ayırarak özetlemek mümkündür. İlk iki yorum İbnu'l-Esîr el-Cezerî'ye (ö.606/1209), sonuncusu ise Necmuddîn et-Tûfî'ye (ö.716/1316) {Krş. et-Tûfî, *el-Hadîsu's-Sânî ve's-Selâsûn (Risâle fi'l-Masâlihî'l-Mursele)*, (*el-Maslaha fi't-Teşrî'l-İslâmî ve Necmuddîn et-Tûfî* ile birlikte), Thk. Mustafâ Zeyd, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, 1954/1374, 15} aittir. Bkz. Mevâfî, I, 59.

¹¹⁵ es-Sîstânî, Alî el-Huseynî, *Kâ'idetu lâ Darar velâ Dirâr*, Dâru'l-Muerrihi'l-Arabî, Beyrut 1994/1414, 109.

¹¹⁶ Mecelle'de, “Zarar-ı fahiş bi eyyi vechin kâne def' ettirilir” (md. 1200) hükmü altında ele alınan fahiş zarar (*zarar-ı fahiş*)ın ayrıntılı izahı için bkz. Alî Haydar, III, 468-471.

¹¹⁷ Burada “zararın yokluğu” meselesini, muamelattan örnek vermek suretiyle daha somut hale getirebiliriz. Mesela, bir kişi kendi yerinde, komşunun duvarına bitişik bir kuyu açması veya evine inşa ettiği duvarın komşunun tümüyle aydınlığını kapatması, kendi mülkünde yaptığı tasarruf olması bakımından meşru (mubah) sayılabilir. Fakat yapılan fiil, komşunun yanına bina yaparak ışığını kesmek, evini değirmene veya demir atölyesine çevirerek komşuyu rahatsız etmek gibi aşırı bir şekilde zarar verirse, kişi, normalde yasak olan bu fiili işlemekten alkonulur. Buna karşılık kişinin, hukukun yasaklamadığı (*mubah*) bir fiilinden fahiş/aşırı olmayan bir zarar doğsa, o zaman bu fiilin işlenmesi yasaklanmaz. Bkz. Âtuf Bey, Kuyucaklızâde Mehmed, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyeden Kavâid-i Külliyye-i Fıkhîyyenin İzâhı*, Mahmûd Bey Matbaası, Dersaadet 1318, 27; Zeydân, *el-Vecîz fi Şerhi'l-Kavâidi'l-Fıkhîyye fi Ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 85; el-Hafîf, Ali, *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku)*, Çev. Rahmi Yaran, Türkiye Diyanet Vakfı Yy., Ankara 2011, 108, 109, 214.

¹¹⁸ Bilmen, I, 261; Zeydân, *el-Vecîz fi Şerhi'l-Kavâidi'l-Fıkhîyye fi Ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 85, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 509.

Mesela malı telef olana düşen, zarardan dolayı ortaya çıkan tazminatı (ödeme sorumluluğu) yargıya başvurmakla elde etmesidir. Bkz. Zeydân, *el-Vecîz fi Şerhi'l-Kavâidi'l-Fıkhîyye fi Ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 86.

¹¹⁹ Mahmûd, *el-Mutâlebetu'd-Devliyye li Islâhi'z-Zarar fi'l-Kanuni'd-Devliyyi'l-Âmm ve Ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 242.

ikinci fiildir. Bu durumda darar, fiilin başlangıcı; dırâr ise bu fiilin karşılığı (*el-cezâ*)dır.¹²⁰ Her iki kavramı biraz daha açalım:

Darar, ‘senin yapmanla bir fayda sağladığın şeyden arkadaşının zarar görmesi’¹²¹ ya da bir sebebe dayanmaksızın ‘birine bir zararın veya bir mefsedetinin iliş(tiril)mesidir.’¹²² Bu durumda darar; bir fiilin veya olayın sebep olduğu çıkar kaybı ya da olumsuz, istenmeyen bir sonuç demektir.

Dırâr ise; ‘bir fayda sağlamaksızın başkasına zarar vermek’¹²³ yani daha önceden maruz kalınan bir zarara, meşru olmayan yolla karşılık vermek demektir. Başka bir ifadeyle, yasanın belirlediği ceza olmamakla beraber, başkasına, onun verdiği zarara karşılık olarak zarar veya ziyan verilmesidir.¹²⁴ Kısaca dırâr, “karşılıklı olarak her iki tarafın birbirine zarar vermesi ya da birbirine zararlarla mukâbele etmesidir”¹²⁵ diyebiliriz.

İster başlangıçta isterse bir fiile bağlı olarak gerçekleşsin, her halükarda haksız ve zarar veren bir fiil olmaları bakımından yasaklanmış olmaları, darar ve dırârın ortak noktaları¹²⁶ olduğu için her ikisinin aynı anlamda olduğu da ifade edilmiştir.¹²⁷

Bununla birlikte ilk bakışta zarar veren gibi görünen fakat ümmetin tümü üzerinden zarar verici fiillerin kaldırılması amacıyla Allâh tarafından meşru kılınan cezalar (*kısas, had, tazir*) zarar veren fiillerin kapsamı dışında tutulmuştur.¹²⁸ Çünkü İslâm’da meşru cezalar, *lâ darar velâ dırâr fi’l-İslâm* ilkesiyle çatışmaz. Ama yine

¹²⁰ İbn Manzûr, VIII, 45; Âtîf Bey, 26; es-Sîstânî, 131; Mevâfî, I, 20-21, 59.

¹²¹ İbn Manzûr, VIII, 45; es-Sîstânî, 132; Mevâfî, I, 20-21, 59, 79.

¹²² Bkz. et-Tûfî, 15.

¹²³ İbn Manzûr, VIII, 45; Mevâfî, I, 20-21, 59, 79.

¹²⁴ eş-Şerbecî, 44; Emâme, 189; en-Nedvî, 288.

¹²⁵ et-Tûfî, 15; Mevâfî, I, 60.

¹²⁶ Bkz. Âtîf Bey, 26; Alî Haydar, I, 73.

Meselâ İbn Abdullerr’den, *lâ darar velâ dırâr* hadisinin şerhinde, darar/zarar ve dırâr kelimelerinin medlullerini sınırlandıran çeşitli görüşler varid olmuştur. Bunlardan birinde, İbn Abdullerr, el-Huşenî’nin şöyle dediğini aktarır: “Darar, senin menfaatine olan bir şeyin komşunun zararına olması durumudur. Dırâr ise, -senin için- bir menfaatin olmaması yanında, yapılmasıyla komşunun da zararına olan bir fiildir...” İbn Abdullerr’in naklettiğine göre bir başkası, “darar ve dırâr, katl ve kıtal gibi kelimelerdir. Darar, sana zararı olmayan birine zarar vermemdir. Dırâr da, sana zarar verene, düşmanlık cihetiyle olmaksızın ve hakka yardım (hukukun tahakkuku) için senin de (karşılık olarak) zarar vermemdir” der. Bkz. en-Nedvî, 288.

¹²⁷ Bkz. Mevâfî, I, 21.

¹²⁸ İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, 106; Emâme, 189.

de meşru cezalar ile zarar veren fiiller arasında bir irtibat kurulacaksa, özellikle kısasın mukâbele uygulamaları ile olan ilişkisi, *zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur*¹²⁹ ilkesi bağlamında ele alınmalıdır.

İslâm hukukçuları, *lâ darar velâ dirâr* ilkesi üzerine farklı bablar altında sayılamayacak kadar hüküm bina etmişlerdir.¹³⁰

Mecelle hükmü haline gelen bu maddenin dallarından ve tatbikatından biri olarak zikredebileceğimiz bir hüküm ise yine Mecelle'nin 921 no'lu maddesidir. Bu maddeye göre, mazlumun (zulme uğramış olsa bile), başkasına zulmetme hakkı yoktur. Çünkü neticede onun bu yaptığı da bir nevi zulümdür.¹³¹

Ayrıca burada, *İslâm'da zarar vermek ve zarara zararlarla karşılık vermek yoktur* ilkesi bağlamında zikretmemiz gereken birkaç ilke daha vardır ki, bunlar aslında yukarıdaki hükmü açıklayan ve sınırlarını ortaya koyan bir mahiyet/özellik taşırlar. Yani bir taraftan zarar vermenin yasaklanması ve engellenmesi sağlanacak diğer taraftan ise verilen zarar, zararlar değil de ancak İslâm'ın öngördüğü (*meşru*) şekilde izale edilecektir.

Zarar vermek ve zarara zararlarla mukâbele etmek, İslâm'ın temel ilkelerine aykırı olmakla kalmaz, aynı zamanda kendisinden nefret edilen bir fiil olarak kabul edilir. Birinin hak veya menfaatini ihlal etmekle ona zarar vermek bir bakıma dostluktan uzak ve haince bir eylemdir. Hz. Peygamber'in "*Sana hıyanet edene sen asla hıyanet etme*"¹³² sözü de bu ilkeye işaret etmektedir. Bu ilkeden hareketle Müslümanlar, kendilerine yapılan haince muameleye karşı doğruluk ve samimiyetle mukâbelede bulunmanın, haince muameleye hainlikle mukâbele etmekten daha

¹²⁹ Bkz. Mecelle, md. 27.

¹³⁰ Bkz. İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, 106; el-Mîrânî, 490-491.

¹³¹ Bkz. Âtîf Bey, 26; Zeydân, *el-Vecîz fî Şerhi'l-Kavâidi'l-Fıkhîyye fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, 86.

Zarara uğrayanın fiilinin yasak/zulüm olarak kabul edilmesi, bir bakıma o kimsenin, kendisine yapılan zulüm (gibi bir zulüm) ile karşılık vermesinden kaynaklanmaktadır. Zulüm, kesin olarak haramdır ve bu hiçbir şekilde değişmez. Dolayısıyla kişinin mazlum ve mağdur olması, zulüm olarak kabul edilen fiilinin mubah sayılmasına gerekçe olamaz. Tıpkı gasbedilenin gasbetmesi, yolu kesilenin yol kesmesi, hırsızlığa uğrayanın hırsızlık yapmasının meşru sayılmaması gibi. Bkz. Alî Haydar, II, 898.

¹³² Ebû Dâvûd, *Buyû'*, 82 (3534, 3535); et-Tirmizî, *Buyû'*, 38 (1280).

hayırlı olduğu hükmüne varmışlardır.¹³³ Şu halde kötülüğe kötülükle mukâbele edilmemesi, Hz. Peygamber'den bu yana devam eden bir sünnettir.

2. “Zarar İzale Olunur” İlkesi

Zarar izale olunur ilkesi, Kitâb ve Sünnet'in hükümlerinden bazılarının uygulanmasına imkân sağlayan genel bir ilkedir ve zararın giderilmesinin zorunlu (*vâcib*) olduğunu ifade eder.¹³⁴

Zarar zulümdür ve İslâm'a göre haramdır. Haram ve zulüm olan fiil de, hoş görülme (münker) bir şeydir. Nitekim bu tür fiil işlendiğinde, giderilmesi ve bir daha gerçekleşmeyinceye kadar ondan sakındırılması gerekir. O zaman, Müslüman'a düşen görev, Kur'ân'da ve sahih sünnette geçtiği gibi, İslâm'ın kabul etmediği bu fiilin işlenmesine meydan vermemek ve eğer böyle bir fiil ortaya çıkmışsa, etkilerinin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır.¹³⁵

Zarar izale olunur ilkesi, daha önce izah edilen *lâ darar velâ dırâr* ilkesiyle birbirini açıklayıcı veya tamamlayıcı bir biçimde yakın ilişki içindedir. Çünkü önceki zararın gerçekleştirilmesini engellemeye ve yasaklamaya delalet eder. Diğer bir ifade ile bu ilke, zararın ortaya çıkması durumunda, bu zararın giderilmesinin zorunlu olduğunu gösterir.¹³⁶

Mecelle'de 20. madde olarak yer alan *zarar izale olunur* hükmü de zarar konusu ile ilgili fikhî kaidelerden biridir. Malum olduğu üzere fikhî kaideler, fikhın tüm dallarında hüküm koyan ilkelerdir. Ancak bunlar arasında gerek mutlak-mukayyet, gerekse umum-husus bakımından farklar olduğu da muhakkaktır.¹³⁷

Zarar izale olunur ilkesi, mutlak bir anlam ifade eder. Fakat bu ilkeden sonra gelen ve onun mutlak ifadesini sınırlandıran başka bir fikhî ilkesi daha vardır ki o da, zarar misliyle izale olunamaz ilkesidir. Bu açıdan bakıldığında, zarar izale olunur

¹³³ Turnagil, 100.

¹³⁴ en-Nedvî, 293.

Bu ilkede olduğu gibi, cümle (*ibare*) haber kipi (*sığası*) halinde geldiği zaman, haber cümleleri vucûb ifade ettiğinden, zararın izalesi vâcib olur. Bkz. Zeydân, *el-Vecîz fi Şerhi'l-Kavâidi'l-Fikhîyye fi Ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 88.

¹³⁵ Zeydân, *el-Vecîz fi Şerhi'l-Kavâidi'l-Fikhîyye fi Ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 88; Emâme, 190.

¹³⁶ Emâme, 190.

¹³⁷ Söz gelimi Mecelle'nin, “Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur” (md. 27) ilkesi, “Zarar misliyle izale olunamaz” ilkesini {Bkz. Âtîf Bey, 35}, “Zarar misliyle izale olunamaz” (md. 25) ilkesi de “Zarar izale olunur” (md. 20) ilkesini (Bkz. Alî Haydar, I, 82) takyid ve tahsîs etmektedir.

ilkesinin, zararlı şeylerin izale edilmesi veya zararlı olanlardan hafifinin tercih edilmesiyle maksadın elde edilmesine yönelik olduğu görülür. Aslı/dayanağı da, Hz. Peygamber'in, yukarıda bahsettiğimiz, “lâ darar velâ dırâr” diye devam eden hadisidir.¹³⁸

3. “Zarar Misliyle İzale Olunamaz” İlkesi

İslâm'a göre zarar, sırf (*mahza*) kötülük olduğu için zulüm, münker, şer ve insanlar arasındaki ilişkileri ve toplum düzenini tahrip ettiği için de fesad olarak nitelendirilmiştir. İslâm hukuku, her çeşit zulmün, baskı ve fesadın giderilmesi; insanların vicdanî, fikrî ve şahsî hürriyetlerini elde etmeleri için vaz' edilmiş bir hukuk sistemidir.

Söz gelimi birileri zarar veren bir fiil işlese de, onun işlediği zararı gidermek için ona öncekinden daha büyük veya misli (eş, benzer) bir zararla karşılık vermek meşru değildir. İslâm'da amaç, mutlak manada zararın izalesi olduğundan, zarar kimden, ne şekilde gelirse gelsin buna müsaade edilmez ve zararın izalesi için öncekinden daha büyük bir zararın ihdas edilmesi veya yeni zararlara sebebiyet verilmesi caiz olmaz.¹³⁹ Dolayısıyla zarar, her isteyen kendi aklınca, sınırlarını kendisinin belirlediği bir biçimde ve çoğu kez de öç alma duygusuyla; yani şeriatın haram ve kötü (*münker*) dediği şekilde değil de usulüne uygun (*sûret-i meşrû'a*) olarak izale olunmalıdır.¹⁴⁰ Her ne şekilde olursa olsun zararın giderilmesi gerekli ise de, aynı biçimde bir zarar ile değil; önce zarar vermeden zararın giderilmesi sağlanmalı, bu mümkün olmazsa, -imkân dâhilinde- kendisinden daha hafif bir zararla (karşılık vererek) giderilmelidir.¹⁴¹

Diğer taraftan, verilen ilk zararın engellenmesi için, devam eden bir zarar doğurmadan zararı izale eden ve bundan sonra ortaya çıkabilecek zararın önüne geçen bir tasarrufla mukâbelede bulunmak caizdir. İlk bakışta bu tasarrufun, ilk zararı veren kişi için -görece- bir zarar doğurduğu; önceki zararın faili olarak onu bir tazmine veya cezaya mahkûm etmekle zarara uğrattığı vaki' olsa da, aksi durum daha büyük zarar(lar)a ve toplumda fesada sebep olacağından, iltizam edilmemesi caiz

¹³⁸ en-Nedvî, 287.

¹³⁹ Bkz. Zeydân, *el-Vecîz fî Şerhi'l-Kavâidi'l-Fıkhîyye fî Ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 90.

¹⁴⁰ Bkz. Alî Haydar, I, 75; Bilmen, I, 261, 263.

¹⁴¹ Âtuf Bey, 33; Alî Haydar, I, 82, 84-85.

olmaz.¹⁴² Böyle yapmaktan maksat, hiç şüphesiz, cezalandırmak değil, (hukukun bir gereği olarak) karşı tarafın hukuka uygunluğunu sağlamaktır.

Hız. Peygamber'in, "İslâm'da zarar vermek ve zarara zararlarla karşılık vermek yoktur" emri İslâm uluslararası hukukunda da emredici hukuk normudur. Fakat bu hukuk kuralının tatbiki, fikhın diğer kaidelerini de gerekli kılmaktadır. Şu halde "İslâm'da zarar vermek ve zarara zararlarla karşılık vermek yoktur" ilkesi, "zarar izale olunur" ve "zarar misliyle izale olunamaz" ilkeleri ile birlikte mütalaa edildiğinde, mukâbele uygulamalarından olan zararlar mukâbelenin, zarara zararlarla karşılık verme kastı ve/veya neticesi doğuracağından, fikhîen caiz olmadığı kanaatine varmak mümkündür.

Ayrıca zararlar mukâbele, modern uluslararası hukukta da, hukuka aykırı bir fiil olarak nitelendirildiği ve sür git devam eden bir zarara sebep olacağı için belli ve istisnâî durumlar¹⁴³ hariç, uluslararası hukuk ve toplum düzeni nezdinde kural olarak yasak kabul edilmiştir.¹⁴⁴

4. "Zarar bi Kaderi'l-İmkân Def" Olunur" İlkesi

Mecelle'nin 31. maddesi olarak düzenlenen bu ilkede, mümkün mertebe, hukuka uygun olarak ve hukuk sınırları içerisinde kalarak zararın uzaklaştırılması kastedilmiştir. Zarar vermek, aslında hukuk dışı (*gayrimeşru*) bir şeydir. Mümkün oldukça onu def etmek ve bütün vasıtaları kullanarak ondan sakınmak gerekir. İmkân nispetinde zarardan kurtulmanın en temel kıstası da, ona verilecek karşılığın hukuka uygun (hukuk dâhilinde) olmasıdır.¹⁴⁵ Dolayısıyla hukuka aykırı olarak ve hakkın kötüye kullanılması biçiminde zararı giderme yolu meşru sayılmamaktadır.

¹⁴² Mesela dinin emrettiği tazir ve had cezaları, neticede bireyler için bir zarar doğursa da yok sayılamaz veya kaldırılamazlar. Çünkü bu zararları icra/infaz etmemek daha büyük zarar doğurur. Bkz. Bilmen, I, 261.

¹⁴³ BM Antlaşması'nın ("Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırma Fiili Halinde Yapılacak Hareket" başlıklı VII. Bölümü) 51. maddesinde, 'BM üyelerinden birinin *silahlı saldırıya* hedef olması halinde' diyerek kuvvet kullanmanın bir istisnası olan bu duruma dikkat çekilmiştir. Bkz. Belik, *Devletlerin Harp Selahiyetinin Tahdidi ve Milletlerarası İhtilafların Sulh Yolu ile Halli Usulleri*, 1. Cilt, 47-49; Gündüz, 34; Bozkurt vd., 254.

¹⁴⁴ BM Antlaşması'nda sadece *savaş* (md. 53) değil, her türlü *kuvvet kullanma* ve *kuvvet kullanma tehdidi* (md. 2/4) de yasaklanmıştır. Bkz. Belik, *Devletlerin Harp Selahiyetinin Tahdidi ve Milletlerarası İhtilafların Sulh Yolu ile Halli Usulleri*, 1. Cilt, 40 vd.; Gündüz, 26.

¹⁴⁵ Alî Haydar, I, 87; eş-Şerbecî, 53; İlhan, Cengiz, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2006, 35.

Hukuka uygunluğun göstergesi ise, bireyin hakkının ilgili/yetkili mercilerin izni veya müdahalesi ile alınmasıdır. Çünkü hukuk, yetkili mercilerin, hakkın korunması ya da alınması için kuvvete başvurmasını hukuka aykırı saymamaktadır.¹⁴⁶

“Zarar izale olunur ilkesi” açıklanırken, hukuka uygunluğun sağlanmasıyla, esasında kastedilenin, zararın tamamen giderilmesi olduğunu söylemiştik. Şayet tümüyle zararın giderilmesi mümkün olmazsa, “bi kaderi’l-*imkân*” giderilmesi yoluna gidilir. Zarar izale olunur ilkesiyle söz konusu bu ilke, adeta birbirinin devamı niteliğindedir.¹⁴⁷ Yani zarar izale olunur ilkesiyle, zarar tümüyle izale olunmalı, eğer bu mümkün olmazsa *imkân dâhilinde* ve gücün yettiği kadarıyla zararı izale etmelidir. Çünkü *imkân* miktarınca dahi olsa zararın giderilmesi, böyle bir gayretin içine hiç girilmemesinden hayırlıdır.

Esasında bu ilke zararın, “zararla karşılık vermek (Mecelle, md. 19)” ya da “misli ile izale edilmek (Mecelle, md. 25)” suretiyle giderilmesinin mümkün olmadığını ifade ederek bir bakıma yukarıda açıkladığımız *fikhî kaidelerin* mutlak ifadelerini bir kayda bağlamıştır; onlara hem açıklık hem de sınırlama getirmiştir. Burada *bi kaderi’l-*imkân** tabiri, zararı gidermede bir ölçü/sınır koymaktadır.

Diğer taraftan haksız fiilin doğurduğu zararın ortadan kaldırılması için bir şey yapmamak da, ilk zararı ortadan kaldırmak için yeni bir zarara sebep olan fiili işlemek de haksızlıktır. Her iki durumda da, tarafları farklı olsa bile, bir zarar söz konusudur. İslâm her iki hale de izin vermez.

O halde bu ilkeye göre, zararı gidermenin ve zarara sebep olan haksız bir fiili ortadan kaldırmanın yolu, bu fiile, hukukun izin verdiği ölçüde/derecede bir fiille karşılık verilmesidir. Zararla karşılaşan kişinin görevi, bütün vasıtaları kullanarak zararı ortadan kaldırmaktır. Vasıtaların en hafifini kullanarak zararı yok edebiliyorsa, o zaman bu yolu tercih etmelidir. Örneğin bir eve hırsız girdiğinde, onu sopa ile kovmak mümkünken, sopa ile birlikte bir de silah kullanılması doğru olmaz.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Bkz. İlhan, 35.

¹⁴⁷ Zeydân, *el-Vecîz fî Şerhi’l-Kavâidi’l-Fikhîyye fî Ş-Şerîati’l-İslâmiyye*, 91.

¹⁴⁸ eş-Şerbecî, 53.

“Zarar bi kaderi’l-imbân def” olunur” ilkesini İslâm uluslararası hukuku bağlamında bir örnekle açıklayalım. Müşriklerin, Müslüman çocukları kalkan olarak kullanmalarına karşılık, Müslümanlar düşmana saldırmama ve atış yapmama yönünde çekingen bir tavır sergilerlerse bundan cesaret alan kâfirler, Müslümanlara daha da yaklaşıp saldırma, ateş açıp isabet etme girişimi içinde olabilirler. Bu da Müslümanların zararına demektir. Şu halde mücahitler, -gayrimüslim düşmanlar Müslüman çocukları kalkan yapsalar bile- kâfirleri hedef almak kaydıyla atış yapmak ve zararı engellemek zorundadırlar.¹⁴⁹ İslâm hukukunda, sadece Müslümanların çocukları değil tüm çocuklar masumdur ve onları öldürmek yasaklanmıştır. Ama çocuk, tâcir veya esir Müslümanların, düşman tarafından kalkan olarak kullanılması İslâm ordularının düşmana saldırmasına engel olursa, tüm Müslümanların zararına sebep olacak bir hezimet ortaya çıkacaktır.¹⁵⁰ Bu durumda İslâm hukukunda, umumî zararı imbân dâhilinde (*bi kaderil imbân*) ortadan kaldırmak için, Müslüman çocukları kendilerine siper yapan gayrimüslim düşmana atış yapmada Müslümanlara izin/ruhsat verilmiştir.¹⁵¹

Bir başka örnekte, Müslümanlara verebilecekleri -muhtemel- zararı önlemek (*li def’i şerrihim, li def’i eziyyetihim*) maksadıyla, Hz. Peygamber, müellefe-i kulûba (*el-muellefetu’l-kulûb*)¹⁵² sadaka (zekât) gelirlerinden pay vermiştir.¹⁵³ Müslümanların zararına olabilecek bir durumun izalesi için böyle bir uygulamaya başvurulmasında bir sakınca yoktur. Burada amaç, büyük bir zararı, *bi kaderil imbân* daha az zararla gidermektir.¹⁵⁴

¹⁴⁹ es-Serahsî, *Kitâbu’l-Mebsût*, X, 65; el-Kâsânî, IX, 347-348; el-Merğînânî, II, 813; İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, 109.

¹⁵⁰ eş-Şâtıbî, I, 630.

¹⁵¹ eş-Şâfiî, IV, 287; el-Kâsânî, IX, 348; el-Merğînânî, II, 813; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 478; eş-Sîrbînî, IV, 224; İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâir*, 109.

¹⁵² Teve suresi 60. âyette, sadaka/zekât verilecek sekiz sınıf arasında zikredilen ve kalpleri İslâm’a ısındırılmak ve/veya zararları önlenmek istenen kimseler olarak ifade edilen “el-muellefetu kulûbuhum”, literatürde, hem Müslümanları hem de müşrikleri/kâfirleri ve münafıkları içine alan umumilikte ve birkaç (üç) grupta ele alınmıştır. Bkz. el-Cassâs, III, 181, 204; el-Mâverdî, 222; er-Râzî, XVI, 111; Yazır, IV, 2575; Kallek, “Müellefe-i Kulûb”, *DİA*, İstanbul 2006, XXXI, 475.

¹⁵³ Bkz. el-Cassâs, III, 181, 204; el-Mâverdî, 222; el-Haddâdî, I, 164.

¹⁵⁴ Hz. Peygamber’in zekât fonundan pay verdiği bu kimseler arasında kuvvet ve nüfuz sahibi müşrik/kâfir ve münafıklar da mevcuttu. Bunlar Müslümanlara her türlü eziyet ve zarar verebilme gücüne ve fırsatına sahiptiler. Hz. Ömer de bu amaçla kendilerine zekât fonundan pay verildiğine dikkat çekerek artık onlardan gelebilecek zararın ortadan kalktığını ve dolayısıyla zekât verilebilecekler kapsamı dışında oldukları için onlara zekâttan pay vermeyeceğini söylemiştir.

5. Kıyas Prensibi

Uluslararası hukukta mukâbele (özellikle misilleme ve zararlar mukâbele) uygulamalarının yaptırım gücünü izah ederken, İslâm ceza hukukunda kullanılan *kıyas* kavramına da değinmek gerekir. Kıyas, birini öldüren veya bir uzva zarar veren şahsın misli ile cezalandırılmasıdır. Hem kıyas hem de misilleme öncesinde bir mağduriyet söz konusu olup mevcut mağduriyetin giderilmesi için başvuru bu yollar arasında amaç itibarıyla benzer noktalar vardır. Mesela kıyasın, ceza hukukunda ifa ettiği vazife ile mukâbele uygulamalarının uluslararası hukukta gerçekleştirdiği rol arasında yakın bir ilişki kurmak mümkündür. Yani bir bakıma her iki tür uygulama da, önceden yapılan muamelenin âdilce olmadığını, hakkaniyete uymadığını ortaya koymak, hissettirmek için bireyi veya devleti bu davranışından caydırma amacını taşır. Dolayısıyla her iki fiil de, belli ölçüde hukuk ve toplum düzeninin sağlanmasında, hem kargaşa hem de keyfiliğin ortadan kaldırılmasında, fertleri ve devletleri hukuka uygun davranmaya zorlamak için çok önemli bir caydırıcılık işlevi gören fiillerdir. Bir devlet tarafından diğer bir devlete veya onun vatandaşına ait olan mallara el koymak veya tahrip etmek, elçileri hapsedmek, düşman devlet arazisini geçici olarak işgal etmek vb. şeyler, bu kapsamda ele alınması gereken uygulamalardır.

Günümüzde de misilleme ile kıyas prensibi arasında, yönedikleri hedef ve elde ettikleri netice bakımından benzer bir ilişki kurulabilir.¹⁵⁵ Aslında geniş anlamıyla düşünürsek, bir bakıma kıyas prensibinin meşruiyet zemini, zararlar mukâbele fiilini de içine alacak genellikte kullanılan misilleme kavramına dayanır.¹⁵⁶

Bkz. Köse, “Hz. Ömer’in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 7, Konya 2006, 23, 28.

İmkân dâhilinde (bi kaderi’l-ımkân) deyiminden maksat, Müslümanlar üzerinden bir zarar kaldırırken benzer ya da daha büyük bir zarara sebep olunmaması gerekir. Bu bağlamda Kallek, müellefe-i kulûb payının harcanmasında, dinin gayesini gözetecek maksat ve yöntem kullanılması, hedef kitle belirlenirken dine ve inananlara zarar verecek sonuçların meydana getirilmemesi gibi hususları zikretmekle, bir anlamda, bi kaderi’l-ımkân ölçüsünün aşılmasına dikkat çekmektedir. Bkz. Kallek, “Müellefe-i Kulûb”, 476.

¹⁵⁵ Modern uluslararası hukukta, hukuka uygun -ama dostça/nazikçe olmayan- mukabele türü olan misilleme (*retortion/retorsion*) ile hukuka aykırı (illegal) ve haksız (unjustified) mukâbele türü olan zararlar mukâbele (*reprisals*), hem kıyas hem de misilleme anlamı çağrıştıran *retaliation* deyimini üzerinden tanımlanmıştır. Şöyleki, *retortion* (misilleme), “a lawful means of retaliation by one state against another...”; *reprisals* (zararlar mukâbele), “retaliatory measures taken by one state against another...” biçiminde ifade edilmiştir. Bkz. Martin, 399, 406.

¹⁵⁶ Bkz. Bakara, 2/190; Nahl, 16/126; Hacc, 22/60.

Yani nasıl ki mağdur ve maktul olan kişinin hakkını almak için kâtilin de katli öngörülüyorsa aynen bunun gibi uluslararası düzende de mağdur olan devlet(ler)in misilleme (veya bazen zararla mukâbele) gibi bir yola başvurma hakkı, hem modern uluslararası hukuk hem de İslâm hukuku tarafından kabul edilen bir husustur. Fakat ne var ki, İslâm hukuku başından beri, böylesi uygulamaların Kur’ân ve Sünnet’in ortaya koyduğu adalet, fazilet, hak ve hakkaniyet ilke ve emirleri doğrultusunda, insanlığın ortak değerleri ve onuru gözetilerek yürütülmesini öngörmüştür.¹⁵⁷

Şûrâ sûresi 40. âyette geçen, “*kötülüğün cezası da, misli kötülüktür...*” ifadesini, bir caydırıcılık unsuru olarak başvuru misillemenin yaptırım gücü bağlamında zikredebiliriz. Burada, baskı, zulüm ve haksızlıkların önüne geçmek, onlara meydan vermemek amacıyla ceza ile karşılık vermek bir anlamda adaleti tesis etmek olduğu için güzel bir iştir. Fakat verilecek cezanın güzel olarak nitelendirilebilmesi için, ya suça ceza olabilecek fiil, o suç gibi hoşlanılmayan bir fiil olmalı ya da öngörülen ceza, suçun misli ve ona eşit olmalıdır. Çünkü cezanın, suçu işleyen kişinin işlediği suça denk ve hoşuna gitmeyen bir fiil olmaması, istenmeyen bu fiili engellemek yerine, suça ve zulme teşvik olur. Ve yine öngörülen cezanın, suçun misli ve ona eşit olmaması halinde de adalet olmaz. Dolayısıyla zulme ve kötülüğe karşı kısasta bulunurken, ne yetersiz kalınmalı ne de haddi aşır da tecavüz etmelidir.¹⁵⁸

Yine Hacc sûresi 60. âyetteki, “*Kim kendisine verilen cezaya, dengiyle (misliyle) mukâbele eder...*” ifadesi de, adaleti emir ve tesis adına verilen karşılık¹⁵⁹ veya kısas anlamındadır. Yoksa karşılık olarak haddi aşmak ve kendilerine yapılan zulme, daha fazla bir zulümle mukâbele etmek değildir. Nasıl ki, bireylerden oluşan toplumlarda veya iç hukukta, anarşi ve kargaşanın giderilmesi ve toplum düzeninin muhafazası kısasla sağlanmaktadır. İşte bunun gibi devletlerden oluşan uluslararası

¹⁵⁷ Bu şekilde hareket edilmesi, nassa (Kitaba) dayanmaktadır. Nitekim Kur’ân’da, bir topluluğa duyulan kin ve düşmanlığın, o topluluğa karşı adaletsizce davranmaya gerekçe olamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Maide, 5/8.

¹⁵⁸ Yazır, VI, 4250-4251.

¹⁵⁹ İbn Kesîr’in belirttiğine göre, bu âyet müşriklerle olan ilişkilerde dahi adaleti emretmektedir. Alî b. Ebî Talhâ İbn Abbas’tan rivayet etmiştir ki, “*kim kendisine verilen cezaya, dengiyle (misliyle) mukâbele eder*” ifadesi, Müslümanlar açısından kuvvet, şiddet ve cihadın olmadığı Mekke döneminde nâzil olmuştur. Bu âyet, daha sonra, Medine döneminde nâzil olan savaş (*kital*) âyetiyle neshedilmiştir. İbn Cerir Taberî bu âyetin gaza umresinden sonra Medine’de nâzil olduğunu söyleyerek bu görüşü reddetmiştir. Bkz. İbn Kesîr, I, 228.

toplumda da, misilleme ve zararlarla mukâbele fiilleriyle uluslararası toplum düzeninin muhafazası hedeflenmiş olmaktadır. Bu maksatla uygulanan mukâbele fiilleri, şeklen kısas gibi bir ceza niteliği taşısa da, toplum düzeninin muhafazasını sağlamak adına, bir bakıma zalime yaptığı zulmün tam karşılığını vermek ve böylece suç ve ceza dengesini sağlamak amacıyla yöneliktir.

Hacc suresi 60'ta, saldırıya uğrayan, mağdur ve mazlum durumda olanların, kendilerine yapılan fiile misillemede bulunmaları halinde, Allâh'ın kendilerine garanti ettiği zafer vaadinden bahsedilmektedir. Âyette, mağdur ve mazlum olanların haklarının, toplum düzeni ve toplumun geneli adına savunulması için mukâbelede bulunulması tavsiye edilmektedir. Bahsi geçen âyette tavsiye edilen seçenek, fertler arasında, cana ve mala yönelik vuku' bulan bir saldırı fiilinin/suçunun karşılığı (cezası) olarak uygulanan *kısas*ı çağrıştırılmaktadır.

Kısa da olduğu gibi mukâbele fiillerinin sınırları da âyet ve hadisler doğrultusunda ortaya konulmuş ve uygulamada gösterilecek hassasiyet, İslâm hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde belirlenmiştir. Mesela zararlarla mukâbele, bir bakıma, kısas uygulamasına müracaat suretiyle çoğunlukla etkili bir haksızlığı ve hukuka aykırılığı düzeltme usulünü ifade eder. Fakat burada, İslâm hukuku açısından, güçlünün, hakkını almada ortaya koyacağı ihkâk-ı hak her türlü mukâbele (*mukâbele bi'l-misl*) fiilinin meşru görülmesi anlamına gelmez. İhkâk-ı hak, İslâm'ın izin verdiği şekilde ve şartlarda meşrudur.¹⁶⁰ Başka bir deyişle, kısmen kendi şartlarına göre tayin edilen ve fikhın genel prensiplerine göre tatbik edilmesine dikkat çekilen ihkâk-ı hak'ın, başlangıçtan beri İslâm hukuk tarihinde var olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle fikhın merkezîleşme döneminden önce, ferdî meselelerde sıklıkla başvurulana/rastlanan bu uygulamanın¹⁶¹ uluslararası hukuk açısından -son iki asra kadar- hep var olduğunu belirtmeliyiz. Dolayısıyla mukâbele fiilleri açısından tatbik edilmek durumunda olan ihkâk-ı hak, hem İslâm hukuku hem de modern

¹⁶⁰ İslâm hukukunda, belli şartlar altında ve devlet güçlerinin müdahale etmede geç kaldığı durumlarda ihkâk-ı hak yapmaya ruhsat verilmiştir. Bkz. Atar, 34. Yine Fıkıh usûlü ilmindeki ruhsata dayandırılan Mecelle'nin, "Zaruretler memnu' olan şeyleri mubah kılar" (md. 21) kaidesinin de, "zaruretler her memnu' olan şeyleri mubah kılar" anlamında olmaması, ihkâk-ı hak'ın -ancak- belli şartlarda meşru olabileceğini göstermektedir. Bkz. Alî Haydar, I, 76-77.

¹⁶¹ Adem-i merkezi hukuk düzenlerine özgü bir uygulama olan kısas, fikhın merkezîleşme döneminde de, yetkili organ dışında -sınırlı dahi olsa- uygulanan (tenfiz edilen) uygulama istisnalarından biri olarak kabul edilmiştir. Bkz. Türçan, "Hukuki Merkezîleşme ve Fıkıh", 138 (ve 56 no'lu dipnot).

uluslararası hukuktaki bazı uygulama örnekleri bakımından benzerlik göstermektedir. Mesela devletin uğradığı haksız fiile karşılık, belli şartlarda ve sınırlı olarak uygulanmasına izin verilen zararlarla mukâbele, devletin kendi hakkını kendisi alması yani bir ihkâk-ı hak durumudur.¹⁶² Fakat zarara uğrayan bir devletin, hak iddiasıyla zararlarla mukâbele adına ihkâk-ı hak etmesi ancak uluslararası hukukun gösterdiği şekilde kayıt altına alınmıştır.

Netice olarak, kısas maksadıyla yapılan bir mukâbele (misilleme ve zararlarla mukâbele) fiili için, Kur'an-ı Kerim'deki ilgili hükümler, hukukun özneleri olan devletlerin birbirlerinin dokunulmazlık haklarına saygı göstermeleri, eğer bu noktada bir hukuksuzluk veya bir saldırı olursa, saldırının mağduru olan tarafın (veya bireylerin), bu fiile misliyle karşılık vermesi gerektiğini öngörmektedir. Çünkü yapılan bir kötülüğün cezası, en fazla ona denk (*misli*) bir kötülük olmalıdır.¹⁶³ Bireyler ve toplumlar arası ilişkilerin esasını teşkil eden adalete uyulmazsa, insanlara güven veren bir huzur ortamından bahsetmek mümkün olmaz. Bir zalimin yaptığı kötülüğün karşılığı verilmezse dolaylı olarak binlerce mazlumun ortaya çıkmasına göz yumulmuş olunur.¹⁶⁴ Konuyla ilgili âyetler sadece, zulmün/kötülüğün menfi sonuçlarını ortadan kaldırmayı amaçlamaz, aynı zamanda tekrarlanmasının önünü almayı da hedefler. Onun için Kur'an'da, "*kısasta hayat vardır*" diye buyrulmuştur.¹⁶⁵ Dolayısıyla mukâbele uygulamalarına bir de, zaruret halinde, Müslümanların başvurmalarına izin verilen bir hak elde etme ve haksızlığı giderme yolu olarak bakmak gerekir. Çünkü bazen gasbedilmiş bir hakkı elde etmek, düşmana yaptığının aynıyla karşılık vermeyi (*kısas*) zorunlu kılabilir.

¹⁶² Bkz. Le Fur, 476; Özman, 68-69; Sur, 248, 249.

¹⁶³ İlgili Kur'an hükümleri için bkz. Bakara, 2/194; Nahl, 16/126; Mu'min, 40/40; Şûrâ, 42/40. Ayrıca bkz. İbn Ebî Hâtim, I, 327, 329.

¹⁶⁴ Nitekim bunun için, Maide suresinin 45. âyetinde, "*Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş (karşılık cezadır)*" diye buyrulmuştur.

¹⁶⁵ Bakara, 2/179.

B. UYUŞMAZLIK VEYA SAVAŞ DURUMUNDA MUKÂBELE (MİSİLLEME VE ZARARLA MUKÂBELE) YAPILAMAYACAK HALLER

1. Mukâbele Yapmak Gerekçesiyle Canlıları ve Fizik Çevreyi Yok Etmenin Yasaklanması

Hız. Peygamber orduya veya seriyyeye tayin ettiği komutanlara, Allâh'tan korkmalarını; *takva* ile hareket etmelerini ve kendileri ile birlikte olan Müslümanlara da hayırla muamele etmelerini emretmiştir.¹⁶⁶ Hız. Ebû Bekir de, Hız. Peygamber'in sünnetinden ve tavsiyelerinden¹⁶⁷ hareket ederek, sefere çıkan komutana:¹⁶⁸ “Ben sana, 'kadınları, çocukları, yaşlıları öldürmemek; meyveli ağaçları kesmemek, arıları yakmamak ve telef etmemek; imar edilmiş yerleri (binaları, evleri, ibadethaneleri vs.) tahrip etmemek; yemek için hariç, koyun, keçi ve deve gibi hayvanları ayaklarını keserek öldürmemek; ganimet paylarını bir araya toplamak ve ayırmamak; ganimetlere hainlik yapmamak ve korkmamak olmak üzere on şeyi tavsiye ediyorum”¹⁶⁹ diyerek talimatta bulunmuştur.

¹⁶⁶ Hız. Peygamber'in ordu ve seriyye komutanlarına ve askerlerine tavsiyeleri şunlardır: Allâh'ın adıyla, Allâh'a küfredenlere karşı Allâh yolunda savaşın. Gaza edin, ganimetten çalmayın, hıyanetlik yapmayın, müslu yapmayın ve çocuk (yaşta olan)ları öldürmeyin. Bkz. Sahnûn, III, 6-7; es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 4; el-Hârûnî, VI, 492; Afîfî, Muhammed Sâdık, *el-İslâm ve'l-Alâkâtu'd-Devliyye*, Dâru'r-Râidi'l-Arabî, Beyrut 1986/1406, 185.

¹⁶⁷ Bu tavsiyeler için mesela bkz. Muslim, Cihâd, 3.

¹⁶⁸ Kaynaklarda Hız. Ebû Bekir'in tavsiyede bulunduğu ordu komutanı olarak değişik isimler zikredilmektedir. İmâm Mâlik ve Muvaffakuddîn İbn Kudâme, Hız. Ebû Bekir'in tavsiyede bulunduğu kişinin, Şam'a gönderilen ordunun komutanı, Yezid b. Ebî Süfyan olduğunu söylemektedir. Bkz. Mâlik b. Enes, I, 577; Sahnûn, III, 7; İbnü'l-Arabî, I, 104, 105; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, V, 477, 481. Ayrıca bkz. Mikâ, 22; Ebû İyd, 138, 185.

İmâm Muhammed'in İbn Ömer'den rivayetine göre, bu komutan Yezid b. Ebî Süfyan'dır. Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's- Siyeril-Kebîr*, I, 30. Fakat yine İmâm Muhammed'in, Abdurrahman b. Cubeyr b. Nefir el-Hadramî tarikıyla rivayet ettiği hadise göre, ordunun bir kısmına Şurahbîl b. Hasene, bir kısmına Yezid b. Ebî Süfyan, bir kısmına da Amr b. el-Âs komuta etmiştir. Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's- Siyeril-Kebîr*, I, 34.

Buna karşılık, bir başka kaynaktaki ise, Hız. Ebû Bekir'in tavsiyede bulunduğu komutanın Usame olduğu zikredilmektedir. Bkz. Tabbara, 399.

Tavsiyede bulunulan ordu komutanlarının kaynaklarda farklı isimler olarak zikredilmesi, bahsi geçen kişilerin farklı zamanlarda sefere çıkan ordu komutanları olduğu ihtimalini de akla getirmektedir.

¹⁶⁹ Bkz. Mâlik b. Enes, I, 577 (1292); eş-Şâfî, IV, 244; Sahnûn, III, 7; es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's- Siyeril-Kebîr*, I, 31-33; İbn Ruşd el-Hafid, I, 310.

İmâm Mâlik, Ömer b. Abdülaziz'in de âmillerinden birine yazdığı mektupta, Hız. Peygamber'in seriyye (400 kişiden az askerî müfreze) gönderdiği zaman onlara verdiği talimatlardan bahsettiğini söylemekte ve onun da aynı şekilde âmillerinden askerlerine ve seriyyelerine nasihat bulunmalarını istediğini belirtmektedir. Bkz. Mâlik b. Enes, I, 577-578 (1293).

İbn Kudâme, Hz. Ebû Bekir'in emir ve talimatları arasında, 'kendilerini kilise ve manastırlara hapseden kişilerin İslâma davet edilmelerini' ve 'hunsa-i müşkilin kadın olma şüphesi taşımasından dolayı öldürülmemesini' de sayar. Hz. Ebû Bekir'in öldürülmemeleri tavsiyesinde bulunduğu insanlar, eğer Müslümanlarla savaşlılarsa o zaman öldürülmemelerinde bir beis yoktur.¹⁷⁰ eş-Şirbînî ise, kadın, çocuk ve hunsa-i müşkile ilaveten akıl hastasının (*mecnûn*) da öldürülmemesine dikkat çeker ama bunun bazı istisnaları olduğunu da ayrıca belirtir. Mesela bu gruptan insanların zaruret, mecburiyet, Müslümanlarla savaşmaları, kâfirlerin onları siper olarak kullanmaları, kadının dehrî gibi kitap ehli olmaması; putlara tapması ya da insanları İslâm'dan uzaklaştırmaya çalışarak fesat çıkarması, kadının ve hunsa-i müşkilin İslâm'a ve Müslümanlara kötü sözler sarfetmeleri gibi durumlarda öldürülebileceklerini söyler.¹⁷¹

Hz. Ebû Bekir'in bu tavsiyeleri; fizikî çevreyi tehdit eden fesadın ve tahrip etmenin yasaklanmasının yanında, özellikle toplumun önemli kesimini oluşturan zayıfların haklarının ve mallarının zâyi edilmesinin yasaklanmasına da açık bir davet içermektedir. Çünkü ekosistemin bir parçası olan bitkiler ve hayvanlar, hayat döngüsünün önemli unsurlarıdır. Dolayısıyla fizikî çevrenin önemli bir unsuru olan ağaçlar, insanların onlardan yiyeceği/yararlanacağı -müşterek- haktır. Ayrıca savaş, bu ağaçlardan faydalanan halklara karşı değil, ancak yeryüzünü fesada uğratan zalim idarecilere karşı yapılma amacı taşımalıdır. Başka bir deyişle, savaş asla halka eziyet vermek veya onları belli bir mezhebe/görüşe zorlamak için değil, düşmanlığı gidermek ve İslâm davetini himâye etmek için haddi aşmadan başvurulacak son çare olmalıdır.¹⁷²

Savaşın gerçekleştiği mekân ve şartlara göre, ehl-i harbin ağaçlarını kesme, mallarını yok etme ve yurtlarını yakıp yıkma vb. konuların dâhil olduğu "gereksiz yere tahrip etme meselesi (*kadıyyetu't-tahrîb*)", ilk dönem İslâm âlimlerini ikiye

¹⁷⁰ İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 477; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 131.

¹⁷¹ Burada, eş-Şirbînî, Mâverdi'nin, kadının dehrî gibi kitap ehli olmaması, putlara tapması ya da insanları İslâm'dan uzaklaştırmaya çalışması gibi durumlarda şâfiilere göre öldürülebileceği görüşünü de aktarır. Bkz. eş-Şirbînî, IV, 222-223.

¹⁷² Bkz. Ebû Zehra, 45; Mîkâ, 22; ez-Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhiyye Mukarene*, 126.

bölmüştür.¹⁷³ Burada müctehidler, gereksiz tahribin mutlak yasak olduğunu kabul edenlerle, onu bir kısım şartlarla kabul edenler diye ikiye ayırmışlardır.

Mutlak yasak görüşünü savunan hukukçular, Hz. Ebû Bekir'in talimatlarına dayanarak, savaş esnasında, bitkilerin ve hayvanların ve dinî yapıların gereksiz yere tahrip ve imha edilmesini, yasak sayılan fiiller kapsamında mütalaa etmişlerdir. Mesela düşman kalelerinin ateşe veya sele verilmesini; canlıların ve fizikî ortamın gereksiz yok edilmesini, el-Evzâî¹⁷⁴ ile es-Sevrî¹⁷⁵ herhangi bir sınırlama, kayıt veya istisna getirmeden yasak (*mekruh*) kabul etmişlerdir. el-Evzâî'ye göre bu yasağın en önemli dayanağı, Hz. Ebû Bekir'in Yezid b. Ebî Süfyan'a, “*Ağaç kesmeyin, ev yıkmayın ve süt hayvanlarını öldürmeyin*” şeklindeki talimatıdır.¹⁷⁶

Dört mezhebin imamlarının da dâhil olduğu diğer hukukçular ise, bazı nasslardan hareketle bu yasağı belli oranda/ölçüde daraltmışlardır.¹⁷⁷ Bu gruptakiler, Hz. Peygamber'in uygulamalarından hareketle, tahrip etme, yakıp yıkma, zâyi etme gibi yasakların canlı, cansız varlıklar ve nesnelere üzerinde hangi durumlarda ve ne şekilde cereyan edeceği veya bu fiillerin nasıl hükme bağlanacağı gibi konularda farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Ashâb-ı re'y (hanefiler), İmâm Mâlik, eş-Şâfiî,

¹⁷³ Bkz. İbn Ruşd el-Hafid, I, 311; Afifi, 221; Ebû İyd, 185-191.

¹⁷⁴ el-Evzâî'nin, canlıların ve fizikî ortamın gereksiz yere imha edilmesini mekruh saymasını, geçerli bir mazeretin/gerekçenin olmaması durumunda kabul etmek gerekir. Nitekim Ebû Yûsuf, el-Evzâî'nin hayvanların imha edilemeyeceği görüşünün, “yemek için olmak hariç” kaydıyla sınırlı olduğunu, delil olarak da, bir defasında Hz. Ebû Bekir'in hayvanların boğazlanarak telef edilmesini yasaklayan uygulamasını ve bazı İslâm âlimlerinin bu doğrultudaki görüşlerini gösterdiğini ifade eder. Bkz. Ebû Yûsuf, *er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâî*, 83. Anlaşılan el-Evzâî de, Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde olduğu gibi, bir istisna/kayıt getirerek yasağı kabul etmektedir.

¹⁷⁵ et-Tahavî'nin belirttiğine göre, es-Sevrî de düşman beldelerinin tahrip edilmesi ve ağaçların imha edilmesi konusunda hanefilerle aynı görüştedir. Yani es-Servî, zaruret veya Müslümanların yararı gibi gerekçelere ve “*Hurma ağaçlarından herhangi birini kesmeniz veya olduğu gibi bırakmanız hep Allâh'ın izniyledir*” (Haşr, 59/5) âyetine dayanarak düşman beldelerini yakıp yıkmada bir beis görmez. Bkz. et-Tahavî, III, 432.

¹⁷⁶ Bkz. et-Taberî, 103; es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 31; İbn Ruşd el-Hafid, I, 311; Afifi, 221. Afifi, ayrıca, Müslümanlarla savaş konumunda olan Beni Nadir'in ağaçlarının kesilmesi emrinin, savaş meydanının açılması gayesiyle verildiğini söylemektedir.

¹⁷⁷ Mesela İmâm Mâlik, hayvanların (*mevâşî*) öldürülmesine ve hurmalıkların yakılmasına izin/cevaz vermezken, ağaçların ve meyvelerin kesilmesini, binaların yıkılmasını caiz kabul eder. İmâm Şâfiî ise, evlerin ve ağaçların -düşman için- sığınak olması durumunda yakılması gerektiğini, sığınak değilse binaları yıkmamanın ve ağaçları kesmenin mekruh olduğunu söyler. Oysa el-Evzâî, her durumda, meyve veren ağaçların kesilmesini ve mabed (*kinîse*) olsun olmasın binaların tahrip/yok edilmesini mekruh sayar. Bkz. İbn Ruşd el-Hafid, I, 311.

İshâk, düşmanın tamamen tahrip edilmesine cevaz verirken, Ahmed b. Hanbel, hacet (ihtiyaç) hariç tahrip etmeyi mekruh görmektedir.¹⁷⁸

Canlıların ve fizikî ortamın gereksiz yere tahrip edilmesinde mutlak yasaktan yana olan hukukçularla yasağı belli kayda bağlayan hukukçular arasındaki ihtilaf, Hz. Peygamber'in uygulamalarından birine dayanan Hz. Ebû Bekir'in talimat ve uygulamalarını esas alanlarla, aynı meselede Hz. Peygamber'in diğer uygulama şekillerini esas alanlar arasındaki görüş farklılığından kaynaklanmaktadır.¹⁷⁹ Temelde Hz. Ebû Bekir'in talimat ve uygulamaları, Hz. Peygamber'in farklı zaman ve şartlarda ortaya koyduğu uygulama örneklerine dayanmaktadır. Hz. Peygamber, savaş esnasında bazen fizikî ortamın tahrip edilmesini; ağaçların ve binaların yok edilmesini emretmiş¹⁸⁰ ama bazen de buna müsaade etmemiştir.¹⁸¹

Hanefîler, düşman kalelerinin ve şehirlerinin ateşe verilmesini, sular altında bırakılmasını, binalarının yıkılmasını, ister meyve veren isterse meyvesiz olsun ağaçların kesilmesini ve ziraat alanlarının ve ürünlerinin dağıtılmasını, kesin zafer için mubah (caiz) sayarlar.¹⁸² Çünkü eğer İslâm ordusunun bunları yapması

¹⁷⁸ Sahnûn, Abdurrahman b. el-Kâsım'a, İmâm Mâlik'in düşman/küffarın köylerini (yerleşim yeri) ve kalelerini ateşle yakmayı veya sele vermeyi (suya boğmayı) mekruh sayıp saymadığını sorduğunda, İbn Kâsım, İmâm Mâlik'in şöyle dediğini aktardı: "Onların köylerini ve kalelerini ateşle yakmakta, sele vermede ve yok etmede bir beis/sakınca yoktur." Bkz. Sahnûn, III, 7-8; Afîfî, 221.

¹⁷⁹ Nitekim Hz. Peygamber'in, Beni Nadir'in hurmalıklarını yakmış olması ile, yine Hz. Peygamber'in "Ağaçları kesmeyin ve binaları yıkmayın" şeklindeki sözüne dayanan Hz. Ebû Bekir'in uygulaması arasında görülen zıtlık gibi. Bkz. eş-Şâfiî, IV, 258; İbn Ruşd el-Hafîd, I, 311-312. Ayrıca bkz. Ebu Süleyman, 94.

¹⁸⁰ Hz. Peygamber'in bu uygulaması Kitâb ve Sünnet'e dayanmaktadır. Bkz. Haşr, 59/5; eş-Şâfiî, IV, 258, 287; İbn Hazm, VII, 294; es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeril-Kebîr*, IV, 222; a.mlf., *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 32, 65; el-Kâsânî, IX, 347-348; İbn Kudâme, *el-Kâfî*, V, 480.

¹⁸¹ Mesela Hz. Peygamber, Hayber'in fethi esnasında, Hayber hurmalarının kesilmesini emretmişti. Ne zaman ki Hz. Ömer gelip de "Allâh, Hayber'i sana vaat etmedi mi" deyince Allâh Rasülü hurma ağaçlarının kesim emrini geri almıştır. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 32.

¹⁸² Hanefîlerin cevazdan yana bu görüşüne es-Serahsî, bazı rivayetleri delil gösterir. Mesela bunlardan biri, ez-Zührî'den gelen rivayettir. Buna göre, Hz. Peygamber, Nadir oğullarının ağaçlarının kesilmesini emretmişti. Hz. Peygamber'in bu emrini Allâh da, Haşr suresi 5. âyetle teyit etmiştir. Çünkü Müslümanlar kâfirleri yenmek, güçlerini kırmak ve zarar vermekle mükelleftir. Bu maksatla yapılanlar dinî bir vecibenin gereğidir. Nitekim Allâh, Tevbe suresi 120. âyette: "...kâfirleri öfkelendirecek bir yere (ayak) basmaları ve düşmana karşı bir başarı kazanmaları, ancak bunların karşılığında kendilerine salih bir amel yazılması içindir..." buyurmaktadır. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 31; a.mlf., *Şerhu Kitâbi's-Siyeril-Kebîr*, IV, 221-222; el-Merğînânî, II, 813; el-Haddâdî, II, 331.

el-Kâsânî de, es-Serahsî gibi, ağaçların ve ziraat ürünlerinin kesilmesi konusundaki izin Haşr suresinin 5. âyetine dayandığını ve bundan maksadın ise, düşmanı öfkelendirmek, rezil etmek ve bu şekilde cezalandırmak olduğunu ifade etmektedir. Bkz. el-Kâsânî, IX, 347.

el-Kâsânî yine hanefîlerin, düşman kalelerinin ateş (ve ateşli silahlar) ile yarılmasına, su altında bırakılmalarına, tahrip edilmelerine veya yok edilmelerine, kalelere doğru mancınık kurularak taş

yasaklanırsa, müşriklere karşı muzaffer olmaları mümkün olmayabilir. Ayrıca Hanefi hukukçuların çoğunluğu, düşman kalelerinin tahrip edilmeme gerekçesini, düşman kalelerinde veya beldelerinde Müslüman esirlerin veya tâcirlerin bulunma ihtimaline dayandırmayı da isabetli bulmazlar.¹⁸³ Nitekim Müslümanları öldürmek haram olduğu gibi gayrimüslimlerin kadınlarını ve çocuklarını da öldürmek haramdır. Dolayısıyla kadınları ve çocukları yanında olduğunda düşmana saldırıdan nasıl vazgeçilmiyorsa, içlerinde -esir veya tâcir- Müslümanların bulunduğu düşmana yapılacak cihaddan veya ablukadan da vazgeçilmez.¹⁸⁴ Ayrıca Müslüman esir(ler)in bulunmadığı bir düşman kalesi veya beldesi/şehri bulmak çok nadir (*istisnâî*) bir durumdur. O halde Müslümanlar galip gelmek için, kâfirleri hedef almak şartıyla, düşman kalelerini (veya şehirlerini) yakabilirler.¹⁸⁵

Hanefilere göre amaç, İslâm düşmanlarını mağlup etmek olduğu için eğer gerek duyulursa Müslümanlar düşman kalelerini yok edebilir ama zafer kolay olacaksa o zaman tahribe gerek kalmaz.¹⁸⁶ Kolaylıkla ele geçirilecek bir şehrin ya da kalenin bütün malları ve zenginlikleri Müslümanlara kalacağından ve bunların yok edilmesi de Müslümanların zararına olacağından bu yola başvurulması doğru değildir.

Hanefî İslâm hukukçusu et-Tahavî (ö.321/933), *Muhtasaru İhtilâfî'l-Ulemâ* adlı eserinde, düşman beldelerinin tahrip edilmesi ve ağaçların imha edilmesi konusunda, arkadaşlarının (hanefiler), Kur'ân'ın "*Hurma ağaçlarından herhangi birini kesmeniz veya olduğu gibi bırakmanız hep Allâh'ın izniyledir*" (Haşr, 59/5) âyetine dayanarak bir beis görmediklerini belirtir. et-Tahavî, yine hanefilere göre, hayvanların (*ğanem*) düşman topraklarından İslâm topraklarına götürülmesi mümkün

ve silahlarla saldırıda bulunulmasına cevaz vermesini de, Haşr suresi 2. âyete dayandırmaktadır. Bkz. Kâsânî, IX, 347.

¹⁸³ Hanefilerden cumhurun ittifak ettiği görüşün dışında kalan Hasen b. Ziyâd'a göre, kalelerin ateşe verilmesi, kalede/beldede herhangi bir Müslüman esirin olmadığı bilindiğinde caiz olur. Aksi takdirde bir Müslümanın başka bir Müslümanı öldürmesi anlamına gelir ki bu caiz değildir. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 32.

¹⁸⁴ es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 65. Aynı yerde İmâm Muhammed, Hz. Peygamber'in, Taif kuşatmasında mancınık kurdurduğu, gerektiğinde şehri ateşe vermek üzere Usâme b. Zeyd'e emir verdiği yolundaki rivayeti delil göstermektedir.

¹⁸⁵ es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 32, 65; el-Kâsânî, IX, 347-348.

¹⁸⁶ Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 32.

olmadığında boğazlanmalarında ve (yakılıp) telef edilmelerinde sakınca olmadığını da belirtmektedir.¹⁸⁷

Yine bir Hanefî İslâm hukukçusu es-Serahsî ise, hanefilere göre, savaşçıların düşman topraklarında binek hayvanlarını öldürmelerinin caiz olmadığını belirtir. es-Serahsî, bu hususta hanefilerin, ez-Zührî'den rivayet edilen “*Düşman topraklarında binek hayvanlarının (atlar) ayaklarını keserek öldürmeyin*” hadisine dayandıklarını, mâlikîlerin ise aksi görüşte olduklarını ve bu konuda Mute savaşında Cafer b. Ebî Tâlib'in atını öldürmesini delil gösterdiklerini ifade eder.¹⁸⁸

İmâm Şâfiî'ye göre de, eğer düşman çoksa, şehir ve kalelerini de sağlamlaştırmışlarsa, şehirlerini dârulislâm'a veya dârulahl'de çevirmek zor olacağından, bu beldenin -meyveli ya da meyvesiz- ağaçlarının kesilmesi, evlerinin tahrip edilmesi, şehirlerinin ateşe veya sele verilmesi ve mallarının ele geçirilmesinde bir sakınca yoktur. Müslümanlar zimmetlerine geçirdikleri taşınır olmayan tüm malları, düşmanın mukavemetini ve moralini kırmak için imha edebilir. Fakat düşman beldesi tamamen Müslümanların eline geçtikten ve burası dârulislâm olduktan sonra böyle bir uygulamaya gerek kalmaz.¹⁸⁹

Şâfiî mezhebinin baskın görüşünü ortaya koyan eş-Şirbînî de, Hz. Peygamber'in, Nadir oğullarının hurmalıklarını yok etmesi üzerine onu tasdik etmek ve söylentileri ortadan kaldırmak için nâzil olan Haşr suresi 5. âyete dayanarak canlı olmayan her şeyin kesilip yok edilebileceğini söylemektedir. Hatta galip gelmek, bu şekilde davranmaya bağlı ise, el-Mâverdî ve diğerlerinin dediği gibi ağaçların kesilmesi ve binaların yok edilmesi gerekli (*vâcib*)dir. Nitekim şâfiîlerin bu kanaate, Haşr suresi 2. âyetin “*Onlar evlerini hem kendi elleriyle, hem de müminlerin elleriyle yıkıyorlardı*” hükmünden hareketle vardıkları görülmektedir.¹⁹⁰

¹⁸⁷ et-Tahavî, III, 432, 444.

Bu konuda hanefiler arasında görüş ayrılığı vardır: Bazıları, “dârulharb'den çekilmek zorunda kalan Müslümanlar her şeyi bırakıp çıkar” görüşüne, bazıları ise, “hayvanlar kesilir, eşya ile birlikte ateşe atılır” görüşüne sahip olmuştur. İkinci görüşten yana olan et-Tahavî'nin Ebû Yûsuf ile aynı görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Krş. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 199.

¹⁸⁸ Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 28.

¹⁸⁹ İmâm Şâfiî görüşünü, Hz. Peygamber'in, Beni Nadir'in hurmalıklarını yakması, Hayberlilere ve Tâiflilere ait hurmalıkları kesmesi gibi uygulamalara ve ardından nâzil olan Haşr suresi 5. âyete dayandırmaktadır. Bkz. eş-Şâfiî, IV, 257, 287.

¹⁹⁰ Bkz. eş-Şirbînî, IV, 226.

Müslümanların düşman beldelerini yakıp yıkması veya imha etmesi konusunda aslolanın mubah (*ibahe*) olması, şüphesiz Kur'ân'ın ifadesi ve Hz. Peygamber'in tatbikatı (*sünnet*) ile sabittir.¹⁹¹ Bir serbestlik olduğu için, düşmanın durumuna göre, her iki şekilde de hareket edilebilir. Allâh Rasulü bir defasında bir beldenin ağaçlarını kesmiş, binalarını imha etmiş, başka bir zaman ise savaştığı düşman beldesine bir şey yapmamıştır.¹⁹² Mesela Hz. Peygamber'den, Nadir oğullarının ağaçlarını kestirmesi ve Hayber hurmalıklarının kesim kararını durdurması şeklinde iki ayrı uygulama örneği sadır olmuştur. Hayber'den sonra cereyan eden Taif gazvesinde ise, Hz. Peygamber, Usame b. Zeyd'e, düşmana sabah vakti saldırmasını ve gerektiğinde şehri (ehl-i Ubnâ) yakıp yıkmasını emretmiştir.¹⁹³

Hanbelî mezhebinin görüşünü yansıtan İbn Kudâme'ye göre, ihtiyaç duyulduğunda düşman evlerinin yok edilmesi, ağaçlarının kesilmesi, ekinlerinin yakılması caizdir. Fakat onlarla gölgelenmek, korunmak/gizlenmek (*istitar*), onlardan yemek ve hayvanlarını beslemek gibi bazı ihtiyaçların giderilmesi söz konusu olduğunda binaların, ağaçların ve ekinlerin yok edilmesi, Müslümanların zararına olacağından, caiz değildir.¹⁹⁴ İbn Kudâme, düşmandan ele geçirilen hayvanların, İslâm topraklarına götürülmesi mümkün olmadığında boğazlanmaları ve telef edilmelerinde bir sakınca olmadığını, “eğer düşmandan elimize mal geçerse ve onu İslâm topraklarına ulaştırmazsak, düşman faydalanmasın diye onu itlaf etmek caizdir” sözleriyle dile getirmektedir.¹⁹⁵

Zâhirî İmâm İbn Hazm (ö.456/1064) da hanefiler ve şâfiîler gibi düşünmektedir. İbn Hazm'a göre, müşriklere ait olan ağaçların yakılması, yine onlara

¹⁹¹ Hanefilerde olduğu gibi, eş-Şâfiî'de, Hz. Peygamber'in, Beni Nadr'in hurmalıklarını kesmesinden razı olması ve terkini de mubah görmesinden hareketle, Kitâb ve Sünnet'e dayandığını söylemektedir. Her iki mezhebin cevazdan yana delil gösterdikleri âyet şudur: “*Hurma ağaçlarından herhangi birini kesmeniz veya olduğu gibi bırakmanız hep Allâh'ın izniyledir...* (Haşr, 59/5).” Yine her iki mezhebin Sünnet'ten gösterdikleri delil de, İbn Şihâb ez-Zührî'den gelen rivayettir. Bkz. eş-Şâfiî, IV, 258; es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mesûr*, X, 31.

İmâm Şâfiî'nin bu konuda Sünnet'ten getirdiği delil ise; Enes b. İyaz'ın Musa b. Ukbe'den, onun Nâfi'den, onun da İbn Ömer'den rivayet ettiği hadis ile İbrâhîm b. Sa'd b. İbrâhîm'in İbn Şihâb (ez-Zührî)'den rivayet ettiği iki hadistir. Her iki hadiste, Hz. Peygamber, Beni Nadr'in hurmalarını kestiği ve mallarını yaktığı rivayet edilmektedir. Bkz. eş-Şâfiî, IV, 258.

¹⁹² eş-Şâfiî, IV, 257, 284.

¹⁹³ Hz. Peygamber'in bu emri, Usame'nin kendisi tarafından rivayet edilmektedir. Bkz. eş-Şâfiî, IV, 258; es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyerî'l-Kebîr*, IV, 222.

¹⁹⁴ İbn Kudâme, düşmana ait şeylerin yok edilmesi, yakılıp yıkılması fiilinin meşru/caiz olması, Müslümanların zararına olmaması şartına bağlamıştır. Bkz. *el-Kâfi*, V, 480.

¹⁹⁵ İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 482.

ait olan yiyeceklerin (gıdaların) ve ziraat ürünlerinin yok edilmesi caizdir. Görüşüne dayanak olarak, Hz. Peygamber'in, Beni Nadir Yahudilerinin hurma(lık)larını yakmasını ve bu uygulamayı tasdik için nâzil olan “*Hurmaları kesmeniz veya onları gövdeleri/kökleri üzerine bırakmanız -ancak- Allâh'ın izni iledir. Elbette Allâh fasıklar topluluğunu cezalandırır*” âyetinin¹⁹⁶ hükmünü delil gösterir.¹⁹⁷

Şiîlerin Zeydiye koluna göre, devlet başkanı (*el-İmam*), savaşta düşman beldelere yapılacak muamelede kendi görüşü (*re'y*) ile hareket eder. Devlet başkanı ya (ele geçirilecek bu yer) Müslümanlar için bir rahatlık/fayda (*salâh*) sağlar düşüncesiyle fazla tahribe izin vermez; olduğu gibi bırakır ya da orada Müslümanlar adına rahatlık (*salâh*) görmez, kâfirlere zarar vermek (ve Müslümanların galip gelmesini sağlamak) düşüncesiyle orayı tahrip eder; yakıp yıkar. Bu tür muameleye, Kur'ân'ın (Haşr, 59/2, 5) hükümleri, Hz. Peygamber'in Beni Nadir'de, hurmalıkları tahrip etmesi yönündeki uygulaması (Sünnet) gerekçe gösterilmiştir.¹⁹⁸

İslâm hukukunda, hayvanların öldürülmesi konusunda da farklı uygulamalara imkân sağlayan görüşlerin var olduğunu görmekteyiz. Hanefîler, eğer Müslümanlar ele geçirilen ganimet malları ve hayvanları götüremezlerse, ne sağlam ne de sakat olarak geride bırakılmayacağını, düşman faydalanmasın diye boğazlandıktan sonra yakmak gerektiğini¹⁹⁹ ve dolayısıyla düşmana acı vereceği ve onları öfkeli edeceği için hayvanların telef edilmesinin caiz olduğunu söylerler. Mâlikîler, ele geçirilen hayvanları yaralayarak bırakmak gerektiği görüşündedir.²⁰⁰ eş-Şâfiî'ye göre, meşru kılan bir gerekçe veya zaruret olmadıkça, at, sığır ve arı vb. canlı hayvanları yakmak, boğazlamak veya boğmak meşru (*helâl*) olmaz.²⁰¹ Şâfiîler, düşmandan kalan hayvanlardan yemek için kesmek hariç, kesip telef edilemeyeceğini, bir can

¹⁹⁶ Haşr, 59/5.

¹⁹⁷ İbn Hazm, VII, 294.

İbn Hazm, bu hususta Hz. Ebû Bekir'den sadır olan talimatın/tavsiyenin de âyetin zımından kaynaklandığını çünkü zikredilen âyette bunların terkinin aynı zamanda mubah olduğunu belirtmektedir. Ayrıca Hz. Peygamberle beraber olan bir kimse için delile/hüccete ihtiyaç olmadığını da eklemektedir. Bkz. İbn Hazm, VII, 294.

¹⁹⁸ Bu konuda zeydîlerin sahip oldukları görüşlerin ve dayandıkları delillerin, hanefîlerle aynı olduğunu söyleyebiliriz. Bkz. el-Hârûnî, VI, 503-504.

¹⁹⁹ Ebû Yûsuf, *er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâi*, 83; el-Kâsânî, IX, 351; el-Mevsîlî, II, 381.

²⁰⁰ es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 37.

²⁰¹ eş-Şâfiî, IV, 258.

taşıdıkları için sağ bırakılmaları gerektiğini söylerler.²⁰² Şiilere göre, -Cafer b. Ebî Tâlib'in Mute savaşında yaptığı gibi- bir Müslümanın, kurtuluş/rahatlık (*salâh*) sağlayacağı düşüncesiyle olsa bile hayvanını dizleri aşağısından keserek sakatlamak mekruh, onu boğazlamak daha merhametlice(*ecved*)dir. Düşmanın hayvanına gelince, onu, dizleri aşağısından keserek sakatlamak, düşmanı zayıflatacağı için, caiz olmakla beraber, boğazlayarak telef etmek ise her halükârda daha iyi(*evlâ*)dir.²⁰³

İslâm hukukçuları arasındaki bu ihtilafı da Hz. Peygamber'in ve ashabının tatbikatına dayandırmak mümkündür. Fakat aynı kaynağa dayanan hukukçuların görüşlerinin farklı olmasına, Müslümanların/İslâm'ın menfaati ve zaruret gibi iki önemli belirleyici etki etmektedir. Mesela hanefî, mâlikî, bir dereceye kadar şâfiî, zâhirî ve şîî hukukçuların, savaş anında/ortamında düşmanın onlardan faydalanarak galip gelmesini engellemek ve moralini bozmak için hayvanların yaralanması ve/veya öldürülmesini mubah/caiz görmede söz konusu menfaat ve zaruret kıstasını esas aldıkları söylenebilir.

Zâhirî fikhının temsilcisi İbn Hazm, zaruret durumu veya yemek maksadı dışında; at, kurbanlık hayvanlar ve eti yenen kanatlı hayvanların herhangi birini boğazlamanın helal olmadığı görüşündedir. Ona göre, domuz bu sayılanların dışında kaldığı için tümüyle telef edilir. Atlar da sadece savaşma esnasında, düşmanın mukavemetini ve savaşma gücünü kırmak için boğazlanır ve telef edilirler.²⁰⁴ İbn Hazm, İbn Cüreyc'den gelen rivayete göre Hz. Peygamber'in, hayvanların bağlanıp katledilmesini yasakladığını yine Ahmed b. Şuayb tarikıyla gelen bir rivayette de Hz. Peygamber'in "*hayvanlara müslle yapmayın*" dediğini bildirmektedir.²⁰⁵ İbn Hazm, Kur'ân'ın "*Kâfirleri öfkelenirmek üzere bir yere adım atmak ve düşmana karşı herhangi bir başarı kazanmak*" âyetini²⁰⁶ delil göstererek, sebepsiz yere hayvanların öldürülmesine cevaz verenleri de mantıklı bulmaz.²⁰⁷

²⁰² eş-Şâfiî, IV, 259; es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 37.

²⁰³ Bkz. el-'Amilî, III, 27.

²⁰⁴ İbn Hazm, VII, 294.

²⁰⁵ İbn Hazm burada, Hz. Ebû Bekir'in ordu komutanına yaptığı nasihata da yer vermekte ve daha önce belirttiğimiz gibi, eti yenen hayvanların zaruret (gıda ihtiyacı) olmaksızın telef edilemeyeceğini belirtmesinin yanında, arıların bile yakılmasının ve boğulmasının caiz olmadığını ifade etmektedir. Bkz. İbn Hazm, VII, 295-296.

²⁰⁶ Tevbe, 9/120.

²⁰⁷ İbn Hazm, âyetteki *düşmanı öfkelenirmek ve düşmana karşı başarı kazanmak* amacına istinaden hayvanları öldürmeyi helal sayanlara, haklı olarak, 'düşmanı daha fazla öfkelenirmek için neden

Hanbelî hukukçu İbn Kudâme de Müslümanların eline geçen hayvanların gereksiz yere telef edilmesinin caiz olmadığı noktasında, hem Hz. Peygamber'den, karıncaların öldürülmesini yasaklayan rivayete, hem de Hz. Ebû Bekir'in sözüne atıfta bulunur.²⁰⁸

eş-Şâfiî, İbn Hazm ve İbn Kudâme gibi, hayvanların sebepsiz yere öldürülmesine ihtiyatla yaklaşanların,²⁰⁹ Hz. Peygamber'in, hayvanların sadece yiyecek ihtiyacı (zaruret) gerekçesiyle ve eziyet verilmeden (müsle yapmadan) öldürülebileceği²¹⁰ yönündeki emrine/tavsiyesine dayandıkları açıktır.

Sonuç olarak, İslâm hukukunda, devletlerarası ilişkilerde, zaruret hali olmaksızın, İslâm'ın yasakladığı fiillerde mukâbele uygulamalarına (misillemeye ve zararlar mukâbeleye) izin verilmemesi çoğunluk âlimlerin görüşünü yansıtmaktadır. Düşman veya aralarında uyuşmazlık bulunan ülkeler tarafından bazılarının yaptığı fiilden diğerlerini sorumlu tutmak da doğru değildir. Fiilden, bu fiili işleyen suçlular sorumludur.

Savaş ortamında malların dokunulmazlığına gelince; bunlar da sahiplerinin dokunulmazlığına bağlıdır. Kendi canları için dokunulmazlığın söz konusu olmadığı kimselerin malları için de dokunulmazlık söz konusu olamaz.²¹¹ Düşmandan ele geçirilen mal (*emtia*) veya hayvanların İslâm topraklarına götürülmesi imkânsız olması ve düşmanın bunlarla kuvvet bulup Müslümanlara saldırması kaçınılmaz olursa bunların telef edilmesinde bir sakınca yoktur.²¹² Aksi takdirde Müslümanların canları ve dolayısıyla dinleri tehdit altında olacaktır ki, bu durumda mal veya hayvan

onların çocuklarını, küçüklerini ve kadınlarını öldürmüyorsunuz' diye sorduğunda, Hz. Peygamber'in kadın ve çocukları öldürmeyi yasakladığını gerekçe gösterdiklerini söyler. Bu gerekçeyi haklı/doğru bulmayan İbn Hazm, Hz. Peygamber'in, tıpkı kadın ve çocukların öldürülmesini yasakladığı gibi, zaruret olmaksızın hayvanların öldürülmesini de yasakladığını, ikisi arasında fark olmadığını ifade eder ve şöyle der: 'Allâh, bize yasaklamadığı şeylerde düşmanı öfkelenmemizi ister. Yoksa bize yapılmasını yasakladığı şeylerde değil.' Bkz. İbn Hazm, VII, 295, 296.

²⁰⁸ Bkz. *el-Kâfi*, V, 479.

²⁰⁹ Bkz. eş-Şâfiî, IV, 244; İbn Hazm, VII, 295, 296; İbn Hacer, 159.

²¹⁰ Hadis'in metni şöyledir: "*Muhakkak ki Allâh, her şeye karşı iyilikle muamele etmeyi farz kıldı. Öldüreceğiniz zaman güzel öldürün, hayvan keseceğiniz zaman güzel kesin.*" Bkz. Ebû Dâvûd, Edâhî, 11 (2814); et-Tirmizî, Diyât, 14 (1408) [et-Tirmizî, bu hadisin, hasen-sahih bir rivayete sahip olduğunu belirtmektedir.]; İbn Mâce, Zebâih, 3 (3170).

²¹¹ *el-Kâsânî*, IX, 347.

²¹² Çünkü darulharbden çekilmek zorunda kalan Müslümanların, elde ettikleri hayvanları kesmeleri ve malları yakmaları, düşmanın faydalanmasına bırakmalarından daha iyidir. Bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbu'l-Harâc*, 199.

feda edilir. Çünkü dinin ve insan canının muhafazası, dinin öncelikli zaruretlerindedir.

Diğer taraftan kesin zafer sağlanacağı bilirse sonuçta Müslümanların eline geçecek olan ağaçların, ziraat alanlarının tahrip ve talan edilmesi Müslümanların yararına olmayacağı gibi gereksiz bir fiil olduğu için de hoş karşılanmaz. Dolayısıyla savaş durumunda amaç, düşmanın moralinin bozulması, mukavemetinin kırılması olduğundan bu gibi durumlarda devlet başkanı şartlara uygun karar/tehdit alır.

2. Mukâbele Amacıyla Müsle Yapmanın Yasaklanması

Müsle yapmak; savaş sonunda düşman ölülerinin bazılarının başını, kulağını, burnunu veya başka bir organını kesmek²¹³ suretiyle onları en ağır şekilde aşağılamak ve insanlık onurlarıyla oynamak anlamına gelmektedir. İslâm'daki fazilet ilkesi, düşmanlar Müslümanları öldürdükten sonra onlara müsle yapsa dahi, Müslümanların bu fiille onlara misilleme yapmasını yasaklar.²¹⁴

Savaş esnasında, savaşanların birbirinin kolunu bacağına ya da herhangi bir uzvunu kesmesi, mevcut şartlarda tabiidir ve bunda bir beis yoktur.²¹⁵ Yeter ki bu fiiller bizzat savaş sırasında işlensin. Çünkü amaç zaten düşmanı yenmek; rezil etmek ve Müslümanlara zarar veremez hale getirmektir. Fakat bununla beraber savaş sonrasında ölülerin herhangi bir uzvunu kesmek gibi insanlık dışı fiiller yasaklanmıştır. Ayrıca savaş esnasında bile olsa, savaşa iştirak etmeyenlere de bu fiiller uygulanamaz.²¹⁶

Uhud savaşında müşrikler, Hz. Peygamber'in amcası Hz. Hamza'ya ve şehitlerden bazılarına müsle yapmışlardı. Hz. Peygamber, Hz. Hamza'yı burnu ve kulakları kesilmiş ve ciğeri çıkarılmış görünce, derin bir üzüntüyle: *'Eğer Allâh herhangi bir yerde beni Kureyş'e karşı muzaffer ederse, ben de onlardan otuz kişiye*

²¹³ el-Haddâdî, II, 332; es-Sââtî, XIV, 66; Mansûr, IV, 374 (1 no'lu dipnot).

²¹⁴ Müşriklerin, Uhud savaşı sonunda Hz. Hamza'nın ve diğer Müslüman şehitlerin cesetlerine müsle yapmalarına rağmen, Müslümanlar kâfir cesetlerine müsle yapmamıştır. Bkz. Câmiatu'l-Ezher, 25; Hamâde, 124.

²¹⁵ el-Haddâdî, II, 332; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 212.

²¹⁶ Mesela, savaş esnasında akıl hastasının, kadının, çocuğun, savaşla irtibatı olmayan çok yaşlının, âmânın, yatalak (kötrüm) olanın bu fiillere maruz kalması hiçbir şekilde caiz değildir. Bkz. el-Mevsılî, II, 374.

müsle yapacağım' diyerek tepki göstermişti.²¹⁷ Müşriklerin Müslümanlara yaptıkları muamele, ashabın da, “*eğer Allâh bize zafer verirse, elbette biz de onlara -aynısını yapacağız*”²¹⁸ şeklinde tepki vermelerine sebep olmuştur.²¹⁹

Olayın ardından nâzil olan âyetlerde²²⁰ Allâh, güzel öğütle İslâm'a çağırmayı ve en güzel şekilde mücadele etmeyi tavsiye etmektedir. Eğer Müslümanlar, yapılan işkenceye karşılık verecekse, misliyle karşılık vermeleri istenmekte fakat taşıdıkları öfkeyle hukuk dışı ve zalimce bir fiil işleme ihtimalini en aza indirmek için de onlara sabır telkin edilmektedir.²²¹ Böylece, bir anlamda Müslümanların, engel olmadıkları olumsuz düşünceleri ve hisleri Allâh'ın yardımıyla kontrol altına almaları öğütlenmektedir.

İnen âyetlerden sonra Hz. Peygamber bu fiili işleyenleri affetmiş ve buna sabırla karşılık vermiştir.²²² Nitekim daha sonra müşriklere karşı zafer kazandığı bir zamanda onların ölülerinden hiç birine müsle yapmamıştır.²²³ Dahası, Hz. Peygamber, ordu komutanlarına yaptığı tavsiyelerin yer aldığı uzunca bir hadiste, ‘*müsle yapmaktan sakının*’ buyurmak suretiyle, özellikle bu yasağa dikkat çekmiştir.²²⁴

²¹⁷ İbn Hişâm, 678; ed-Dârakutnî, Alî b. Umer, *es-Sunen*, I-VI, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 2004/1424, V, 204, 207; İbn Kesîr, II, 592.

Kaynaklarda, Hz. Peygamber'in, müşriklerden 70 kişiye (erkeğe) müsle yapmak için yemin ettiğine dair bilgiye de rastlanmaktadır. Bkz. ed-Dârakutnî, V, 208; Aksu, 118.

Bazı eserlerde, Hz. Peygamber'in şu şekilde söylediği bildirilmektedir: ‘*Eğer Allâh bir gün/zaman bizi galip kılarsa, ben de onlara, Araplardan hiç kimsenin yapmadığı müsleyi yapacağım.*’ Mesela bkz. Tabbara, 399; Afîfî, 220.

²¹⁸ İbn Ebî Şeybe, *Kitâbu'l-Meğâzi*, Tahkîk ve Tahrîc. Abdulazîz b. İbrâhîm el-Umerî, Dâru İşbiliya, Riyâd 2001/1422, 220.

²¹⁹ Başka bir kaynakta, Hz. Peygamber'in üzüntüsünü ve öfkesini gören Müslümanların, ‘*Vallahi eğer Allâh bir gün bize zafer verirse, biz de onlara Araplardan hiç kimsenin yapmadığı müsleyi yapacağız*’ dediği belirtilmektedir. Fakat aynı yerde bu ifade, Hz. Peygamber'in sözü olarak da zikredilmektedir. Bkz. Tabbara, 399.

²²⁰ Nahl, 16/125-127.

²²¹ Bkz. İbn Kesîr, II, 592.

²²² İbn Hişâm, 679; İbn Ebî Şeybe, *Kitâbu'l-Meğâzi*, 220; ed-Dârakutnî, V, 208.

el-Beyhakî'nin (ö.458/1066) kaydettiğine göre, “*Eğer ceza verecekseniz, size yapılan işkencenin misliyle ceza verin. Ama sabrederseniz, elbette o, sabredenler için daha hayırlıdır*” (Nahl, 16/126) âyeti nâzil olduğu zaman, Hz. Peygamber, “*elbette sabrediniz Ya Rab*” demiştir. Bkz. XIII, 210.

²²³ Hz. Peygamber, kâfirlere müsle yapmak için yaptığı yeminden dolayı kefareti ödemiş ve bu sözünü uygulamamıştır. Bkz. Aksu, 119.

²²⁴ Süleyman b. Büreyde'den rivayet edilen bu hadis için bkz. Muslim, Cihâd, 3; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 485. Ayrıca, Hz. Peygamber'in müsleyi yasakladığına dair el-Muğire b. Şu'be'den gelen bir rivayet için bkz. es-Sââtî, XIV, 66.

İbn İshâk dedi ki: Humeyd et-Tevîl'in Hasen'dan, onun da Semûre b. Cundeb'den bildirdiğine göre Semûre b. Cundeb şöyle dedi: “Hisselerin tefriki/taksimi esnasında Hz. Peygamber bize

Bu ve benzeri fiiller, daha önce ifade edildiği gibi, Kur'ân'ın hükmü²²⁵ ve Hz. Peygamber'in emri ve tatbikatıyla yasaklanmıştır.²²⁶ Nitekim Hz. Peygamber, savaşta ölülerin burunlarını, kulaklarını veya diğer uzuvlarını kesme şeklindeki İslâm'la ve insanlık onuruyla hiçbir zaman bağdaşmayan muameleye (müsle yapmaya), özellikle vurgu yapmış ve onu umumî bir ifade/emir ile yasaklamıştır. Kuşkusuz İslâm'ın ortaya koyduğu bu hüküm, savaş hukuku açısından dönemine göre çok ileri düzeyi göstermekte ve savaş sonunda mukâbele yapma adına yaşanacak olan vahşice fiillere çok kesin bir sınır getirmektedir.

Hız. Peygamber, İslâm'a ve insanlık onuruna ters düşen başka fiile de aynı tepkiyi göstermiştir. Meselâ bir defasında, düşmanın, Müslümanları yakarak işkence etmesine karşılık, bu kötü fiili işleyenlerin aynı şekilde cezalandırılmasını istememiştir.²²⁷ Çünkü yakma ile cezalandırma fiili ancak Allâh'a aittir.

Bu cümleden olmak üzere yine, ilk dönem siyer kitaplarından edindiğimiz bilgilere göre, Ukbe b. Âmir el-Cühenî, Patrik Yenâk/Yebâb'ın²²⁸ kafasını Hz. Ebû Bekir'e getirdiğinde, o, bu davranışı çirkin bulmuştur. Orada hazır bulunanlar: "Ey Rasulullah'ın halifesi! Onlar bize bunu yapıyorlar?" dediklerinde, "Biz, Farslardan ve Rumlardan değiliz ki onların yaptıklarına uyalım. Bana hiç kimsenin başını getirmeyin. Bize, Allâh'ın Kitabı ve Rasulullah'tan gelen haber(ler) yeter" diyerek karşılık vermiştir.²²⁹

sadakayı emretti ve bizi müsle yapmaktan nehyetti." Bkz. İbn Hişâm, 679; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIII, 199.

²²⁵ Bakara, 2/190; Nahl, 16/126, 127.

²²⁶ Ebû Dâvud, Cihâd, 110; Tirmizî, Siyer, 47; Diyât, 14 (1407).

Hız. Peygamber müsle yapmayı, kalleşçe davranmayı ve çocukların öldürülmesini yasaklamıştır. Süleyman b. Büreyde babasından yaptığı rivayette Hz. Peygamber'in ordu komutanına verdiği talimatta, diğer yasaklar gibi *müsle yapma* yasağına da özellikle vurgu yapmıştır. Bkz. İbn Abdisselâm, 46.

²²⁷ Bkz. el-Buhârî, Cihâd, 107 (2954), 149 (3016); Ebû Dâvud, Cihâd, 112; et-Tirmizî, Siyer, 20.

²²⁸ Başlı kesilip Hz. Ebû Bekir'e getirilen patriğin adı, es-Serahsî'nin iki ayrı eserinde farklı farklı yazılmıştır. Meselâ *Şerhu Siyeri'l-Kebîr*'de 'Yenâk'; *el-Mebsût*'ta, 'Yebâb' diye geçmektedir. Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 79; a.mlf., *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 131.

İbn Kudâme ise başlı kesilip getirilenin, 'Yenâk' adlı patrik olduğunu kaydeder. Bkz. *el-Kâfi*, V, 487; a.mlf., *el-Muğni*, XIII, 199.

²²⁹ es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, I, 79; a.mlf., *Kitâbu'l-Mebsût*, X, 131; İbn Kudâme, *el-Kâfi*, V, 487; a.mlf., *el-Muğni*, XIII, 199-200.

Uhud savaşında Hz. Hamza'nın şehit bedeni üzerinde müsle yapılmasından sonra meydana gelen gelişmelerle Kur'ân ve Sünnet'in katî naslarıyla müsle fiilinin yasaklandığını bilmekteyiz. Nitekim kaynaklara göre [mesela bkz. İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Râik*, V, 131; İbn Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, VI, 215], Bedir savaşı neticesinde, kâfirlere olan kininden ve kalbine rahatlık vermesi

Öldürülmüş düşmanların başlarının mızrak uçlarında taşınması, kulak ve burunlarının kesilmesi, iç organlarının çıkarılıp parçalanması vb. insanlık şerefine yakışmayan, vahşice fiiller İslâm'dan önce Araplarca bilinen ve savaş zamanında birbirlerine yaygın bir şekilde uyguladıkları fiillerdendir. İslâm'da müsle olarak nitelendirilen bu fiiller, Hz. Peygamber'in sünnetine ve Râşid Halifelerin uygulamalarına dayanarak İslâm hukukçuları tarafından yasak kabul edilmiştir.²³⁰

3. Zayıfların Hukukuna Karşı Mukâbele Yapmanın Yasaklanması

Zayıflara yardım etmek, İslâm'ın önemle üzerinde durduğu adalet ve ahlak ilkelerinin bir gereğidir. Bir rahmet dini olarak İslâm'ın, kuvvetlinin zayıflara zulmetmeye devam etmesini kabul etmesi mümkün değildir. Çünkü adalet ve rahmet zayıflara yardımı zorunlu görür. Kur'an-ı Kerim'de,²³¹ kuvvet vasıtasıyla adaletin ikamesini sağlayarak yeryüzünde tam yerleşsinler diye Allâh zayıflara lütufta bulunmayı vaat ediyor.²³²

Hz. Peygamber, temeli zulme maruz kalanlara yardım etmeye dayanan, adalet ve merhametin ikamesi amacını taşıyan bir hayat mücadelesi ortaya koymuştur. Nitekim peygamberlik vazifesinden önce, hak ve adalet namına böyle bir oluşumu/yemini (*hilfu'l-fudûl*) hayırla yâd etmiştir. Bu oluşum, soylu ama zalim kişilere karşı haklı ama toplumun değer vermediği hatta ezdiği kişilerin hak ve hukukunu savunan bir adalet anlayışına dayanmaktadır. Burada adaletin, özellikle zayıf olan mağdurun hakkını almada oynadığı rol, varlıklı olan ama mağdur bırakılan kişinin hakkını almada oynadığı rolden daha önemlidir. Yine burada, güce dayalı bir hukuk sisteminden adalet esaslı ve haklılığa dayalı bir hukuk sistemine yönelişin

amacıyla, Abdullâh İbn Mesûd, Ebu Cehil'in kafasını kesip Hz. Peygamber'in önüne koyduğunda, daha sonra Hz. Ebû Bekir'in gösterdiği tepkiyi Hz. Peygamber'in göstermemesini, müslenin yasaklanması noktasında, Uhud savaşından sonra yaşanan teşri sürecine bağlamak gerekir.

es-Serahsî, Hanefilerden, sonraki bazı âlimlerin, yukarıda bahsi geçen Abdullâh İbn Mesûd hadisine dayanarak, düşmanın şevketini (kuvvet ve şiddet) kırmak ve adalet ehlinin (Müslüman) kalbinin sabit ve kararlı olması için düşman başının kesilip taşınmasına cevaz verdiğini kaydetmektedir. Bkz. es-Serahsî, *Kitâbu'l-Mesûd*, X, 131.

²³⁰ Bkz. eş-Şâfiî, IV, 245, 259; el-Beyhakî, XIII, 202-210.

el-Beyhakî'nin bildirdiğine göre, çoğunluk âlimler müsle yapmayı caiz görmez. Sadece bazı hanefiler bir ayırım yaparlar ve zaferden önce (savaş esnasında) müsle yapmada bir beis/sakinca görmezlerken, zaferden sonra bu fiili mekruh sayarlar. Bkz. el-Beyhakî, XIII, 202 (Dipnot: Mesele-1174).

²³¹ Bkz. Kasas 28/5: "Biz de istiyorduk ki, o yerde ezilmekte olanlara lütfedelim, onları öncül imamlar yapalım, hem onları varisler kılalım."

²³² Ebû Zehra, 43.

izleri bulunmaktadır. Çünkü her ne kadar kuvvetlinin de hakkını gözetmek adaletin bir göstergesi olsa da, asıl adalet, zayıfların hakkını ve hukukunu gözetme hassasiyetinde ortaya çıkar. Yani adalet herkesin hakkını gözettiği için güzeldir ama zayıf, mağdur ve mazlumların imdadına koştuğu için elbette daha güzeldir.

İslâm, adalet olgusuna yaklaşırken, haksızlığın az ya da çok olmasından değil bir hakkın ihlali noktasından hareket eder. Çünkü hakkın ihlali, toplumsal düzeni sağlayan hukukun hedefi/amacı olan adaletin ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Bu bakımdan düzenin varlığına dayanan hak ve menfaatin muhafazası itibariyle fert, toplum ve devlet arasında fark görmez. Adaleti güzelleştiren aslında bu yöndür. Yani asıl önemli olan, haksızlığın veya haksız bir fiilin küçük ya da büyük olmasından ziyade İslâm'ın özüne ters olan böyle bir fiilin meydana gelmesidir. Bir toplum düzenini korumaya yönelik olan uluslararası hukuk açısından baktığımızda da, İslâm, bireysel anlamda eziyete maruz kalan halkların/fertlerin himayesi için olduğu kadar zayıf devletin kuvvetli devlete karşı himayesi için de tedbirler almayı öngörür.

4. İnsanî Yardım (Gıda, İlaç) Konusunda Misillemenin Yasaklanması

İkinci Bölümde²³³ de bahsedildiği gibi, Hz. Peygamber'in Mekkeli müşriklerle mücadele içinde olduğu bir zamanda Müslüman olan Sümame b. Esâl adındaki bir tâcir, Mekkeli müşriklerin zayıf düşmesi için, Mekke'ye giden yiyecek yüklü ticaret kervanlarının ihracını durdurmuştur. Bunun üzerine Mekke halkı, içinde buldukları kıtlık halinin aşılabilmesi ve yiyecek sevkıyatının sağlanabilmesi için Hz. Peygamber'e mektup yazarak ondan insanî yardım talebinde bulunmuşlardır. Hz. Peygamber de onların bu taleplerini kabul etmiştir.²³⁴ Hz. Peygamber'i başından beri düşman olarak bilen ve Müslümanlarla birlikte O'nu yok etmek için gayret gösteren Mekke yönetimine rağmen, Hz. Peygamber, Mekke halkından gelen böyle bir talebe tamamen insanî yardım düşüncesiyle karşılık vermiştir. Zira gıda, ilaç gibi insanî ihtiyaçlar, zarurî/temel ihtiyaçlar olup bunlar düşmanca ilişkilerin dışında tutulması gereken konulardır. Müslümanlar da böyle bir ihtiyaca maruz kalabilir. Dolayısıyla

²³³ Bkz. Tez metni (İkinci Bölüm, "III. A. 3. c. Ekonomik ve Ticarî İlişkilerin Durdurulması Şeklinde Misilleme" başlığı), 127-128.

²³⁴ Bkz. es-Serahsî, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, IV, 182; el-Merğînânî, II, 819.

ister düşmanca ilişkiler isterse uyuşmazlık ortamında olsun bunların karşılanması insanî bir görevdir.

5. Fazilet (Sübjektif Adalet) İlkesinin Misilleme ve Zararla Mukâbele Fiillerine Getirdiği Sınırlar

Kur'an, adalet ilkesi gereği düşmanlığa misli ile karşılık vermek gerektiği üzerinde durur. Mesela Bakara suresi 194. âyette, düşmana yapılacak mukâbele (*el-muâmele bi'l-misl*) fiili ile takva emri arasında bir bağ kurulmaktadır. Âyette, mukâbelenin (misilleme veya zararlarla mukâbele), günah ve yasak fiillerden sakınmaya (takvaya) ve fazilet dairesinde hareket etmeye (âdil olmaya) yönelik olmasına dikkat çekilmektedir.²³⁵ Yani savaş öncesi ve sonrasında mukâbele/misilleme, nasıl bir üstün insanî meziyetlere yaraşır şekilde gerçekleştirilmek zorunda ise, savaş veya savaş tehdidi esnasında verilecek karşılık (*zararla mukâbele*) da fazilet ilkesine göre yürütülmelidir. Eğer kaçınılması mümkün olmayan bir karşılık verilecekse, o zaman da, İslâm hukukunun vurgu yaptığı yüksek insanî değerler esas alınmalıdır. İslâm'a göre, savaşın veya düşmanca ilişkinin de kendine özgü bir hukuku vardır ve buna riayet edilmelidir.

Düşman (gayrimüslim), fazilet ilkesinin sınırlarını ihlal etse bile Müslüman'ın böyle bir hakkı yoktur. Düşmanın, Müslüman cesedi üzerinde yaptığı müsle fiili, herhangi bir Müslümanın müsle ile karşılık vermesine gerekçe olamaz. Mesela Hz. Peygamber, Hz. Hamza'nın (feci şekilde) öldürülmesine üzülmeye rağmen ashabını, müsle yapmak suretiyle intikam almaktan sakındırmıştır.²³⁶

Düşman, kadınların ırzları hususunda yasakları çiğnemiş olsa bile Müslüman böyle bir fiille karşılık veremez. Müslüman kadınlar, çocuklar ve zayıflar öldürüldüğünde, misliyle onlara mukâbele edilmez ve onların elimizdeki kadınları, çocukları ve zayıfları Müslümanlar tarafından öldürülemez. Düşman, esirleri açlıktan ölünceye kadar aç, susuz bıraksa bile, Müslümanların, düşman esirleri açlık ve susuzluktan öldürmesi doğru olmaz.²³⁷ Bilakis Kur'ân, esirlerin doyurulmasını, Müslüman'ın üstün meziyetlerinden biri olarak sayar ve bu hususta her zaman hayrı

²³⁵ Ebû Utle, 192; Mikâ, 43.

²³⁶ İbn Hişâm, 679. Ayrıca bkz. Ebû Utle, 192-193.

²³⁷ Ebû Utle, 193.

tavsiye eder.²³⁸ Öldürülmesine karar verilmiş esirler bile -bir de- açlık ve susuzluk gibi eziyet veren şeylere maruz bırakılamazlar.²³⁹

Günah işlemek (*fücûr*) suretiyle düşmana eziyet etmek Müslüman için doğru olamaz. Müslümanlar, insanlığın yüksek değerlerine ters düşen fiilleri işleyemezler. Hz. Peygamber zamanında Müslümanlardan bazıları düşmana eziyet edip onların çocuklarından bazılarını öldürünce, Hz. Peygamber kızarak şöyle buyurdu: ‘*Kimi kavimlerin önemlileri, zürriyetin (çocukların) öldürülmesine varıncaya kadar, öldürmeye cevaz verdiler. Dikkat edin! Zürriyeti (nesli, çocukları) öldürmeyin, zürriyeti öldürmeyin.*’²⁴⁰

Misliyle muamelede bulunmak (*mukâbele etmek*), adalet, fazilet ve müsamaha ilkelerinin yok sayılmasını gerektirmez. Müsamaha ile hareket etmek de zulme rıza göstermek anlamına gelmemelidir. İslâm, fazileti, boyun eğercesine teslim olma durumu olarak değil, vakıanın gerektirdiği şekilde hareket etme üstünlüğü olarak görür. Kötüye ve kötülüğe itaat yok; tam tersine kötüye ve kötülüğe tümüyle üstün gelme vardır.²⁴¹

Misilleme ilkesi, ilk bakışta müsamaha ve af ilkeleriyle çatışıyor gibi görülebilir. Her bir ilke, uluslararası alanda, bir amaca yönelik olarak uygulanmaktadır. Nitekim af ve müsamaha konuları, bir hak sahibinin var olduğu durumlarda söz konusu olur. Hak sahibi ister af eder isterse cezalandırır. Bu, başka bir şey, misillemenin tatbik edilmesi başka bir şeydir.²⁴²

Diğer taraftan adalet rahmeti yok saymaz; aksine onu gerekli kılar. Çünkü rahmet ve adalet ancak beraber oldukları zaman anlamlı olurlar. Hz. Peygamber, Allâh yolunda savaşmak hariç, kendi nefsi için hiç bir intikam hareketinde bulunmamıştır.²⁴³ Aynı şekilde, merhameti de, hukuk ve adaletin tecellisine engel olmamaştır.

²³⁸ Bakara, 2/177; İnsan, 76/ 8-10.

²³⁹ el-Kâsânî, IX, 402; el-‘Amilî, III, 42.

²⁴⁰ Bkz. İbn Hazm, VII, 297; es-Sââtî, XIV, 64-65.

²⁴¹ Ebû Zehra, 36.

²⁴² Ebû Zehra, 37.

²⁴³ Hz. Âişe, bir rivayette şöyle buyurmuştur: “*Allâh Rasulü asla kendi nefsi için intikam almamıştır. Ancak Allâh’ın yasaklarının çiğnenmesi durumunda Allâh hakkı için öcünü almıştır.*” Bkz. el-Buhârî, Edeb, 80 (6126).

Kendi hakları hususunda müsamahalı olan merhamet sahiplerinin taşıdıkları hakikat ve doğruluk ahlakı, bâtila yardım eden müsamaha anlayışıyla bağdaşmaz. Zira başkalarının haklarını yok sayan, zulmün affedilmesine sebebiyet veren müsamaha, zulme ve bâtila yardım etmek demektir. İşte burada Hz. Peygamber'in, “*Ben rahmet peygamberiyim, ben savaş (melhame) peygamberiyim*” sözünden²⁴⁴ bahsetmek gerekir.

Hadis'te, ilk olarak birbirine zıt gibi görünen savaş (*melhameh*) ve rahmet (*merhameh*) kavramlarının, iyice düşünülünce birbirlerini çağrıştıran ve birbirlerinden ayrılamaz (*er-rahmeh ve'l-melhame mutelâzimetân*) kavramlar oldukları anlaşılır.²⁴⁵ Çünkü İslâm'da savaş mazluma duyulan merhamet dolayısıyla yapılır. Dinlerin ve peygamberlerin gönderiliş sebebi sadece tevhid dinine davet etmek değil, aynı zamanda, en büyüğü şirk/küfür olan her türlü zulmü ortadan kaldırmak ve adaleti tesis etmektir.²⁴⁶ Hak ve adalet uğruna savaşmak en başta Hz. Peygamber'in görevidir. Bu savaş (*melhame*), hakkı tutup kaldıran savaştır ki bizatihi rahmettir. Her iki kavramın birbirini çağrıştıran şekilde bir arada kullanılması, birbirlerini gerektiriyor olmaları işte bu yüzdendir.

“Melhame”, savaşmak demektir. Melhame, zararın/haksızlığın giderilmesi ve adaletin tesisi için yapılan bir savaş veya bir karşılık verme muamelesidir ve İslâm, böyle bir muameleyi caiz görmektedir. Bu savaş, insanlığın yüksek değerleri ve İslâm'ın temel ilkelerini korumak için yapılmaktadır.²⁴⁷ Nitekim eğer adaletin tesisi için savaş yapılmasa ve insanlar, savaşımlara sebebiyet veren hükümdarların zulmüne engel olmasa idi, yeryüzü bozguna/fesada uğrardı. Dolayısıyla fesadın engellenmesi için adalet üzerine gösterilen gayret ve yapılan savaş, merhamettendir. Bu maksatla nâzil olan birçok âyetten bahsetmek mümkündür.²⁴⁸ Ayrıca Hz. Peygamber'in yaptığı savaşlar ve çıktığı gazveler, mukâbele savaşlarının nasıl olması gerektiği adına canlı örnek teşkil etmektedir. Hadis'te Hz. Peygamberin zikrettiği *melhame* de bu olsa gerektir.

²⁴⁴ İbn Hanbel, V, 405.

²⁴⁵ Bkz. ez-Zuhaylî, *Âsâru 'l-Harb fi 'l-Fikhi 'l-İslâmî Dirâsetun Fıkhiyye Mukarene*, 133.

²⁴⁶ Bkz. Nahl, 16/90.

²⁴⁷ Ebû Zehra, 38.

²⁴⁸ Bunlardan biri olan Bakara, 2/251'de şöyle buyrulmaktadır: “Eğer Allâh'ın insanlardan bir kısmını diğerleriyle savması olmasaydı. Elbette yeryüzü altüst olurdu. Lakin Allâh bütün insanlığa karşı lütuf ve kerem sahibidir.”

Kurân'da, “*Andolsun ki biz peygamberlerimizi açık delillerle gönderdik ve insanların adaleti yerine getirmeleri için beraberlerinde kitâbı ve mîzanı indirdik. Biz demiri de indirdik ki onda büyük bir kuvvet ve insanlar için faydalar vardır*”²⁴⁹ buyrulurak, Allâh haklarına uymak (*ri'âyetu'l-mesâlihi'r-rûhâniyye*) için Kitâba, insanlar arası ilişkilerden doğan haklara uymak (*ri'âyetu'l-mesâlihi'l-cismâniyye*) için mîzâna (adaletle işleyen düzene) işaret edilmekte, bunlara uyulmaması durumunda ise başvurulacak zorlama (*zacr*) yoluna dikkat çekilmektedir. Nitekim âyette geçen, “demir (hadîd)” kelimesinden kastedilen “kılıç”, mazlum insanların menfaati için gerekli olan sertliği/kuvveti; yani bir zorlama yolu olarak savaşı çağrıştırmaktadır.²⁵⁰ Hz. Peygamber'in yukarıda zikrettiğimiz hadisi ile âyetin yorumundan anlaşılın, her iki nassın, aynı hedefi gösterir mahiyette olduklarıdır.

Fesadı engellemek, uluslararası sistemi muhafaza etmek ve bir hakkın ihlalini gidermek için bir devlete zararlarla mukâbele fiili ile karşılık vermek, uluslararası hukukun ve sistemin olmadığı ve savaşın hâkim olduğu bir ortamda adaleti sağlamanın en önemli zorlama yollarından biri olarak karşımıza çıkar. Fakat buna rağmen İslâm hukukçuları, bugünkü modern uluslararası hukukla benzerlik oluşturan bir normatiflik oluşturmak için bir takım ilkeler ortaya koymuşlardır. Müslüman hukukçuların ve hâkimlerin/hükümdarların bu gayreti, İslâm'ın adalet ilkesinin tatbikinin bir gereği olmuştur.

Hukukun ve adaletin bir gereği ve müeyyidesi de, onlara uymayanlara bir ceza (karşılık) verilmesidir. İç hukuk alanında doğal kabul edilen cezâî müeyyide kuralının, uluslararası hukuk sahasında son iki asra kadar gereği şekilde uygulanmadığı söylenmektedir.²⁵¹ Kanaatimize göre, modern hukuktaki anlayışa

²⁴⁹ Hadîd, 57/25.

²⁵⁰ İnsan, Allâh (Hâlik) ile ilişki kurar ki bunun vasıtası Kitâbdır. İnsan diğer insanlar (mahlûk) ile de ilişki kurar. Bu da, ya adaleti ayakta tutan mizanı (düzeni) ifade eden; sevgiye dayalı ve seviyeli/eşit, ya da düşmanlığı ifade eden; kılıç ve sertliği dayalı bir ilişki olmak üzere iki şekilde gerçekleşir. Bkz. er-Râzî, XXIX, 241.

İbn Kesîr, âyetteki, “*Onda büyük bir kuvvet/şiddetli bir korku vardır (fihi be'sun şedîd)*” ifadesinde, mazlum insanların haklarını/menfaatlerini korumak için gerekli kuvveti/sertliği sağlayan demirden kastedilenin kılıç, mızrak, ok ve zırh gibi savaş araçları olduğunu söyler. Bkz. IV, 315.

Âyette geçen “Kitâb” ve “mîzan” ile demir arasındaki münasebet hakkında er-Râzî'nin, yukarıda özetlemeye çalıştığımız tesbitlerine dikkat çeken Elmalılı Hamdi Yazır, tefsirinde, bu tespitlere yer vermeyi kayda değer bulmuştur. Krş. Yazır, VII, 4759-4760.

²⁵¹ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 327.

uygun olmasa bile bir müeyyidenin var olduğu muhakkaktır. Bu durum İslâm hukuku açısından da böyle olmuştur. Çünkü nassların realiteden bağımsız düşünülmemeyeceği gibi, oluşturulacak hukuk normlarının da olgulardan bağımsız olamayacağı bir gerçektir. Nitekim yukarıdaki hadiste de ifade edildiği gibi, hak ihlal eden ve adalet anlayışını zedeleyen fiillerin sahiplerine savaş (*melhame*) açılmasının, mağdur ve mazlumlara olan merhametin (*rahmet*) bir gereği olması, buna delil olarak gösterilebilir. Doğal olarak savaş halinin hâkim olduğu bu dönemlerde hak ihlallerinin etkili bir müeyyidesinin veya rahmetin tecellisinin ancak savaşla gerçekleşmiş olması, hadisi bizim için biraz daha anlaşılır kılmaktadır.

Fakat günümüzde insanlığa karşı işlenen suçlara getirilen müeyyideler ve insanî hukukun iyileştirilmesine yönelik çabalar bir takım belgelere ve antlaşmalara bağlı/dayalı olarak düzenlenmiştir. Mesela; II. Dünya Savaşı'ndan sonra, modern uluslararası hukukta da, insanî hukukun ihlali, uluslararası nitelikte suç kabul edilerek değişik belgelerde ve uluslararası sözleşmelerde düzenlemiştir.²⁵² Bu belgelerde ve sözleşmelerde: 1) Sivillerin fiziksel ve zihinsel bütünlüklerinin korunmasının sağlanması. 2) Sivillere, fizikî ve doğal çevreye dokunulmaması. 3) Silahlı çatışmalar sırasında kadınların ve çocukların korunması. 4) Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi vasıtasıyla savaş suçlularının cezalandırılması. 5) Nürnberg Şartı'nın, *harp suçları* ve *insanlığa karşı suçlar* bölümlerinde belirtildiği üzere; fethedilen veya işgal edilen ülkenin sivil nüfusunun öldürülmesi, sivillere kötü muamele edilmesi, rehinelere öldürülmesi veya köleleştirilmesi, sivillerin etnik temizliğe veya tehcire maruz bırakılması gibi insanlığa karşı işlenen suçları işleyenlerin cezalandırılması²⁵³ gibi hususlar karara bağlanmış oldu.

Şu halde mukâbele (*muamele/mukâbele bi'l misl*) ilkesi, bizzat savaşa katılmayan insanlara mümkün mertebe dokunmamayı gerektirir. Çünkü bu ilke

²⁵² Modern uluslararası hukukta, insanlığa karşı suçlar konusunda temel olan ve insanlığa karşı suç niteliğindeki fiilleri sıralayan belgeler şunlardır: 1948 tarihli Jenosit Sözleşmesi, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1977 tarihli Ek Protokolleri, 1954 ve 29.07.1959 tarihli Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporları, 1973 tarihli Apartheid Sözleşmesi, 1984 tarihli İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi, 1985 Amerikan İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi, 1987 Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi ve 1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü. Bkz. Aydın, Devrim, "Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi", 152.

²⁵³ Alsan, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, 330-331; a.mlf., *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt, 444; Aydın, "Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi", 152-154 ve 158-160; Sur, 268-269.

ancak, düşman ordusuna mensup savaşçılara ve yine belli şartlarla uygulanabilir. Bir amaç uğrunda bilinçli bir şekilde bir araya gelen ve yekûn teşkil eden bir ordunun her ferdi için ortak bir sorumluluktan bahsedilebilir. Fakat kadın, çocuk, yaşlı gibi savaşçı olmayanlar, düşman askerlerinin yaptıklarından sorumlu tutulamaz. Dolayısıyla bu grup insanlar için, bir zorlama ve karşı önlem türü olarak mukâbele uygulamalarına ve özellikle de zararlar mukâbele fiiline başvurmak söz konusu olamaz.²⁵⁴ Çünkü zararlar mukâbele fiili, belli/sınırlı şartlarla uygulanmasına izin verilen bir mukâbele türüdür. Aynı zamanda kuvvet kullanma durumuna çok yakın olduğu için de çok hassas davranılmayı gerektirir.

²⁵⁴ Le Fur, 476.

SONUÇ

Mukâbele (karşılık verme) uygulamaları ile modern uluslararası hukukta savaşa varmayan zorlama yolları (karşı önlemler) konusu içerisinde ele alınan misilleme, zararlar mukâbele ve karşılıklılık kavramları kastedilmektedir.

Savaşın hâkim olduğu 19. asır öncesi dönemlerde İslâm hukuku açısından dünya, dârulislâm ve dârulharb diye ikiye bölünmüştü. Kuşkusuz her insan, içinde bulunduğu çağdan etkilenir. Dolayısıyla asırlarca İslâm hukuku literatüründe kullanılan dârulharb ve dârulislâm kavramları, aslında, İslâm hukukçularının, nassları, içinde buldukları şartların veya zaruretin tesiriyle yorumlayarak, *öteki* karşısında yaptıkları bir konumlandırma. Doğal olarak bu konumlandırma, gayrimüslimlerle veya ehlu'l-harb (düşman) olarak adlandırılanlarla kurulacak ilişkilerin mahiyetine de kuşkusuz etki etmiştir.

Son iki asra kadar uluslararası ilişkilerde savaş merkezli bir politika hâkimdi. Bunun bir sonucu olarak kavramlar da daha ziyade savaşın hâkim olduğu bir düzenin belirlediği anlam dünyasına sahip olmaktaydı. İslâm hukukçularının nasslardan ve Hz. Peygamber'in tatbikatından hareketle uluslararası hukuk sahasında yürüttükleri kuramsal ve kavramsal analizler, İslâm hukukunun son iki asırda uygulanmamasından dolayı yeterince yapılamamıştır.

Uygulama sahasında olması bakımından modern uluslararası hukukun, İslâm hukukuna nispetle bir avantaja sahip olduğu açıktır. Şöyle ki, tüm dünyada tatbik edilen modern uluslararası hukuk açısından bile bazı kavramlar henüz yeni yeni tatbik sahasına giriyorken, iki asırdır tatbik sahasında olmayan İslâm hukukunda böyle bir kavramsallaştırma boşluğunun yaşanması kaçınılmaz olacaktır.

Günümüzde İslâm hukuku üzerine çalışma yapan araştırmacılar, mukâbele uygulamalarına, modern uluslararası hukuk literatüründeki kavramsal çerçeveyi esas alan bir yaklaşım sergilemekte, ilk dönemlerdeki İslâm hukukçularının mukâbele uygulamaları kavramını ele alış biçimleri ve yaptıkları tanımlar ise belirgin bir şekilde ortaya konulmamaktadır.

Diğer taraftan, son iki asırda dünyada yaşanan köklü değişme ve gelişmeler, uluslararası hukuk düzenini de derinden etkilemiş; uluslararası hukuk, devletlerin (bireylerin) haklarını münferiden almaya çalıştıkları uzun savaşlar ve çatışmalar döneminden, uluslararası hukuk düzeninin esas alındığı bir döneme doğru evrilmiştir. Barışın esas alındığı bu yeni dönemde, uluslararası hukuk ve toplum düzeni, oluşturulan uluslararası örgütlerce korunmakta ve devletler arasında meydana gelen uyuşmazlıklarda hiçbir şekilde savaşa müsaade edilmemektedir. Fakat yine de bir devleti, diğer devlete yönelik hukuka aykırı ya da menfaat ihlal edici fiilinden vazgeçirmek ve hukuka uymaya zorlamak için uluslararası hukukun, mağdur devlet veya uluslararası örgütlerce yapılmasına müsaade ettiği fiiller bulunmaktadır. İşte *mukâbele uygulamaları* denilen ve uluslararası toplum aktörleri tarafından hukuka uymayı sağlamak amacıyla tatbik edilen bu fiillerin tanım ve anlamlarının, modern devletler hukukunda bile henüz yeni yeni kavramsal bir çerçeveye oturtulduğunu görmekteyiz.

Mesela “*savaşa varmayan zorlama yolları*” veya “*karşı önlemler ve zorlama yolları*” kavramı/deyimi, 20. yüzyılın başı itibariyle pozitif uluslararası hukuk literatürüne girmiştir. Dolayısıyla modern uluslararası hukuk alanında eser veren yazarlar, savaşa varmayan zorlama yollarını ele alırken, herkesin ittifak içinde olduğu bir tasniften hareket etmezler. Bu da, modern uluslararası hukukta, savaş ve barış hukuku arasında yer alan bu yeni alanın henüz hakkıyla çalışılmadığı veya uygulama açısından ikna edici bir şekilde yerleşmediği anlamına gelir. Aynı şekilde, 19. yüzyıldan sonra tatbik sahasından kalkan İslâm hukuku da, uluslararası hukukun bu yeni alanını bünyesine katamamış ve haliyle bu konular, İslâm hukuku sahasında araştırma yapan araştırmacılar tarafından da yeterince irdelenememiştir.

Hukuka aykırılık içeren zararlarla mukâbele tipindeki mukâbele fiilleri, uluslararası hukuk tarafından tamamen yasaklanmamış, belli şartlarda ve sınırlı olarak uygulanmasına müsaade edilmiştir. Müsaade gerekçesi, tamamen yasaklanmasından doğabilecek başka haksızlıklara meydan vermemek ve uluslararası toplumda haksızlıkların önlenmesini, hızlı bir şekilde sağlamaktır. Çünkü bir bakıma uluslararası hukukun tatbik edilmesini sağlamakla görevli olan uluslararası teşkilatların bazen mağdur tarafın haksızlığını gidermede geç kalması gibi bir olumsuzluk yaşanmaktadır. Dolayısıyla önceden işlenen hukuka aykırı fiile karşılık

zararla mukâbelenin meşru sayılmasıyla, mağdur devletin, karşı tarafı uluslararası hukuka uymaya zorlaması sağlanmış olunmaktadır. Çünkü hukuk, haksız fiilleri ve hukuka aykırılıkları ortadan kaldırmak ve de taraflar arasında adaleti tesis etmek gibi yüce bir ideali temsil eder. Zararla mukâbele fiilinin başka zararlara sebep olmaması için de bu fiil, önceden işlenmiş hukuka aykırı fiille orantılı olmak, öç almaya ve yeni bir haksız fiil doğurmaya yönelik olmamak, uluslararası hukukun emredici kurallarını ihlal etmemek ve insan haklarını ortadan kaldırıcı mahiyette olmamak gibi şartlarla meşru sayılmıştır. Burada önemli bir hususu da açıklığa kavuşturmak gerekir. Zararla mukâbele fiilinin uluslararası hukuk tarafından meşru (yasaklanmamış) olması bu fiilin genel manada uluslararası toplum nezdinde de tasvip edildiği anlamına gelmemelidir.

İslâm hukukunun klasik kaynakları ve ilk dönem hadis külliyâtlarından hareketle yapılan inceleme neticesinde, özellikle ilk dönemler ve daha sonra 19. asra gelinceye kadar, içinde bulunulan uluslararası ilişkilerin mahiyetinden dolayı söz konusu mukâbele uygulamaları, bugünkü uluslararası hukukta olduğu gibi belli tanımlar ve kıstaslarla ve net olarak ortaya konulmuş değillerdir. Her birinin, diğerinin yerine kullanılabilirdiğini ama daha çok misilleme kavramının her bir mukâbele uygulamasının yerine geçebilecek hatta bazen meşru müdafaayı da içine alabilecek genişlikte kullanılmış olduğunu gördük. Bu anlamda misillemenin, bugünkü ifade ile *mukâbele* kavramına denk/yakın manada kullanıldığını söylemek mümkündür.

Bugün “mukâbele uygulamaları” başlığı altında kavramsallaştırılan bu üç ayrı mukâbele çeşidi, değişik mezheplere mensup klasik İslâm hukuku ve hadis kaynaklarında, *muâmele bi'l-misl*, *mukâbele bi'l-misl*, *es-se'r*, *el-intikâm*, *müdafa*, *mücazât*, *mükâfee*, *müsle*, *cihâd*, *kıtâl*, *kısas* gibi terimlerle ifade edilmiştir. Neticede bu terimlerin hepsi, bir “karşılık verme (*mukâbele*)” anlamında mutabık kalmaktadırlar. Fakat karşılığın mahiyeti ve hukukî neticeleri itibariyle aralarında büyük farklar olduğu da muhakkaktır.

Az önce saydığımız kavramlardan *cihâd*, *kıtâl*, *kısas*, modern uluslararası hukukta savaşa varmayan zorlama yolları veya karşı önlemler grubuna girmemektedir. Modern hukukta, “cihâd” ve “kıtâl”, savaş hukukuna, “kısas” ise

ceza hukukuna dâhil olmaktadır. “Müdafaa” ya da “meşru müdafaa” kavramına gelince, Uluslararası hukuk açısından bir karşı önlem ve zorlama yollarından biri olmakla beraber mukâbele uygulamalarına dâhil olmamaktadır. İslâm hukukunun klasik kaynaklarında müdafaa fiilinin mukâbele uygulamalarından açık bir şekilde ayrıldığını söylemek zordur. Çünkü daha önce de ifade ettiğimiz gibi, çoğu kez misilleme ile meşru müdafaa (müdafaa) terimleri birbiri yerine kullanılmıştır.

Modern uluslararası hukuk literatüründe mukâbele uygulamaları başlığı altında mütalaa edilen yukarıdaki mukâbele terimlerinin, İslâm hukukunun müteaddit bölümlerinde zikredildiği bilinmekle beraber çoğunlukla, uluslararası hukuk ile ilgili konuların ele alındığı *siyer*, *cihad*, *meğazi* gibi bölümlerinde ayrıntılı olarak işlendiği görülmektedir. Söz konusu terimlerin tek bir başlık altında ve derli toplu işlenmemiş olması fiqhın meseleci/kazuistik yapısından kaynaklanan bir durum olduğunu söyleyebiliriz.

Mukâbele uygulamalarından “misilleme” kavramına karşılık, İslâm hukuku kaynaklarında, *muâmele bi'l-misl*, *mukâbele bi'l-misl*, *müdafaa*; “zararla mukâbele” kavramına karşılık, *es-se'r*, *el-intikâm*, *müsle*, *cihâd*, *kıtal*, *kısas*; mütekâbiliyet dediğimiz “karşılıklılık” kavramı için ise, *mücazât*, *mükâfee*, *muamele-i mücâmele* kavramları kullanılmıştır.

Misilleme ve zararlarla mukâbele gibi zorlama fiillerinde, bir menfaatin ihlali veya haksız bir fiilin işlenmesine karşılık, ilk olarak bu fiilleri gerçekleştirenlere verilen karşılık söz konusudur. Fakat bu tür mukâbele fiillerinin her ikisi de, ilk görünüşte bir menfaat ihlaline veya haksız bir fiile sebep olmalarına rağmen, birincisinin uluslararası ahlaka diğerinin de uluslararası hukuka aykırı bir fiilin karşılığı olmakla, uluslararası hukuk ve toplum tarafından kabul edilmişlerdir. Yani hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum hâsıl olduğu için netice itibariyle bu fiiller hukuk dışı sayılmamışlardır. Fakat fiiller ilk işlendikleri halleriyle, müstakil/soyut manada menfi bir karşılığı (hukuka aykırılığı) ifade etmektedirler.

Karşılıklılık/Mütekâbiliyet tipindeki mukâbele uygulamasına gelince, burada, misilleme ve zararlarla mukâbele gibi, başta bir hak ve menfaat ihlal eden ve uluslararası toplumca (veya her iki devletçe) yasak sayılan bir fiil söz konusu değildir. Öncelikle karşılıklılık, devletlerin, kendi vatandaşına tanınan haklar kadar

yabancılara hak tanımasıdır. Ama özellikle mükafee manası itibariyle de, iyiliğe misliyle veya fazlasıyla karşılık vermektir. Yani karşılıklı olarak ilişkilerin geliştirilmesine yönelik olumlu uygulamaların arttırılmasıdır.

İslâm hukuku, mukâbele uygulamalarının tatbikinde dikkate alınan, *adalet*, *ahlak* ve *hakkaniyet* gibi temel insanî ilkeler çerçevesinde bakıldığında, modern uluslararası hukuk gibi, mukâbele uygulamalarından zararla mukâbele fiilini hoş karşılamamıştır. Fakat modern uluslararası hukuk, zararla mukâbele fiilinin tatbikine belli şartlarda ve çok sınırlı olmak üzere izin vermesine rağmen bu fiili kesin bir dille yasaklamış değildir. Oysa bir hadiste zikredilen ve aynı zamanda fikhî bir kural olan *lâ darar velâ dırâr fi'l-İslâm* hükmü ile zararla mukâbele fiili İslâm hukukunda kesin olarak yasaklanmıştır. Dolayısıyla İslâm hukukunda zarar verme ve hakkın kötüye kullanılması bağlamında, mukâbele uygulamalarına, fikhin küllî kaideleri çerçevesinde sınırlar getirilmiştir. Yukarıdaki hadisin hükmü kapsamında mütalaa edilmek üzere mesela müslüman yapmak, savaşmayan kadın ve çocukları öldürmek, kadınlara tecavüz etmek ve nesli ve zürriyeti yok etmek (soy kırım) vb. hukukla hiçbir şekilde bağdaşmayan fiiller, Hz. Peygamber'in emriyle, kesin bir dille, yasaklanmıştır.

KAYNAKÇA

- ABDUSSELÂM, Cafer, *Kavâidu'l-Alâkâti'd-Devliyye fi'l-Kânûni'd-Devli ve fi's-Şeriatî'l-İslâmiyye*, Mektebetu's-Selâmi'l-Alemiyye, Kahire 1981.
- ACER, Yücel/KAYA, İbrahim, *Uluslararası Hukuk (Temel Ders Kitabı)*, USAK Yy., Ankara 2010.
- AFÎFÎ, Muhammed Sâdık, *el-İslâm ve'l-Alâkâtu'd-Devliyye*, Dâru'r-Râidi'l-Arabî, Beyrut 1986/1406.
- AKDOĞAN, Hüseyin, “Suçla Mücadelede Suçluların İadesi Kavramı”, http://www.emniyet.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi//34/yeni/web/Huseyin_AKDOGAN.htm. (02.12.2009).
- AKINTÜRK, Turgut, *Hukuka Giriş*, Anadolu Üniversitesi Yy., Eskişehir 2008.
- AKSU, Zâid (ö. 2008), *İslâm'ın Doğuşunda Toplumsal Realite-Hukukî Âyetler ve İctihâdî Kaynaklar*, İlâhiyât, Ankara 2005.
- ALÎ HAYDAR, Hoca Emîn Efendizâde (ö.1334/1915), *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, Matbaa-i Tevsî-i Tıbâat, İstanbul 1330.
- ALSAN, Zeki Mesud, *Devletler Hukukunda Yeni Gelişmeler*, AÜHF Yayınları, Ankara 1948.
- _____, *Yeni Devletler Hukuku*, 1. Cilt (Prensipier-Şahıslar), Güney Matbaacılık, Ankara 1950.
- ALTUĞ, Yılmaz, *Devletler Umumi Hukuku El Kitabı (Devletüstü Hukuk)*, İ.İ.T.İ.A Nihad Sayar Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları (no: 280), İstanbul 1977.
- _____, *Devletler Umumi Hukuku*, Çağlayan Kitabevi, İstanbul 1995.
- el-'AMİLÎ, Zeynuddîn b. Alî (ö.966/1559), *Mesâlikü'l-Efhâm ilâ Tenkîhi Şerâi'i'l-İslâm*, I-XVI, Tahkîk ve Neşr: Muessesetu'l-Maarifi'l-İslâmiyye, Kum 1425h.
- ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, Turhan Kitabevi Yy., Ankara 2002.
- APAYDIN, H. Yunus, “İbn Abdüsselâm”, *DİA*, XIX, İstanbul 1999, 284-287.

- ARAL, Berdal, *Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999.
- ARAL, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- _____, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.
- ÂSİM EFENDİ (ö.1235/1819), *el-Okyânûsu'l-Basît fî Tercemeti'l-Kâmûsi'l-Muhît*, I-III (I. Cilt: 1268h.; II. Cilt: 1269h.; III Cilt: 1272h.), Dersaadet, İstanbul 1304.
- ATALAY, Ahmet Halûk, *Uluslararası Hukukun Oluşumu "İlk Küreselleşme Dönemi (1492-1648)"*, Göçebe Yayınları, İstanbul 1997.
- ATAR, Fahrettin, *İslâm İcra ve İflâs Hukuku*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yy., İstanbul 1990.
- ÂTIF BEY, Kuyucaklızâde Mehmed (ö.1898), *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyeden Kavâid-i Külliyye-i Fıkhiyyenin İzâhı*, Mahmûd Bey Matbaası, Dersaadet 1318.
- AYDIN, Ali Rıza, "İslam Dünyasında Yaşanan Son Olayların Işığında 'İslamiyet ve Milletlerarası Adalet'", *Doğu'da ve Batı'da İnsan Hakları (Kutlu Doğum Haftası: 1993-1994)*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları (No: 201), Ankara 1996, 139-154.
- AYDIN, Devrim, "Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi" *AÜSBFD*, Cilt: LI (51), Sayı: 4, Ankara 2002, 131-167.
- AYDIN, Mehmet Akif, "Haksız Fiil", *DİA*, İstanbul 1997, XV, 210-211.
- AYDIN, Mehmet Akif/HAMİDULLAH, Muhammed, "Köle", *DİA*, Ankara 2002, XXVI, 237-246.
- AYVERDİ, İlhan-Topaloğlu, Ahmet, *Kubbealtı Lugatı-Türkçe Sözlük*, Kubbealtı İktisadi İşletmesi, İstanbul 2007.
- _____, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, (red.-etm. Ahmet Topaloğlu), I-III, Kubbealtı İktisadi İşletmesi, İstanbul 2006.
- BÂŞÂT, Muhammed Bahâuddin, *el-Muâmele bi'l-Misil fi'l-Kanuni'd-Duveliyyi'l-Cinâi*, Kahire 1974.

- BAŞGİL, Ali Fuat, *Esas Teşkilât Hukuku*, 1. Cilt (Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Prensipleri), Baha Matbaası, İstanbul 1960.
- BELİK, Mahmut R., *Devletlerin Harp Selahiyetinin Tahdidi ve Milletlerarası İhtilafların Sulh Yolu ile Halli Usulleri*, 1. Cilt, İÜHF Yy., İstanbul 1956.
- _____, “Milletlerarası Adalette Hakkaniyet ve Nisfetin Rolü”, *Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası*, Yıl: 1, Sayı: 4, Aralık 1948, 148-158.
- el-BEYHAKÎ, Ebû Bekr Ahmed b. el-Huseyn b. Alî (ö.458/1066), *Ma’rifetu’s-Sunen ve’l-Âsâr*, nşr. Abdulmu’tî Emîn Kal’acî, Câmîiatu’d-Dirâsâti’l-İslâmiyye, Karaçi (Pakistan) 1991/1411.
- BİLGE, Necip, *Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel Kavram ve Kurumları)*, Turhan Kitabevi, Ankara 1995.
- BİLGİN, Nuri, *Sosyal Psikoloji Sözlüğü: Kavramlar, Yaklaşımlar, Bağlam* Yayıncılık, İstanbul 2007.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi (ö.1971), *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, I-VIII, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul ty.
- BİLSEL, Cemil, *Devletler Hukuku, Giriş*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1940.
- _____, *Devletler Hukuku, I. Kitap (Devletler)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları (no:150), İstanbul 1941.
- BOZKURT, Enver vd., *Devletler Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara 2004.
- el-BUHÂRÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil (ö.256/870), “Sahîhu’l-Buhârî”, derl. Sâlih b. Abdulazîz b. Muhammed b. İbrâhîm, *Mevsû’atu’l-Hadîsi’s-Şerîf el-Kütübu’s-Sitte* içinde, Dâru’s-Selâm (nşr. Abdulmâlik Mücahid b. Muhammed Yûnus), Riyâd 2000/1421.
- CÂMÎATU’L-EZHER (Külliyetu’ş-Şeri’a ve’l-Kânûn), *el-Alâkâtu’d- Devliyye fi’l-Fıkhi’l-İslâmî*, Kahire 1990/1411.
- el-CASSÂS, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî (ö.370/981), *Ahkâmu’l-Kur’ân*, I-III, Dâru’l-Fikr, Beyrut 2010/1431-1432.

- eI-CENZÛRÎ, Abdulazîm, *Mebâdiu'l-Alâkâti'd-Devliyyeti'l-İslâmiyye ve'l-Alâkâti'd-Devliyyeti'l-Muasıra, 1. Kitap (Mebadiu'l-Kanuni'd-Devliyyi'l-İslâmî ve'l-Kanunu'd-Devliyyi'l-Amm)*, Mektebetu'l-Âlâtî'l-Hadîse, Asyot ty.
- eI-CEVHERÎ, Ebû Nasr İsmâîl b. Hammâd (ö.400/1009), *es-Sihâh Tâcu'l-Luğa ve Sihâhu'l-Arabiyye*, I-VI, Thk. Ahmed Abdulğafûr Attâr, Dâru'l-İlmi'l-Melâyîn, Beyrût 1990.
- CİN, Halil/AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi*, 1. Cilt (Kamu Hukuku), Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yy., İstanbul 1995.
- _____, *Türk Hukuk Tarihi*, 2. Cilt (Özel Hukuk), Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yy., İstanbul 1996.
- COMBACAU, Reuter et J., “Retorsion”, *Encyclopedia of Public International Law*, (ed. R. Bernhardt), I-XII, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Amsterdam-N. York-Oxford 1981-1989, IX, 335-341.
- CROZAT, Charles, *Devletler Umumî Hukuku (Cilt 1:Umumî Prensipler ve Tarihçe)*, Çev. Edip. F. Çelik, I-II, İstanbul Üniversitesi Yy., İstanbul 1950.
- ÇAYCI, Sadi, “Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Hukuk” *Stratejik Öngörü 2006 Raporu*, Avrasya Stratejik Araştırmalar Merkezi(ASAM) [Avrasya Bir Vakfı], Ankara 2006, <http://www.asam.org/temp/kitap_126_pdf.>. (08.10.2007).
- ÇELİK, Edip F., *Milletlerarası Hukuk*, 1. Cilt, İstanbul Üniversitesi Yy., İstanbul 1980.
- DAMİRİYYE, Osmân b. Cum'a, *Usûlu'l-Alâkâti'd-Devliyye fî Fıkhi'l-İmâm Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî (Dirâse Fıkhiyye Mukârene)*, I-II, Dâru'l-Meâlî, Amman 1999/1419.
- ed-DÂRAKUTNÎ, Alî b. Umer (ö.385/995), *es-Sunen*, I-VI, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 2004/1424.
- DEVELLİOĞLU, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Aydın Kitabevi Yy., Ankara 2006.

- DÖNMEZ, İbrahim Kâfi (İlmî Müşavir ve Redaktör), *İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, I-IV, Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı (İFAV) Yayınları(No:136), İstanbul 1997, IV, 135-137.
- DURMUŞ, Zülfikar, *Kur'an-ı Kerîm'de Ulus ve Uluslararası İlişkiler*, Gökkuşbu Yayınları, İstanbul 2006.
- EBÛ DÂVÛD, Suleymân b. el-Eş'as b. İshâk el-Ezdî es-Sicistânî (ö.275/888), "Sunenu Ebî Dâvûd", derl. Sâlih b. Abdulazîz b. Muhammed b. İbrâhîm, *Mevsû'atu'l-Hadîsi's-Şerîf el-Kütübu's-Sitte* içinde, Dâru's-Selâm (nşr. Abdulmâlik Mücahid b. Muhammed Yûnus), Riyâd 2000/1421.
- EBÛ İYD, Ârif Halîl, *el-Alâkâtu'd-Devliyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Dâru'n-Nefâis, Amman 2007/1427.
- EBU SÜLEYMAN, A. Ahmed, *İslâm'ın Uluslararası İlişkiler Kuramı*, Çev. Fehmi Kuru, İnsan Yayınları, İstanbul 1985.
- EBÛ UTLE, Hadîce Ahmed, *el-İslâm ve'l-Alâkâtu'd-Devliyye fi's-Silmi vel'Harb*, Dâru'l-Meârif, Kahire 1973.
- EBÛ YÛSUF, Ya'kûb b. İbrâhîm el-Ensârî (ö.182/798), *Kitâbu'l-Harâc*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1979/1399.
- _____, *er-Redd alâ Siyeri'l-Evzâi*, Tashih ve Ta'lik. Ebû'l-Vefâ el-Efğânî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut ty.
- EBÛ ZEHRA, Muhammed (ö.1974), *el-Alâkâtu'd-Devliyye fi'l-İslâm*, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire ty.
- EMÂME, Adnan Muhammed, *el-İhkâm ve't-Takrîr li Kâideti'l-Meşakka Teclubu't-Teyisîr*, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 2004/1425.
- ERDOĞAN, Feyiz, *Uluslararası Hukuk ve Hakemlik*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2005.
- ERİM, Nihat, *Devletlerarası Hukuku ve Siyasî Tarih Metinleri (Cilt1: Osmanlı İmparatorluğu Andlaşmaları)*, AÜHF Yy., Ankara 1953.

- ESKİCİOĞLU, Osman, “İslam ve Uluslararası Adalet”, *Doğu’da ve Batı’da İnsan Hakları (Kutlu Doğum Haftası: 1993-1994)*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları (No: 201), Ankara 1996, 118-123.
- el-EZHERÎ, Ebû Mansûr Muhammed b. Ahmed (ö.370/980), *Tehzîbu’l-Luğa*, I-XV, Thk. Abdusselâm Muhammed Hârûn vd., ed-Dâru’l-Mısriyye li’t-Te’lif ve’t-Terceme, Kahire ty.
- GÖNLÜBOL, Mehmet, “Örnek Olaylarla (Cases) Devletler Hukuku”, *AÜSBFD*, Yeni Matbaa, Cilt: XI, Sayı: 3, Yıl: 1956, Ankara 1957, 207-257.
- GÖZLER, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998.
- _____, *Hukuka Giriş*, Ekin Kitabevi Yy., Bursa 2006.
- _____, “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, *Muhafazakâr Düşünce*, [Üç aylık dergi] Yıl: 4, Sayı: 15, Ankara 2008, 77-90.
- GROTIUS, Hugo, *Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli ac Pacis)*, Çev. Seha L. Meray, AÜSBF Yy., Ankara 1967.
- GÜNDÜZ, Aslan, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1994.
- GÜRİZ, Adnan, “Adalet Kavramının Belirsizliği”, *Adalet Kavramı* (ed. Adnan Güriz) içinde, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1994.
- _____, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005.
- el-HADDÂDÎ, Ebû Bekr b. Alî el-Abbâdî (ö.800/1397), *el-Cevheretu’n-Neyyire*, I-II (Kenarında Abdulğani el-Meydânî’nin *el-Lubâb* adlı Kudûrî şerhi ile birlikte tek kitap halinde), Fazilet Neşriyat, İstanbul 1978.
- HADDURÎ, Macid, *İslam Hukukunda Savaş ve Barış*, Çev. Fethi Gedikli, Yöneliş Yayınları, İstanbul 1999.
- el-HAFÎF, Ali (ö.1978), *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku)*, Çev. Rahmi Yaran, Türkiye Diyanet Vakfı Yy., Ankara 2011.

- el-HÂKÎM, el-Hâfız Ebû Abdillâh en-Nisâbûrî (ö.405/1014), *el-Mustedrek ale's-Sahîhayn*, I-VIII, Tahkîk: Hamdî ed-Demirdâş Muhammed, el-Mektebetu'l-Asriyye ve el-Mektebetu Nizâr Mustafa el-Bâz, Beyrut/Mekke 2000/1420.
- el-HALEBÎ, Burhaneddin İbrâhîm b. Muhammed b. İbrâhîm (ö.956/1549), *Multeka'l-Ebhûr*, Tek Cilt, Salah Bilici Kitabevi Yayınları, İstanbul ty.
- HALLÂF, Abdulvahhâb (ö.1956), *Ilmu Usûli'l-Fıkh*, Eda Neşriyat, İstanbul 1968/1388.
- HAMÂDE, Fârûk (Düzenleyen), *et-Teşrî'u'd-Devli fi'l-İslâm*, Câmi'atu Muhammed el-Hâmis Külliyyetu'l-Âdâb ve'l-Ulûmi'l-İnsâniyye Yy., Rabat 1997.
- HAMÎD, Abdul Ghafur/Sein, Khin Maung, "Sources of International Law: A Re-Evaluation", *International Islamic University Malaysia Law Journal (IIUM)*, Cilt: XI, Sayı: 2, Yıl: 2003, 203-240.
- HAMÎDULLAH, Muhammed, "Ebû Hanife'nin İslâm Hukukunu Tedvin İçin Kurduğu Akademi", Çev. Kemal Kuşçu, *İslam Hukuku Etüdleri (Makaleler Külliyyatı)* içinde, Bir Yayıncılık, İstanbul 1984, 177-194.
- _____, "İslâm Devletler Genel Hukukunun Başlangıçtaki Teori ve Pratiği", Çev. Kemal Kuşçu, *İslam Hukuku Etüdleri (Makaleler Külliyyatı)* içinde, Bir Yayıncılık, İstanbul 1984, 115-145.
- _____, "İslâm ve Hukuk İlmi", Çev. Kemal Kuşçu, *İslam Hukuku Etüdleri (Makaleler Külliyyatı)* içinde, Bir Yayıncılık, İstanbul 1984, 15-22.
- _____, *İslâm'da Devlet İdaresi*, Çev. Kemal Kuşçu, Nur Yayınları, Ankara 1979.
- _____, *İslâm Peygamberi*, I-II, İmaj İç ve Dış Ticaret A.Ş., Ankara 2003.
- _____, *Mecmuatu'l-Vesâiki's-Siyâsiyye (li Ahdi'n-Nebeviyye ve'l-Hilâfeti'r-Râşide)*, Dâru'n-Nefâis, Beyrut 2001/1422.
- el-HÂRÛNÎ, Ahmed b. Huseyn (ö.5/11.asrın başları), *Şerhu't-Tecrid fi Fıkhî'z-Zeydiyye*, I-VI, Thk. Muhammed Yahyâ Sâlim 'Azzân-Hamîd Câbir 'Abîd, Merkezu't-Türâs ve'l-Buhûsi'l-Yemenî, San'a 2006/1427.
- HATEMÎ, Hüseyin, "Uluslararası Özel Hukukta ve Devletlerarası İlişkilerde Bilinmesi ve Uyulması Gereken Temel İlkeler",

<<http://www.abft.net/inovasion/dosyalar/HuseyinHatemiTR.doc>>. (15.08.2009).

HİRŞ, Ernest (ö.1985), *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Güncel Dile Uyarlayan: Selçuk Baran (Veziroğlu), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001.

el-HURAFÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Alî (ö.1101/1689), *Şerhu Muhtasari Sîdî Halîl*, I-VIII (Alî el-Adevî'nin *hâşiyesi* ile birlikte), Dâru Sâdır, Bulak ty.(Bulak 1318 baskısından).

İŞIKTAÇ, Yasemin, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.

İBN ABDİSSELÂM, İzzuddîn Abdulazîz b. Abdisselâm es-Sulemî (ö.660/1262), *Ahkâmu'l-Cihâd ve Fedâiluh*, Thk. İyâd Hâlid et-Tabba', Dâru'l-Fikri'l-Muasır (Beyrut)-Dâru'l-Fikr, Dımaşk 1996/1417.

İBN ÂBİDÎN, Muhammed Emîn (ö.1252/1836), "Neşru'l-Arf fî Binâî Ba'dı'l-Ahkâm ale'l-Urf", *Mecmûatu Rasâili İbn Âbidîn*, I-II, Âlemu'l-Kütüb, by. ty. _____, *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr (Hâşiyetu İbn Âbidîn)*, I-XII, Dirâse-Tahkîk ve Ta'lîk: Âdil Ahmed Abdulmevcûd ve Alî Muhammed Muavvîd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrût 1993/1415.

İBN EBÎ HÂTİM, Abdurrahman b. Muhammed İbn İdrîs er-Râzî (ö.327/939), *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, I-XIV, Thk. Es'ed Muhammed et-Tayyîb, el-Mektebetu'l-Asriyye, Beyrut 2003/1424.

İBN EBÎ ŞEYBE, Ebû Bekr Abdullâh b. Muhammed (ö.235/849), *Kitâbu'l-Meğâzî*, Tahkîk ve Tahrîc. Abdulazîz b. İbrâhîm el-Umerî, Dâru İşbîliya, Riyâd 2001/1422.

_____, *el-Musannef*, I-XXVI, Tahkîk ve Tahrîc: Muhammed Avvâme, Dâru Kurtuba [Şirketu Dâri'l-Kible (Cidde)-Muessesetu Ulûmi'l-Kur'ân (Dımaşk)], Beyrut 2006/1427.

- İBN HACER, Şihâbüddin Ahmed el-Heytemî (ö.974/1567), *Fethu'l-Mubîn li Şerhi'l-Erbaîn*, (el-Medâbiğî'nin *hâşiyesi* ile birlikte), Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyye, [Kahire] 1352.
- İBN HANBEL, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed (ö.241/855), *el-Musned*, I-VI, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1992/1413.
- İBN HAZM, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd (ö.456/1064), *el-Muhallâ*, I-XI, Thk. Ahmed Muhammed Şâkir, el-Mektebetu't-Ticârî li't-Tibâe ve'n-Neşr ve't-Tevzi', Beyrut ty.
- İBN HİŞÂM, Ebû Muhammed Abdulmelik (ö.218/833), *es-Sîretu'n-Nebeviyye*, Tahkik, Zabt ve Şerh: Mustafa es-Sekâ, İbrâhîm el-Ebyârî, Abdulhafîz Şelebî, Dâru İbn Kesîr, Dimaşk-Beyrut 2005/1426.
- İBN KESÎR, İmâduddîn Ebu'l-Fedâ İsmâil (ö.774/1373), *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, I-IV, Dâru'l-Ma'rife (İhyâi't-Turâsi'l-Arabî), Beyrut 1969/1388.
- İBN KUDÂME, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed (ö.620/1223), *el-Kâfi*, I-VI, Thk. Abdullâh b. Abdulmuhsin et-Turkî, Hicr li't-Tıbaa ve'n-Neşr, Cize 1997/1418.
- _____, *el-Muğni*, I-XV, Thk. Abdullâh b. Abdulmuhsin et-Turkî, Abdulfettâh Muhammed el-Hulv, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyâd 1999/1419.
- İBN MÂCE, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni (ö.273/887), "Sunenu İbni Mâce", derl. Sâlih b. Abdulazîz b. Muhammed b. İbrâhîm, *Mevsû'atu'l-Hadîsi's-Şerîf el-Kütübu's-Sitte* içinde, Dâru's-Selâm (nşr. Abdulmâlik Mücahid b. Muhammed Yûnus), Riyâd 2000/1421.
- İBN MANZÛR, Ebu'l-Fadl Cemâluddîn Muhammed b. Mukerrem el-İfrîkî el-Mısırî (ö.711/1311), *Lisânu'l-Arab*, I-XVIII, Yayına hazırlayan: Emîn Muhammed Abdulvehhâb ve Muhammed es-Sâdık el-Ubeydî, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 1997/1418.
- İBN NUCEYM, Zeynuddin (Zeynulâbidîn) b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî el-Hanefî (ö.970/1562), *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik (fi Furû'i'l-Hanefiyye)*, I-VII {İbn Âbidîn'in *Muhtasarı'l-Hâlik* adlı *hâşiyesi* (I-VII) ve et-Tûrî'nin *Tekmilesi* (VIII-IX) ile birlikte}, Zabt ve Tahrîc: Zekeriyyâ

Umeyrât, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye (nşr. Muhammed Alî Beydûn), Beyrut 1997/1418.

_____, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Thk. Abdulkerîm el-Fazîlî, Mektebetu'l-Asriyye, Beyrut 2003/1424.

İBN RUŞD el-Ced, Ebû'l-Velîd Mukammed b. Ahmed (ö.520/1126), *el-Mukaddimâtu'l-Mumehhidât*, I-II (Tek cilt içinde), Dâru Sadr, Beyrut ty.

İBN RUŞD el-Hafîd, Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî (ö.595/1199), *Bidâyetu'l-Muctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid*, I-II, Kahraman Yayınları, İstanbul 1985.

İBN TEYMİYYE, Takiyuddîn Ebu'l-Abbâs Ahmed b. Abdilhalîm el-Harrânî (ö.728/1328), *Minhâcu's-Sunneti'n-Nebeviyye (fî Nakdı Kelâmi's-Şîa ve'l-Kaderiyye)*, I-VIII, Tahrîc, Ta'lîk ve Takdîm: Muhammed Eymen eş-Şebrâviy, Dâru'l-Hadîs, Kahire 2004/1425.

_____, *es-Siyâsetu's-Şer'iyye fî Islâhi'r-Râi ve'r-Raiyye*, Dâru'l-Kitâbi'l-Ğarbî, Mısır 1969.

İBN ZEKERİYYÂ, Ebu'l-Huseyin, Ahmed b. Fâris (ö.395/1004), *Mu'cemu Mekâyisi'l-Luğa*, I-VI, Tahkîk ve Zabt: Abdusselâm Muhammed Hârûn, Dâru'l-Cîl, Beyrût ty.

İBNU'L-ARABÎ, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh (ö.543/1148), *Ahkâmu'l-Kur'ân*, I-IV, Tahkîk: Alî Muhammed el-Becâvî, Âsâ el-Bâbî el-Halebî ve Şurekâhu, Kahire 1974.

İÇEL, Kayıhan, "Suçluların Geri Verilmesi Üzerinde Bir İnceleme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Sermet Matbaası, Cilt: XXX, Sayı: 3-4, İstanbul 1965, 692-721.

İLHAN, Cengiz, *Hukukun Doksan Dokuz İlkesi*, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, İstanbul 2006.

KALLEK, Cengiz, *İslâm İktisat Düşüncesi Tarihi*, Klasik Yayınları, İstanbul 2004.

_____, "Müellefe-i Kulûb", *DİA*, İstanbul 2006, XXXI, 475-476.

- KANCA, Haluk, *İslam'da Devletlerarası Mukabele Bi'l-Misil Kuralı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adapazarı 1997.
- KANDEMİR, M. Yaşar, "Hind bint Utbe", *DİA*, İstanbul 1998, XVIII, 64-65.
- KARAKOÇ, İrem, "Türk Hukuk Tarihi'nde Uluslararası Antlaşmaların Uluslararası Hukukun Gelişim Sürecindeki Yeri", *DEÜHFD*, Cilt: VI, Sayı: 2, Yıl: 2004, 199-253.
- _____, "Uluslararası Hukukta Emredici Kural (Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Bir Yaklaşım", *DEÜHFD*, Cilt: VIII, Sayı: 1, Yıl: 2006, 87-122.
- KARAMAN, Hayrettin, "Âdet", *DİA*, İstanbul 1988, I, 369-373.
- _____, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I-III, Nesil Yayınları, İstanbul 1991.
- KARAMAN, Hayrettin vd., *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, D.İ.B Yayınları, Ankara 2007.
- eI-KÂSÂNÎ, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd (ö.587/1191), *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'*, I-X, Zabt ve Tahkîk: Muhammed Muhammed Tâmir, Muhammed Sa'îd ez-Zeynî ve Vecîh Muhammed Alî, Dâru'l-Hadis, Kahire 2005/1426.
- KESKİN, Funda, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler*, Mülkiyeliler Vakfı Yy., Ankara 1998.
- KILLIOĞLU, İsmail, *Ahlâk ve Hukuk İlişkisi*, İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1988.
- KORFF, Baron Serge A., "Devletlerarası Hukukun Tarihine Giriş", Çev. İlhan Lütem, *AÜHFD*, Cilt: II, Sayı:1, Ankara 1944, 323-337.
- KÖSE, Saffet, "Cihad Şiddete Referans Olabilir Mi?", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 10, Konya 2007, 37-70.
- _____, "Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 7, Konya 2006, 13-50.

KÖKER, Levent, “Yeni Savaşlar Çağında Hukukun Üstünlüğü ve Uluslararası Politika”, *AÜHFD*, Cilt: 54, Sayı: 4, Yıl: 2005, 53-63.

KRUSE, Hans, “İslam Devletler Hukukunun Ortaya Çıkışı”, Çev. Y. Ziya Kavakçı, *İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi* (Müdür-Editör: M. Tayyib Gökbilgin), İÜEF Yy., Cilt: IV (cüz. 3-4), İstanbul 1971, 55-82.

Kur'an-ı Kerim

el-KURTUBÎ, Ebû Abdullâh Muhammed b. Ahmed el-Ensârî (ö.671/1273), *el-Câmi' li Ahkâmi'l-Kur'ân*, I-XXIV, Thk. Abdullâh b. Abdulmuhsin et-Turkî, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 2006/ 1427.

_____, *Muhtasarı Tefsiri'l-Kurtubî*, I-V, Ta'lik: Muhammed Kerîm Râcih, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1986/1406.

Kutsal Kitap (Tevrat, Zebur, İncil), Kitabı Mukaddes Şirketi-Yeni Yaşam Yayınları, İstanbul 2009.

LE FUR, Louis, *Devletler Umumî Hukuku*, Çev. Şinasi Z. Devrin, T.C. Adliye Vekilliği Neşriyatından, Ankara 1942.

MAHMÛD, Abdulğani, *el-Mutâlebetu'd-Devliyye li Islâhi'd-Darar fi'l-Kânûni'd-Devliyyi'l-Âmm ve's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Dâru't-Tıbaati'l-Hadîs, by. 1986/1406.

_____, *Teslîmu'l-Mucrimîn alâ Esâsi'l-Muâmele bi'l-Misl*, Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Kahire 1991/1412.

MÂLİK b. Enes (ö.179/795), *el-Muvatta'*, I-II, Tahkîk, Tahrîc ve Ta'lik: Beşşâr Avâd Ma'rûf, Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, Beyrut 1997/1417.

MANSÛR, Alî Nâsîf, *et-Tâc (el-Câmi' li'l-Usûl fi Ehâdîsi'r-Rasûl)*, I-V (Tek kitap halinde), Mektebetu Pamuk (Pamuk Yayınları), İstanbul (1961/1381: I. ve II. Ciltler; 1962/1381: III. Cilt; 1962/1382: IV. ve V. Ciltler).

MARTIN, Elizabeth A. (ed.), *Dictionary of Law*, Oxford University Press, Oxford-New York 1997.

eI-MÂVERDÎ, Ebu'l-Hasan Alî b. Muhammed (ö.450/1058), *el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve'l-Vilâyetu'd-Dîniyye*, Tahrîc ve Ta'lik: Hâlid Abdullatif es-Seb' el-Amî, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1999/1420.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (Mecelle)

MERAY, Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş*, 1. Cilt, AÜSBF Yy., Ankara 1960.

_____, *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, AÜSBF Yy., Ankara 1965.

_____, *Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Örgütler*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1979.

_____, "Bazı Türk Antlaşmalarında Denizde Dostluk, Selâmlaşma, Kazaya Uğramış Gemilere Yardımla İlgili Hükümler", *Siyasi İlimler ve Hukuk, AÜSBFD*, Cilt: XVI, Sayı: 2, Yıl: 1961, 77-92.

eI-MERĞÎNÂNÎ, Burhânuddîn Ebu'l-Hasen Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl (ö. 593/1197), *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedî*, I-IV, Tahkîk, Ta'lik ve Tahrîc: Muhammed Muhammed Tâmir-Hâfız Âsûr Hâfız, Dâru's-Selâm, Kahire 2000/1420.

MEVÂFÎ, Ahmed, *ed-Darar fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, I-II, Dâru İbn 'Affân, Huber (S. Arabistan) 1997/1418.

eI-MEVDUDÎ, Ebu'l-A'lâ (ö.1979), *İslam'da Savaş Hukuku*, Çev. M. Beşir Eryarsoy, Buruc Yayınları, İstanbul 2009.

eI-MEVSİLÎ, Abdullâh b. Mahmûd b. Mevdûd el- Hanefî (ö.683/1284), *el-İhtiyar li-Ta'lili'l-Muhtar*, I (1., 2. cüzler)-II (3., 4., 5. cüzler), Tahkîk ve Ta'lik: Zuheyir Osman el-Ca'id, Dâru'l-Erkâm b. Ebî'l-Erkâm, Beyrût ty.

MÎKÂ, Ebu Bekr İsmail Muhammed, *Mebâdiu'l-İslâm ve Menhecuhu fi Kadâya's-Silm ve'l-Harb ve'l-Alâkâtü'd-Devliyye ve'l-İnsâniyye*, Mektebetu't-Tevbe, Riyâd 1990/1410.

eI-MÎRÂNÎ, Muhammed Emîn Er, *Mecmû'atu'r-Resâili'd-Dinîyye fi'l-Ulûmi'l-Muhtelifa*, Dâru'l-Endulus, Dimaşk 1431/2010.

- MİRAS, Kâmil, *Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarîh Tercemesi ve Şerhi*, I-XII+1 (I-III: Ahmed Naim, IV-XII: Kâmil Miras), Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1973.
- MUSTAFÂ, Munâ Mahmûd, *İstihdâmu'l-Kuvveti'l-Muselleha fi'l-Kânûni'd-Devli beyne'l-Hazr ve'l-İbâha*, Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Kahire 1989.
- MUSLİM, Ebu'l-Huseyn b. el-Haccâc, (ö.261/875), "Sahîhu Muslim", derl. Sâlih b. Abdulazîz b. Muhammed b. İbrâhîm, *Mevsû'atu'l-Hadîsi's-Şerîf el-Kütübu's-Sitte* içinde, Dâru's-Selâm (nşr. Abdulmâlik Mucahid b. Muhammed Yûnus), Riyâd 2000/1421.
- en-NEDVÎ, Alî Ahmed, *el-Kavâidu'l-Fıkhiyye*, Takdîm: Mustafa ez-Zerkâ, Dâru'l-Kalem, Dimaşk 2007/1428.
- NEDVÎ, A. Ahmed/ENSARÎ, Sahib, *Asr-ı Saâdet Hayat'üs-Sahabe*, Çev. Ali Genceli, I-VI, Şamil Yayınevi, İstanbul 1985.
- en-NESÂÎ, Ebû Abdîrrahmân Ahmed b. Şuayb b. Alî b. Sinân (ö.303/915), "Sunenu'n-Nesâî (es-Suğrâ)", derl. Sâlih b. Abdulazîz b. Muhammed b. İbrâhîm, *Mevsû'atu'l-Hadîsi's-Şerîf el-Kütübu's-Sitte* içinde, Dâru's-Selâm (nşr. Abdulmâlik Mucahid b. Muhammed Yûnus), Riyâd 2000/1421.
- NUMANÎ, Şibli, *Hz. Ömer ve Devlet İdaresi*, Çev. Talip Yaşar Alp, I-II, Hikmet Yayınları, İstanbul 1986.
- ÖZEL, Ahmet, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş Esirleri*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1996.
- _____, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, Marifet Yayınları, İstanbul 1984.
- _____, *İslâm ve Terör Fıkhi Bir Yaklaşım*, Küre Yayınları, İstanbul 2007.
- _____, "İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklık", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı:5, Konya 2005, 49-66.
- ÖZEN, Şükrü, "el-Furûk", *DİA*, İstanbul 1996, XIII, 227-228.
- ÖZMAN, M. Aydoğan, *Devletler Hukukunda Müeyyide*, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1974.

- ÖZSUNAY, Ergun, *Medenî Hukuka Giriş*, İÜİF Yayınları, İstanbul 1978.
- PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara 1995.
- _____, *Uluslararası Hukuk Dersleri, III. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara 1994.
- _____, *Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.
- POLAT, Necati, *Ahlak, Siyaset, Şiddet Bir Kuram Olarak Uluslararası Hukuk*, Kızılelma Yayıncılık, İstanbul 1999.
- POLITIS, N., *Milletlerarası Ahlâk*, Çev. Ahmed Reşid Turnagil, İÜHF Yy., İstanbul 1945.
- er-RAĞRÛĞÎ, Emîn Abdulhafız Ebû Bekr, *İttifakâtu İbn Ruşd el-Hafîd min Hilâli Kitâbihi Bidâyeti'l-Muctehid (Dirâse Fıkhiyye Mukarene)*, I-III, Câmîiatu Sebha, Sebha 2001, II (*fî's-Savm ve'z-Zekât ve'l-Hacc ve Mulhakâti'l-İbâde*).
- er-RÂZÎ, Fahrüddîn Ebû Abdullâh Muhammed b. Umer b. Huseyin el-Kureşî (ö.606/1209), *et-Tefsîru'l-Kebîr li İmâmi'l-Fahri'r-Râzî*, I-XXXII, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye (nşr.), Tahran ty.
- REİSOĞLU, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1995.
- es-SÂÂTÎ, Ahmed b. Abdurrahmân b. Muhammed el-Bennâ (ö.1378/1958), *el-Fethu'r-Rabbânî li Tertîbi Musnedi'l-İmâm Ahmed b. Hanbel eş-Şeybânî*, I-XXIV (*Bulûğu'l-Emânî min Esrârî'l-Fethi'r-Rabbânî* şerhi ile birlikte), Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut 1976.
- SABÎT, Halim (ö.1366/1946), "Örf-Ma'ruf", *İslam Mecmuası*, Sayı: XI, İstanbul 1911/1329, 322-325.
- SÂBIK, Seyyid, *Fıkhu's-Sunne*, I-III, Dâru'l-Feth li'l-İ'lâmi'l-Arabî, by. 1411-1412.
- es-SÂBÛNÎ, Muhammed Alî, *Safvetu't-Tefâsîr*, I-III, Dersaadet Kitabevi, İstanbul ty.
- SAHNÛN b. Saîd et-Tenûhî (ö.240/854), *el-Mudevvenetu'l-Kubrâ*, I-VI, Dâru Sâdir (Mısır 1323 baskısından ofset), Beyrut ty (Eser kapakta İmâm Mâlik'e nisbet edilmiştir).

- SAKR, Abdulazîz, *el-Alâkâtu'd-Devliyye fi'l-İslâm: Vaktü'l-Harb Dirase li'l-Kavâidi'l-Munazzame li-Seyri'l-Kıtâl*, el-Ma'hedu'l-Alemî li'l-Fikri'l-İslâmî, Kahire 1996.
- SÂMÎ, Şemseddin (ö.1904), *Kâmûsi Firânsî-Fransızcadan Türkçeye Luğât (Dictionnaire Français-Turc)*, Mihran Matbaası, İstanbul 1882/1299.
- _____, *Kâmûsi Turkî*, Dersaadet (nşr. Ahmed Cevdet), İstanbul 1317.
- es-SÂYİS, Muhammed Alî, *Tefsîru Âyâti'l-Ahkâm*, I-II, Tahkîk, Tahrîc ve Ta'lîk: Abdulhamîd Hendâvî, Muessesetu'l-Muhtar, Kahire 2001.
- es-SERAHSÎ, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl (ö.483/1090), *Kitâbu'l-Mebsût*, I-XXX, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1978/1398.
- _____, *Şerhu Kitâbi's-Siyeri'l-Kebîr*, I-V (3 kitap halinde), Thk. Ebû Abdullâh Muhammed Hasen İsmâil eş-Şâfî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997/1417.
- SERHÂN, Abdulazîz Muhammed, *en-Nizâmu'd-Duveli'l-Cedîd ve's-Şer'iyetu'd-Duveliyye*, Dâru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Kahire 1993.
- SEVİG, Muammer Raşit, *Özel Devletler Umumi Hukuku*, Milli Mecmua Basımevi, İstanbul 1946.
- es-SÎSTÂNÎ, Alî el-Huseynî, *Kâ'idetu lâ Darar velâ Dırâr*, Dâru'l-Muerrihi'l-Arabî, Beyrut 1994/1414.
- SÖNMEZ, Âbidin, *Rasûlullah'ın Diplomatik Münasebetleri ve Sulh Muâhedeleri*, İnkılâb Yayınları, İstanbul 1984.
- _____, *Rasûlullah'ın İslâm'a Dâvet Mektupları*, İnkılâb Yayınları, İstanbul 1984.
- SÖNMEZOĞLU, Faruk vd., *Uluslararası İlişkiler Sözlüğü*, Cem Yayınevi, İstanbul 1992.
- SUR, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2008.
- ŞA'BÂN, Zekiyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)*, Çev. İbrahim Kâfi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1990.
- ŞAFAK, Ali, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Temel Yayınları, İstanbul 1996.

- eş-ŞÂFÎÎ, Ebû Adillâh Muhammed b. İdrîs (ö.204/820), *el-Umm*, I-VIII (4 cilt içinde), Dâru'l-Mârifê, Beyrut 1973/1393.
- eş-ŞÂTİBÎ, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ el-Lahmî el-Ğırnâtî (ö.790/1388), *el-Muvâfakât fî Usûli'sh-Şerîa*, I-II (4 Cüz halinde), Şerh ve Tahrîc: Abdullâh Drâz, Dâru'l-Mârifê, Beyrut 1996/1416.
- ŞELEBÎ, Salâh Abdulbedî', *Hakku'l-İstirdâd fî'l-Kânûni'd-Devlî (Dirâse Mukârene fî'sh-Şerî'ati'l-İslâmiyye ve'l-Kânûni'd-Devlî)*, Kahire 1983.
- ŞENER, Mehmet, *İslâm Hukukunda Örf*, Öğrenci Basımevi, İzmir 1987.
- eş-ŞERBECÎ, Alî, *el-Furû'u'n-Nediyye Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, Dâru'l-Mustafâ, Dımaşk 2006/1427.
- eş-ŞİRBÎNÎ, Şemsuddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (ö.977/1570), *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc*, I-IV, Dâru'l-Fıkr, by. ty.
- TABBARA, Afif Abdulfettâh, *Rûhu'd-Dîni'l-İslâmî*, Dâru'l-İlm li'l-Melâyîn, Beyrut 1980.
- et-TABERÎ, Ebû Ca'fer Muhammed b. Cerîr (ö.310/923), *Kitâbu İhtilâfi'l-Fukâhâ: Kitâbu'l-Cihâd ve Kitâbu'l-Cizye ve Ahkâmu'l-Muhâribîn*, nşr. Joseph Schacht, Leiden 1933.
- et-TAHAVÎ, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme (ö.321/933), *Muhtasarü İhtilâfi'l-Ulemâ (İhtisarü Ebi Bekr Ahmed b. Ali el-Cessas er-Râzî)*, I-V, Thk. Abdullâh Nezîr Ahmed, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 1996/1417.
- TDK Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yy., Ankara 2005.
- et-TEHÂNEVÎ, Muhammed Alî (ö.1158/1745), *Keşşâfu Istilâhâti'l-Funûn*, Thk. Lutfî Abdulbedî', I-IV (2 Kitap halinde), el-Hey'etu'l-Mısriyyeti'l-Amme, Kahire 1972.
- TEKİNALP, Gülören, *Türk Yabancılar Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul 1992.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Medenî Hukuka Giriş Dersleri*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1978.

- TELKENAROĞLU, M. Rahmi, “Muhammed B. Hasan eş-Şeybânî (189/804) ve Hugo Grotius’un (1583-1645) Devletler Hukukuna Etkileri (Mukayeseli Bir Çalışma)”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 5, Konya 2005, 67-94.
- et-TİRMİZÎ, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre İbn Mûsa (ö.279/892), “Câmi’u’t-Tirmizî”, derl. Sâlih b. Abdulazîz b. Muhammed b. İbrâhîm, *Mevsû’atu’l-Hadîsi’s-Şerîf el-Kütübu’s-Sitte* içinde, Dâru’s-Selâm (nşr. Abdulmâlik Mücahid b. Muhammed Yûnus), Riyâd 2000/1421.
- et-TÛFÎ, Necmuddîn Ebu’r-Rebî’ Suleymân b. Abdilkavî b. Abdilkerîm b. Saîd (ö.716/1316), *el-Hadîsu’s-Sânî ve’s-Selâsûn (Risâle fi’l-Masâlihü’l-Mursele)*, (*el-Maslaha fi’t-Teşrû’l-İslâmî ve Necmuddîn et-Tûfî* ile birlikte), Thk. Mustafâ Zeyd, Dâru’l-Fikri’l-Arabî, Kahire, 1954/1374.
- TURNAGİL, A. Reşid, *İslâmiyet ve Milletler Hukuku*, Sebil Yayınevi, İstanbul 1993.
- TÛRCAN, Talip, “Hz. Peygamber’in Politik Karar ve Uygulamalarının Hukukîleşmesi Sorunu -Uluslararası İlişkiler Bağlamında Bir Örnekleme-”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi 18-19 Nisan 2002 V. Kutlu Doğum Sempozyumu (Tebliğler)*, Isparta 2003, 147-156.
- _____, “Sosyal Olgular ve İslam Hukuku: Klasik Fıkıhın Uluslararası İlişkiler Kuramının Oluşumu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 5, Yıl: 1998, Isparta 2000, 105-112.
- _____, “Hukuki Merkezîleşme ve Fıkıh”, *İslâmiyât*, Cilt: VIII, Sayı: 1, Yıl: 2005, 127-138.
- _____, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu -Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu-*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2003.
- _____, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2009.
- UNITED NATIONS, *Yearbook of The International Law Commission 1991[YILC]*, Cilt: II (Birinci Bölüm), Birleşmiş Milletler Yayını (43. Oturum Dokümanları), New York- Cenova 1994.

- el-VÂKIDÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. Amr (ö.207/822), *Kitâbu'l-Meğâzî*, Thk. Marsden Jones, Âlemu'l-Kütüb, Beyrut 2006/1427.
- VALÎ, François, *Adalet ve Kuvvet*, Çev. Mahmut R. Belik, Kenan Matbaası (Hukuk Fakültesi Mecmuasından ayrı bası), İstanbul 1943.
- VERDROS, Alfred, "Uluslararası Hukukun Temeli", Çev. Orhan Arsal, *İÜHF*, Cilt: IV, Sayı: 13, Yıl: 1938, 137-208.
- YAMAN, Ahmet, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş*, Beyan Yayınları, İstanbul 1998.
- _____, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, Fecr Yayınevi, Ankara 1998.
- YAZIR, Elmalılı Muhammed Hamdi (ö.1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, I-X, Eser Neşriyat, by. 1971.
- ZEYDÂN, Abdülkerîm, *Mecmûatu Buhûsin Fikhiyye*, Mektebetu'l-Kuds (Muessesetu'r-Risâle), Bağdat 1982/1402.
- _____, *el-Medhâl li Dirâseti's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Bağdat 1969/1388.
- _____, *el-Vecîz fi Şerhi'l-Kavâidi'l-Fikhiyye fi's-Şerîati'l-İslâmiyye*, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 2003/1424.
- _____, *el-Vecîz fi Usûli'l-Fikh*, Dersa'âdet, by. ty.
- ez-ZEYLAÎ, Ebû Muhammed Cemaleddin Abdullâh b. Yûsuf b. Muhammed (ö.762/1360), *Nasbu'r-Râye Tahricu Ehâdîsi'l-Hidâye*, I-V (*Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mubtedi* ile birlikte), Thk. Ahmed Şemsuddîn, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2002/1422.
- ez-ZEYLAÎ, Fahrüddîn Usmân b. Alî (ö.743/1342), *Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, I-VI (eş-Şelebî'nin hâşiyesi ile), Dâru'l-Ma'rife, Beyrut ty. (Bulak 1313 baskısından).
- ez-ZUHAYLÎ, Vehbe, *el-Alâkâtu'd-Devliyye fi'l-İslâm Mukarene bi'l-Kânûni'd-Devliyyi'l-Hadîs*, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 1989/1409.
- _____, *Âsâru'l-Harb fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâsetun Fikhiyye Mukarene*, Dâru'l-Fikr, Dımaşk 2009/1430.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı ve Soyadı : Yakup MAHMUTOĞLU

Doğum Yeri ve Yılı : Of - 1973

Medeni Hali : Evli ve 2 çocuk babası

Eğitim Durumu

Lise : Of İmam Hatip Lisesi (1984-1991)

Lisans : İÜ SBF Uluslararası İlişkiler (1992-1996)

Yüksek Lisans : MÜ Ortadoğu ve İslâm Ülkeleri Enstitüsü
Hukuk Ana Bilim Dalı (1996-1999)

Doktora : SDÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü
Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalı (2004-2012)

Yabancı Dil ve Düzeyi

İngilizce : ÜDS - 62,5

Bilimsel Yayınlar ve Çalışmalar

Makaleler:

- 1) “Namazlarda Kadının İmameti”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 11, Konya 2008, 283-302.
- 2) “Mukâtil B. Süleyman’ın (ö.150h.) *Tefsiru Hamsi Mieti Ayetin Mine’l-Kur’an’il-Kerim (Beşyüz Âyetin Tefsiri)* Adlı Kitabın Kısaca Tanıtımı ve Ahkâm Ayetleri Açısından Değerlendirilmesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 13, Konya 2009, 471-476.