

and Political Responsibility (trc. ve ed. D. A. Curtis), Cambridge 2002, s. 10-23; Christopher W. Morris, *An Essay on the Modern State*, Cambridge 2002, s. 102-113; Norman P. Barry, *Modern Siyaset Teorisi* (trc. Mustafa Erdoğan – Yusuf Şahin), Ankara 2004; Ender Ethem Atay, "Hukukta Meşruiyet Kavramı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, I/2, Ankara 1997, s. 121-166; J. Cunliffe – A. Reeve, "Dialogic Authority", *Oxford Journal of Legal Studies*, XIX/3, Oxford 1999, s. 453-465; G. Cross, "A Theory of Impartial Justice", a.e., XXI/1 (2001), s. 129-144; S. J. Laws, "Beyond Rights", a.e., XXIII/2 (2003), s. 265-280; S. Coyle, "Our Knowledge of Legal Order", *Legal Theory*, V, New York 1999, s. 389-413; M. Kramer, "How Moral Principles Can Enter into the Law", a.e., VI (2000), s. 83-108; B. B. Levenbook, "The Meaning of a Precedent", a.e., VI (2000), s. 185-240; M. C. Dorf, "The Heterogeneity of Rights", a.e., VI (2000), s. 269-297; M. D. Adler, "Personal Rights and Rule-Dependence", a.e., VI (2000), s. 337-389; Christine Horne, "The Contribution of Norms to the Social Welfare: Grounds for Hope or Pessimism", a.e., VII (2001), s. 159-177; M. H. Kramer, "Throwing Light on the Role of Moral Principles in the Law", a.e., VIII (2002), s. 115-143; H. M. Hurd, "Moral Rights and Legal Rules", a.e., VIII (2002), s. 423-455; B. Tungodden, "The Value of Equality", *Economics and Philosophy*, XIX/1 (2003), s. 1-44; C. Shearing – J. Wood, "Governing Security for Common Good", *International Journal of the Sociology of Law*, XXXI, London-New York 2003, s. 205-225.

BİLAL AYBAKAN



İBRAHİM KÂFİ DÖNMEZ

MEŞRÛ MÜDAFAA

"Bir kimsenin haksız bir saldırıyı kendisinden veya başkasından uzaklaştırmak amacıyla zorunlu tepki göstermesi ve bunu uzaklaştıracak ölçü ve oranda kuvvet kullanarak başka şekilde korunamayacak bir hakkı bizzat koruması" anlamındaki meşrû müdafaa ceza hukukunda genellikle hukuka uygunluk sebepleri arasında değerlendirilir. Çağdaş Arap hukuk kitaplarında ed-difâu'ş-şer'î diye ifade edilen meşrû müdafaa fıkıh eserlerinde def'u's-sâil terkiibiyle belirtilir. Bu tamlamayı oluşturan kelimelerden def "güç kullanarak ortadan kaldırma, savuşturma", sâil de "saldırıda bulunan birini alt etmek için sıçrayıp hamle yapan" mânalarına gelir. Def'u's-sâil tamlaması ile sâil ve bunun masdarı olan sıyâl kelimeleri fıkıh kitaplarında yaygın bir kullanıma sahip olmakla beraber bu terkinin terim anlamını belirleyen tariflere rastlanmaz. Fıkıhta bu tamlamaya yüklenen terim anlamını kısaca "hukuken koruma altında bulunan bir hakka yönelik haksız bir saldırıyı bununla orantılı bir güç kullanıp durdurmak

veya ortadan kaldırmak" şeklinde ifade etmek mümkündür. Fıkıh kitaplarında yer yer soyutlamalar yapılsa da hukukî konuların suç teorisi vb. teoriler oluşturularak değil daha çok meselecî bir yöntemle incelendiği dikkate alınırsa meşrû müdafaa konusunda günümüz hukuk incelemelerinde olduğu gibi sistematik bir bölümle karşılaşılmasını, hatta konuya ilişkin birçok hükmün fıkıh kitaplarının değişik başlıkları altında yer almasını yadırgamamak gerekir. Fıkıh eserlerinde meşrû müdafaa konusunun ele alınışıyla ilgili önemli bir nokta, İslâm âlimlerinin bu konuyla ilk dönemlerden itibaren ilgilenip soyut kurallar çıkarmaya elverişli tahliller yapmış olmalarıdır. Nitekim İmam Şâfiî'nin *el-Üm* adlı kitabında yer alan örnek ve değerlendirmeler (VI, 26-29, 170-173) bunu açık biçimde ortaya koymaktadır.

Çağdaş İslâm hukuku müellifleri meşrû müdafaa konusunu incelerken İslâmî literatürde "nehiy ani'l-münker" tabiriyle ifade edilen ve "dinî-ahlâkî değerlerin korunması için yapılacak müdahaleler" anlamına gelen toplumsal göreve de (bk. EMİR bi'l-MA'RÛF NEHİY ani'l-MÜNKER) genişçe yer verirler. Haksız saldırının devlet düzeyinde olması ve bunun önlenmesi de meşrû müdafaa kavramıyla yakından ilgili olmakla beraber bu konu günümüz hukuk sistematüğünde devletler umumi hukukunda, İslâm hukukunda da fûrû-i fıkıh kitaplarının "kitâbü's-siyer" (kitâbü'l-cihâd) başlığını taşıyan bölümlerinde, siyer ve cihad konusunda kaleme alınan müstakil eserlerde geniş biçimde işlenmiştir (bk. CİHAD; MUKÂBELE bi'l-MİSL; SAVAŞ).

İnsanın tehlikelere karşı kendini savunması tabii bir refleks olduğu gibi haksız saldırıya karşı tepki göstermesinin meşrû sayılması fikri çok eski bir geçmişe sahiptir. Kişinin doğasındaki çekişme eğilimi, başkalarının haklarına tecavüzün insanlık tarihinin bütün dönemlerinde görülen bir realite olması sonucunu doğurmuş, bunu toplum adına önlemeyi hedefleyen örgütlenmeye gidilmesi hakların denge-lenmesi açısından daha sağlıklı olsa da her zaman kamusal önlemler yeterli olmadığından fertlerin belli durumlarda haksız saldırıyı önlemek üzere harekete geçmesi meşrû kabul edilmiştir. Hatta bazı müellifler, meşrû müdafaa müessesinin sağladığı psikolojik baskı ve etkinin başkalarının hakkına saldırı niyet ve çabası içinde olan kişileri caydırıcı özelliğine dikkat çekerek hukuk düzenince

meşrû müdafaa'nın tanınmasının suçların önlenmesinde cezaî yaptırımlardan daha müessir olduğunu belirtirler (genel olarak meşruiyet fikri ve kavramsal çerçevesi hakkında bk. MEŞRÛ).

Felsefî temeli ve ayrıntılara ilişkin hükümleri bakımından farklılıklar bulunsa da ilâhî dinlerde ve kadim medeniyetlerin hukuklarında meşrû müdafaa tanınagelmıştır. Meselâ eski Hint ve eski Yunan hukukunda hayata, şerefe ve mala yönelik haksız saldırıya karşılık verilmesi meşrû müdafaa sayılıyordu. Roma hukukunda meşrû müdafaa sadece yazılı hukukun tanıdığı bir hak olarak değil esasen tabii hukukun kişiye tanıdığı bir hak olarak görülüyor ve hayata, vücut bütünlüğüne, namus ve iffete, hatta bazı durumlarda mala karşı yapılan tecavüzlere karşılık verilmesi meşrû müdafaa kabul ediliyordu. German hukukunda öç alma hakkına çok geniş yer verildiğinden meşrû müdafaa da bu hakkın hemen icrası şeklinde düşünülmekte, dolayısıyla mal ve şeref aleyhine olanlar dahil her türlü saldırıya karşı müdafaa meşrû sayılmaktaydı. Yahudilik'te, Hristiyanlık'ta ve İslâmiyet'te de haksız saldırıya aynı ölçüde karşılık verilmesi meşrû kabul edilmiştir. Hristiyanlığın kutsal metinlerinde haksızlığa katlanma ve tepkide bulunmama yönünde bir kural yer almakla beraber (Matta, 5/38-41) hayatın gerçekleri karşısında bunun zorunluluk ifade eden bir emir değil bir öğüt olduğu yorumu yapılmış. Kanonik hukukta da hak değil hoşgörü ile karşılanan bir çeşit zaruret (moderamen inculpatae) olmak üzere meşrû müdafaa tanınmıştır. 1983 tarihli Kanonik Hukuk Kodu'nda kişinin gerek kendisine gerekse başkasına yapılan haksız bir saldırıya karşı savunmada bulunması ölçülü olması durumunda cezasızlık sebebi, ölçüyü aşması durumunda ise cezadan indirim sebebi kabul edilmiştir (Coriden v.dğr., s. 902-903). İslâm'ın zuhuru esnasında Arap toplumunda saldırıya uğrayan tarafın tepkisi intikam duygusuna dayalı ve aşırı iken Kur'an'ın ilkeleri ve Hz. Peygamber'in uygulamaları haklı savunma fikrini güçlendirmiş, insanları bu konuda ölçülü davranmaya yöneltmiş ve daha ilk dönem fıkıh eserlerinde meşrû müdafaa'nın kriterleri ve hükümleriyle ilgili zengin bir doktrin oluşmuştur. Zamanımızda meşrû müdafaa'yı kabul etmeyen bir hukuk düzeni yoktur. Ancak kanunların çoğu meşrû müdafaa'dan genel kısımda ve savunma dolayısıyla işlenebilecek bütün suçlara uygulanacak şekilde söz etti-

ğî halde nisbeten eski tarihli olan kanunlar, meşrû müdafaayı bazı cürümlerde ve özellikle adam öldürmede ve müessir fiil suçlarında tanımıştır.

Hemen bütün hukuk sistemlerince tanınmış bir müessese olmakla beraber meşrû müdafaanın hukukî niteliği ve dayandığı temel konusunda farklı görüş ve açıklamalar bulunmaktadır. Hukukî niteliği hakkında Batı hukuk doktrinlerinde görülen eğilimlerden birine göre meşrû müdafa bir cezasızlık sebebidir, yani hareketi suç olmaktan çıkarmaz, fakat belli gerekçelerle meşrû müdafa halindeki kişiye ceza verilmez. Daha fazla taraftar bulan diğer eğilime göre ise meşrû müdafa bir hukuka uygunluk sebebi olup fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Dayandığı temel konusunda ileri sürülen görüşleri de iki gruba ayırmak mümkündür. Birinci gruptakilere göre meşrû müdafaada bulunan kişiye ceza verilmemesi tabiidir ve bunun için bir teori üretilmesine ihtiyaç yoktur. İkinci gruptakiler ise bunu ahlâkî, metafizik ve hukukî nitelikteki bazı gerekçelerle açıklayan değişik teoriler üretmişlerdir. Bazı çağdaş İslâm hukukçuları, özellikle fıkıh eserlerinde konuyla bağlantı kurulabilecek bir kısım tahlillere dayanarak meşrû müdafaanın temelini açıklayan teoriler ortaya atmışlardır (M. Seyyid Abdüttevâb, s. 133-145; Yûsuf Kâsım, s. 47-55, 68). Bunlardan Yûsuf Kâsım, İslâm hukukunda hemen her konuda geniş ihtilâflar bulunduğu halde meşrû müdafaanın dayandığı temel konusunda hiçbir görüş ayrılığının olmadığını söyleyip bunun asıl gerekçesinin İslâm hukukunda meşrû müdafaanın zararın giderilmesi esasına dayanması olduğunu savunursa da İslâm âlimlerinin meşrû müdafa durumunda fâile ceza verilmeyeceği hususunda ittifak etmesinden hareketle bu hükmün dayandığı temel konusunda aynı şekilde düşündüklerini ileri sürmek isabetli görünmemektedir (fıkıh eserlerindeki farklı anlayışları yansıtan örnekler için bk. M. Seyyid Abdüttevâb, s. 114-123, 133-145). Esasen konuya ilişkin naslardan, meşrû müdafaada bulunan kişiye ceza verilmeyeceği sonucu ihtilâfa yol açmayacak biçimde çıksa da bu hükmün hangi düşünceye dayalı olduğu, yani hikmeti / gayesi konusunda farklı tahliller yapılmasına bir engel bulunmamaktadır; fakat bu konuda fıkıh kitaplarının bir teori geliştirme eğilimi içinde olduğunu söylemek de mümkün değildir. Bu durumu, fıkıhın gelişim seyri ve fûrû-i fıkıh konularının ele

alınış biçimiyle ilgili geleneğin tabii bir sonucu olarak görmek gerekir.

Meşruiyet Delilleri ve Şer'î Hükümü. Gerek klasik gerekse çağdaş İslâm hukuku eserlerinde haksız saldırıya mukabele edilmesine izin veren, hatta bu tür tecavüzlere karşı direnmeyi övüp teşvik eden âyet ve hadisler meşrû müdafaanın şer'î dayanakları olarak gösterilir. Bakara 194, Şuarâ 227, Şurâ 39-43. âyetleriyle canı, namusu ve malı uğrunda mücadele ederken hayatını kaybeden kişinin şehid olacağını ifade eden hadisler (Buhârî, "Mezâlim", 33; İbn Mâce, "Hudûd", 21; Ebû Dâvûd, "Sünnet", 32) bu delillerin başında gelir. Ayrıca Hz. Peygamber'in meşrû müdafa ile ilişkili bazı somut olaylar üzerine söylediği sözlerle (Buhârî, "Hudûd", 40, "İkrâh", 7, "Diyât", 15, 23; Müslim, "Li'ân", 16, 17; Nesâî, "Kasâme", 20, 48) kişinin din kardeşinin namusunu korumasını öven hadisleri (Tirmizî, "Birr", 20) bir kısım fıkıhî çıkarımlara dayanak kılınmıştır. Bazı müellifler, iyiliği emretme ve kötülükten sakındırma tavır ve eylemini özendiren âyetlerle (meselâ bk. Âl-i İmrân 3/104, 110; el-Hac 22/41; Lokmân 31/17) aynı veya yakın temayı işleyen, yine zarar vermeyi yasaklayan hadisleri de meşrû müdafaanın özel meşruiyet delilleri arasında zikrederler. Haksız saldırıya karşı şartları çerçevesinde müdafaada bulunmanın meşrû olduğu hususunda İslâm âlimleri arasında görüş ayrılığı bulunmamaktadır (İbnü'l-Murtazâ, V, 268; Abdülkâdir Ödeh, I, 474).

Fakihler, meşrû müdafaayı teklifi hüküm terminolojisi çerçevesinde ele alırken tecavüzün hangi değere yönelik olduğuna göre farklı kanaatler ortaya koymuşlardır. a) Cana saldırı halinde fakihlerin çoğunluğu canın korunması için meşrû müdafaayı vâcip saymıştır; bazı Mâlikî ve Şâfiîler'e ve Ahmed b. Hanbel'in mezhebinde üstün bulunan görüşe göre ise vâcip değil câizdir. Bu üç mezhebe mensup bir kısım fakihler fitne ortamında meşrû müdafaanın mutlak olarak câiz, normal zamanlarda mutlak olarak vâcip olduğunu belirtirler. b) Irza tecavüz halinde meşrû müdafaanın vâcip olduğu hususunda fukaha görüş birliği içindedir. c) Mala saldırı durumunda fakihlerin çoğunluğuna göre meşrû müdafaada bulunmak vâcip değil câizdir, saldırıya uğrayan isterse bunu defeder isterse etmez. Şâfiî fakihlerinin birçoğu ise can taşıyan bir mal, kısıtlı malı, vakıf malı veya emanet edilmiş mal gibi kişinin kendine ait olmaksızın elinde bulundurduğu, kişinin

kendine ait olmakla beraber rehin veya kira gibi bir akdî bağ sebebiyle başkasının hakkıyla ilişkili bir mal söz konusu olduğunda saldırıyı önlemek için meşrû müdafaanın vâcip olduğu kanaatindedir.

Unsurları ve Şartları. Meşrû müdafaadan söz edilebilmesi için bir saldırı ve bu saldırıya karşı yapılan bir savunmanın bulunması, meşrû müdafa hükümlerinin uygulanabilmesi için de bu unsurlardan her biriyle ilgili bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir.

I. Saldırı Unsuru. Bu unsurun varlığından söz edilebilmek için hukuk tarafından korunan bir hakka zarar verecek veya tehlike meydana getirecek şekilde ve ölçüde bir hareketin bulunması gerekir. Bu nitelikteki hareket aynı zamanda saldırının maddî unsurunu teşkil eder. Basit veya ağır olması saldırının mahiyetini değiştirmez ve bunun derecesi hakkında belli bir ölçü yoktur. Önemli olan müdafaanın saldırıyla orantılı olması ve bu sınırı aşmamasıdır. Saldırının -kasıtlı suçlarda söz konusu olabilen- mânevî unsuru hakkında da isnat yeteneği bulunmayan kişiler bakımından önemli görüş ayrılıkları vardır (aş. bk.). Isnat kabiliyeti bulunan kişiler bakımından mânevî unsuru etkileyen bir husus, şakayla silâh çekme örneğinde olduğu gibi tecavüz kastı olmaksızın harekete böyle bir görünüm verme durumudur. Bu meselede genellikle kabul gören ölçü halin delâletine göre hareketin ciddilik izlenimi verip vermemesidir. Yine saldırının gerçek olmayıp karşı tarafça öyle algılandığı durumlarda ağırlıklı görüş, meşrû müdafaadan söz edilebilmesi için müdafaaya başvuranın bu hususta güçlü bir kanaate sahip olması ve algılamasını haklı kılacak mâkul bir durumun bulunması gerektiği yönündedir. Günümüz ceza hukuku incelemelerinde, gerçekte var olmayan bir hukuka uygunluk sebebinin fâil tarafından mevcut zannedilmesi kapsamında ele alınan bu mesele daha çok hata kavramı esas alınarak değerlendirilmektedir. Tecavüzün fiilen başlayıp başlamadığı meselesi kısmen saldırının gerçek olup olmadığı konusuyla kesişir. Fakat bu, saldırı unsurunun varlığından çok meşrû müdafa hükümlerinin uygulanabilirliğine ilişkin bir husus sayıldığından saldırının halen var olması şartı çerçevesinde incelenir (aş. bk.). Saldırı genellikle icrâ bir hareket biçiminde gerçekleşmekle beraber bazan ihmal şeklinde olabilir. Meselâ başkasını öldürme kastıyla hapsedip aç susuz veya şiddetli soğukta bırakmak suretiyle onun ölümüne

yol açan kimse fakihlerin çoğunluğuna göre kasten adam öldürmüş sayılır; İmam Ebû Hanîfe ise bu konuda illiyet bağıyla ilgili farklı bir açıklama yapar. Buna göre İslâm hukukçularının çoğunluğunca ihmalî suçlara karşı da meşrû müdafaâ yapılmasının kabul edildiği söylenebilir (Dâvûd el-Attâr, *Tecâvüzü'd-difâ'i's-şer'î*, s. 144-145; M. Seyyid Abdütttevâb, s. 158-159).

1. Saldırının Haksız Olması. Hukuk düzeninin müsaade ettiği veya görev olarak yüklediği bir eylemin yapılması haksız diye nitelenemez. Zira bu durumda kişi ya hakkını kullanmakta veya görevini yerine getirmektedir. Meselâ eğitim (te'dip) hakkının verdiği yetkiye dayalı olarak ebeveynin veya öğretmenin eğitim amaçlı ve mâkul ölçüdeki hareketi hukuk düzeninin izin verdiği bir eylemdir; infazda bulunan cellâda bu eylemi yapması hukuk düzenince görev olarak verilmiştir. Fiilin bu niteliğini koruması için hukukun belirlediği çerçevede kalması gerekir (Buhûtî, *Şerhu münthe'l-irâdât*, III, 305). Saldırının haksız olması şartıyla ilgili önemli bir tartışma konusu, isnat yeteneği bulunmayan kişilerden gelen tecavüze karşı yapılan savunmanın meşrû müdafaâ sayılıp sayılmayacağı meselesidir. Günümüz ceza hukuku incelemelerinde de ciddi görüş ayrılıklarına yol açan bu meselede İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre meşrû müdafaâ hükümlerinin uygulanması gerekir; yani akıl hastası gibi isnat kabiliyeti bulunmayan bir insanın saldırısına uğrayan kimse meşrû müdafaâ şartları içinde onu öldürdüğü veya zarara uğrattığında cezaî ve hukukî açıdan sorumlu olmaz. Şöyle ki: Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre meşrû müdafaadan söz edebilmek için saldırının kendisine ceza tertip edilecek bir suç teşkil etmesi şart olmayıp fiilin haksız olması yeterlidir; bunun hukuk nazarında yükümlü sayılan veya sayılmayan kimselerden gelmesi arasında fark gözetilmemelidir. Ebû Yûsuf'a göre isnat yeteneği bulunmayan kişiye ceza verilme de saldırısı suç niteliğinde olduğu için bu durum onun hukukun korunmuşluğunu (ismet) ortadan kaldırır; dolayısıyla meşrû müdafaâ şartları içinde öldürüldüğü takdirde öldürenin cezaî sorumluluğu olmadığı gibi hukukî sorumluluğu da olmaz, yani diyetini ödemesi gerekmez. Gerekece bakımından farklılık bulunmakla beraber Ebû Yûsuf'un görüşü pratik sonuç açısından cumhurun kanaatıyla birleşmektedir. Ebû Hanîfe'ye ve Ebû Yûsuf dışındaki Hanefî

imamlarına göre ise meşrû müdafaadan söz edilebilmesi için saldırı cezalandırmayı gerektiren bir suç niteliğinde olmalıdır. Eğer saldırı isnat yeteneği bulunmayan bir kimseden gelmiş ve saldırıya uğrayan onu öldürmüşse öldürdüğü kişinin diyetini ödemekle yükümlüdür. Çünkü meşrû müdafaâ suçları (haksız saldırıyı) gidermek üzere meşrû kılınmıştır. Kûçüğün ve akıl hastasının fiili ise suç olarak nitelenemez. Bunların tecavüzü halinde saldırıya uğrayan "mülci" zaruret" esasına binaen mütecavizi öldürme, yaralama veya ona acı verme hakkına sahip olur; fakat bu gerekçe (ıztırar hali) ceza muafiyeti sağlasa da tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zira canlar ve mallar hukukun koruma altındadır ve şer'î mazeretler bu korunmuşluğu sona erdirmez. Benzeri bir tartışma, hayvanlardan gelen saldırıya karşı meşrû müdafaadan söz edilip edilemeyeceği hususuyla ilgilidir. Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezhepleri bu meselede de konuya saldırıya uğrayanın haksız bir durumla karşılaşması açısından baktıkları için saldıran hayvanı öldürmek veya zarara uğratmak zorunda kalan kimsenin hayvanın kıymetini ödemekle de yükümlü sayılmamasına, yani meşrû müdafaâ halinde olduğu için cezaî ve hukukî sorumluluğunun bulunmadığına hükmetmişlerdir. Hanefî mezhebi imamlarına göre ise meşrû müdafaada saldırının bir suç teşkil etmesi esas alındığı ve hayvan fiilleri hakkında böyle bir nitelemeye imkân bulunmadığı için bu olayda ancak ıztırar halinden söz edilebilir ve saldıran hayvanı öldürmek zorunda kalan kişinin onun kıymetini ödemesi icap eder. Zira malın korunmuşluğu ilkesi bunu gerektirmektedir. Isnat kabiliyeti olmayan insandan gelen saldırı konusunda cumhurun vardığı sonuçla aynı kanaatte olan Ebû Yûsuf bu meselede diğer Hanefî imamları ile birleşmektedir. Hayvanın bir kimsenin kişikirtması yoluyla saldırması halinde ise meşrû müdafaanın söz konusu olacağı noktasında görüş ayrılığı yoktur. Çünkü bu durumda hayvanın saldırı aracı konumunda olduğu açıktır. Saldırıya uğrayanın buna kendi hareketiyle sebebiyet vermesi ve hakkını kullanan veya görevini ifa edenin hukukun belirlediği sınırı aşması durumlarında saldırının haksız sayılıp sayılmayacağı, yine saldırıya uğrayanın meşrû müdafaâ sınırında durmaması halinde diğer taraf için meşrû müdafaâ hakkının doğup doğmayacağı gibi meseleler de bu şartla bağlantılı konular arasında yer alır.

2. Saldırının Hukukun Korunan Bir Hakka Yönelik Olması. Mukayeseli hukukta bu konuda iki değişik telakki üzerinde durulur. Roma hukuku, meşrû müdafaayı yalnız kişilerin doğuştan sahip oldukları haklarla sınırlı kabul ettiğinden bu hukukun etkisinde kalan kanunlar meşrû müdafaaya konu olabilecek hakları nefis ve ırz ile sınırlı tutmuştur. Germen sistemi ve onun etkisinde hazırlanan kanunlarda ise bu yararlar geniştir. Sınırlı hakları kabul eden sistem daima eleştirilmiş olup günümüz ceza kanunları meşrû müdafaada korunan hak bakımından bir ayırım yapmama eğilimindedir. İslâm hukukçuları kişinin gerek kendi canı, namusu ve malına gerek başkasının canı, namusu ve malına yönelik bir saldırıya karşı meşrû müdafaada bulunabileceği hususunda fikir birliği içindedir. Hatta saldırının bizzat saldıranın canına ve malına yönelik olması durumunda da meşrû müdafaâ yapılabilir. Meselâ bir kimse kendini öldürmeye veya yaralamaya yahut malını telef etmeye teşebbüs ettiğinde bunu önlemek üzere yapılan müdahale de bir tür meşrû müdafaâ sayılır (Zekeriyyâ el-Ensârî, VIII, 424-425; Abdülkâdir Üdeh, I, 479).

3. Saldırının Halen Var Olması. Savunmanın saldırıyla eş zamanlı olması gerekir. Zira gelecekteki bir saldırıyı önlemek üzere yetkili mercilere başvurmak veya başka bir yolla bundan kaçınmak imkânı vardır; saldırı olup bittikten sonra gösterilen tepki ise meşrû müdafaâ değil ölç alma olur. Fakat bu şartı tecavüzün fiilen başlamış olması şeklinde dar bir yorumla tâbi tutmak yanlış sonuçlara götürebilir. Şöyle ki, objektif olarak başlayacağı muhakkak olan veya bitmiş olmakla beraber tekrarlanacağından endişe edilen bir saldırının halen var olduğu kabul edilmezse meşrû müdafaâ anlamsız hale gelir.

II. Savunma Unsuru. Bu da maddî ve mânevî olmak üzere ikiye ayrılır. Maddî unsur, saldırıya uğrayanın veya bir başkasının saldırıyı defetmek için ortaya koyduğu maddî eylemdir. Fakihler, meşrû müdafaada ne tür fiillerle saldırıya tepki verilebileceği konusu üzerinde ayrıntılı biçimde durmuşlar, fakat belirli bir eylem türünü şart koşmamışlardır. Buna göre saldırıyı ortadan kaldırma veya durdurma özelliğini taşıyan her fiil bu kapsama girer. Ele alınan örneklerde söz konusu olan sınırlandırıcı ölçüler ise savunma ile saldırı arasında bir oranın bulunması şartına ilişkindir. Öte yandan saldırıda oldu-

ğu gibi savunmanın da genellikle icraî bir hareket şeklinde olsa bile bazan ihmal yoluyla, yani normal durumlarda yapılması gerekeni yapmayarak gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekir. Tecavüze uğrayan kimsenin saldırana karşı bir eylemde bulunmamakla beraber ona saldırmak üzere koşan köpeğe müdahale etmemesi bu duruma örnek gösterilebilir. Mânevî unsur, savunma eylemiyle saldırıyı defetme veya durdurmanın amaçlanmış olmasını ifade eder. Fakihlerin tecavüzle müdafaa arasında oran bulunması şartıyla ilgili açıklamaları, müdafaa eyleminin savunma amaçlı olması gerektiğini gösterdiği gibi bazı âlimler saldırıya uğrayanın öldürmeyi hedefleyemeyeceğini, sadece saldırıyı defetmeyi amaçlaması gerektiğini belirtmişlerdir (İbn Şâs, III, 354). Bu unsurla bağ kurulabilecek bir konu da fâilin hukuka uygunluk sebebinin varlığından haberdar olmaması halinde bundan yararlanıp yararlanamayacağı meselesidir. Günümüz ceza hukuku doktrin ve uygulamalarında tartışmalara yol açan bu meselede sübjektivist teori taraftarları kural olarak bu soruya olumsuz, objektivistler ise olumlu cevap vermekte ve mefruz suçta ait kuralların uygulanması gerektiğini düşünmektedir.

1. Savunmada Zorunluluk Bulunması. Meşrû müdafaa hukuka uygunluk veya cezasızlık sebebi sayılmasındaki temel gerekçe, saldırıya uğrayan kimsenin başka şekilde saldırıyı önleyememesi ve hukukça tanınan hakkını koruyamama durumunda kalması olduğundan haklı savunmadan söz edilebilmesi için müdafaa zorunluluk bulunması şarttır. Tecavüze uğrayan kimse, hukuktan tanınan menfaatlerinden fedakârlık etmeden savunma yapmaksızın saldırıdan kendini koruyabilecek durumda ise veya saldırının başka şekilde uzaklaştırılması mümkünse meşrû müdafaa hakkı doğmaz. Fakat bu konuda kesin ve mutlak bir ölçü geliştirmek mümkün olmayıp bir yandan müdafaa iten saldırının şiddeti, kesin ve kararlı olup olmadığı, öte yandan müdafaa hareketinin şekli, güçlülük derecesi, savunmayı yapanın sahip olduğu araçlar, imkânlar ve içinde bulunduğu ruh hali incelenerek zorunluluğun bulunup bulunmadığı hakkında ve her olay için ayrı bir değerlendirme yapılması gerekir. Fıkıh mezheplerinin hemen hepsinde, meşrû müdafaa hükümlerinin uygulanmasında savunma eyleminin saldırıdan kurtulmak için yegâne yol olma özelliğini taşımasını şart koşulduğu görülür. Bu şartın

gerçekleşmiş sayılıp sayılmaması konusunda saldırıya uğrayanın önce çevreden yahut yetkili kamu görevlilerinden yardım istemesinin hangi durumlarda gerekli olduğu, bilhassa olayın şehirde veya insanların bulunmadığı tenha yerlerde, gece veya gündüz meydana gelmesi gibi ihtimaller üzerinde özel olarak durulmuş, ayrıca bazı fakihlerce konuya ilişkin bir hadise dayanılarak önce saldırganla konuşulması, hatta vazgeçmesi için ricada bulunulması gerektiği ileri sürülmüştür (M. Seyyid Abdütevâb, s. 234-237). Fıkıh eserlerinde yer alan, çevreden ve özellikle kadından yardım istemeye dair örnek ve hükümler değerlendirilirken bunların ateşli silâhların bulunmadığı dönemlere ait açıklamalar olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu şartla ilgili tartışmalı konulardan biri, saldırıya uğrayanın kaçarak kurtulma imkânı varken kaçmayıp kendini savunması halidir. Batı ceza hukuku doktrinlerinde tecavüze uğrayanın kaçması mümkünse bu imkânı kullanması gerektiğini düşünenlerden bir kısmı bu görüşü mutlak biçimde savunurken çoğu, bu zorunluluğu hukukten korunan yararlarından fedakârlık etmeden kaçma haliyle sınırlı tutar. Saldırıya uğrayana kaçma vebesi yüklenemeyeceğini düşünenler de bunu farklı gerekçelerle açıklarlar. Eski dönemlerdeki tahlillerde şeref ve itibarın korunması gerekçesi ağır bastığından saldırıya uğrayanın soylu veya toplumda belirli mevki sahibi bir kimse olup olmadığı kriterine önem verilmiştir. Günümüzdeki açıklamalarda ise tecavüze uğrayan kişinin sadece hakkını değil meşrû müdafaa müessesesinin temelinde yatan düşünceyi ve hukuk düzenini de savunduğu fikri ağır basmaktadır. Fıkıh eserlerinde tartışılan bu meselede bakış açlarına göre farklı çözümler önerilmiştir. Bu görüşler tahlil edildiğinde şu iki nokta üzerinde önemle durulduğu görülür: **a)** Hukukten tanınan bir hakka saldırı olduğunda bunu defetmek için tepki gösterilmesi meşrûdur, saldırıya uğrayan kişiden herhangi bir hakkından feragat etmesi istenemez. **b)** Haksız saldırıya uğramak kişiye kayıtsız şartsız fiili tepki gösterme hakkı bahşetmez; tepkiyi zorunlu kılan bir tecavüz halinin bulunması gerekir. Fakat bu iki ilkenin dengelenmesinde, başka somut bir zarara yol açmasa bile sırf kaçmış olmanın şeref ve itibarın zedelenmesine yol açıp açmayacağı, hakkın korunması için çaba sarfetmemenin hukuk düzenini zaafa uğratıp uğratmayacağı ve kaçma halinde saldırıdan zarar

görmeksizin kurtulmaktan ne ölçüde emin olunabileceği gibi hususlarda farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Savunmada zorunluluk bulunması şartının değerlendirilmesinde saldırı ile savunmanın eş zamanlı olup olmadığının belirlenmesi de önem taşır.

2. Savunma ile Saldırı Arasında Bir Oranın Bulunması. Meşrû müdafaa hükümlerinin uygulanabilmesi için savunmanın saldırıyı defedecek ölçüyü aşmaması gerekir. Aksi halde meşrû müdafadan değil ölçüsüz ve kanunsuz şahsî mücadeleden söz edilebilir. Müdafaaanın tecavüzle orantılı olması Kur'ân-ı Kerim'de açık biçimde şart koşulmuş (el-Bakara 2/194) ve bazı fıkıh eserlerinde tepki eyleminin olabildiğince en az düzeyde tutulması ilkesini belirten soyut ifadeler kullanılmıştır. Savunmada ifrata gidilmesi halinde o oranda hukuka aykırılığın söz konusu olacağı genel kabul gören bir noktadır. Sayılmakla beraber saldırı ile savunma arasındaki oranın tesbiti oldukça zor bir meseledir. Bunu belirlerken iki ayrı mukayese yapılabilir. **a)** Araçlar bakımından. Saldırıya uğrayanın saldırıyı defedecek, ancak en az zarar verecek vasıta ile ve kullanım biçimiyle karşılık vermesi kural olmakla birlikte mütecavizin kullandığı aracın aynısıyla mukabele etmesi zorunluluğu bulunmadığı gibi savunmanın başarısız kalacağı durumlarda en az etkili araç ve usulün değil daha etkili olanın seçilmesi savunma sınırının aşılması anlamına gelmez. Yine savunma yapanın bu dengeyi kurmak için bazı haklarından fedakârlık etmesi gerekli değildir. Aracın seçimine bakılarak meşrû müdafaa sınırları içinde kalınıp kalınmadığına hükmedilirken özellikle saldırının başlaması, yoğunluğu, saldırı ile savunma arasındaki zaman aralığı, gerek mütecavizin gerekse müdafaiin fizik özellikleri, cinsiyeti, saldırının zamanı ve mekânı, müdafaiin saldırıyı önlemeye yetecek derecedeki tepkiyi belirlemeye o andaki galip zannının ne olduğu gibi hususlar göz önüne alınıp her bir olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapılması gerekir. **b)** Konu bakımından. Saldırıya uğrayan hakla savunma yüzünden zarara uğratılan hak arasında bir oranın bulunması gerekirse de bu şartın mutlak biçimde uygulanması çok defa meşrû müdafaa müessesesinin işlemlerini engeller. Dolayısıyla meşrû müdafaaaya konu olan bir yararın korunması için daha önemli bir zarara zarar verilebilmesini kabul etmek gerekir. Öte yandan değerler arasındaki derecelendirmenin bir-

çok durumda izâfî olduğu inkâr edilemez. Meselâ mutlak bir sıralamada ırzın korunması yaşama hakkından sonraya konabilirse de ırza geçmeye yönelik bir saldırıda ırzı korumanın yaşama hakkından daha az değerli olduğu söylenemez ve saldırganın öldürülmesi meşrû müdafaa kabul edilir. Saldırı ile savunmanın orantılı olması şartıyla alâkalı bir konu öldürme şeklindeki tepkiye sınır getirilip getirilemeyeceği meselesidir. Bazı ceza kanunları bütün suçlar bakımından şartları içinde öldürmeyle mukabeleye cevaz verirken diğer bir kısmı bunu sadece belli suçlar açısından kabul etmektedir. İslâm âlimleri, şartlarını taşıyorsa ister cana ve ırza isterse mala karşı saldırılarda mütecavizin öldürülebileceği kanaatindedir. Arzisine başkasının hayvanları girmiş olan kimsenin hayvanları bırakıp onların sahibine karşı tepki göstermesi örneğinde olduğu gibi saldırandan başkasına yöneltilen savunmanın bir haksız saldırı teşkil edeceği açıktır; bazı müellifler bu durumu savunma ile saldırı arasında bir oranın bulunmaması şeklinde değerlendirirler. Fâilinin saldırıda bulunanın şahsında yanılması veya herhangi bir sapma dolayısıyla savunmanın saldırgandan başka bir kişide sonuç vermesi durumlarına ise hata ile ilgili kuralların uygulanması gerekir.

Şartlarını taşıyan meşrû müdafaa niteliğindeki bir fiile bağlanacak sonuç fâilinin kural olarak gerek cezaî gerekse hukukî açıdan sorumlu tutulmamasıdır. Saldırının bir hayvandan veya isnat yeteneğine sahip olmayan bir şahıstan gelmesi halinde de müdafinin cezaî açıdan sorumlu olmayacağı noktasında fikir birliği bulunmakla beraber -yukarıda açıklandığı üzere- tazmin sorumluluğu konusunda görüş ayrılıkları vardır.

BİBLİYOGRAFYA :

Buhârî, "Mezâlim", 33, "Hudûd", 40, "İkrâh", 7, "Diyât", 15, 23; Müslim, "Li'ân", 16, 17; İbn Mâce, "Hudûd", 21; Ebû Dâvûd, "Sünnet", 32; Tirmizî, "Birr", 20; Nesâî, "Kasâme", 20, 48; Şâfiî, *el-Üm*, VI, 26-29, 170-173; İbn Bâbeveyh, *Men lâ yahduruhû'l-fakîh* (nşr. Seyyid Hasan el-Müsevî el-Harsân), Beyrut 1401/1981, IV, 74-76; İbn Hazm, *el-Muhalââ*, XI, 307-309, 313-315; Kâsânî, *Bedâ'î*, VII, 92-93; İbn Şâs, *'İk-dû'l-cevâhiri's-semîne* (nşr. M. Ebû'l-Ecfân - Abdülhafız Mansûr), Beyrut 1415/1995, III, 353-355; İbn Kudâme, *el-Muğnî* (nşr. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî - Abdülfettâh Muhammed el-Hulv), Riyad 1419/1999, XII, 528-541; Karâfî, *el-Furûk*, Beyrut, ts. (Âlemü'l-kütüb), IV, 183-188; M. Ali b. Hüseyin, *Tehzîbü'l-Furûk* (Karâfî, *el-Furûk* içinde), IV, 210-213; Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Tebyinü'l-hakâ'ik*, Bulak 1315, VI, 110-111; İbnü'l-Murtazâ, *el-Bahrü'z-zehhâr*, San'a 1409/1988, V, 268-269; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, X, 232-233; Zekerîyyâ el-Ensârî, *Esne'l-meâlîb* (nşr. M. M. Tâmir), Beyrut 1422/2001, VIII, 424-434; İbn Hacer el-Heytemî, *Tuhfetü'l-muhtâc*, [baskı yeri ve tarihi yok] (Dâru Sadr), IX, 181-210; Şelebî, *Hâşiye 'alâ Tebyîni'l-hakâ'ik* (Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Tebyinü'l-hakâ'ik* içinde), VI, 110; Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-irâdât*, Beyrut, ts. (Âlemü'l-kütüb), III, 305; a.mlf., *Keşşâfü'l-kınâ'* (nşr. M. Emîn ed-Dannâvî), Beyrut 1417/1997, V, 132-136; Muhammed b. Abdullah el-Haraşî, *Şerhu Muhtaşarı Halil*, Beyrut, ts. (Dâru Sâdır), VIII, 111-113; Ömer Hilmi, *Mi'yârü Adâlet*, İstanbul 1301, s. 56-60; Eттаfeyyîş, *Şerhu Kitâbi'n-Nil ve şifâ'i'l'alil*, Beyrut 1392/1972, XIV, 479-502, 760-776; Abdülkâdir Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'iyü'l-İslâmî*, Beyrut, ts. (Dâru'l-kitâbi'l-Arabî), I, 474, 479; Cevâd Ali, *el-Mufaşşal*, V, 471-472, 630-631; Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, Ankara 1971, I, 22-48; II, 1-8, 21-48; Dâvûd el-Attâr, *ed-Difâ'u's-şer'î fi'l-şer'i'atü'l-İslâmiyye*, Beyrut 1401/1981; a.mlf., *Tecâvüzü'd-difâ'i's-şer'î: Dirâse mukârene*, [baskı yeri yok] 1402/1982 (el-Merkezü'l-İslâmî); M. Seyyid Abdüttewâb, *ed-Difâ'u's-şer'î fi'l-fıkhü'l-İslâmî*, Kahire 1983; Ahmed Fethî Behnesî, *el-Mes'ûliyyetü'l-cinâ'iyye fi'l-fıkhü'l-İslâmî*, Beyrut 1404/1984, s. 193-212; Yûsuf Kâsım, *Nazariyyetü'd-difâ'i's-şer'î fi'l-fıkhü'l-cinâ'î el-İslâmî ve'l-kânûnî'l-cinâ'î el-vaz'î*, Kahire 1405/1985; Abdülhamid eş-Şevâribî, *ed-Difâ'u's-şer'î ft dav'u'l-kazâ' ve'l-fıkh*, İs-

kenderiye 1985; J. A. Coriden v.dğr., *The Code of Canon Law: A Text and Commentary*, New York 1985; Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul 1986, II, 1-30, 107-156; Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukukunda Meşrû Müdafaa* (yüksek lisans tezi, 1988), AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, İstanbul 1992, II-III, 132-225; Pervin Ayazlı, *Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar (Damnum Iniuria Datum)* (doktora tezi, 1994), İÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 29-45, 202-210; Ayhan Hıra, *İslâm Hukukunda Meşrû Müdafaa* (yüksek lisans tezi, 2000), MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü; Abbas Şûmân, *'İsmetü'd-dem ve'l-mâl fi'l-fıkhü'l-İslâmî*, Kahire, ts. (Dâru'l-beyân); Bahir Orhan, "Müdafaa-yı Meşrûa ve Bunun Kanunlarımızıca Tarz-ı Telâkkisi", *Hukukî Bilgiler Mecmuası*, sene 1, Kânûnusânî 1927, s. 261-272; İsmail Doğanay, "Meşrû Müdafaa", *Adalet Dergisi*, XXXVIII/5, Ankara 1947, s. 385-399; Kutbettin Akkan, "Avrupa Hukukunda Meşrû Müdafaa", *a.e. L/7-8* (1965), s. 828-862; Abdullah Çolak, "İslâm Ceza Hukukunda Meşrû Müdafaa", *Ekev Akademi Dergisi*, VIII/19, Erzurum 2004, s. 135-156; Haim Hermann Cohn, "Penal Law", *EJd.*, XIII, 222-227; "Şiyâl", *MuF*, XXVIII, 103-112.



İBRAHİM KÂFİ DÖNMEZ

MEŞRUTA

(مشروطه)

Belli bir kullanıma
veya görevlinin ikametine
tahsis edilmiş taşınmaz vakıf.

Sözlükte "şart koşulmuş" anlamına gelen meşrûta kelimesi cami, kütüphane, sıbyan mektebi, tekke vb. vakıf eserlerinde çalışan imam, müezzin, hatip, kayyum, hâfız-ı kütüb, muallim, şeyh, türbedar, mütevellî, muvakkit ve müderris gibi görevlilerin barınması için vâkıf tarafından tahsis edilen odalar veya evler için kullanılmıştır. Günümüzün lojmanlarına teka-bül eden ve meşrûtahâne diye de anılan bu yapılar yalnız vakfiyede belirtilen amaç ve şartlara uygun olarak kullanılır, başka bir kişiye veya kullanıma tahsis edilmesine, kiralanmasına izin verilmezdi. İlk sahibi tarafından satılmamak şartıyla mirasçılarının kullanımına bırakılan ev vb. taşınmazlara da meşruta denilmiştir. Bu tür yapıların günümüze ulaşmış bir örneği, XVII. yüzyılın sonlarında Amcazâde Hüseyin Paşa tarafından Boğaz'da yaptırılan ve "meşruta yalı" olarak anılan sahilhânedir.

Meşrutalar genellikle barındırdıkları görevlilerin iş yerlerinin yakınında kurulmuştur. Nitekim birçok imam meşrutası caminin bahçesinde veya yakınındaki bir sokakta inşa edilmiştir. Meşrûtahânelerin sayısı vakfın büyüklüğüne ve gelir kaynaklarına göre değişmektedir. III. Selim'in



Âtîr Efendi
Kütüphanesi'nin
üç katlı kâgır
meşrutası