

MUHAMMED B. HASEN EŞ-ŞEYBÂNÎ (189/804) VE HUGO GROTIUS'UN (1583-1645) DEVLETLER HUKUKUNA ETKİLERİ

(Mukayeseli Bir Çalışma)

M. Rahmi TELKENAROĞLU*

The Effects of Muhammad b. Hasan al-Shaybani (189/804) and Hugo Grotius (1583/1645) on the International Law

The roots of European International Law can be traced back to 16 and 17 centuries while Islamic Law regulated the sphere of International Law long before (ab inito). It appears that the Islamic jurists have studied and written various studies on International law long before western colleagues like Vitoria, Suarez, Gentilis and Grotius who have been accepted as pious of International Law. Among them Grotius who has been known as founder of Western International Law, it is clear that he has utilized from Islamic legal literature by concepts and ingredient in his book titled as the Law of War and Peace.

I- Giriş

Doktrinde Kamu hukuku alanına giren "*Devletler hukuku*", Avrupa'da geç dönemde (16-17. yy.) teşekkül eden bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkar. Zira Batı'da Devletler hukukunun doğuşu, Reform ve Rönesans döneminde yetişmiş olan Devletler hukuku müelliflerinden Vitoria (1480-1546), Menchace (1569-1612), Ayala (1548-1584), Suarez (1548-1617) gibi simalar sayesinde mümkün olabilmıştır. Bu istikametteki gayretler Hugo Grotius (1583-1645) ile olgunluğa ermiş ve devletler arası münasebetleri müstakil bir esasa bağlayarak izah işi onunla tamamlanmıştır.¹

Bu çalışmada, iki medeniyetin (İslam ve Batı) Devletler hukuku açısından karşılaştırılmasını, bu medeniyetlere mensup iki şahsiyetin (Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî ve Hugo Grotius) hayat ve görüşlerine müracaat ederek gerçekleştirmeyi deneyeceğiz. Her ikisi de Devletler hukuku sahasında önemli eserler vermiş simalar olmaları açısından seçkin simalardır. Aralarında sekiz asırlık bir zaman farkı olmasına rağmen geliştirdikleri hukuki sistem ve kurallar bakımından, birbiriyle benzeyen ve birbirinden ayrılan yönlerinin mukayesesi, aslında iki medeniyetin hukuki olarak (özellikle Devletler hukuku açısından) kıyaslanması demektir. Kaldı ki, daha sonra da temas edeceğimiz gibi, Grotius'un İslam huku-

* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslam Hukuku Bilim Dalı Doktora Öğrencisi. e-mail: mrtelkenaroglu@hotmail.com

¹ Ahmet Özel, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı: Dâru'l-İslâm-Dâru'l-Harb*, İstanbul 1984, s. 16-17.

kundan istifade ettiği, Batılı yazarlar tarafından da dillendirilmektedir. Ne var ki, yapılacak bu mukayeseli çalışmaların zorluğu şüphe götürmez bir gerçektir. Çünkü üzerinde çalışılan kişinin hangi eser ve müelliflerden istifade ettikleri bilinmediği için yapılan alıntıların ispatlanması güçlüğüle mümkün olabilmektedir. Bir diğer zorluk da, bu şahsın ele aldığı konuların ele alış biçimiyle, kendisinden önceki kadim Avrupa hukuku müellifleri tarafından da işlenmiş konular olmadığını gösterebilmektir. Bu da özellikle Yunan ve Roma hukuklarında yapılacak tetkik ve etütlerle gerçekleştirilebilir.

Grotius üzerinde yapacağımız bu çalışmanın, ona mukabil İslam âleminde İmam Muhammed ile sınırlı tutmamızın nedeni, Grotius'un İstanbul'da kalması ve Osmanlı devletinin resmi mezhebi haline gelen Hanefi hukuk ekolü kitaplarından muhtemelen daha fazla istifade etme imkanına sahip olmasıdır. Hanefi mezhebi içerisinde ise, Devletler hukuku sahasında en meşhur ve kapsamlı eser İmam Muhammed'e aittir. Bununla beraber mukayesenin sınırını sadece bir kişiyle sınırlı tutmanın da doğru olmayacağı düşüncesiyle başka mezhep ve alimlerin eserlerinden de imkan nispetinde yararlanmaya çalıştık.

II- Devletler Hukukunun Tanımı, Konusu ve Tarihçesi

Pozitif hukuk öğretisinde devletler hukuku, Devletler genel ve Devletler özel hukuku olarak ikiye ayrılmaktadır. Devletler genel (umumi) hukuku, Uluslararası veya Milletlerarası genel hukuk olarak da adlandırılır.² Milletlerarası (uluslararası) toplumun esas itibarıyla devletlerden oluştuğunu ancak milletlerarası teşkilatların da bu toplumun önemli bir unsuru haline geldiklerini ve milletlerarası hukukun fertler için de haklar ve borçlar öngörmüş olduğunu dikkate alarak Devletler genel hukukunu şöyle tanımlamak mümkündür: "Devletler umumi hukuku yada Milletlerarası hukuk, devletleri veya diğer milletlerarası kişileri karşılıklı ilişkilerinde bağlayan kuralların bütünüdür."³

"Devletler özel (hususî) hukuku" ise yabancı unsurlu ilişkilerin ve ihtilafların çözümünde uygulanacak kuralları ihtiva eden hukuk dalıdır. İç hukuk kurallarıdır ve her devletin kendisine has bir Devletler özel hukuku vardır. Dolayısıyla devletler arası alanda ortak bir Devletler özel hukuku yoktur. Vatandaşlık hukuku, yabancılar hukuku ve kanunlar ihtilafı hukuku olmak üzere üç alt dala ayrılır.⁴ Yan yana ve aynı zaman içerisinde yürürlükte bulunan çeşitli devletlerin hususî hukuk ve nizamlarından hangisinin, belli olay veya ilişkilere tatbik edileceğini gösterir. Şu halde Devletler Özel hukuku, hangi devletin özel hukukunun uygulanacağını söyleyen hukuk kaidelerini içermektedir. Belirli olay yada ilişki, birden fazla devletin hususî hukuk nizamı ile temas halinde bulunuyor ise Devletler özel hukuku problemi ortaya çıkar. Zaten belirli olay ya da ilişkinin birden fazla hukuk nizamı ile temas halinde bulunması, bu hukuk nizamları arasında, bu olay ya da ilişkiyi düzenleme bakımından bir rekabete sebebiyet verir.⁵

Devletler hukuku hakkında yapılan ve İslam devletler hukukuna da şamil bir diğer genel tanıma göre, Devletler hukuku "Fiilen veya meşru (hukukî) olarak

² Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Ankara 1985, 1, 2; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 2001, s. 163.

³ Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, İstanbul 1998, s. 2.

⁴ Mehmet Ayan v.dğr., *Temel Hukuk Bilgisi*, Konya 1998, s. 117.

⁵ Engin Nomer, *Devletler hususî Hukuku*, İstanbul 1998, s. 4.

mevcut bir devletin aynı şekilde mevcut diğer devletlerle ilişkisinde riâyet ettiği, memleket âdet ve kanunlarının ilgili kısımları ile antlaşmalardan doğan vebelerdir.”⁶

Karşılıklı münasebetlerinde bugün dünya devletlerinin uymakta oldukları Devletler hukuku sistemi esas itibariyle kaynağını Avrupa'dan alır. Başlangıçta yalnız Avrupa Hıristiyan devletleri arasında tatbik edilen bu hukuk daha sonra zamanla diğer devletleri de tatbik sınırları içine alarak bugünkü duruma gelmiştir. Bu hukuk, mahiyet ve karakteri itibariyle, müstakil hakimiyet sahibi devletlerin rıza ve muvafakatiyle meydana gelmiş kaideleri ihtiva eder.⁷

Devletler hukukunu, “farklı müstakil devletler arasında evrensel planda bağlayıcılık kazanmış (hasmâne münasebetlere girmezden evvel tespit edilmiş) antlaşma kararları” şeklinde anlarsak, tarih olarak 19 ve 20. yüzyıllardan başlatmamız gerekir.⁸Zaten 1856'dan evvel Avrupa'da modern manada Devletler hukuku yoktu. Bu manada mevcut olan ve uygulanan yalnız Hıristiyan milletler arasındaki umumi bir hukuk idi. İlk defa 1856 yılında Hıristiyan olmayan bir devlet (Osmanlı Devleti), pratik siyasetin bazı gereklerince Avrupa milletleri umumi hukukundan istifadeye layık görülmüş, bu da Hıristiyan milletlerin umumi hukukunun uluslararası bir hale gelmesinin gerçek başlangıcı olmuştur.⁹ Şimdiye kadar gelen tarihi süreç içerisinde, bu hukuk dalının kaynaklarını antlaşmalar, milletlerarası teamül, hukukun genel ilkeleri, içtihatlar ve doktrin oluşturmuştur.¹⁰

Diğer taraftan uluslararası hukuku “bağlayıcı güce sahip birçok kuralı kapsayan bir hukuk düzeni” şeklinde anlamak durumunda, uluslararası hukuk tarihini 16. ve 17. yüzyıllardan bu yana incelenmesi taraftarı olan bazı yazarlar¹¹ İslam hukuk mirasını görmezden gelmektedirler.¹² Halbuki daha ilk İslam devletin (Medine site devleti)doğuşundan itibaren kaçınılmaz olarak, hem kendi ülkesi içinde müsamaha gösterilen dini cemaatler (Yahudi ve Hıristiyanlar), hem de gayr-ı müslim ülkeler ile münasebetlerini nasıl yürütebileceği problemi ortaya çıkmış¹³ ve 7.yy.'da İslam devletler hukuku bu sâikle doğmuştur.

İlk Müslüman hukukçular, harici münasebetlerin yürütülmesini ya müstakil eserlerde¹⁴ veya genel hukuk edebiyatı içinde “*siyer*”¹⁵, *cihâd*, *ğanîmet*, *meğâzi*,

⁶ Hayreddin Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, İstanbul 2000, I, 247.

⁷ Özel, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, s. 14.

⁸ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, s. 37; Ahmet Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, Ankara 1998, s. 22.

⁹ Özel, *a.g.e.*, s. 17-18.

¹⁰ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1992, s. 100; Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, s. 163; Ayan vd., *Temel Hukuk Bilgisi*, s. 147.

¹¹ Mesela bk. Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I, 36.

¹² Özel, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, s. 19.

¹³ Mâcid Haddurî, *İslam Hukukunda Savaş ve Barış* (trc. Fethi Gedikli), İstanbul 1999, s. 55.

¹⁴ Bu eserlerden birkaçı şunlardır: Muhammed b. Hasen eş-Şeybâni'ye (v.189,805) ait olup gerçekte Ebû Hanîfe'nin (v.150,767) içtihat ve yaklaşımlarını yansıtan *es-Siyerü's-sağır* ve *es-Siyerü'l-kebir*, Abdurrahmân b. el-Evzâ'i'ye (v.157,774) ait olan *Kitâbu Siyeri'l-Evzâ'i*, Abdullah b. Mübârek'in (v.165,781) *Kitâbu'l-Cihâd*'i, Ebu İshâk el-Fezâri'nin (v.186,786) *Kitâbu's-Siyer*'i ve Ebû Yûsuf Ya'kûb b. İbrâhîm'in (v.182,768) *Kitâbu'l-Harâc*'i.

¹⁵ Devletler hukuku, İslam hukuku edebiyatında özellikle “*siyer*” başlığı altında işlenmiştir. *es-Siyer*, (tekili *es-Sîre*) sözlükte “gidiş, davranış, yöntem, biyografi” gibi anlamlara gelmektedir. Bu kelime, bir yönetici ya da komutan hakkında kullanıldığında, yönettiği veya komuta ettiği “insanlarla ilişkisinde izlediği yön-

harâc, emân, cizye, ehli'z-zimme vs." başlıklı bölümlerde işlemişlerdir. "*es-Siyâsetü's-ş-şer'iyye*", "*el-Ahkâmu's-sultâniyye*", "*el-Emvâl*" ve "*el-Harâc*" türü eserlerde de Devletler hukukuyla ilgili açılımlar bulunmaktadır.¹⁶

Fıkıh eserlerinin muhtevasına bakılınca görülür ki, İslam devletler hukuku ülkenin iç (dahili) hukukunun bir kısmını teşkil etmekte olup nazariye ve metot yönünden aralarında fark yoktur. İslam devletler hukuku salâhiyetini de yabancı herhangi bir kaynaktan değil, iç hukuk gibi aynı kaynaktan almakta ve aynı yaptırımlarla korunmaktadır.¹⁷ Kur'an ve sünnet, halife ve komutanların icraatı, İslam hukukçularının re'yleri (içtihad, yorum ve kıyasları), muahede ve antlaşmalar, örf ve adetler¹⁸ şeklinde belirtilen İslam devletler hukuku kaynakları, modern devletler hukuku kaynakları anlamında tahlil edilirse, modern hukukçular ve Milletlerarası Adalet Divanı statüsünce tanımlanan "*antlaşma, teamül, akıl ve otorite*" ye uygundur. Zira Kur'an ve sahih hadisler *otoriteyi*, sünnet, halife ve komutanların icraatı, örf ve adetler *teamül* hukukunu, gayr-i müslimlerle antlaşmalardan doğan kurallar *antlaşmayı*, kıyas ve yorumlardan doğan fakihlerin içtihatları ise *aklı* temsil eder.¹⁹

III- İmam Muhammed ve Hugo Grotius'un Hayatı ve Eserleri

A. İmam Muhammed'in Hayatı ve Eserleri

Muhammed b. Hasen b. Ferkad, Benî Şeybân'ların azatlısı olup, aslen Şam'ın güney tarafında bir köy olan Harestâ'dandır. Babası buradan Irak'a geldi ve İmam Muhammed'in doğduğu şehir olan Vâsıt'a yerleşti. İmam Muhammed Kûfe'de büyüdü, 14 yaşından itibaren Ebu Hanîfe'nin ölümüne (150/767) kadar onun derslerini takip etti ve nakledildiğine göre daha 20 yaşında iken Kûfe caminde ders vermeye başladı. el-Evzâ'î (ö.157/774) ve Süfyânü's-Sevri (ö.161/778) ve bilhassa Medine'de 3 yıldan fazla Mâlik b. Enes'den (ö.179/795) dersler aldı. Ayrıca Mis'ar b. Kidâm, Ömer b. Zer, Mâlik b. Miğvel, Zêm'a b. Sâlih ve Bekir b. Âmir gibi zatlardan ilim tahsil etti.²⁰ Kendisinden Muhammed b. İdris eş-Şâfiî (ö.204/819), Ebu Süleyman el-Cûzcânî (200/815), Hişâm b. Ubeydillah er-Râzî (ö.201/816), Ebu Ubeyd el-Kâsım b. Sellâm (ö.224/838), İsmâil b. Tevbe, Ali b. Müslim et-Tûsî, Ebû Hafs el-Kebîr (ö.217/832), el-Vuhâzî (ö.222/837) ve Halef b. Eyyûb gibi zatlar ilim aldı ve rivayetlerde bulundu. Halife Harun Reşid tarafından Rakka kadılığına tayin edildi fakat daha sonra bu görevden ayrıldı. 189/805 yılında 58 yaşındayken Rey'de vefat etti.²¹

İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'nin öğrencilerinden olan ve geniş hukuk kültürüne sahip bulunan İmam Muhammed, Hanefî fıkının yazılmasında en çok payı

tem ve davranış biçimi" manalarını almaktadır. İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, Beyrut 1990, IV, 390; Zebîdî, *Tâcu'l-arûs*, Beyrut 1994, VI, 559.

¹⁶ Haddurî, *İslam Hukukunda Savaş ve Barış*, s. 37; Özel, *a.g.e.*, s. 20; Ahmet Yaman, *İslam Devletler Hukukunda Savaş*, İstanbul 1998, s. 19-21; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul 1999, I, 39.

¹⁷ Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi* (trc. Kemal Kuşcu), İstanbul 1979, s. 34-35; Haddurî, *İslam Hukukunda Savaş ve Barış*, s. 37; Özel, *a.g.e.*, s. 20.

¹⁸ Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, s. 52-53.

¹⁹ Haddurî, *İslam Hukukunda Savaş ve Barış*, s. 57-58.

²⁰ Sem'ânî, *el-Ensâb*, Beyrut 1988, III, 483; Heffening, *İslam Ansiklopedisi*, "*Şeybânî*", XI, 450; Fahrettin Atar, *Fıkıh Usûlü*, İstanbul 1992, s. 399.

²¹ Hayruddin Zirikli, *el-A'lâm*, Beyrut 1969, VI, 309.

olan büyük bir hukukçudur. Hanefi mezhebinin kaynak eserlerini o yazmış ve bu mezhebin en tanınmış müdevvini ve nâkili olmuştur.

Hukuk tarihinde "Devletler hukuku" sahasında "sîyer" adıyla ilk kitap yazma şerefi ona nasip olmuştur. Bilindiği üzere Hanefi mezhebinin fıkıh kitapları *zâhirü'r-rivâye*, *nâdirü'r-rivâye* (*nevâdir*) ve *vâkı'ât* olmak üzere üç grupta toplanmaktadır.²² *Zâhirü'r-rivâye* olan kitapların tamamı ve *nâdirü'r-rivâye* olan kitapların çoğu İmam Muhammed'in telifidir. *Zâhirü'l-mezheb* adı da verilen *zâhirü'r-rivâye* olan kitaplara bu isim, İmam Muhammed'den tevatüren ve şöhret yoluyla rivayet edildiği için verilmiştir. *Nevâdir* (*Nâdirü'r-rivâye yada Gayru zâhirü'r-rivâye*) kitaplar ise böyle tevatür tarikiyle sabit olmadığı için bu şekilde isimlendirilmiştir.²³

İmam Muhammed'in "*Zâhirü'r-rivâye*" kitapları şunlardır; *el-Mebsût* (*el-Asl*), *el-Câmi'u'l-kebîr*, *el-Câmi'u's-sağîr*, *es-Siyerü'l-kebîr*, *es-Siyerü's-sağîr*, *ez-Ziyâdât* ve *Ziyâdâtü'z-Ziyâdât*. İmam Muhammed'in "*nâdirü'r-rivâye*" niteliğindeki kitaplarından dört tanesi şunlardır.²⁴ *er-Rakkiyyât* (Rakka kadısı iken kendisine gelen meseleleri ihtiva eder), *el-Keysânîyyât* (*el-Keysânî rivayetidir*), *el-Hâruniyyât* ve *el-Cürçânîyyât*'tır. Bu kitaplar haricinde hadis ve eser ağırlıklı fıkıh kitapları da vardır: *el-Hücece* (*el-Hücce*), *Kitâbu'l-Âsâr*, *el-Muvatta'*.

Bu eserler içerisinde çalışmamızın önemli bir kesimini oluşturan *es-Siyerü'l-kebîr* İslam Devletler hukukuyla ilgilidir. İmam Muhammed kitabı tamamladığında Halife Harun Reşîd'e göndermiş ve Halife kitabı gördüğünde çok beğenmiş ve kendi hakimiyet günlerinin övünç vesilesi yapmıştır.²⁵ Bu kitabı, Ebû Süleyman el-Cûzcânî ve İsmâîl b. Süvâbe nakletmiştir.²⁶ Kitap savaşla ilgili tüm hususları, müşriklerle olan ilişkiler ve bununla ilgili hükümleri ihtiva eder. Kitapta özetle şu konular vardır: Erkek, kadın veya çocuk her iki tarafın esirlerinin hükümleri, müşriklerin İslam'a girme şekilleri, çeşitli tarz ve farklı lafızlarla yapılan emân müessesesi, müste'menler, dârü'l-harbtten dârü'l-İslâma gelen elçiler ve istifade ettikleri dokunulmazlıklar, antlaşma, fidye, silah, köle ve araç-gereçlerin hükümleri, ehl-i harbin istila ettiği topraklar, dârü'l-harpteki müslümanlar, antlaşmayı bozma, savaş suçları, hem savaş hem de barış durumunda Müslümanlar ve ehl-i harp ile ilgili daha bir çok konu işlenmektedir.²⁷

es-Siyerü'l-kebîr'in konusu hakkında, bazı İslam hukuk tarihi yazarları tarafından verilen "Devletler umumi hukuku" içerikli bir kitap olduğu şeklindeki bilgi²⁸ bize isabetli gözükmemektedir. Zira Devletler hukuku 19. yüzyılda umumiyet kazanmış ve aynı yüzyılın mahsulü olarak doktrinde yer almıştır. Ayrıca İslam Devletler hukuku içerikli olarak telif edilen *es-Siyerü'l-kebîr* yalnızca Müslümanları bağlayıcı hukuk formasyonu üzerinde duran bir eserdir ve bu formasyonun müeyyidesi iç hukukla aynı niteliğe sahiptir. Gayr-i müslim devletleri de bağlayıcı, müşterek bir milletlerarası hukuk ancak İslam devletler hukukunun kaynaklarından sayılan "uluslararası antlaşmalar" bağlamında mümkün olabil-

²² İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, İstanbul 1984, I, 70.

²³ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslamiye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul ts., I, 322.

²⁴ İmam Muhammed'in diğer bazı eserleri için bk. İbnü'n-Nedîm, *el-Fihrist*, Beyrut ts., s. 287-288.

²⁵ Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, İstanbul 1943, II, 1014.

²⁶ Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, s. 42.

²⁷ Serahsî, *Şerhu's-siyerü'l-kebîr* (trc. M. Said Şimşek-İbrahim Sarmış), Konya 2001, I, 21-22.

²⁸ Hayreddin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul 1999, s. 202.

mektedir. Yalnız bu kaynağa dayanarak İslam devletler hukuku muhtevalı kitapların "Devletler umumi hukuku" olarak nitelenmesi de isabetli olmaz.

B. Hugo Grotius'un Hayatı, Eserleri ve Fikirleri

Hollandalı bir hukukçu ve diplomat olan Grotius 1583 yılında Hollanda'nın Delft şehrinde doğdu. Küçük yaşlarında şiire meraklıydı ve henüz sekiz yaşındayken Latince, on iki yaşındayken ise Yunanca şiirler yazmaya başladı. 1594'te, on bir yaşında Leiden üniversitesine girmiş ve burada üç yıl okumuştur. On beş yaşında avukat olmuş ve Fransa kralı IV. Henri'ye giden Hollanda temsilci heyetine üye olarak alınmış ve Fransa'da iken Orléans Üniversitesi tarafından Grotius'a hukuk doktoru ünvanı verilmiştir.²⁹

Ülkesine döndüğünde Hollanda lordlarından John of Oldenbarneveldt'in de teşvikiyle politikaya girdi ve Kalvinistler ve karşıtları arasındaki ateşli dini-siyasi tartışmalara katıldı. 1618'deki hükümet darbesiyle Arminiusçu ve Oldenbarneveldt taraftarı olmakla suçlanarak Loevestein kalesinde ömür boyu hapse mahkum edildi. Buradan karısının yardımıyla kaçan Grotius Paris'e gitti. Paris'te kaldığı on yıl boyunca *De Jure Belli ac Pacis* (Savaş ve Barış hukuku) adlı eserini yazdı. 1631'de tekrar ülkesine dönmeyi denediysen de yeniden sürgüne mahkum edildi. 1632'de Hanburg'a kaçtı ve burada kaldığı üç yıl, hayatının en melankolik devresi oldu. 1635'ten 1645'e kadar Paris'te İsveç elçisi olarak görev yaptı. 1645'te Stockholm'dan Lübeck'e giderken bindiği gemi battı, fakat boğulmaktan kurtuldu. Aynı yıl Rostock'ta 62 yaşında iken öldü.³⁰

Grotius'un bilinen üç eseri bulunmaktadır. İlk eseri olan *De Jure Praedae* (Ganimet Hukuku)'nu 1604'te, bir Portekiz kalyonuna Hint kumpanyası tarafından el konulması üzerine yazmıştır. İlk İspanyol ve Portekizlere sonra da İngilizlere karşı denizlerin serbestliği ilkesini savunmak amacıyla yazdığı ikinci eserinin adı *Mare Liberum* (Serbest deniz)'dir. Son eseri de *De Jure Belli ac Pacis* (Savaş ve Barış Hukuku)'dur.³¹

De Jure Belli ac Pacis'in belli başlı dört karakteristik özelliği bulunmaktadır. Birincisi; bağımsız devletlerin birbirleriyle ilişkilerinde benimsemesi gereken müşterek ve uluslararası kurallar bütününi işlemekte ve savaş sürerken bile bu kurallara aykırı hareket edilmesi halinde, aykırı hareket eden tarafa cezai müeyyidenin uygulanması gerektiğini tartışmaktadır. İkincisi; kitabın özellikle ikinci bölümünde Kitab-ı Mukaddes ve bazı klasik eser ve yazarlardan hukuki-tarihi kurallar kompozisyonu sunar. Kitabın bu bölümünde kendisinden önce bu konuda eser vermiş olan seleflerinin görüşlerine paralellik arz etmeyen fikirler serdedir. Üçüncüsü; kişisel suçlara uygulanan medeni müeyyideye paralel olarak, savaşı da devletlere karşı uygulanan cezai bir müeyyide olarak yorumlamaktadır. Yani Grotius'a göre savaş bir hakkın geri alınması veya tecavüzün önlenmesi için devletlere karşı tehdit unsuru taşıyan bir yaptırım aracıdır. Dördüncüsü; neredeyse iki asır boyunca etkisini sürdürmüş olan doğal hukuk teorisiidir ve

²⁹ Hugo Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku* (trc. Seha L. Meray), Ankara 1967, s. V.

³⁰ Cornelius Van Vollenhoven, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, "Grotius", Newyork 1957, VII, 177-178.

³¹ Meydan Larousse, İstanbul 1973, "Grotius", 5, 352.

Grotius bu teoriyi kitaptaki kural ve kaideler bütününe bir tutkal ve aralarındaki ilintiyi kurmayı sağlayan bir bağ gibi kullanmıştır.³²

Grotius Avrupa'da devletler hukukunun kurucusu ve babası olarak bilinmektedir.³³ Grotius'un kimi görüşleri bugünkü Devletler hukuku anlayışına bakılarak eskimiş görünebilir. Ancak yaşadığı çağdaki uygulama ve anlayışlar göz önünde tutulursa onun görüşleri Avrupa'da herkesten ayrılan, yenilik ve ilerilik getiren bir görünüm arz eder.

Grotius'un seleflerine muhalif olarak belirlediği Devletler hukuku kuralları, serbest deniz, mülkiyet hakları, ceza hukuku gibi birçok konudaki yeni fikirlerinin kaynağı tartışma konusu olmuş ve bu konuda önemli iddialarda bulunulmuştur. Çalışmamızın amaçlarından biri olan bu iddiaya göre; Grotius, Antik Yunan ve Roma'da temelini bulamadığımız bir çok konuda İslam hukuku kaynaklarından istifade etmiştir. Zaten 15 ve 16. yüzyıldan itibaren Avrupa'da yazılan Devletler hukuku konulu kitapların Yunan ve Roma kültüründe kaynaklarının olmaması ve Avrupa hukukunun ileri seviyede bulunmadığı bir dönemin ürünleri olmasından hareketle, İslam hukuk kitaplarının Devletler hukuku içerikli "cihâd" ve "siyer" kitaplarının bir yansıması olduğu söylenebilir.³⁴ Örneğin Grotius "De Jure Praedae" (Ganimet Hukuku) ve "Mare Liberum" (Serbest Deniz) adlı eserlerinde, denizlerin Allah'ın mülkü olduğunu, el konulamayacağını, menkul bir mal olmadığından temlik de edilemeyeceğini ana tema olarak işlemiştir. Oysa Avrupa hukuk düşüncesine hakim olan Roma hukukunda denizlerle ilgili böyle bir hüküm yoktur ve Grotius bu fikirleri İslam hukuk kaynaklarının tesiri altında Batı tefekkürüne sunmuştur.³⁵

"Grotius'a göre doğal hukuk, doğru aklın, bir eylemin, insanın rasyonel özüne, akıllı doğasına uygun olup olmamasına göre, ahlaki bakımdan aşağı ya da zorunlu bir eylem olduğuna işaret eden buyruklarından meydana gelir. Eylem Tanrı tarafından salt bu nedenden dolayı, yani insanın akıllı özüne uygun düşüp düşmemesine bağlı olarak emredilir ya da yasaklanır. Bu tür bir eylem, bizzat Tanrı onu buyurduğu için, ahlaki bakımdan gerçekleştirmekle yükümlü olduğumuz bir eylem değildir, tam tersine, o ahlaki bakımdan gerçekleştirmekle yükümlü olduğumuz bir eylem olduğu için Tanrı tarafından emredilmiştir. Yani Grotius'a göre iki kere ikinin dört etmemesi ve özü itibariyle kötü olan bir davranışın kötü olmamasını, Tanrı bile isteyemez."³⁶ Diğer bir deyişle; kötünün kötü bir davranış olarak yasaklanması, Tanrı üzerine yüküm (vacib) bir durumdur. Şu haliyle Grotius, İslam felsefesi tarihinde tartışma konusu olan hüsun-kubh (güzellik-çirkinlik) probleminde Mu'tezile'nin görüşleriyle aynı çizgide fikir bildirmiştir. Zira Kelâmî bir fırka olan Mu'tezile'ye göre, insanın işlediği fiiller, bizzat insanın kendi öz varlığından mı iyi ve fenadırlar, yoksa onları güzel veya çirkin yapan şeriat mıdır probleminin çözümü akıl ile mümkün olmaktadır. O halde akfî bir iyi olduğu gibi akfî bir kötü de mevcuttur. Bir fiilin iyi veya kötü olduğunu ayırt etmek aklın vazifesidir. İlahi bir vahiy gelmeden önce de, fiil iyi ve fenadır.

³² Vollenhoven, VII, 177.

³³ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. VI; Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi*, İstanbul 1999, s. 187-188; *Meydan Larousse*, V, 352.

³⁴ Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, s. 128.

³⁵ Yaman, *a.g.e.*, s. 26.

³⁶ Ahmet Cevizci, *Paradigma Felsefe Sözlüğü*, İstanbul 1999, s.389.

Fiilin iyi ya da fena oluşu, başka bir deyişle güzel veya çirkinliği kendindedir, kendi iç yapısı gereğidir.³⁷

Grotius, pozitif (toplum tarafından uygulamaya konulmuş) hukuk ile doğal (tabiî) hukuk arasındaki farkı araştırır; birincisinin tarihi şartlara göre değişeceğini, dolayısıyla o çerçevede anlaşılabileceğini, ikincisinin ise insanın akıllı tabiatında yerleşik bulunan ve tarih içerisinde değişmeyen bir hukuk olduğunu kabul eder. Doğal hukuk aklın buyruğu olması sebebiyle her çeşit pozitif hukuka üstündür ve bu hukuk ancak akılla ve felsefe ile anlaşılabilir. Yeni çağın bu tabii hukuk kavramı, sonraları, Batı'nın *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi* ile *Birleşmiş Milletler Hukukuna* kadar kaynaklık edecektir. Bu kavram birtakım hakların insanın tabiatında bulunduğunu varsayar ve devlet ise bu hukuku gerçekleştirecek olan bir kurumdur ve onun garantisidir. Grotius'a göre, devlet felsefesinde güçlü devlet teorisinin temsilcisi olan Niccolo Machiavelli'nin (1469-1527) aksine, hukuku meydana getiren devlet değil, devleti meydana getiren hukuktur. Bu sonra çağdaş batı hukukunda "*hukukun üstünlüğü*" ilkesine dönüşecektir.³⁸

Grotius'a göre insanlar önceleri üstün otoritenin olmadığı, "doğal yaşama hali" denilen bir dönemde yaşamaktaydılar. Otorite eksikliği kargaşayı doğurdu. Daha sonra insanlar barış içinde bir arada yaşamak, birbirlerine saygı göstermek konusunda anlaşarak birleşmişler ve sosyal bir sözleşme, birleşme sözleşmesi imzalamışlardır. İkinci bir sözleşmeyle de yönetim biçimini belirlemişler, yöneticilerini belirlemişlerdir. İkinci sözleşmenin adı "siyasal sözleşmedir". Grotius'a göre her iki sözleşme de tarihsel gerçeğe dayanan olgulardır. Oysa "sosyal sözleşme" diğer düşünürlerde, örneğin Rousseau'da varsayımsaldır.³⁹ Grotius'tan önce sosyal sözleşmenin ve insanın sosyalliğinin tarihi bir gerçek ve insan tabiatının bir gereği olduğu "*e'l-insânü medenîyyun bi't-tab'*" ya da "*el-ictimâ'u'l-insânîyyü darûriyyun*" denilmek suretiyle İbn Haldûn (1332/1406) gibi İslam mütefekkirleri tarafından dillendirilmiştir; Yüce Allah insanı gıdasız yaşayamayacak bir biçimde yaratmıştır ve insan tek başına bu ihtiyaçlarını karşılayamaz bir tabiattadır. Muhtaç olduğu gıdayı elde edebilmek için yakınlarıyla dayanışma içinde olmalıdır. Savunma ve bu savunma ihtiyacının doğuracağı "*siyasal sözleşme*" kuramı için de durum aynıdır.⁴⁰

IV- "*Savaş ve Barış Hukuku*"nun, "*es-Siyerü'l-kebir*" ve Diğer İslam Hukuk Müdevvenâtıyla Mukayesesi Üzerine Bir İnceleme

A- Yöntem ve Sistematik Açıdan Mukayese

Hugo Grotius'a (1583-1645) ait "*Savaş ve Barış Hukuku*" adlı eser, önsöz, üç kitap ve bu üç kitabın bölümleri şeklinde düzenlenmiştir. Birinci kitap beş, ikincisi yirmi altı ve üçüncüsü yirmi beş bölümden oluşur. Kitabı Türkçe'ye kazandıran Prof. Seha L. Meray kitabı kısmen tercüme etmiş, bazı bölümler ise hiç tercüme edilmemiştir (sözleşmeler ve ant içmeler bölümü gibi). Bu tercüme eksikliği kimi bölümlerde azdır, kimi bölümlerde ise büyük oranda atlama ve kesinti-

³⁷ Şerafeddin Gölcük - Süleyman Toprak, *Kelam*, Konya 1998, s. 242.

³⁸ Macid Gökberk, *Felsefe Tarihi*, İstanbul 1999, s. 187.

³⁹ Niyazi Öktem-Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe Sosyoloji Hukuk ve Devlet*, İstanbul 1999, s. 138.

⁴⁰ Ünver Günay, *Din Sosyolojisi*, İstanbul 2000, s. 112.

ler yapılmıştır. Yapılan bu tercüme eksikliği ve kesintiler sebebiyle bazı konularda siyak-sibak bağlantısının kurulması mümkün olamamakta ve bu nedenle mana bütünlüğünde bozulmalar görülmektedir. Buna rağmen bizi ilgilendiren, yani Devletler hukukuyla doğrudan ilgili bulunan üçüncü kitapta, diğer kitap ve bölümlere göre tercüme atlamaları daha azdır ve okunurken konu bütünlüğü ve ahengi daha net yakalanabilmektedir.

Kitabın tamamı Devletler hukuku ve Devletler arası savaş-barış münasebetleriyle doğrudan ilgili değildir. Yarıya yakın bir kesiminin eşya hukuku, Borçlar (genel) hukuku, Ceza (genel) hukukuyla ilgili konuları içerdiği söylenebilir. Özellikle II. Kitabın 2 ve 21. bölümleri arasında daha çok Eşya hukuku, kısmen de Borçlar ve Ceza hukuku konuları işlenir. Bu bölümler ise kitabın hacimce oldukça büyük bir kısmını teşkil etmektedir.

Grotius'un "*Savaş ve Barış Hukuku*" adlı eseri lâik ve seküler bir karaktere sahiptir. Eserde dile getirdiği fikirlerinde dayanak, ilahi ve semavi doktrinler değildir. Onun kitabını, Devletler hukuku alanında yazılmış İslam hukuku müdevvenatından ayıran en önemli özellik budur. Nitekim, Grotius hukuk alanında, doğal hukuk şemsiyesi altındaki lâik eğilimin önde gelen simalarından biridir. Ona göre, doğal hukukla Tanrısal hukuk birbirinden ayrı tutulmalıdır.⁴¹ Grotius'un bu görüşünün yansımalarını kitabın bir çok yerinde görmek mümkündür.

"*Savaş ve Barış Hukuku*"nda daha çok akli ve felsefi tahliller dikkati çeker. Bu yaklaşım Grotius'un kurmayı planladığı hukuk sisteminin hem usulünde, hem de fer'î meselelerinde açıkça görülür. Örneğin Grotius, savaşı doğal hukukun bir gereği olarak görmekte ve Çiçero'ya izafe ettiği şu fikri öne sürmektedir; "*Her hayvanın, doğduğu andan başlayarak, kendi varlığını korumak isteği, kendi durumuna ve bunu korumaya elverişli her şeye öncelik vermesi, yok olmaktan ve böyle bir sonuca götürecek şeylerden kaçınması doğanın ilk ilkelerinden birisidir ve savaş da bu ilkedен doğar.*"⁴² Ayrıca yer yer "*Kutsal Kitap*" ve "*İncil*"e atıflar yapılsa da,⁴³ onu bağlayıcı bir hukuk kaynağı olarak görmez, hatta kitabında kimi zaman İncil'e karşı zımnî itirazlar yapar.⁴⁴ Zaten ana teması soyut ve uhrevi konular olan bir kaynaktan Devletler hukukuna dair referanslar çıkarılması olağan değildir.

Grotius'un sık kullandığı ve öncülüğünü yaptığı doğal hukuk (natural law) felsefesi,⁴⁵ onun Devletler hukuku ve diğer hukuk dallarında saptadığı kurallar arasında katalizör görevi yapmıştır. Bu katalizör, Şeybânî'nin (v.189/805) "*es-Siyerü'l-kebîr*" adlı eserinde ve diğer İslam hukuku eserlerinde, İslam hukukunun yegâne müeyyidesi olan ilahi irade ve vahiydir.

Şeybânî, "*es-Siyerü'l-kebîr*"de yaşadığı çağdaki savaş ve barış durumunda uluslararası ilişkilerle ilgili konuları bütün ayrıntılarıyla ve net çizgilerle tespit etmiştir. Birçok konuda (mesela; emân, ganimet konuları) problemin ayrıntılarını inceden inceye aktarmış ve örneklendirmeleri Grotius'a nispetle çok daha fazla

⁴¹ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 145.

⁴² Grotius, *a.g.e.*, s. 22.

⁴³ Grotius, *a.g.e.*, s. 14,27,28,53,135,149,185.

⁴⁴ Mesela bk. Grotius, *a.g.e.*, s. 53.

⁴⁵ Bunlardan bazıları için bk. Grotius, *a.g.e.*, s. 9, 12, 18, 22, 23, 25, 40, 79, 87, 94, 402, 107, 110, 122, 126, 128, 139, 145, 159, 188, 191, 207, 212, 216, 234, 249, 253, 261, 276.

yapmıştır. Bu sebeple “*es-Siyerü'l-kebir*” kanunlaştırmaya (codification), Grotius'un eserine nispetle daha uygun bir karakter taşıyor denilebilir. “*es-Siyerü'l-kebir*”de kuralların böyle daha belirgin işlenmesinin en önemli nedeni kendisinden önce alt yapısının, usul, felsefe ve kaynaklarının tespit edildiği bir hukuk formasyonuna sahip olmasıdır. Bu formasyon ise vahiy (Kur'an, Sünnet) ve Ebû Hanîfe'den tevârüs ettiği hukuk usûlüdür. Grotius ise bir taraftan kendi usûl ve felsefesini oluşturmaya, diğer taraftan da fer'î meselelerde bu usûl ve felsefenin ayrıntı hüküm ve kurallarını koymaya çalışmaktadır. Bu yüzden “*es-Siyerü'l-kebir*”de gördüğümüz netlik ve belirginliği aynı oranda “*Savaş ve Barış Hukuku*”nda görememekteyiz. Zira Grotius'un eseri, kurallar bütününden oluşan bir hukuk kitabı olmaktan öte, bir hukuk felsefesi kitabını andıran meseleleri içermektedir. Şeybânî'nin eserinde dikkatimizi çeken, hüküm ve kurallardaki bu belirginliğin diğer nedeni ise, onun tasavvur ettiği hukuki sistemin devlet adamlarının değer verdiği bir bilim olmasının sağladığı hukuki müeyyide ve destektir. Grotius ise böyle bir destekten mahrum olmuş ve kurguladığı devletler hukuku sistemini tatbik imkanı bulamamıştır.

Grotius'un “*Savaş ve Barış Hukuku*” adlı eserinde bütüncül bir yaklaşım gözlemlenir. Olaylar tanımlanır, tasnif edilir ve zihni tasavvuru yapılır, fakat bu olayların parçacı bir yaklaşımla çözümlenme ve netleştirilmesine çok fazla gidilmez. Konuları öz ve kısa olarak, sınırlı bir çerçeve içerisinde işler. Konuyla doğrudan ilgisi olmayan, aralarındaki zayıf bir ilinti sebebiyle (istidrâden) işlenen birçok konu mevcuttur. Grotius'un eserinde “usule doğru”, Şeybânî'nin eserinde ise “*furû'a doğru hareketlilik*” denilebilecek türden konu açılımları söz konusudur. Bunun sebebi Grotius'un, oluşan yeni bir hukuk sisteminin harcını karmasıdır. Bu konuyla ilgili olarak kitabın sonuç bölümünde şu ifadelerle rastlamaktayız: “*Yapıtıma burada son verebileceğimi sanırım; böylesine geniş bir konu üzerinde söylenebilecek her şeyi söylemiş olduğum için değil; ancak açıklamak istediğim bir bilimin temellerini atmaya yeterli olacak kadarını söylemiş bulunduğum için.. Bu temel üzerine başkaları daha gösterişli bir yapı kurmak isterlerse, onları kıskanmak yerine, kendilerine gönül borcu duyacağım.*”⁴⁶

“*Savaş ve Barış Hukuku*”nda Çiçero, Aristo, Seneca gibi milattan önceki devirlerde yaşamış filozoflara zaman zaman atıflarda bulunulur. Fakat Grotius'un mezkur kişiler dışında aktarımda bulunduğu insanlar ve aktardığı bilgilerin hacmi çok değildir. Örneğin kendisinden önce Avrupa'da Devletler hukuku alanında çalışmış Balthazar de Ayala (1548-1584) ve Albericus Gentilis'den (1552-1680) hukuki hiçbir alıntı yapmazken, Franciscus de Vitoria'nın (1480-1546) sadece bir yerde adını anmaktadır. Bu kişiler dışında Yunanlı ve Romalı hukukçu-filozoflar nadiren söz konusu edilmektedir.⁴⁷ Ayrıca bu bilginlere yapılan atıf ve isnadların güvenilirliği konusunda da bir bilginimiz yoktur. Zira Grotius, Avrupa'da henüz “isnâd” geleneği oluşmaması sebebiyle, herhangi bir kaynak göstermemekte ve bu filozofların görüşlerini nereden ve kimden aldığını belirtmemektedir. Yapılan bu atıfların bazılarında da belirsizlik dikkat çekmekte-

⁴⁶ Grotius, *a.g.e.*, s. 305.

⁴⁷ Mesela bk. Grotius, *a.g.e.*, s. 11,62,183,236,303. Bu sayfalarda Polyainus, Laudensis, Polybius, Labeo, Javolenus ve Erasmus gibi bilginlerin isimleri birer sefer zikredilmektedir.

dir. İsim verilmeksizin "bazı din bilginleri",⁴⁸ "kimi hukukçular",⁴⁹ "günümüz hukukçuları",⁵⁰ "bazı yazarlar"⁵¹ ve "kimileri"⁵² vs. mercii belli olmayan göndermeler bir hayli fazladır. Muhtemelen bu göndermelerin bir çoğunun mercii İslam bilginleridir.

Şeybânî'ye gelince, eserinde ashâb ve tabîinden olan yüzlerce kişiden nakillerde bulunur ve bu görüşlerin kimlere ait olduğunu ve hangi kanalla (sened zinciriyle) kendisine ulaştığını belirterek bilginin doğruluğunu tespit etmektedir.

Grotius, Devletler arası uygulanan teâmülü, sanki bir vakia olarak dile getirir ve "Uluslararası hukuk"⁵³ tabirini zaman zaman kullanmakla birlikte, bu ulusların hangi devlet ya da ülkelerden teşekkül ettiği konusunda bilgi vermemektedir. Kendisinin de itiraf ettiği gibi,⁵⁴ Avrupa'da henüz Uluslararası hukuk oluşmadığına göre, Grotius'un bu hukuktan kastettiği, o asırlarda, Uluslararası hukuku insanî boyutta uygulayan yalnızca İslam ülkeleri olması sebebiyle, İslam Devletler hukuku ve Müslüman ülkelerin uyguladığı savaş teamülleri olsa gerektir. Ayrıca "Uluslararası hukuka göre" ifadesinin kullanıldığı yerlerin birçoğunda konunun İslam hukukunda işlendiği şekliyle ele alındığı dikkatimizi çekmektedir. Kaldı ki, kitapta serdedilen fikirlerin birçoğunun İslam hukuk müdevvenatımızda, özellikle "*es-Siyerü'l-kebîr*"de yer aldığı bilinmektedir. Bu konuya ileride daha geniş değinilecektir.

Ayrıca "*Savaş ve Barış Hukuku*"nda işlenen bütün konu ve istihlakların İslam hukuk literatüründe mukabilini bulmak rahatlıkla mümkündür; ganimet, emân (sponsio), elçilik, sözleşmeler (akitler), söz verme (va'd-hibe), barış (muvâda'a-sulh), silah-bırakışımı (hüdne), yardım alma (isti'âne), postliminium (istihkâk) bunlardan belli başlı bir kaçıdır. Grotius, sistematik açıdan ve taslak olarak da İslam hukukundan istifade etmiş olmalı ki kitapta savaş hukuku ve uluslararası ilişkilerle ilgili ele alınan konuların tamamını "siyer" (İslam Devletler Hukuku) kitaplarında başlık ve muhteva olarak görebilmekteyiz.

Grotius'un, eserinde konuları işleyiş tekniği; bölümleri ayrı ayrı maddelere taksim etmesi ve maddeleri ilk olarak kısa ve özet cümlelerle sunuştan sonra açıklamaya geçilmesi şeklindeki şerh yöntemi, Serahsî'nin (v.483/1090) "*es-Siyerü'l-kebîr*"i şerh ederken izlediği yönteme oldukça benzemektedir. Fakat bu şerh yönteminde bazı farklar vardır. Serahsî'nin maddelerinde kullandığı sunuş cümleleri Şeybânî'ye aittir; Grotius ise, "*Savaş ve Barış Hukuku*"nda kendi cümleleriyle bu sunuşu oluşturmuş ve kendi ifadelerini yine kendisi şerh etmiştir. Bir diğer fark da Serahsî'nin şerhinde çok daha fazla maddenin bulunmasıdır.

B- Muhteva Yönünden Mukayese

1- İsti'lâ yoluyla otoriteyi ele geçiren hükümdara itaat

Grotius'a göre, "*Hükümdar, egemen güce zulmen ve zor kullanarak sahip*

⁴⁸ Grotius, *a.g.e.*, s. 52, 256.

⁴⁹ Grotius, *a.g.e.*, s. 34, 43, 298.

⁵⁰ Grotius, *a.g.e.*, s. 209, 213.

⁵¹ Grotius, *a.g.e.*, s. 52, 54, 58, 130, 131, 135, 159, 160, 174, 181, 204, 227, 274, 300.

⁵² Grotius, *a.g.e.*, s. 53, 181.

⁵³ Mesela bk. Grotius, *a.g.e.*, s. 20, 68, 85, 126, 129, 130, 133, 134, 136, 144, 147, 179, 188, 201, 202, 203, 204, 207, 220, 226, 240, 253, 261, 287, 299.

⁵⁴ Grotius, *a.g.e.*, s. 11, 12.

olursa buna katlanmak gerekir." "Devlet gücünü hukuka aykırı bir yolla ve zorbalıkla ele geçiren hükümdara ülke karışıklıklar içinde kalmaması için ya da süre giden bir savaş uyarınca itaat etmek gerekir."⁵⁵ Güç kullanarak hukuka aykırı bir tarzda otoriteyi zorla ele geçirmiş bir yöneticinin yönetimi ele geçirme tarzına İslam hukukunda "isti'lâ" denilmiş ve bu kişi hakkında "Eğer dinin hükümleri ve adaletin muktezasına aykırı hareket etmiyorsa ümmetin karışıklık içine düşmesi için ona itaat etmek gerekir" hükmüne varılmıştır.⁵⁶

2- Aşırı zorunluluk durumu

"Kaçınılmaz aşırı zorunluluk durumlarında ne düşünmek gerekir?" Grotius "aşırı zorunluluk durumu" dediği şeyden sıklıkla bahsetmekte ve hükümlere getirdiği yumuşama ve istisnaları ele almaktadır.⁵⁷ İslam hukukunda bu durumlar "zaruret ve ikrah" başlıkları altında ehliyet ve iradeyi doğrudan etkileyen ve sorumsuzluk sebepleri arasında sayılan haller olarak karşımıza çıkmakta, aynı zamanda Kur'an ve hadislerde yer verilen özel durumlar olarak dikkatimizi çekmektedir.⁵⁸ Diğer taraftan ikrah ve zaruret halleri, fıkıh usulü kitaplarında, avârizu'l-ehliyye (ehliyeti daraltan veya ortadan kaldıran durumlar) arasında yerini almıştır.⁵⁹

3- Sahip olduğumuz bir şeyi savunmak için savaş

Grotius savaşı kamusal ve özel savaş olmak üzere ikiye ayırmaktadır⁶⁰ ve bir hakkın müdafaasında karşı tarafla girilen fiili münakaşaya özel savaş ismi vermektedir. Kur'an'da kamusal savaş için "kitâl" kelimesi kullanılırken,⁶¹ gasp yoluyla haksız mal edinimine karşı meşru müdafaayı öngören hadiste de bu savunma şekli esasen bir savaş olarak değerlendirilip aynı kökten gelen bir fiil, yani "kitâl" kelimesi emir kalıbında "kâtîlhu" şeklinde zikredilmektedir.⁶²

4- İhrâz ve Lukata

Grotius'a göre, "Sahipsiz topraklar, bunları ilk el altına alan özel kişilerin mülkiyetine geçer. Henüz herhangi bir kimsenin mülkiyetinde sayılmayan şeyler, ıssız işlenmemiş topraklar, denizdeki bir takım adalar, vahşi hayvanlar, balıklar ve kuşlar da ilk el altına alanın mülkiyetine girer. Bırakılmış (buluntu) şeyler de onları ilk el altına alanın olur."⁶³ Grotius, İslam eşya hukukundaki aslen mülki-

⁵⁵ Grotius, *a.g.e.*, s. 41, 45.

⁵⁶ Mâverdi, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, Tahran 1986, s. 33-34; Ebû Ya'lâ el-Ferrâ', *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, Tahran 1986, s. 22.

⁵⁷ Mesela bk. Grotius, *a.g.e.*, s. 29, 41, 48, 60, 61, 62, 83, 84, 110, 133, 179, 180, 182, 237, 251, 267, 268, 278, 279.

⁵⁸ İnsanın ikrah ve ızdırâr durumlarında işlediği kusurlardan mesul olmayacağı konusunda Kur'an'da çok sayıda ayet bulunmaktadır: el-Bakara 2,173; el-Mâide 5,3; el-En'am 6,119, 145; en-Nahl 16,106, 115; en-Nûr 24,33. Hadislerde de bu tür durumlardan "Kalem kaldırılmıştır" şeklinde ifadelerle bahsedilir: Buhârî, "Hudûd", 22, "Talâk", 11; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 17; Tirmizî, "Hudûd", 1; İbn Mâce, "Talâk", 15.

⁵⁹ Mesela bk. Âmidî, *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, Beyrut 1985, I, 132; Şâtûbî, *el-Muvâfâkât*, Beyrut 1994, II, 425; Beydâvî, *Nihâyetü's-sül*, Kâhire, ts., I, 321.

⁶⁰ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 26.

⁶¹ El-Bakara 2,216.

⁶² Hadiste, "Malımı almaya gelen birisi benimle savaşırsa ne yapayım?" diye soran sahâbiye Hz. Peygamber "Sen de onunla savaş (dövüş)!" cevabını vermiştir. Müslim, "İmân", 225.

⁶³ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 59.

yeti edinme yollarından olan ilk edinim "ihrâz"⁶⁴ ve "lukata"dan bahsetmektedir. İslam hukukuna göre, "arâzi-i mevât" denilen sahipsiz ve çorak araziler kim tarafından emek verilerek çevrilir ve işlenir ise, o toprak işleyen kişinin olmaktadır,⁶⁵ yakalanan vahşi hayvanlar yakalayanın, orman vs. yerlerden toplanan bitki ve odunlar ise toplayanın mülkiyetine girmektedir.⁶⁶ Grotius'un "bırakılmış şeyler" den kastettiği buluntu mallar (lukata) olsa gerektir. İslam hukukunda lukata, eğer sahibinin ihtiyacı yok ve geri istemde bulunmuyorsa ya da sahibi bilinmiyorsa o ilk bulanın olur ve ihrâz hükmündedir.⁶⁷

5- İhtikâr

Grotius'a göre, "*Zorunluluk durumunda bir başkasının olan şeyi kullanma hakkı vardır. Fakat bu zorunluluğun; a) Kesin olması, b) Malik için de eşit zorunluluk olmaması, c) İlk fırsatta geri verilmesi gerekir.*"⁶⁸ Konu İslam hukuk kitaplarının "ihtikâr" (stokçuluk, karaborsacılık) başlığı altında işlenmekte ve Grotius'un bu zorunluluk için şart koştuğu durumlar, fıkıh kitaplarının bu başlık altındaki hükümlerinden çıkarılabilmektedir. İslam hukukunda "a) Herhangi bir zorunluluk (toplumsal bir ziyâ' veya helâk) söz konusu olduğunda, b) Başkasının mülkündeki mallardan mâlikin ihtiyacından fazlası, idari âmir (hükümdar, vali yada kadı) emriyle alınır, halka dağıtılır, c) Halk eline geçtiği zaman bunu sahibine iâde eder" hükmü yer almakta⁶⁹ ve görüldüğü üzere Grotius'un ihtikâr için belirlediği şartlar bu hükümlerden rahatlıkla anlaşılabilir.

6- Söz vermeler (Hibe ve Va'd)

Grotius'a göre, "*Söz vermelerde yalnız niyetin bildirilmesi bağlayıcı bir yüküm taşımaz. Doğal hukuk uyarınca söz verme bağlayıcıdır, fakat karşı tarafa bir hak kazandırmaz.*" "*Bir söz vermenin bağlayıcı olabilmesi için söz verilen kimsece kabulü gerekir. Söz verilen kimse bunu kabul etmeden ölürse geri alınabilir.*"⁷⁰ İslam hukukunda hibe türü söz vermeler, icâb-kabul ile mün'akid, kabz ile tamam olur.⁷¹ Dolayısıyla sadece söz verenin niyetini bildirmesi hukuki sonuç ve karşı taraf için bir hak doğurmaz. Kişi bu konuda verdiği söz hususunda vicdanen ve diyaneten sorumludur,⁷² fakat salt sözleşmeyle hukuken karşı taraf mülkiyet elde edemez. "Söz verilen kimse bunu kabul etmeden ölürse geri alınabilir" şeklindeki görüş aynen Ebû Hanîfe'nin kavli olarak rivayet edilmektedir.⁷³

⁶⁴ Mecelle ihrâzi, "maliki olmayan mubah bir şeyi ele geçirmek" şeklinde tarif etmektedir (md. 1248).

⁶⁵ Bu konu hakkında bk. Buhârî, "Hars", 15; Ebû Dâvûd, "İmâret", 37; Müsned, III, 303,304; Tirmizî, "Ahkâm", 38; Muvatta', "Akdiye", 26, 27; Dârimî, "Buyû", 65.

⁶⁶ El-Bakara 2,29; el-Mâide 5,2,4,96. Konu İslam hukuku kitaplarında sayd ve şirket başlıklar altında ayrıntılı bir şekilde işlenmektedir. Bk. Mâlik, *el-Müdevvene*, Beyrut 1985, III, 600; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, Beyrut 1986, VI, 125, 274; İbn Kudâme, *el-Muğni*, Beyrut, ts., VIII, 539; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, Beyrut, ts., IV, 268.

⁶⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut 1989, II, 2; Kâsânî, *a.g.e.*, VIII, 329; Hayreddin Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, İstanbul 2000, II, 266.

⁶⁸ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 61.

⁶⁹ Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 160-161; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 389.

⁷⁰ Grotius, *a.g.e.*, s. 94,99.

⁷¹ Şâfiî, *el-Ümm*, Beyrut 1993, IV, 74; Serahsî, *el-Mebsût*, XII, 48,49; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VIII, 84.

⁷² Yapılan hibeden dönülmemesi konusunda bk. Buhârî, "Hibe", 30; Ebû Dâvûd, "Buyû", 8; Nesâî, "Hibe", 2,4; İbn Mâce, "Hibât", 2; Müsned, II,182.

⁷³ Şâfiî, *el-Ümm*, IV, 75.

7- Sponsio (Emân)

Grotius'a göre anlaşmalar ikiye ayrılır: Kamusal anlaşmalar ve özel anlaşmalar. Kamusal anlaşmalar ise üçe ayrılır 1) Foedus 2) Sponsio⁷⁴ ve 3) Öteki anlaşmalar. "*Foedus; en yüksek devlet yetkilisinin buyruğu uyarınca yapılan anlaşmalardır (sulh ve hüdne gibi). Sponsio ise, en yüksek devlet yetkilisinin doğrudan izni ve haberi olmaksızın, fakat onu da ilgilendiren kamusal antlaşmalardır.*"⁷⁵ İngilizce, "emniyet, koruma, himaye etme" anlamına gelen "sponsor" kelimesiyle aynı kökten gelen bu terim, İslam hukukunda aynı anlama gelen "emân" müessesesine tekabül etmektedir. İslam idaresi ile barış anlaşması bulunan bir gayr-i müslim devlet vatandaşına, İslam ülkesine girmek için tanınan can ve mal güvencesine "emân" denilmektedir.⁷⁶

8- Genel Seferberlik (Nefir-i âmm)

Grotius'a göre, "*Bütün Hıristiyanlar, Hıristiyanlık düşmanlarına karşı kurulacak bir birliğe girmek zorundadırlar. Bütün Hıristiyanların aynı gövdenin parçaları olduğu, birbirlerinin dert ve acılarına duygulu bulunmaları gerektiği, hem bireyler hem de halklar ve krallar bakımından geçerli bir kuraldır. Çünkü herkes yalnız elinden geldiği ölçüde değil, kamusal gücünün elverdiği ölçüde İsa'ya hizmet etmek zorundadır.*"⁷⁷ Bu durum (Müslümanların topluca cihada çıkma zorunluluğu) İslam hukuku müdevvenatında nefir-i âmm (genel seferberlik) olarak tanımlanır ki; ülkeyi herhangi bir düşmanın istilası durumunda ve ihtiyaç duyulduğunda ellerinden geleni, hem ferdi hem de kamusal bütün yardımları ifa etmeleri bütün Müslümanların üzerine farz-ı ayndır ve bu konuda ulemanın ittifakı vardır.⁷⁸

9- Bağlaşık devletlerin birbirlerine karşı savaşmaları halinde haklı olan tarafa yardım edilmesi

Grotius'a göre, "*Bağlaşık devletlerin birbirlerine karşı savaşa girmesi durumunda haklı olan tarafa yardım etmek uygun düşer*"⁷⁹ Grotius'un bu ifadesi meâlen şu ayeti anımsatmaktadır; "Eğer müminlerden iki grup birbirleriyle savaşarlarsa aralarını düzeltin. Şayet biri azgınlık yapar (ötekine saldırırsa), Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar azgınlık yapan tarafla savaşın!"⁸⁰

10- Elçileri kabul zorunluluğu

Grotius'a göre "*Uluslararası hukuk gönderilen bütün elçilerin kabul edilmesi zorunluluğunu öngörmez ancak geçerli bir nedene dayanmaksızın elçileri yüzgeri etmemek gerekir.*"⁸¹ İslam hukukçuları da elçi olarak gönderilen her şahsın mutlaka kabul edilmesi gibi bir mecburiyet bulunmadığını söylemişler-

⁷⁴ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 106, 107, 111, 112.

⁷⁵ Grotius, *a.g.e.*, s. 106.

⁷⁶ Râğib el-İsfahâni, *el-Müfredât*, Beyrut, ts., s. 25; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 549; Bilmen, *a.g.e.*, III, 335, 378; Nebi Bozkurt, "Emân", *DİA*, XI, 75.

⁷⁷ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 110.

⁷⁸ Müzeni, *el-Muhtasar*, Beyrut 1993, IX, 284; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, Kahire 1966, I, 391; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 365-366; İbnu'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V, 191.

⁷⁹ Grotius, *a.g.e.*, s. 111.

⁸⁰ el-Hucurât 49,9.

⁸¹ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 130.

dir.⁸² Fakat "yanında kendi hükümdarının Müslüman idareye iletilmek üzere bir mesajını getirdiğini iddia eden kimseye, eğer bu belgeyi uluslararası diplomasi kurallarına uygun bir biçimde ibraz edebilirse güven içinde elçilik görevini yapma fırsatı verilir" hükmüne varmışlardır.⁸³

11- Elçilere hukuk uyarınca davranma zorunluluğu

"Düşman bile kendisine gönderilen elçiye hukuk uyarınca davranmak zorundadır. Yani uluslararası hukukun koruması altına girmiştir, birbirlerine düşman devletlerin bile bu kurala saygı göstermeleri gerekir."⁸⁴ İslam hukukuna göre kendisiyle savaş halinde bulunan devletin elçisi, emân isteğine tabi olmadan İslam ülkesine girebilir ve güven içinde görevini yapmasına izin verilir.⁸⁵

12-Elçilere karşı misilleme hakkı

Grotius'a göre, "Elçilere karşı misilleme hakkı öne sürülemez."⁸⁶ Aynı hüküm İslam hukukunda "Rehinelere karşı misilleme hakkı öne sürülemez" şeklinde karara bağlanmıştır.⁸⁷ Buradan rahatlıkla elçilere karşı da bu durumun geçerli olduğu mantıken anlaşılır. Çünkü devlet görevi icra etmeleri sebebiyle elçilerin Uluslararası hukukta saygınlıkları rehinelerden daha fazladır. Bu sebeptendir ki kendilerinden eman belgesi de istenmemektedir. Fakat misillemeden kastedilen "elçiye karşı elçi" şeklindeki bir uygulama ise, bu durumda diplomatik ilişkilerde müteakabiliyet esası geçerli olacak ve misilleme hakkı kullanılabilir.⁸⁸ Bu hüküm Hz. Peygamberin tatbikatından çıkarılmaktadır.⁸⁹

13- Elçilerin buyruk ve mallarına tanınan haklar

Grotius'a göre, "Elçiye tanınmış olan haklar elçi isterse onun buyruğu altındaki insanlara da tanınabilir. Elçilerin hakları taşınır mallarını da içine alır."⁹⁰ İslam hukukunda kişi dokunulmazlığı imtiyazı sadece elçinin şahsına değil, beraberinde bulunan aile üyelerine ve diğer görevlilere de yöneliktir.⁹¹ Bu dokunulmazlık elçinin diplomasi görevi sürdüğü müddetçe özel mallarını da kapsamaktadır.⁹²

14- Suçun unsurları

Grotius'a göre, "Her ceza bir suç karşılığıdır.", "Dışa vurulmamış iç eylemlerle, yani insan toplumunu doğrudan yada dolaylı olarak zarara sokmayan eylemlerle cezalandırılmaz.", "İnsan, doğasının başa çıkamayacağı eylemlerle cezalandırılmaz."⁹³ Grotius bu konuda suçun unsurlarından "kanunilik unsuru,

⁸² Serahsî, *el-Mebsût*, X, 92.

⁸³ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, Kâhire 1976, s. 203-206; Serahsî, *el-Mebsût*, X, 92.

⁸⁴ Grotius, *a.g.e.*, s. 134.

⁸⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 92; a.mlf., *Şerhu's-Siyeri'l-kebir*, II, 17-18; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 237.

⁸⁶ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 134.

⁸⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 129; Ebu Ya'lâ, *el-Ahkâmu's-sultânîyye*, s. 49; Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, s. 320.

⁸⁸ Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, s. 216.

⁸⁹ Hamidullah, *İslam Peygamberi* (trc. Salih Tuğ), İstanbul 1993, I, 259.

⁹⁰ Grotius, *a.g.e.*, s. 134.

⁹¹ Ebû Yûsuf, *el-Harâc*, s. 203-204; Nevevî, *Ravdatü't-tâlibin*, Beyrut 1995, IX, 114.

⁹² Ebû Yûsuf, *a.g.e.*, s. 203-204; Serahsî, *Şerhu's-Siyeri'l-kebir*, II, 17-18.

⁹³ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 137, 141, 142.

maddi unsur ve manevi unsur"a temas etmektedir. İslam hukukunda bir fiil, kaynağı ister Kur'an veya Sünnet, isterse ulü'l-emr olsun, ancak suç olduğu açık ve téreddüde yer vermeyecek şekilde zikredildikten sonra cezaya konu olabilir. Yani fiili suç sayıp cezalandırmada keyfilik değil "kanunilik" vardır. Bu unsurun neticesi olarak, bir kanun, ilan edilmeden önce hakkında vuku bulan suçlara tatbik edilemez, yani ceza hükümleri geçmişe yürütülemez.⁹⁴ Yine suç eğer dış dünyaya yansımaksızın zihinde düşünce halinde kalmışsa bu suç hakkında kovuşturma yapılamaz. Peygamberimizin "Kim bir kötülük işlemeye niyet ettiği halde işlemese ona günah yazılmaz"⁹⁵ sözüyle de ifade ettiği suçun bu unsuruna "suçun maddi unsuru" denilmektedir. Ayrıca "suçun manevi unsuru"na ilişkin İslam Ceza hukukunda "suç ile insan hareketleri arasında iradeye dayanan sübjektif bir bağın aranması, bir taraftan akıl ve irade fonksiyonlarından mahrum olan cansız eşya ve hayvanların suç faili olamayacağını⁹⁶ ortaya koyarken, diğer taraftan çocukluk, akıl hastalığı, ikrah⁹⁷ gibi akıl ve iradeyi (isnad yeteneğini) doğrudan etkileyen durumları da suçluluğu ortadan kaldıran sebepler (sorumsuzluk sebepleri) kabul edip bu vasıfları taşıyan insanların da cezâî yönden sorumlu tutulamayacağını ortaya koymaktadır."⁹⁸

15- İhkâk-ı hak

Grotius, "Özel kişi olarak Hıristiyanların kendi eliyle cezalandırmaları ve öldürmelerinin hiç uygun olmayacağını" söyler.⁹⁹ İslam hukukunda kişinin hasmına, mahkemede hakimın hükmüyle tespit edilmiş bir cezayı kendi eliyle vermeye kalkışmasına "ihkâk-ı hak" denilmekte olup, böyle bir girişim meşru görülmez. Cezalandırma hakkının sadece devlete ait olduğu ifade edilmiştir.¹⁰⁰

16- Cezalandırma amacıyla girişilen savaş

Grotius'a göre, "Savaşlara olağanlıkla cezalandırma amacıyla başlanır. Dinin ilkelerine¹⁰¹ karşı suç işleyenler cezalandırılabilir."¹⁰² Cezalandırma amacıyla savaşa girme İslam'da savaşın meşru sebeplerinden birisidir.¹⁰³ Ayrıca şu ayetler de bu konuya temas etmektedir: "Ey Peygamber! Kafirler ve münafıklarla

⁹⁴ Abdulkadir Üdeh, *et-Tesriü'l-cinâi'l-İslâmi*, Beyrut ts., I, 115-116; Ebu Zehrâ, *el-Cerime*, Beyrut 1976, s. 184-185; Şamil Dağcı, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Ankara 1999, s. 18. Ayrıca bk. el-Bakara 2,275; en-Nisâ 4,22, 23, 165; el-Mâide 5,50, 93, 95; el-En'am 6,57; el-Enfâl 8,38; Yûsuf 12, 40; el-İsrâ 17,15; el-Kasas 28,59.

⁹⁵ Buhârî, "Rikâk", 31; Müslim, "İmân", 206,259; *Müsned* I, 227, II, 234.

⁹⁶ Buhârî, "Diyâr", 28, "Zekât", 66; Müslim, "Hudûd", 45; Tirmizî, "Ahkâm", 37; Nesâî, "Zekât", 28.

⁹⁷ Buhârî, "Hudûd", 22, "Talâk", 11; Ebu Dâvûd, "Hudûd", 17; Tirmizî, "Hudûd", 1; İbn Mâce, "Talâk", 16.

⁹⁸ Dağcı, *a.g.e.*, s. 20. Ayrıca bk. Ebu Zehrâ, *el-Cerime*, s. 463.

⁹⁹ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s.141.

¹⁰⁰ Bk. el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*, IV, 91, V, 53; Halebî, *Mülteka'l-ebhur*, İstanbul, ts., s. 189; Ebu Zehra, *a.g.e.*, s. 180; Dağcı, *a.g.e.*, s. 36.

¹⁰¹ Grotius dinin ilkelerini; "1) Tanrı'nın varlığı ve tek olduğu, 2)Tanrı'nın görünen şeylerden hiçbirine benzemediği (bunlardan çok daha yüce olduğu), 3)Tanrı'nın insanların işleriyle ilgilendiği ve bunları adaletle yargıladığı, 4)Tanrı'nın kendi dışında her şeyin yaratıcısı olduğu" şeklinde özetlemektedir. Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 143.

¹⁰² Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 143, 147.

¹⁰³ Şu fiillerden birisi Devlete karşı güç oluşturan topluluklar tarafından işlenmesi halinde savaş için meşru bir sebep doğmuş olur: Münafıklık, dinden dönme, herhangi bir dini vazifenin mecburiyetini inkar, isyan çıkarma, ezan ve cemaatle namaz gibi İslam'ın sembolü mahiyetindeki faaliyetleri toptan terk, Müslümanları münafık sayıp silaha sanılmak,hâriclik. Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, s. 268-269; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, I, 278.

savaş! Onlara karşı sert davran!..."¹⁰⁴, "Eğer müminlerden iki grup birbirleriyle vuruşurlarsa aralarını düzeltin. Şayet biri ötekine saldırırsa, Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar saldıran tarafla savaşın!..."¹⁰⁵

17- Savaşın illeti tartışması

"Tanrı'ya karşı işlenmiş suçlar yüzünden savaş açılabilir mi?"¹⁰⁶ Grotius, bu başlık altında bu tür suçları cezalandırmak üzere savaş açılıp açılmayacağını tartışmakta ve tartışmanın delillerini İslam hukuku kitaplarında geçtiği şekliyle zikrederek konuyu izah etmektedir. Esasen mevzu İslam hukukunda savaşın illeti tartışmasıyla ilgili olup, iki farklı görüşten birini cumhur, diğerini ise Şâfiî ve Zâhirîler kabullenmişlerdir. Hanefî, Hanbelî ve Mâlikîlerin oluşturduğu cumhur ulemaya göre savaşın illeti kafirlerin bilfiil düşmanlık etmeleri, düşünce ve din özgürlüğüne fiili müdahalede bulunmalarıdır.¹⁰⁷ Şâfiî ve Zâhirî alimlere göre ise illet bizzat İslam'ı inkar keyfiyetidir.¹⁰⁸

18- Hıristiyanlığı kabul etmek istemeyenlere karşı savaş

Grotius'a göre "Hıristiyanlığı kabul etmek istemeyenlere karşı savaşa girişme hakkı yoktur."¹⁰⁹ Müslümanlar da yalnızca İslam'ı kabul etmemeleri sebebiyle bir topluma savaş açamazlar. "Allah sizinle din uğrunda savaşmayan, sizi yurdunuzdan çıkarmayan kimselere iyilik yapmanızı ve onlara karşı adil davranmanızı yasaklamaz."¹¹⁰, "Fitne kalmayıp, yalnız Allah'ın dini yeryüzünde kalıncaya kadar onlarla savaşın! Eğer vazgeçerlerse savaşmayın! Zulmedenlerden başkasına düşmanlık yoktur."¹¹¹, "Müşrikler sizinle nasıl topyekün savaşsalar siz de onlarla topyekün savaşın!"¹¹² ayetleri bu konuya ışık tutmaktadır.

19- Yardım amacıyla savaş

Grotius'a göre, "Yalnız dinleri yüzünden bir topluma çok kötü davrananlara karşı haklı olarak savaşa girişilebilir. Uyruklar(tebaalar), dostlar ve kim olursa olsun yardıma ihtiyacı olanlar için haklı olarak savaşa girişilebilir. Bir başka devletin uyruğunu savunmak için haklı olarak bazı şartlarda savaşa girişilebilir."¹¹³ Kur'an, tebaasına zulmeden bir devlete karşı, zulüm görenler (mustaz'af) tarafından bir yardım talebi olursa, savaşa girişilmesi gerektiğini söylemektedir; "Size ne oluyor da 'Rabbimiz! Bizi halkı zalim olan bu şehirden çıkar, katından bize bir sahip gönder, tarafından bize bir yardımcı lütfet' diyen zavallı çocuklar, erkekler ve kadınlar uğrunda ve Allah yolunda savaşmıyorsunuz?!"¹¹⁴ ayeti Müslümanlara bunu emretmektedir.

¹⁰⁴ Et-Tahrîm 66,9.

¹⁰⁵ El-Hucurât 49,9.

¹⁰⁶ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 146.

¹⁰⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 5; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, III, 356.

¹⁰⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I, 399-400; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 223; Özel, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, s. 51.

¹⁰⁹ Grotius, *a.g.e.*, s. 148.

¹¹⁰ El-Mümtehine 60,8.

¹¹¹ El-Bakara 2,193.

¹¹² Tevbe 9,36. Ayrıca bk. Serahsî, *el-Mebsût*, X, 5.

¹¹³ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 148, 170, 171.

¹¹⁴ En-Nisâ 4,75.

20- Ehl-i bağıya karşı savaş

Grotius'un "*Tanrisal hukukun yorumunda yanlış davrananlara karşı savaşa girişmek haklı sayılmaz*"¹¹⁵ şeklindeki ifadelerinden kastedilenin, İslam devletler hukukunda bahis konusu olan ehl-i bağı ve ehl-i bid'at olduğu anlaşılmaktadır. Zira Müslümanlardan bir grup, meşru idareye karşı çıkışlarına mesned olan geçerli bir te'ville (sahibince meşru görülen bir delille) itaatten çıkar veya baş kaldırır da müstakil bir bölgede askeri bir güçle hakimiyet tesis ederlerse, onlara "buğât" (isyancılar) denir.¹¹⁶ Bu kişiler eğer açıkça mevcut otoriteyi fiilî bir güç olarak (mene'a) tehdit etmiyorlarsa ve İslam itikadı ya da mevcut otorite hakkında şüpheleri varsa, bu şüpheleri giderilmeye çalışılır ve onlar savaşa girişmedikçe kendileriyle savaşılmaz. Hz. Ali'nin tatbikatı bu yöndedir.¹¹⁷ "Eğer biri diğerine tecavüz ederse, Allah'ın emrine dönünceye kadar, tecavüz edenle savaşın!"¹¹⁸ ayeti de bu hükme delil olarak zikredilmektedir.

21- Cezanın şahsiliği

Grotius'a göre, "*Hiç kimse bir başkasının işlediği suç yüzünden haklı olarak cezalandırılmaz*"¹¹⁹ İslam'da bu konuyla ilgili olarak daha ilk günden itibaren bir çok emir ve hüküm bulunmaktadır. Gerek Kur'an'da gerekse hadis-i şeriflerdeki bu hükümler İslam ceza hukukuna "cezaların şahsiliği" prensibini getirmiştir. "Hiçbir günah sahibi başkasının günahını yüklenmez"¹²⁰ şeklindeki ayetler ve "Kişi babasının veya kardeşinin suçuyla cezalandırılmaz",¹²¹ "Kişi ancak kendi işlediği suç yüzünden cezalandırılabilir"¹²² şeklindeki hadisler bu konuyla doğrudan ilgilidir.¹²³

22- Maddi çıkar için savaş

Grotius'a göre, "*Yalnız yağma ya da para kazanma amacıyla askerlik hizmeti yapmak haklı sayılmaz*."¹²⁴ İslam'da maddi gayelerle cihad yapılması yasaklanmış ve eğer kişi fakir değilse, para ile askerlik hizmeti yapması mekruh görülmüştür.¹²⁵

23- Savaşta aldatmanın (Hud'a) meşruluğu

Grotius'a göre, "*Savaşta aldatmaya başvurulabilir. Düşmana nasıl davranılacağı konusunda zorlama ve korku salma yollarına başvurma savaşın niteliğine uygun düşmektedir. Olumsuz bir eylemle aldatma tüm olarak yasaklanmış değildir. Olumlu bir eylemde aldatma mümkündür. Sözcükler, işaretler, yazılı*

¹¹⁵ Grotius, *a.g.e.*, s. 149.

¹¹⁶ Özel, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, s. 128. Ayrıca bk. Serahsî, *Şerhu's-Siyeri'l-kebir*, II, 231.

¹¹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 127-128; III, 47; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 49; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V, 334; Bilmen, *a.g.e.*, III, 412-413.

¹¹⁸ el-Hucurât 49,9.

¹¹⁹ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 155.

¹²⁰ el-En'am 6,164; el-İsrâ' 17,15; el-Fâtır 35,18. Ayrıca bk. ez-Zümer 39,7; en-Necm 53,38.

¹²¹ İbn Mâce, "Diyât", 26; Nesâî, "Kasâme", 42; "Tahrîm", 29.

¹²² Tirmizî, "Fiten", 2; "Tefsîr" 9,2; İbn Mâce, "Menâsik", 76, "Diyât", 26,76; *Müsned*, IV, 14.

¹²³ Üdeh, *et-Teşriu'l-Cinâi'l-İslâmî*, I, 394,630; Dağcı, *a.g.e.*, s. 35.

¹²⁴ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 172.

¹²⁵ Serahsî, *Şerhu's-Siyeri'l-kebir*, I, 155.

harfler vs. başkaları yanlış anlasa da bunları dilediğimiz gibi kullanabiliriz."¹²⁶ Konu *es-Siyerü'l-kebir*'de "Savaş hiledir" başlığı altında geniş bir şekilde işlenmekte ve konuyu örneklendiren değişik savaş taktikleri sunulmaktadır.¹²⁷ Esasen "Savaş hiledir" ifadesi bir hadis olup,¹²⁸ bu hadis savaşta, anlaşmaları bozmaksızın ve mahzâ yalan söylemeksizin "tevriye"¹²⁹ yoluyla düşman tarafın aldatılabileceğini (hud'a) bildirmektedir. İslam bilginleri de, aradaki anlaşmayı bozmamak ve verilen emânî ihlal etmemek şartıyla, mümkün olan her hilenin kullanılabileceği konusunda ittifak halindedir.¹³⁰

24- Savaşta yardım almak (isti'âne)

Grotius'a göre, "*Gönüllü olarak sunulan yardımlardan yararlanılabilir.*"¹³¹ Gayr-i müslimlerden yardım talep etme (isti'âne) konusu İslam hukukçuları arasında ayrıntılı bir şekilde tartışılmıştır. Hanefî, Şâfiî, Hanbelî ve Zâhirîler ile Süfyânî's-Sevrî ve Evzâî ihtiyaç duyulduğunda, kafirlerden yardım almanın caiz olacağını söylemişlerdir.¹³² Mâlikî hukukçular ise isti'âneyi haram saymışlardır.¹³³

25- Savaş bildirisi

Grotius, "*Bir savaş bildirisi de gereklidir. Doğal hukuk bizi böyle bir bildiriye bulunma zorunda tutmamakla birlikte böyle bir bildiriye bulunmak onurlu ve övgüye değer bir davranıştır.*"¹³⁴ demiştir. Aynı şekilde; fıkıh kitaplarımızda, savaş bildirisi şart (vacib) görülmemiş, fakat bildiriye bulunulması müstehap görülmüştür.¹³⁵

26- Savaşın egemen gücü elinde tutanca açılması

Grotius, "*Bir savaşın kamusal sayılması için bu savaş egemen gücü elinde tutanca (hükümdar, kral) açılması gerektiğini*" söylemiştir.¹³⁶ İslam hukukunda aynı konu, "savaş izni devlet başkanına (imama) aittir" şeklinde hükme bağlanmıştır.¹³⁷

27- Düşmanı öldürmenin bir savaş hakkı olduğu

Grotius'a göre, "*Genel olarak düşmanı öldürmek bir savaş hakkı sayılmak-*

¹²⁶ Grotius, *a.g.e.*, s. 184.

¹²⁷ Serahsî, *Şerhu's-Siyerü'l-kebir*, I, 135-138.

¹²⁸ Buhârî, "Cihâd", 157; Müslim, "Cihâd", 18; Ebû Dâvûd, "Cihâd", 92; Tirmizî, "Cihâd", 5; İbn Mâce, "Cihâd", 28.

¹²⁹ Tévriye; kişinin meramını gizleyerek, birkaç manaya gelen bir kelimeyi uzak manalarından birisiyle kullanma anlamına gelmektedir. Bk. Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Lûgat*, Ankara 1999, s. 1103.

¹³⁰ Nevevî, *Şerhu Müslim*, Beyrut 1998, XII, 272.

¹³¹ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 169, 170, 187.

¹³² Serahsî, *el-Mebsût*, X, 23; a.m.f., *Şerhu's-Siyerü'l-kebir*, IV, 13; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V, 502; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 221; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 148.

¹³³ Mâlikî, *el-Müdevvne*, I, 524.

¹³⁴ Grotius, *a.g.e.*, s. 193-194.

¹³⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 6, 30; Kâsânî, *Bedâi'u-s-sanâi'*, VII, 100; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V, 445; Bilmen, *a.g.e.*, III, 363-364. Savaş bildirisi fıkıh kitaplarında "davet" konusu altında işlenmekte olup konuyla ilgili bir çok hadis bulunmaktadır. Bk. Buhârî, "Cihâd", 102; "Meğâzî", 38; İfk, 13; Müslim, "Cihâd", I, 12; Ebû Dâvûd, "Cihâd", 92.

¹³⁶ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 193.

¹³⁷ Mesela bk. İbn Kudâme, X, 373; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, VIII, 60.

tadır. Bu haktan düşman ülkesinde bulunan herkesi öldürme, herkese düşmanca davranma hakkı da doğar."¹³⁸ Fiilen savaşıyan veya savaşta stratejik görevler icra eden herkesi öldürme ve takip etmenin bir savaş hakkı olduğu konusunda İslam hukukçuları ittifak etmişlerdir.¹³⁹

28- Savaşta düşmanı zehirleyerek öldürmek

Grotius "*Uluslararası hukuk herhangi birinin zehirlenerek öldürülmesini yasaklamaktadır. Silahları ve suları da zehirlemek yasaktır. Bir kaynağı saptır-mak, bir kaynağın damarını kesmek uluslararası hukuka aykırı düşmez*"¹⁴⁰ demektedir. O, doğal hukuk ile uluslararası hukukun, suların zehirlenmesi konusunda ayrı hükümlere vardığını söyler. Yani uluslararası hukukta yasak olmakla birlikte doğal hukuka göre zehirlenme savaşta meşru bir ölüm sebebi olabilmektedir. Fakat zehirlemeyi doğrudan işkence amacıyla değil de, ihtiyaç duyulduğunda suların ve silahların zehirlenmesi şeklinde mümkün olabileceğini söylemektedir. İmam Muhammed'in zehirlenme konusundaki görüşü de böyledir.¹⁴¹ Suların kaynağının kesilmesi konusu ise meşruiyeti sünnetle sabittir. Hz. Peygamber Bedir ve Hayber savaşlarında bu taktiği uygulamıştır.¹⁴²

29- Suikast amacıyla özel tim kullanmak

"*Adam öldürücüler kullanılması ne doğal hukuka ne de uluslararası hukuka aykırı bir davranış değildir. Çünkü bu hukuklar uyarınca düşmanı nerede olursa olsun öldürmeye izin vardır. Böyle bir şeyi yapan gibi, bunu yapmaya kışkırtan da uluslararası hukuk açısından suçlu sayılamaz*"¹⁴³ diyen Grotius suikast amacıyla adam öldüren özel timler kullanmanın bir savaş oyunu olarak meşruiyetinden bahsetmektedir. Konu *es-Siyerü'l-kebir*'de ayrıntılı bir şekilde işlenerek bu hususta İslam tarihinden şöyle bir olay nakledilmektedir: "Peygamberimiz ashaptan Muhammed b. Mesleme'yi, İslam düşmanı olan Ka'b b. Eşref'i öldürmek üzere görevlendirmiş ve Muhammed b. Mesleme de bir süikast planı hazırlayıp Ka'b'ı öldürmüştür."¹⁴⁴ Bu olay, düşmana karşı öldürme planı (süikast) yapmanın savaş kurallarına aykırı olmadığını göstermektedir.

30- Savaşta düşmanın kadın ve kızlarına saldırmak

Grotius, "*Düşmanın kadınlarına ve kızlarına saldırmak uluslararası hukuka göre suçtur ve barışta olduğu gibi savaşta da bu çeşit davranışlar cezasız bırakılmamalıdır. Bu görüş bütün ulusların benimsediği bir kural olmasa bile en uygar devletlerin (!) benimsedikleri kural olarak karşımıza çıkmaktadır*"¹⁴⁵ demektedir. Grotius'un bahsettiği bu uygar devletler İslam devletleri olmalıdır. Çünkü, İslam hukukuna göre barış halinde haram olan her şey savaş halinde de

¹³⁸ Grotius, *a.g.e.*, s. 198.

¹³⁹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 296; Merğınâni, *el-Hidâye*, IV, 227-228; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I,310; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 543.

¹⁴⁰ Grotius, *a.g.e.*, s. 201-202.

¹⁴¹ Serahsî, *Şerhu's-Siyerü'l-kebir*, IV, 49.

¹⁴² Serahsî, *a.g.e.*, IV, 50; Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, s. 347.

¹⁴³ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 203.

¹⁴⁴ Serahsî, *Şerhu's-Siyerü'l-kebir*, I, 270-272.

¹⁴⁵ Grotius, *a.g.e.*, s. 204.

haramdır. Dolayısıyla İslam hukukunda zina ve hırsızlık cezası gibi takdir edilen bütün had cezaları savaş anında da uygulanması gereken cezalardır.¹⁴⁶

31- Savaşta düşmanın mallarının yakılıp yıkılabilmesi

Grotius'a göre, "Düşmanın malları yakılıp yıkılabilir. Kutsal sayılan ve dine adanmış düşman malları bile yakılıp yıkılabilir. Ancak bu konuda ölçülü davranmak gerekir." "Gerçekten kısa bir süre içerisinde düşmanı dize getirecek, barış isteme zorunda bırakacak bir yakıp yıkmaya göz yummak gerekir."¹⁴⁷ Bu bölümle ilgili, kitabında geçen ifadelerden açıkça anlaşıldığı üzere Grotius'un kastettiği evlerin, kalelerin ve ağaç vs. cansız şeylerin yakılıp yıkılmasıdır. Konu, *es-Siyerü'l-kebir*'de işlenmekte olup bunun savaşta meşru olduğunu gösteren birçok delil getirilmektedir.¹⁴⁸ Ayrıca İslam bilginleri bunun yasal bir savaş hakkı olduğuna hükmetmiştir.¹⁴⁹

32- Düşman mallarının mülkiyetine ne zaman sahip olunacağı

Grotius'a göre, "Düşmandan alınan şeyi kendi ülkesine götürünceye kadar elinde tutmak şartıyla mülkiyetine sahip olabilirler. Mesela gemiler bize bağlı bir limana bağlanınca düşmandan alınmış sayılır. Oysa Avrupa ulusları arasında uygulanan teamüle göre bunları düşmandan almış olanın elinde 24 saat kalmıyorsa ganimet olarak ele geçirilmiş sayılır. Topraklar ise işgal ile değil, bu toprakların sürekli savunma düzenekleri ile çevrilmiş olması durumunda ele geçirilmiş sayılır."¹⁵⁰ Savaşta düşmandan alınmış mallar hakkındaki, Grotius'un Avrupa devletlerinde olmayıp uygulanmasını tavsiye ettiği hususlar, İslam hukukunun belirlediği usul üzeredir. Yani savaşta ele geçirilmiş olan düşman mallarına, ancak kendi ülkelerine götürüldüğü (*el-İhrâz bi'd-dâr*), diğer bir deyişle ülke sınırı geçildiği anda sahip olunabilir. Bu, cumhura göre böyledir.¹⁵¹ Şâfîiler ve İbn Hazm'a (ö.456/1064) göre ise, gayr-i müslimler hiçbir şekilde Müslümanların veya zimmîlerin mallarına istilâ yoluyla sahip olamazlar.¹⁵²

33- Komutanların yağmaya izin vermesi (tenfil)

Grotius'a göre, "Komutanlar yağmaya izin verebilir."¹⁵³ İslam hukukunda "tenfil" kelimesiyle terminolojiye girmiş olan bu konu, kaynağını, Hz. Peygamber'in Bedir ve Huneyn savaşlarında söylediği "Her kim düşmandan birini öldürürse, üzerindeki (seleb) onundur"¹⁵⁴ şeklindeki hadisten almaktadır ve savaş-

¹⁴⁶ Mâverdi, *el-Ahkâmu's-sultâniyye*, s. 56; Ebu Ya'lâ, *el-Ahkâmu's-sultâniyye*, s. 51; Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, s. 319.

¹⁴⁷ Grotius, *a.g.e.*, s. 205-206,237.

¹⁴⁸ Serahsî, *Şerhu's-Siyerü'l-kebir*, I, 71-74.

¹⁴⁹ Mesela bk. Mâlik, *el-Müdevvene*, V, 500; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 294; el-Merğînânî, *el-Hidâye*, IV, 224; Ramlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, VIII, 64.

¹⁵⁰ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 208.

¹⁵¹ Malik, *el-Müdevvene*, I, 504; Serahsî, *el-Mebsût*, X, 52; a.mlf., *Şerhu's-Siyerü'l-kebir*, III, 289; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I,339-340; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 234.

¹⁵² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 300; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, III, 404.

¹⁵³ Grotius, *a.g.e.*, s. 211.

¹⁵⁴ Buhârî, "Humus", 18, "Meğâzi", 54; Müslim, "Cihâd", 46; Ebû Dâvûd, "Cihâd", 136; Tirmizî, "Siyer", 13. Ayrıca bk. Serahsî, *Şerhu's-Siyerü'l-kebir*, II, 114,118,120.

ta komutan (imam/devlet başkanı) isterse buna izin verebilir.¹⁵⁵

34- Esirlerin tasarruf yetkisinin kime ait olduğu

Grotius'a göre "*Ulusların çoğunluğunca kabul edilmiş bir yapıla geliş (temül) uyarınca, savaş tutsakları üzerinde yalnız devlet otoritesi ya da hükümdar hak sahibi sayılmaktadır.*"¹⁵⁶ İslam hukukçuları esirlerin ne yapılacağı (salıverilme, öldürülme, fidye karşılığı bırakma, köleleştirme ve cizye mükellefi yapma gibi seçeneklerdenhangisininin tatbik edileceği) konusunda karar verme yetkisinin sadece devlet başkanına ait olduğu hususunda ittifak etmişlerdir.¹⁵⁷

35- Geri alım/istihkâk (Postliminium) hakkı

Grotius'a göre, "*Geri alım (Postliminium) hakkı devletin sınırları içine, bir başka deyimle, ülkesine döndüğü ve devletin eşiğine ayak basıldığı zaman elde edilen hakktır. Uluslararası hukuk uyarınca, postliminium hakkı dışında bırakılmamış bir kimse ya da şey, dostlarımız ya da bağlaşıklarımıza ulaşmış ise sanki bize ulaşmış gibi kurtulmuş ve geriye dönmüş sayılır. Bu hak hem savaş hem de barış anında geçerlidir. Bu kişi önceden nelere malik ise onları yeniden edinir. Savaşta yenilmiş ve düşmana teslim olmuş kimselerin postliminium hakkı yoktur. Savaş bırakılması (mütareke) süresince de postliminium hakkı işlemez. Düşmanın eline geçmiş olmakla birlikte, henüz düşmanın savunma düzeneklerinin ötesine götürülmemiş ise bunları geri almış olmak için postliminium hakkına başvurmak gerekli değildir. Çünkü bu gibi şeyler uluslararası hukuk uyarınca henüz malik değiştirmiş sayılamaz. Soyguncularla deniz haydutlarının ele geçirmiş oldukları şeyler için de böyle düşünülebilir.*"¹⁵⁸ Postliminium hakkının, İslam hukukunda mukabili "istihkâk" yani geri alım hakkıdır. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, gayr-i müslimler müslüman mallarını istila ile temellük ederler. Ancak bu temellükün gerçekleşebilmesi için onları dâru'l-harbe ulaştırmış olmaları gerekir. Dâru'l-İslam'da oldukça ülke ayrılığı bulunmayacağından, müslümanların mülkiyeti devam eder. Bu sebeptendir ki, şayet gayr-i müslimler İslam yurduna girip, mal, çocuk ve kadınları kaçıtır, sonra müslüman bir cemaat bunu fark ederse, İslam yurdunun sınırlarının dışına çıkıncaya kadar onları takip etmeleri farzdır.¹⁵⁹ Gayr-i müslimlerin istila ederek ülkelerine götürdükleri mallar tekrar geri alındığında, istiladan önceki eski sahibi, ganimet taksiminden önce gelirse, kendisine iade edilir, fakat taksimden sonra gelirse, kimin hissesine düşmüşse o kişiden, ancak bedelini ödeyerek alabilir. Malın eski sahibi için takarrur eden bu hakka "istihkâk" denilmektedir.¹⁶⁰

36- Bir savaşın çıkmasından sorumlu olanlarla bu gibi kimselerin ardından gidenlerin durumlarındaki farklılık

¹⁵⁵ Mâlik, *el-Müdevvene*, I, 517; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 421; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, V, 249; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV, 152.

¹⁵⁶ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 217.

¹⁵⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 24-25; a.m.lf. *Şerhu's-Siyeri'l-kebir*, IV, 23; Mâverdi, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 61; Ebu Ya'lâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 47; Kâsânî, *Bedâi'u-s-sanâi'*, VII, 119.

¹⁵⁸ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 220, 221, 222, 223, 224, 248, 249.

¹⁵⁹ Serahsî, *Şerhu's-Siyeri'l-kebir*, I, 216.

¹⁶⁰ Mâlik, *el-Müdevvene*, I, 504-505; Serahsî, *el-Mebsût*, X, 52; a.m.lf., *Şerhu's-Siyeri'l-kebir*, IV, 289, 297-300; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 300; Bilmen, *a.g.e.*, III, 404.

Grotius'a göre, "Bir savaşın çıkmasından sorumlu olanlarla, bu gibi kimse-lerin ardından gidenleri ayrı tutmak gerekir. Ölümü hak etmiş düşmanların bile cezalarını bağışlamakla çoğu zaman iyi bir şey yapılmış olur. Düşman tarafın- dan bulunmakla birlikte öteki tarafa karşı hiçbir düşmanlık duygusu besleme- yenler gerçekten mutsuz, kader kurbanı kişilerdir ve bunların öldürülmesi haklı olamaz."¹⁶¹ Savaşın birincil ve ikincil sorumlularını tespit eden uygulama, Hz. Peygamberin Mekke fethinde genel af ilan etmesine karşın, on kadar kişinin sa- vaş suçlusu olarak yakalanması ve öldürülmesini emretmesi örneğine dayanır.¹⁶² Ayrıca Kur'an da kafirlerin/düşmanların liderlerine (eimmetü'l-küfr), onlara tabi olan insanlardan ayrı olarak özel bir statü verir ve bu liderlere emân verilmeye- rek, buldukları yerde derhal öldürülmeleri gerektiğini belirtir.¹⁶³

37- Savaşta yapılmaması gereken şeyler

Grotius'a göre, "Haklı bir savaşta bile yapılmaması gereken şeyler vardır." "Çocuklara ve yaşlılara hiçbir zaman kıymamalıdır. Kadınlar da çok ağır bir suç işlememişlerse esirgenmelidir. Henüz akıllarını kullanma çağına erişmemiş (âkil olmamış) çocuklar bakımından her zaman uygulanması gereken bu kural çoğu zaman kadınlar için de geçerlidir; bir başka deyimle kadınlar özel bir ceza gerek- tiren bir suç işlememişlerse ya da erkeklerin işlerine karışmamışlarsa onlara da bu kuralın uygulanması uygun düşer." "Yalnız din ya da bilim konularıyla uğra- şanların da esirgenmesi gerekir. Çocuk ya da yaşlı olmamakla birlikte bunlara esirgemek bakımından öncelik vermek gerekir. Bu bakımdan ilk sırayı din adam- ları alır." "Çiftçiler, tüccarlar ve tutsaklar da esirgenmelidir." "Bu söylediklerimiz ağır bir suç işlememişlerse geçerli sayılır."¹⁶⁴ Bu konu, *es-Siyerü'l-kebir*'de "Ordu komutanlarına yapılan tavsiyeler" başlığı altında ayrıntısıyla işlenmektedir.¹⁶⁵ Grotius *Savaş ve Barış Hukuku* adlı kitabının önsözünde ifade ettiği gibi,¹⁶⁶ sa- vaşın bu tür ahlaki kurallarına Avrupa' da pek uyulmamaktadır. Halbuki, henüz 7 ve 8. yüzyıldan itibaren bu kurallar İslam ülkelerinde öğretilen ve tatbik edilen ilkeler haline gelmiştir. Çocukların ve kadınların öldürülmeyeceği konusunda İslam hukukçularının icmaı vardır. Fakat yaşlı, çiftçi, tüccar, ilim adamı ve esir- ler konusunda Şâfiî fakihler cumhura muhalefet etmişlerdir. İhtilaf esasen, bilfiil savaşmayanların (mukatil olmayanlar) öldürülüp öldürülmeyeceği tartışmasın- dan kaynaklanmaktadır. Cumhur fiilen savaşa katılmayan kişilerin öldürülme- mesini savunurken¹⁶⁷ Şâfiîler bu kişilerin de küfür illetinden dolayı öldürülebile- ceğini ileri sürmüşlerdir.¹⁶⁸ Cumhur da eğer savaşta öldürülmemesi gereken kişi- ler (kadın, din adamı, çiftçi, tüccar vs.) içinde bilfiil savaşta, strateji tespit eden veya komutanlık görevi icra eden kişiler olursa, bunların da öldürülebileceğine

¹⁶¹ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 230, 231.

¹⁶² Serahsî, *Şerhu's-Siyerü'l-kebir*, IV, 10; Asım Köksal, *İslam Tarihi*, VI, 400-408.

¹⁶³ Tevbe 9,12. Ayrıca bk. el-Kasas 28,41.

¹⁶⁴ Grotius, *a.g.e.*, s. 229, 232, 233.

¹⁶⁵ Serahsî, *Şerhu's-siyerü'l-kebir*, I, 60-65. Hz. Peygamberin savaşta müslümanlar tarafından yapılması ve yapılmaması gereken fiiller konusunda emir ve tavsiyeleri için bk. Buhârî, "Cihâd", 102, "Meğâzi", 38; Müslim, "Siyer ve Cihâd", 2,12; Ebu Dâvûd, "Cihâd", 82.

¹⁶⁶ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 11.

¹⁶⁷ Serahsî, *Şerhu's-Siyerü'l-kebir*, II, 21; Mâverîdî, *el-Ahkâmu's-sultânîyye*, s. 51; İbnü'l-Arabî, *Ahkâmu'l- Kur'an*, Beyrut, ts. I, 106; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I, 399-400.

¹⁶⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I, 400; Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 222-223.

yönelik fikir bildirmişlerdir.¹⁶⁹ Grotius'un "Bu söylediklerimiz ağır bir suç işlememişlerse geçerli sayılır" şeklindeki ifadesi de bu hükme temas etmektedir.

Grotius, "Savaşta bir işe yaramayacak şeylere, aynı zamanda kutsal ve dini olan şeylere dokunmamak gerektiğini"¹⁷⁰ söylemektedir. Savaşta din ve ibadet hürriyeti gibi tabii bir takım haklara saygı göstermek gerekir. Nitekim Hz. Peygamber Hayber'i fethettikten sonra ele geçen bütün Tevrat nüshalarının Yahudilere iade edilmesini emretmiştir.¹⁷¹

38- Rehinelerin misillime hakkı kullanılarak öldürülememesi

Grotius'a göre, "Tutaklar (rehineler) da kendileri bir suç işlememişlerse öldürülmemelidir."¹⁷² Serahsî aynı şekilde, "eğer rehineler ayrıca bir suç işlememişlerse, düşmana misilleme olarak öldürülemez" hükmünü vermektedir.¹⁷³

39- Yakın bir zafer umudunun bulunması durumunda yakıp yıkma yollarına gidilmemesi gerektiği

Grotius'a göre, "Yakın bir zafer umudu varsa, yakıp yıkma yollarına gidilmemelidir."¹⁷⁴ Serahsî *Şerhu's-siyeri'l-kebir*'de şu olayı nakletmektedir. Hz. Ömer Hayberde hurmalıkları kesen Müslümanlarla karşılaşınca bunu neden yaptıklarının sordu. Onlar da "Peygamberin emridir" dediler. Hz. Ömer, hemen Hz. Peygamberin yanına gidip, "Hurma ağaçlarının kesilmesini siz mi emrettiniz?" diye sordu. Peygamberimiz de "Evet" deyince, Hz.Ömer; "Allah, Hayber'i sana vadetmedi mi?", Rasulullah, "Evet vadetti" cevabını verince; Hz.Ömer, "O halde kendinin ve ashabının hurmalıklarını kesiyorsun, demektir." dedi ve bunun üzerine Rasulullah, ağaçları kesmeye son vermeleri için ashabına emir verdi.¹⁷⁵

40- Kölelere adalet ve yardımseverlik duygularıyla muamele

Grotius'a göre, "Köleliğin yürürlükte olduğu ve savaşta düşman eline düşenlerin köle yapıldığı yerlerde iç adalet duygusuna uygun davranmak gerekir. Kölelere aşırı cezalara çarptırmaya izin yoktur ve aşırı ölçüde ağır işler yüklemek gerekir. Kölelerden beklenebilecek işler bakımından da ölçülü davranmalı; kölelerin sağlık durumlarını, insanlık duyguları uyarınca göz önünde tutmalıdır. Köleler çalıştırılmakta ise onları beslemek ve bakımlarını sağlamak zorunluluğu da vardır."¹⁷⁶ Avrupa'da henüz 17. yüzyılda terennüm edilen kölelerle ilgili bu tür haklar, on asır önce Hz. Peygamber tarafından Müslümanlara bir emir olarak defalarca bildirilmiştir: "Köleleriniz (çalıştırdıklarınız) sizin kardeşlerinizdir. Allah onları, sizin sorumluluğunuza vermiştir. Kimin eli altında bir kardeşi varsa, ona yediğinden yedirsin, giydiğinden giydirsin! Onlara yapamayacakları işleri buyurmayın, eğer buyurursa onlara bu işlerinde yardımcı olsun!"¹⁷⁷ Ayrıca Hz.

¹⁶⁹ Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, Beyrut 1993, I, 353; Serahsî, *Şerhu's-siyeri'l-kebir*, IV, 9; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 543.

¹⁷⁰ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 238.

¹⁷¹ Hamidullah, "İslam Devletler Hukukununun Başlangıçtaki Teori ve Pratiği", s. 126.

¹⁷² Grotius, *a.g.e.*, s. 234.

¹⁷³ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 129.

¹⁷⁴ Grotius, *a.g.e.*, s. 237.

¹⁷⁵ Serahsî, *Şerhu's-siyeri'l-kebir*, I, 74.

¹⁷⁶ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 243-244.

¹⁷⁷ Buhârî, "İmân", 22, "İtk", 15; Müslim, "Eymân", 40.

Peygamberin defalarca ifade ettiği vasiyetlerinden birisi, "Kölelerin hakkında Allah'tan korkunuz!" emri olmuştur.¹⁷⁸

41- Savaşta tarafsızların (hıyâd) durumu

Grotius'a göre, "Savaşta aşırı zorunluluk olmadıkça tarafsızlardan hiçbir şeyin alınmaması, alınursa da değerinin ödenmesi gerekir. Tarafsızların da savaşanlara karşı tarafsızlık yükümlerini yerine getirmeleri gerekir."¹⁷⁹ Savaşta tarafsızlık İslam hukukunda "hıyâd" başlığı altında incelenmektedir ve Kur'an ayetiy-le meşruiyeti sabittir; "Eğer sizden uzak durur, sizinle savaşmaz, size barış teklif ederlerse, Allah onlara dokunmanıza izin vermez."¹⁸⁰

42- Savaşı sona erdiren haller

Grotius'a göre, "Savaşın sona ermesinin birinci yolu barış, ikinci yolu ise hakeme başvurmaktır. Burada hakemlikten, iki taraşça tayin edilecek bir hakemin hükmünü kabul edecekleri konusunda karşılıklı olarak verdikleri söz uyarınca başvurulmuş olan hakemlik kastedilmektedir. Savaşın sona ermesinin üçüncü yolu teslim (tutsak-esir) olmadır. Teslim olduktan sonra yenilmiş taraşın katlanamayacağı hiçbir şey söz konusu değildir. Yenilen artık düşmanın buyurma gücü altına düşmiş bulunmaktadır; Savaşı sona erdiren dördüncü yol silah-bırakışımdır ve savaş durumuna son vermeksizin belirli bir süre için düşmana eylemlerin ertelenmesini öngören antlaşmadır."¹⁸¹ Grotius'un, savaşı sona erdiren unsurlar olarak saydığı barış anlaşması, hakeme başvurma, teslim olma (yenilme) ve silah-bırakışımı (mütareke) unsurlarının hepsi Hz. Peygamberin uygulamasında görülmektedir.¹⁸² Sadece Grotius, İslam hukukunda savaşı sona erdiren bir sebep olarak kabul edilen, "düşman taraşın İslamı kabul etmesi" şikkını, "Hıristiyanlığı kabul etmesi" şeklindeki bir değişimle zikretmektedir. İslam hukuku kitaplarında barış anlaşması "muvâda'a, muhâdene, hüdne, müsâleme, musâlahâ, sulh ve silm" gibi kelimelerle ifade edilmektedir.¹⁸³ Hakeme başvurma (tahkîm) da sünnetle sabit bir uygulamadır. Hendek savaşında müslümanları arkadan vurmaya çalışan Benû Kureyzâ Yahudilerini, Hz. Peygamber muhasara etmiş ve Yahudiler muhasara neticesinde kendi seçtikleri bir hakemin (Sa'd b. Muâz) kararına uyma şartıyla teslim olmuşlardı.¹⁸⁴ Düşman taraf yenilip teslim olunca ele geçen mallar ganimet, şahışlar ise esir olup, yenen taraşın buyruğu altına girmektedir.¹⁸⁵ Silah-bırakışımı da (hüdne) İslam hukuku kitaplarında, şartları ve sebepleriyle beraber, ayrıntılı bir şekilde incelenmektedir.¹⁸⁶

43- Hak dinden olmayanlarla anlaşma (sulh) yapmak

Grotius'a göre, "Hak dininden (Hıristiyanlık) olmayanlarla doğal hukuk

¹⁷⁸ Müsned, III, 117; Asım Köksal, *İslam Tarihi*, VIII, 273-274.

¹⁷⁹ Grotius, *a.g.e.*, s. 251.

¹⁸⁰ En-Nisâ 4,90; Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, s. 450.

¹⁸¹ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 280, 282, 285.

¹⁸² Savaşı sona erdiren haller için bk. Mâverdi, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 51-52; İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 517.

¹⁸³ Ebû Yûsuf, *el-Harâc*, s. 225; Serahsî, *Şerhu's-Siyerü'l-kebir*, IV, 207; Kâsânî, *Bedâ'ü's-sanâi*, VII, 108; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, IV, 260; Bilmen, *a.g.e.*, III, 386.

¹⁸⁴ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, s. 218; Hamidullah, *Hız. Peygamberin Savaşları*, s. 209.

¹⁸⁵ Mâverdi, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 50; Ebu Ya'lâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, s. 47.

¹⁸⁶ Mesela bk. İbn Kudâme, *el-Muğni*, X, 517; Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, s. 403.

uyarınca anlaşma yapılabilir; hak dininden uzak devletlerle herhangi bir anlaşma yapmak ne kendi başına kötü, ne de her zaman için hukuka aykırı sayılacak bir şeydir. Böyle anlaşmaları şartlara göre değerlendirmek gerekir. Ancak yanlış sayılan bir dine bağlı olanlarla çok sıkı ilişkiler kurmamaya, akli kolay çelinir kimseleri doğru yoldan çıkma tehlikesiyle karşı karşıya bırakmamaya da çok özen gösterilmelidir. Üstelik doğru yolda olmayanlarla yapılmış bu çeşit anlaşmalar, onları daha güçlü kulacaksa, aşırı bir zorunluluk olmadıkça, böyle anlaşmalara girişmekten çekinmek de yerinde olur."¹⁸⁷ Burada Grotius, Hıristiyanlığı tek hak din görerek, Hıristiyanlar dışındaki toplumlarla anlaşma yapmanın faydasız olduğunu ve zorunluluk hali olmadıkça bunun doğru olmadığını söylemektedir. İslam hukukçuları da ondan asırlarca önce, "Müslümanlar lehine bir zarar ve fayda bulunmadıkça, savaş sırasında kuvvetli durumda iken mütareke akdetmenin caiz olmadığı" hükmünde ittifak etmişlerdir.¹⁸⁸ "Siz galip durumda iken sakın gevşeyip barış istemeyin"¹⁸⁹ ayeti de buna işaret etmektedir. Fakat Müslümanların yararına neticeler doğuracaksa, "Eğer onlar barışa meylederlerse sen de meylet!"¹⁹⁰ ayeti ve Hz. Peygamberin Hudeybiye'de müşriklerle imzaladığı sulh anlaşması esas alınarak, barış anlaşması imzalamaları mümkündür.¹⁹¹

V- Sonuç

Hakimiyete sahip bağımsız bir devletin, diğer devletler ve milletlerarası kuruluşlarla ve bu kuruluşların birbirleriyle olan ilişkilerini inceleyen Devletler genel hukuku, Kamu (amme) hukukunun bir dalıdır. Bu hukuk dalının konusuna milletlerarası antlaşmalar, milletlerarası kuruluşlar ve devletler arasında cereyan eden karşılıklı ilişkiler girer. Devletler özel (hususî) hukuku ise yabancı unsurlu ilişki ve ihtilafların çözümünde uygulanacak kuralları ihtiva eden hukuk dalıdır.

İslam devletler hukuku hukukîlik, ahlâkîlik, adalet, eşitlik, ahde vefa ve din tebliği gibi ilkelere dayanmaktadır ve müeyyidesi bir dereceye kadar iç hukuk müeyyidesinin aynısıdır. İslam hukukunun gerçek müeyyidesi ise sadece devletin iradesi değil, bununla birlikte ve daha üstün derecede, Allah'a iman ve âhirette muhakeme edileceğine olan inançtır.

Uluslararası hukukun, "bağlayıcı güce sahip birçok kuralı kapsayan bir hukuk düzeni" şeklinde anlaşılması durumunda, Avrupa'da Uluslararası hukukun tarihi ancak 16. ve 17. yüzyıllara kadar inebilirken, İslam hukuku başlangıçtan bu yana Devletler arası münasebetleri düzenleyici önlemler almıştır. Daha ilk İslam devletinin (Medine site devleti) doğuşundan itibaren kaçınılmaz olarak, hem kendi ülkesi içinde müsamaha gösterilen dini cemaatler (Yahudi ve Hıristiyanlar), hem de gayr-i müslim ülkeler ile münasebetlerin nasıl yürütüleceği problemi ortaya çıkmış ve İslam Devletler hukuku böyle bir saikle doğmuştur. Ayrıca İslam hukukçularının, Uluslararası hukukun Batılı öncülleri kabul edilen Vitoria,

¹⁸⁷ Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, s. 110.

¹⁸⁸ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, III, 70; Serahsî, *Şerhu's-Siyeri'l-kebir*, IV, 207; İbnu'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II, 876.

¹⁸⁹ Muhammed 47,35.

¹⁹⁰ El-Enfal 8,61.

¹⁹¹ Ebu Yûsuf, *el-Harâc*, s. 225; Serahsî, *Şerhu's-Siyeri'l-kebir*, IV, 207-210; Kâsânî, *Bedâ'iu's-sanâi'*, VII, 108; İbn Kudame, *el-Muğni*, X, 368; Haraşî, *el-Haraşî alâ Muhtasarı Sîdi Halil*, III, 150; Bilmen, *a.g.e.*, III, 386.

Suarez, Gentilis ve Grotius'dan çok daha önce, Uluslararası hukukla ilgili çeşitli eserler ortaya koydukları görülmektedir.

Grotius'un, kaleme aldığı eserlerin en önemlisi sayılan *Savaş ve Barış Hukuku*'nda, İslam hukuk müdevvenatından gerek kavram, gerekse muhteva olarak istifade ettiği görülmektedir. Kitabında işlediği sponsio (emân), ihkâk-ı hak, savaşı bitiren haller, ilk edinim (ihrâz), postliminium hakkı (istihkâk), sözleşmeler (akitler), söz vermeler (hibe, va'd) gibi bir çok konu ve terim İslam hukukunda geçtiği şekliyle yer almaktadır. Grotius'un kendi deyimiyle "*incir çekirdeğini bile doldurmaz bahanelerle savaş çıkararak, Tanrı ve insan yapıtı her türlü hukukun çiğnendiği, her nevi suçun meşrulaştırıldığı*" bir zaman diliminde, Avrupa'da ortaya çıkan bu eserin, aynı dönem ve hatta çok daha öncesinde Müslüman ülkelerde tatbik sahası bulmuş olan İslam hukukundan yararlanılarak telif edildiği anlaşılmaktadır. Grotius'un bu eserinin hem sistematik hem de içerik olarak İslam hukuku müdevvenatı ve bilhassa İmam Muhammed b. Hasen eş-Şeybâni'nin *es-Siyerü'l-Kebîr* adlı eseriyle pek çok benzer yönlerinin bulunması bizi bu kanaate ulaştırmaktadır.