

## **OSMANLI CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ**

*Dr. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK\**

### **ÖZET**

İslam hukuk doktrinindeki suç genel teorisi ile ilgili hüküm ve tavsiyeler Osmanlı ceza hukukunda da aynen geçerli olmuştur. Bir fiilden dolayı faile ceza verilmesi için sadece o fiilin yasaklanmış olması yeterli değildir; yasaklanan fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olarak işlenmesi gerekir. Günümüz hukukunda olduğu gibi, İslam ve Osmanlı ceza hukukunda da, ortada bir hukuka uygunluk sebebi bulunuyorsa, suç oluşmaz. Osmanlı Hukuku'na göre, görevin ifası, meşru müdafaa, hakkın kullanılması, mağdurun rızası gibi hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde fiil hukuka uygun hale gelir ve fiili işleyen ceza sorumluluğu olmaz. Hakkın kullanılması kapsamına; tıbbi müdahaleler, tedip hakkının kullanılması, spor faaliyetleri, şikâyet, direnme ve eleştiri hakkı gibi hak-

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.  
Makale Geliş Tarihi:02.06.2018  
Makale Kabul Tarihi:22.11.2018

lar girmektedir. Bunlar sınırlı sayıda değildir; şartları oluştuğunda hakkın kullanılması niteliğindeki her meşru fiil bu kapsamda hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilir.

**Anahtar Sözcükler:** Hukuka Uygunluk, Suç, Ceza, Sorumluluk, Hak, Osmanlı.

## GROUNDS OF JUSTIFICATION IN OTTOMAN CRIMINAL LAW

### ABSTRACT

The provisions and recommendations related to the general theory of crime in Islamic law doctrine are valid in Ottoman criminal law. For a criminal to be fined for a crime, it is not enough that the act is forbidden; a prohibited act must also be committed in contravention of the law at the same time. Just as it is in today's law, in Islam and Ottoman criminal law, there is no crime if there is a ground of justification in the middle. According to Ottoman law, if there are grounds of justification with the law, such as the performance of the duty, self-defense, the exercise of the right, the consent of the victim, the verb becomes in compliance with the law and the actual person is not the criminal responsibility. The scope of the exercise of the right; medical interventions, the use of the right to resort, sports activities, complaints, resistance and the right to criticism. These are not limited; any legitimate act in which the right is exercised

when the conditions are met shall be considered as the grounds of justification with the law in this context.

**Key Words:** Justification, Crime, Punishment, Liability, Right, Ottoman.

## GİRİŞ

Osmanlı ceza hukukunda suçun oluşabilmesi için kanuni, maddi, manevi ve hukuka aykırılık olarak sayabileceğimiz dört unsurun varlığı gereklidir. Suçun oluşabilmesi için İslam-Osmanlı Hukuku tarafından yasaklanan fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olarak işlenmesi, başka bir deyişle hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olmaması gerekmektedir. Osmanlı Hukuku'na göre, görevin ifası, meşru müdafaa, hakkın kullanılması, mağdurun rızası gibi hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde fiil hukuka uygun hale gelir ve fiili işleyen ceza sorumluluğu olmaz.

Osmanlı Devleti ceza hukuku alanında İslam Hukuku'nun temel esaslarına ve kurallarına aynen riayet etmiştir. İslam-Osmanlı Hukuku'nda hukuka uygunluk sebeplerinin meşruluğunu bizzat asli kaynaklar olan Kitap, Sünnet ve icmâ oluşturmaktadır. İslam Hukuku'nun kaynaklarından başka Osmanlı ceza hukukuna padişah kanunnameleri, şeyhülislam fetvaları ve Tanzimat sonrasında çıkarılan ceza kanunları da kaynaklık etmiştir. İslam Hukuku'nun orijinal bir uygulaması olan Osmanlı Ceza Hukuku'nda hukuka uygunluk sebepleri incelenirken öncelikle konunun İslam Hukuku'nda nasıl yer aldığına değinilecek sonrasında Osmanlı hukuki metinlerinden ve uygulamasından örnekler verilecek, son olarak da günümüz hukukuyla mukayesesi yapılacaktır.

### I. Genel Olarak

Bir suçtan dolayı faile ceza verilmesi için sadece o fiilin yasaklanmış olması yeterli değildir. İslam ceza hukukuna göre, yasaklanan bir

fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olarak işlenmesi gerekir. Başka bir deyişle, ortada bir hukuka uygunluk sebebi bulunuyorsa, suç oluşmaz.

Haram olan fiilin işlenmesini mübah/meşru hale getiren başka bir nassın bulunmaması gerekir. Hukuka uygunluk sebepleri (esbabü't-tebrîr/esbâbü'l-ibâha), fiilin haram olmaktan çıkıp mübah hale geldiği, hakkın kullanılması ve emrin/görevin ifası esasına dayanan durumlardır. Fiil mübah hale gelince, cezaî sorumluluk oluşmaz; çünkü cezaî sorumluluk öncelikle, haram olan, yasaklanmış bir fiilin işlenmesi esasına dayanır. Meşru müdafaa, tedip hakkının kullanılması, tıbbî müdahaleler, sportif faaliyetler, kanı heder sayılanların öldürülmesi yargı yetkilerinin kullanılmasında gibi hususlar hukuka uygunluk sebepleri arasında sayılabilir<sup>1</sup>.

*“Allah'tan başka ilah olmadığına ve benim de Allah'ın Resûlü bulunduğuma şahadet eden kimsenin kanı, üç hal dışında helal değildir: Muhsan (başından sahih bir evlilik geçmiş kişi) olduktan sonra zina, kısasen olmaksızın bir cana kıyma, dinden çıkıp cemaatten ayrılma”*<sup>2</sup> şeklindeki hadis, İslam hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin varlığını gösterir niteliktedir. İslam Hukuku'nda özel durumlar gereği niteliği itibariyle yasak olan bazı fiillerin işlenmesine izin verilmiştir; çünkü kişilerin veya toplumun maslahatı, bu serbestiyi gerekli hale getirmiştir<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Üdeh, Abdülkadir, Mukayeseli İslam Ceza Hukuku 'Genel Hükümler', Cilt:1, çev. Ali Şafak, 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 490, 491; Esen, Hüseyin, İslam'da Suç ve Ceza, İstanbul, 2006, s. 49; Cin, Halil/ Akylmaz, Gül, Türk Hukuk Tarihi, 9. Baskı, Konya, 2017, s. 214; Çolak, Abdullah, “İslâm Ceza Hukukunda Meşrû Müdafaa”, Ekev Akademi Dergisi, Yıl:8, Sayı:19, 2004, s. 137.

<sup>2</sup> Buhari, Diyat 6; Müslim, Kasame 25, (1676); Ebu Davud, Hudud 1 (Akt. Esen, s. 48).

<sup>3</sup> Yiğit, Yaşar, “İslâm Ceza Hukukuna Göre Meşrû Müdafaa ve Hukukî Sonuçları”, Diyanet İlmî Dergi, Cilt:39, Sayı:1, 2003, s. 40.

Hukuka uygunluk sebepleri arasında bir derecelendirme yapmak mümkün değildir; bir olayda birden fazla hukuka uygunluk sebebi varsa bunların tamamı göz önünde bulundurulur. Hukuka uygunluk sebebi varsa fail saldırganı verdiği zarardan sorumlu olmaz<sup>4</sup>.

## II. Görevin İfası

Görev, kanundan veya amirin hukuka uygun emrinden kaynaklanır. Görevin kaynağı kanun ise “kanun hükmünü yerine getirme”, bir amirin emri ise “amirin emrini uygulama” söz konusudur<sup>5</sup>. Görevini sınırları içinde yerine getiren kamu görevlilerinin fiili suç oluşturmaz<sup>6</sup>. Başka bir deyişle, kamu görevlilerinin, görevlerini ifası sırasında meydana gelen ölüm, sakat kalma gibi bir neticeden cezaî sorumlulukları bulunmaz. Ancak bu meslek mensuplarının, onlara isnadı mümkün olan bir kusur veya tedbirsizlikleri söz konusu olursa, bu durumda cezaî ve hukukî sorumlulukları bulunur<sup>7</sup>.

Cezaların infazı sırasında meydana gelen zararların suç oluşturmaması görevin ifası kapsamındadır. Osmanlı Devleti’nde muhtesibin, infaz memurunun, celladın görevini yerine getirirken verdiği zarar, ceza-

<sup>4</sup> “Cevâz-ı şer’î zamâna münâfi olur” Mecelle m. 91. Örneğin meşru müdafaada saldırganı öldürenin tazminat ödemesi gerekmez. Ancak hukuka uygunluk sebebinden yararlanan failin, üçüncü kişilere verdiği zarar hakkaniyet gereği tazmin edilmelidir (Avcı, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Konya, 2018, s. 219; Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Konya, 2014, s. 79).

<sup>5</sup> Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 295; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2017, s. 265.

<sup>6</sup> “Allah’ın kendisine emrettiği bir şeyi yapmamasından dolayı Peygamber’e suç isnat edilemez.” Ahzab, 33/38.

<sup>7</sup> Aydın, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, 14. Baskı, İstanbul, 2017, s. 172; Avcı, s. 221; Avcı, Genel, s. 87.

nın infazı içinde sayıldığı için, suç olmadığı gibi, bundan dolayı mahkûm ölse bile, suç teşkil etmez. Ancak verilen zarar, uygulanacak cezanın sınırlarından yukarıda ise, bu elbette suç oluşturur ve fail sorumlu olur. Görevli şahsın sorumlu olmayışı, yetkisi ve görevinin sınırları içinde kalmak şartıyladır; sınır aşılsa sorumluluk başlar. Örneğin, mahkûma suçundan dolayı *yüz celde* (sopa) vuran görevlinin celde cezasını uygulaması, mahkûmun ölümüne yol açsa da sorumluluk gerektirmez. Ancak görevli kişi, sınırı aşp *yüz bir* tane vurursa, sınırı aşması kasten veya hataen olması fark etmeksizin, sorumlu olacaktır. Sınır amirin emriyle aşılsa, sorumluluk amire ait olur. İdamına hüküm verilmiş olan kimse- nin öldürülmesi de suç teşkil etmez; ancak fail bu işte görevli olmayan kimse ise, ona tazir cezası verilir<sup>8</sup>.

1858 tarihli Ceza Kanunu'nun 42'inci maddesinde, kanun hük- münden kaynaklanan veya yetkili merciden çıkan infaz eyleminin görev gereği zorunlu olan bir emri yerine getirme suretiyle işlenen fiil kapsa- mında suç oluşturmayacağı ifade edilmiştir<sup>9</sup>.

Muhakeme anında ispatla ilgili sözler kazif suçunu oluşturmaz. Şahitlik, bir kamu görevi sayıldığından iki kişi, nikâhsız bir kadınla bir erkeği uygunsuz bir şekilde bir arada gördüklerini mahkemede beyan

<sup>8</sup> Ekinci, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, İstanbul, 2008, s. 334; Üdeh, s. 570; Cin, Halil/ Akgündüz, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku, Cilt:1, 3. Baskı, İstanbul, 1995, s. 307; Cin/Akyılmaz, s. 215.

<sup>9</sup> Madde 42/2: "*Hük-m-i kanuni veya merci-i kanunisinden sadır olup infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle ika edilen fiil cürüm addolunmaz.*" (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 536).

etseler, kazif suçu işlemiş olmazlar, aksine bu beyan nikâhsız olan kadın ve erkeğin tazir cezasına çarptırılmasını gerektirir<sup>10</sup>.

İslam Hukuku, genel ahlak ve adaba aykırılık oluşturan fiillerin önlenmesi görevini, toplum ve bireylere yüklemiştir<sup>11</sup>. Kötülükten vazgeçirme (nehy-i ani'l-münker) görevi, “genel meşru müdafaa” olarak nitelendirilmiş olup, kamu güvenliği ve kamu düzenini bozan saldırıları kapsamaktadır<sup>12</sup>. Bir çeşit ahlak zabıtası konumunda olan muhtesip, işlenip bitmiş bir suçu cezalandıramaz; ancak icra hareketleri devam eden suçu gerektiğinde güç kullanarak önleyebilir. Muhtesip için suçların önlenmesi bir görev, diğer vatandaşlar içinse bir yetkidir. Gönüllü muhtesiplerin, yani vatandaşların, suçüstü yakaladıkları suçluları sadece gözaltında tutma yetkisi varken, kolluk görevlisi olan muhtesip tazir cezalarını da infaz edebilir<sup>13</sup>.

Kötülüğü önleme görevinin yapılabilmesi için bazı şartlar aranmaktadır. Bunlar; kötülüğün o anda bulunması, kötülük denen şeyin araş-

<sup>10</sup> Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1967, Cilt: III, s. 229; Avcı, s. 221; Avcı, Genel, s. 87.

<sup>11</sup> “İçinizden hayra çağıran, iyiliği emredip kötülüğü meneden bir topluluk bulunsun.” Alü İmran, 3/104. “...İyilik etmek, fenalıktan sakınmak hususunda birbirinizle yardımlaşın, günah işlemek ve haddi aşmak üzerinde yardımlaşmayın.” Mâide, 5/2.

Hz. Peygamber de şöyle buyurmuştur; “Sizden biriniz, gördüğü kötülüğü eliyle düzeltsin (gerektiğinde zor kullanarak düzeltsin); gücü yetmezse diliyle düzeltsin; buna da gücü yetmezse kalbiyle buğzetsin (hoşlanmamak, kin duymak, öfkelenmek). Bu sonuncusu müminden beklenen vazgeçilmez bir harekettir” (Hamidullah, Muhammed, İslam Peygamberi, Cilt:2, çev. Salih Tuğ, İstanbul, 1993, No:1579, s. 993).

Hz. Peygamber’in bir başka hadisi ise şöyledir: “Sizler iyilikle emredin, kötülükleri yasaklayın. Böyle yapmazsanız, Allah en şerlinizi başınıza bela eder. Sonra en iyileriniz dualar ederse de bu duaları kabul bulmaz.” Buhari, İtisam, 13; Ebu Davud, İmare, 19 (Akt. Üdeh, s. 510).

<sup>12</sup> Üdeh, s. 528.

<sup>13</sup> Bilmen, III/330; Üdeh, s. 512-514; Avcı, s. 222; Avcı, Genel, s. 89.



tırmaya gerek olmayacak kadar açık olması ve var olan kötülüğün, önleme vasıtalarının en kolay ve basitiyle önlenbilmesidir. Muhtesip, kötülüğü önlemek için hafiften ağıra doğru önleyici tedbir kapsamında şunları yapabilir: Uyarmak, Allah korkusunu hatırlatarak öğüt vermek, azarlamak, örneğin, içkiyi dökmek gibi el ile müdahale edip düzeltmek, zor kullanmakla tehdit etmek, zor kullanmak ve son çare olarak silah çekmek (özellikle ridde, isyan ve hırabe gibi örgütlü suçların bastırılmasında gerekebilir). Muhtesip, durumun gerektirdiğinden fazla bir şey yaptığında, önlemleri ve araçları aşırı kullandığında meydana gelen fazladan, doğacak zarardan sorumlu olur<sup>14</sup>.

Günümüz hukukunda genel meşru müdafaa adı verilen bir konu bulunmamaktadır. Bugünkü kanunlar, iyiliği emretme ve kötülüğü önleme göreviyle ilgili genel anlamda kurallar koymamıştır. Uygulamada ancak belirli durumlarda söz konusu olabilmektedir. PVSK'a göre kolluk güçlerinin kamu düzeni ve güvenliğini korumak için gerekli önlemleri alabilmesi<sup>15</sup>, TCK'daki güvenlik tedbirleri ve Kabahatler Kanunu'nda yer alan kabahatlerden bazıları bu kapsamda değerlendirilebilir.

Emrin ifası da, görevin ifası kapsamında bahsedilmesi gereken bir hukuka uygun sebebidir. Kur'an'da ülülemre (emir sahipleri) itaat emredilmiş<sup>16</sup>, itaatın sınırı ise meşru emirler olarak belirlenmiştir. Kur'an'da yönetimleri altında bulunan kimseleri Allah yolundan uzaklaştıran grup-

<sup>14</sup> Kazıcı, Ziya, Osmanlılarda İhtisap Müessesesi, İstanbul, 1987, s. 16, 17; Üdeh, s. 519, 523-526; Avcı, s. 222; Avcı, Genel, s. 90.

<sup>15</sup> PVSK madde 16/2; “Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan oranda bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir”. Bu düzenleme, polis ile muhtesibin tedbir kapsamında yapabileceklerinin ne kadar benzediğini göstermektedir.

<sup>16</sup> Nisa, 4/59.

lara itaat yasaklanmış<sup>17</sup>, bunların verdikleri emirlerin hukuka uygunluğunun araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Hz. Peygamber de Allah'a itaatsizliği emreden amirlere itaati yasaklamıştır; bu sebeple verilen emrin hukuka uygunluğu memur tarafından denetlenmeli, hukuka aykırı emir yerine getirilmemelidir<sup>18</sup>.

Örneğin, yüz değnek cezasını infaz eden görevliye amiri yüzden fazla vurmasını emrederse ve emri alan kişi emri verenin emrine uyması gerektiğine inanır; fazlasının yasak olduğunu bilmezse sorumluluğu yoktur. Bu durumda sorumluluk emri verene aittir. Ancak cezayı uygulayan görevli, fazlasının yasak olduğunu biliyorsa sorumlu olur; bu halde kendisine verilen emir onu sorumluluktan kurtarmaz<sup>19</sup>.

Osmanlı Hukuku'nda emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebi sayılmış ve emri yerine getirenler hakkındaki şikâyetler işleme konulmamıştır<sup>20</sup>. Osmanlı'da da hukuka aykırı emir bağlayıcı değildir. Ebussuud Efendi, müstemenin zimmi aleyhine şahitliği konusunda padişah emri olsa bile bu emrin bağlayıcı olamayacağını şöyle ifade etmiştir:

<sup>17</sup> Ahzab, 33/64-68.

<sup>18</sup> Hz. Peygamber'in komutan olarak görevlendirdiği Abdullah b. Huzafe, emrinin savaşıldığını görünce, askerlere yaktığı ateşe girmelerini emretmiş, bazıları emre uymak gerektiğini düşünmüşler, bazıları ise: "Biz ateşten korunmak için Peygamber'e inandık" diyerek itaat etmemişler, haber Hz. Peygamber'e ulaşınca ateşe girmek gerektiğini söyleyenlere: "*Şayet ateşe girseydiniz kıyamete kadar bir daha çıkamazdınız*"; meşru olmayan emre itaat etmeyenlere de: "*Allah'a isyan olan hususlarda amire itaat yoktur, itaat meşru emirlerdir*" buyurmuştur (Buharî, Müslim, Ebû Davud, Tirmizî, <http://www.ayethadis.com/devleti-yoneten-kimseye-itaat/>, E.T. 21.11.2018; Avcı, s. 223). Üdeh, s. 572, 573; Avcı, Genel, s. 91.

<sup>19</sup> Üdeh, s. 570, 571.

<sup>20</sup> "Bir şeriri siyaseten katleden sabık Rodos Beyi Ali'den katledilenin kardeşinin diyet talebinin dikkate alınmamasına dair Rodos Beyine, İstinköy ve Seferihisar kadılarına yazılan 23.06.1560 tarihli hüküm için bakınız 4 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm:931 (Akt. Akman, Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul, 2004, s. 127).

“Nâ-meşru olan nesneye emr-i sultani olmaz”; yani, hukuka aykırı olan şey, sultanın emri ile gerekli olmaz<sup>21</sup>.

1876 tarihli Kanun-ı Esasî'nin 41'inci maddesinde de bu durum, “Memurun âmirine hürmet ve riayeti lâzımeden ise de itaati kanunun tâyin ettiği daireye mahsustur. Hilâfî kanun olan umurda amire itaat mes'uliyetten kurtulmağa mecbur olamaz” şeklinde ifade edilmiştir<sup>22</sup>. Yani memurun amirine uyması lazım ise de itaati kanunun belirlediği sınırlarda olmalıdır; memur, kanuna aykırı işi yapınca, amire itaat sebebiyle sorumluluktan kurtulamaz.

İslam ve Osmanlı Hukuku'nun emrin ifası konusundaki hükümleri, günümüz hukukuna benzer niteliktedir. Ancak İslam Hukuku'nda emrin ifasıyla ilgili asker olanla olmayan arasında bir ayırım yapılmamıştır. 1982 Anayasası'nın 137'inci maddesinde “kanunsuz emir” başlığı altında emrin ifası düzenlenmiş ve üstünün hukuka aykırı emrini yerine getirmek istemeyen görevlinin bunu amire bildirmesi, bunun üzerine amirin ısrar etmesi halinde emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulacağı; ancak konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilmeyeceği, aksi halde emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmiştir.

İslam-Osmanlı Hukuku'ndaki görevin ifası hukuka uygunluk sebebi, günümüz hukukunda da “kanun hükmünü yerine getirme” başlığı altında ceza kanununda düzenlenmiştir. TCK madde 24/1'e göre, “kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez”. Burada kanun kelimesi-

<sup>21</sup> Avcı, s. 223; Avcı, Genel, s. 92.

<sup>22</sup> 1876 Tarihli Kanun-ı Esasi, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/kanunuesasi.html>, (E.T. 29.05.2018).

nin kapsamına tüm düzenlemeler, kanunlar, tüzük, karar ve yönetmelikler girmektedir<sup>23</sup>.

TCK madde 24/2’de, “*yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*” ifadesiyle emrin ifası düzenlenmiştir. Ancak emrin ifası günümüz ceza hukuku kaynaklarında bir hukuka uygunluk sebebi değil, bir tür kusurluluğu kaldıran mazeret sebebi olarak yer almaktadır<sup>24</sup>. Zaten İslam-Osmanlı Hukuku’na göre de emrin ifasının mutlak bir hukuka uygunluk sebebi olmadığından, meşru olmayan emirlere uyulması halinde sorumluluğun devam ettiğinden yukarıda bahsetmiştik. Bu sebeple emrin ifası konusunun da TCK’da benzer şekilde düzenlendiğini söylemekte bir sakınca yoktur.

### III. Meşru Müdafaa

Meşru müdafaa (def’-i sâil)<sup>25</sup>, hukuken koruma altında bulunan bir hakka yönelik haksız bir saldırıyı bununla orantılı bir güç kullanıp durdurmak veya ortadan kaldırmaktır. Başka bir deyişle, meşru müdafaa, failin hukuka aykırı fiili, kendisini (canını, ırzını veya malını) korumak için işlemiş olmasını ifade etmektedir<sup>26</sup>. Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi Osmanlı Hukuku’nda da meşru müdafaa halinde gerçekleştirilen fiil sebebiyle kişiye ceza verilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu hukuka

<sup>23</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 268.

<sup>24</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 377-390.

<sup>25</sup> Meşru müdafaa terimi karşılığında, Batı dillerinden Fransızca’da, “*legitime defense*”, Almanca’da “*notwehr*”, İngilizce’de “*in self defence*”, Latince’de de “*vi vim illatam defendere*” terimleri karşılığında kullanılmaktadır. Fıkıh kaynaklarında ise, meşru müdafaa karşılığında, “*ed-Difâu’ş-Şer’î*” ve “*def’-i sâil*” terimleri kullanılmaktadır (Yiğit, s. 39).

<sup>26</sup> Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 241.

uygunluk sebebinin özünü, “*Haram ay, haram aya karşılıktır. Dokunulmazlıklar karşılıklıdır. Kim size saldırırsa siz de ona onun size saldırdığı gibi saldırın*” diyen ayet oluşturmaktadır<sup>27</sup>. Can ve namusun korunması için meşru müdafaa vacib (görev) iken, malın korunması için caizdir<sup>28</sup>.

En önemli hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan meşru müdafaa, işlenen ve hukuken yasaklanmış bir fiilin suç olmasını engeller. Naslar tarafından normal hallerde suç sayılan fiiller, meşru müdafaa gibi hukukî bir sebebe dayanılarak işlenirse suç sayılmazlar. Adam öldürmeyi yasaklayan ve bir kimseyi öldürmenin bütün insanlığı öldürmek gibi olduğunu bildiren ayetlere<sup>29</sup> karşılık, meşru sebepler bulunduğu takdirde ölüm cezasının uygulanmamasından bahseden ayetler<sup>30</sup> de bulunmaktadır.

<sup>27</sup> Bakara, 2/194.

<sup>28</sup> Üdeh, s. 493, 495; Cin/Akgündüz, s. 307; Ekinci, s. 334; Avcı, Genel, s. 80, 81; Yurtseven, Yılmaz, “İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşru Müdafaa”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Cilt:1, İstanbul, 2016, s. 758; Yiğit, s. 39; Çolak, s. 138. Hz. Peygamber, “*canı, dini, namusu ve malı korumak için meşru müdafaa yaparken (saldırgan tarafından) öldürülenler şehittir*” buyurarak saldırıya uğrayanları meşru müdafaa yapmaya teşvik etmiştir (Ebu Zehra, Muhammed, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, Cilt:1, İstanbul, 1994, No:551, s. 463; Üdeh, s. 493).

<sup>29</sup> “*Kim bir cana karşılık (kısas cezasının infazı) veya yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya karşılık olmaksızın (haksız yere) kasten insan öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur.*” Maide, 5/32.

“*Bir mü'minin bir mü'mini öldürmesi olacak şey değildir.*” Nisa, 4/92.

<sup>30</sup> “*Allah insanlara kendilerini başkalarına karşı savunma gücü vermeseydi yeryüzü çürüme ve yozlaşmaya uğrardı.*” Bakara, 2/251.

“*Kim ki kendisine yapılan saldırıya denk bir tepkiyle karşılık verdiği halde (yeniden) acımasızca kendisine saldırılırsa, Allah böyle birine mutlaka arka çıkacaktır.*” Hac, 22/60.

“*Haksız bir saldırıya karşı meşru müdafaa dayanışması sergileyenler hiçbir yolla sorumlu tutulmazlar.*” Şura, 42/41.

“*Haklı bir sebep olmadıkça, Allah'ın, öldürülmesini haram kıldığı cana kıymayın. Kim haksız yere öldürülürse, biz onun velisine yetki vermişizdir. Ancak o da (kısas yoluyla) öldürmede meşru ölçüleri aşmasın. Çünkü kendisine yardım edilmiştir.*” İsrâ, 17/33.

“*...Allah'ın dokunulmaz kıldığı cana kıymayın; haklı sebeple olursa başka.*” En'âm, 6/151.

“*Eğer inananlardan iki grup birbirleriyle savaşarlarsa aralarını düzeltin. Eğer biri ötekine karşı haddi aşarsa, Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar haddi aşan tarafa karşı savaşın.*” Hucurât, 49/9.

dır. Böylece yasak olan adam öldürme fiili hukuka uygun hale gelmektedir<sup>31</sup>.

Bir kimse, kendisine saldırıyı def edebilmek için müessir fiil işlese veya kendisini öldürmek üzere silaha davrananı öldürse meşru müdafadan söz edilir. “*Haksız bir saldırıya karşı meşru müdafaa dayanışması sergileyenler hiçbir yolla sorumlu tutulmazlar*” ayeti<sup>32</sup> ve Hz. Peygamber’in “*Hakikat, müminler, kötülük edenlere karşı birbirleriyle yardımlaşır*lar” hadisi<sup>33</sup> üçüncü kişi lehine meşru müdafanın da hukuka uygunluk sebebi olduğunu ve toplumsal dayanışma gereği kabul edileceğini bildirmektedir.

Meşru müdafanın oluşabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

1. Saldırı, haksız olmalı ve hukuken korunan haklara (cana, ırza veya mala) yönelik olmalıdır. Hukuki açıdan haklı bir gerekçeye dayanmayan saldırı, haksız sayılır; görevin yerine getirilmesi veya kişinin kendisine tanınan bir hakkı kullanması gibi hukuki dayanağı bulunan ve hak gereği yapılan eylemler, haksız saldırı kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, bir celladın idam cezasını infaz etmesi haksız bir saldırı değildir; buna karşılık meşru müdafaa söz konusu olmaz. Saldırı, hukuk tarafından korunan bir hakka zarar verecek veya tehlike meydana getirecek şekilde bir hareket olmalıdır. Saldırı ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin, birini öldürme kastıyla şiddetli soğukta bırakan ve ölümüne sebep

<sup>31</sup> Üdeh, s. 489; Esen, s. 48; Ekinci, s. 334; Cin/Akyılmaz, s. 215; Yurtseven, s. 753; Yiğit, s. 40; Çolak, s. 140.

<sup>32</sup> Şura, 42/41.

<sup>33</sup> Ebu Davud, İmare, 36 (Akt. Üdeh, s. 494).

olan kimse, İslam hukukçuların çoğuna göre, kasten adam öldürme suçu işlemiş sayılır<sup>34</sup>.

2. Savunmada zorunluluk bulunmalıdır. Saldırıya uğrayan kişinin başka şekilde saldırıyı önleyememesi ve o anda devlet güçlerinden yardım istemesinin mümkün olmaması gerekmektedir. Örneğin, bağarmakla, yardım istemekle, saldırganı önlemek mümkünse, saldırıya maruz kalan onu yaralayamaz veya öldüremez; eğer bunları yaparsa sınır aşılmış olur ve hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaz<sup>35</sup>.

Saldırıya uğrayan kişinin kaçmasının saldırıyı önlemek için bir çözüm olup olmayacağı konusu, İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. İslam hukukçularının çoğunluğu, saldırıya uğrayanın kaçma imkânına sahipken, saldırgandan kaçmasının vacip (gerekli) olduğu görüşündedir. Diğerleri ise, saldırıya uğrayanın kaçmasının vacip olmadığını ifade etmişlerdir. Saldırıya uğrayan kişinin kaçması onun için ar vesilesi olmalı ve kaçma işi güvenlik içinde olmalıdır. Eğer kaçmanın kişinin kendisine veya başkasına vermesi muhtemel olan zarar, savunma yaparak saldırgana verdiği zarara eşitse veya ondan daha ağır ise saldırıya uğrayan kişi kaçmak zorunda değildir. Kişi, savunma yapınca daha fazla zarar göreceğine inanıyorsa kaçmalı, saldırganın kendisini takip edip yakalayıp daha büyük zarar vermesinden endişeliyse savunma yapmalıdır<sup>36</sup>.

3. Savunma ile saldırı arasında makul bir denge bulunmalıdır. Saldırıyı önlemek için gerektiği kadar güç kullanıp bunun başlı başına bir

<sup>34</sup> Dönmez, İbrahim Kafî, “Meşru Müdafaa”, DİA, Cilt:29, 2004, s. 384, 385; Üdeh, s. 498, 499; Avcı, Genel, s. 81; Aydın, s. 172; Ekinci, s. 334; Yurtseven, s. 759; Yiğit, s. 41; Çolak, s. 145.

<sup>35</sup> Üdeh, s. 502; Yurtseven, s. 759; Yiğit, s. 44; Çolak, s. 148, 149.

<sup>36</sup> Üdeh, s. 502; Yiğit, s. 44; Çolak, s. 149, 150.

saldırı teşkil etmemesi gerekir. Saldırmanı daha az bir zararla etkisiz hale getirme imkânı varken zaruretin ve halin gerektirmediği yollara başvurmak haklı savunma sınırını aşar ve sorumluluk doğurur. Savunmanın saldırıyla orantılı olması gereği Kur'an'da "adil karşılık" ifadesiyle (Bakara, 2/194) belirtilmiştir. Örneğin, saldırıya uğrayan, bir vuruşla saldırıyı etkisiz hale getirirse ikinci kez vuramaz. Eğer saldırıya uğrayan, etkisiz hale getirdiği kişiye ikinci kez vurduğunda onun bir yerini kırar veya öldürürse bu fiillerinden sorumlu olur<sup>37</sup>.

4. Meşru müdafaa ile saldırı arasında tam bir illiyet bağı bulunmalı ve aynı zaman diliminde gerçekleşmelidir. Savunma, haksız saldırıdan kaynaklanmalıdır. Saldırının halen devam ediyor olması gerekmektedir; aksi halde daha önce işlenen bir saldırıdan dolayı devlet görevlilerine şikâyet etmek yerine ona daha sonra karşılık vermek meşru müdafaa değil, kendiliğinden ihkâk-ı hak oluşturur ki bu da ayrı bir suçtur. Başlayacağına kesin gözüyle bakılan veya bitmiş olmakla beraber tekrarlanacağından endişe edilen bir saldırının halen var olduğu kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Meşru müdafaa'nın günümüz hukukundakiyle birebir aynı şartları gerektirdiği görülmektedir.

*"Bir kimse iznin olmadan seni gözetler, onu bundan men etmek için taş atar ve gözünü çıkarırsan sana günah (kisas ve diyet sorumluluğu) yok"* hadisine göre özel hayatın gizliliğini ihlal sayılan bir hareket

<sup>37</sup> Dönmez, s. 386; Üdeh, s. 503, 505; Avcı, Genel, s. 84; Yurtseven, s. 759; Yiğit, s. 45; Çolak, s. 150, 151.

<sup>38</sup> Üdeh, s. 500, 501; Aydın, s. 172; Ekinci, s. 334; Avcı, Genel, s. 83; Dönmez, s. 385; Cin/Akyılmaz, s. 215; Yiğit, s. 43; Çolak, s. 147.



karşılığında yapılan yaralama fiili meşru müdafaa kapsamında sayılmıştır<sup>39</sup>.

İslam Hukuku'nda mal için yapılan meşru savunma da caiz görülmüş ve izlenmesi gereken usul bir hadiste şu şekilde anlatılmıştır: “Bir adam Hz. Peygamber’e gelerek: ‘Ey Allah’ın Resulü! Birisi gelip malımı almaya kalkışsa ne yapayım?’ dedi. Hz. Peygamber: ‘Ona Allah’ı hatırlat’ cevabını verdi. Adam: ‘Buna rağmen eyleminden vazgeçmezse ne yapayım?’ demesi üzerine Hz. Peygamber, ‘İnsanlardan yardım iste, etrafında yardım edecek kimse yoksa devlet güçlerinden yardım iste!’ buyurdu. Adam: ‘Devlet güçleri de benden uzaksa ne yapayım?’ diye sorunca Hz. Peygamber, ‘malını koruyuncaya veya şehit oluncaya kadar mücadele et!’ buyurdu”<sup>40</sup>. Buna göre, bir kimse malını korumak için başka çare kalmaz ve birini öldürürse kendisine kısas cezası verilmez<sup>41</sup>.

Osmanlı Hukuku'nda meşru müdafaa ile ilgili verilen bir fetva şöyledir: “Zeyd, Amr’in ağzını yırtmak için parmağını Amr’in ağzına sokup çekerken Amr’a bir tarikla halas mümkün olmamakla Zeyd’in ol parmağını ısırip mecruh edip bade’l-bür’ parmağı amelmande olsa Amr’a taarruz olunmaz”<sup>42</sup>. Buna göre, ağzını yırtmak üzere elini soğan kişinin elini ısırın, meşru müdafaa dolayısı sorumlu tutulmaz.

Cana yönelik yapılan haksız saldırı fiiline yönelik başka bir fetva da şu şekildedir: “Zeyd, Amr’in üzerine katl (öldürme) kastıyla alet-i ca-

<sup>39</sup> Buhari, Edeb, 127 (Akt. Ebu Zehra, No: 229, s. 195; Üdeh, s. 504).

<sup>40</sup> Nesai, *Tahrir*, 21 (Akt. Canan, İbrahim, Kütüb-i Sitte, Cilt:13, s. 479).

<sup>41</sup> Canan, İbrahim, Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi, Cilt:13, Ankara, 1992, s. 497; Avcı, s. 220; Yiğit, s. 41.

<sup>42</sup> Abdurrahim Efendi, Fetava, I/330 (Akt. Avcı, Genel, s. 85).

*riha (kesici alet) ile hücum itdikde Amr, tarik-i ahar ile nefsinı tahlis mümkün olmamağla (başka türlü durduramamak ve hayatını kurtarmak imkânı olmamak) Zeyd'i katleylese Amr tazir olunur mu? el-Cevab: Olunmaz*<sup>43</sup>.

Miyâr-ı Adalet, madde 171/1'e göre, cana yönelik saldırıda meşru müdafaa kısas, tazir ve diyet sorumluluklarını düşürür. Aynı maddenin 2'inci fıkrasında ise, meşru müdafaa şartları oluşmamış veya sınır kasten aşılmışsa, kısas sorumluluğunun devam edeceği ifade edilmiştir. Madde 172/3'te, ırza yönelik saldırıya karşı savunmanın hukuka uygunluk sebebi olduğu belirtilmiş; 172/4'te de, en az 10 dirhem tutarı malın zorla alınmasına yönelik saldırıda malı zorla alınana meşru müdafaa hakkı tanınmıştır<sup>44</sup>.

Bozok Kanunnamesi'nin 9'uncu maddesinde, gece hırsızlık maksadıyla evine gireni öldüren ev sahibinin suçlu olmayacağı düzenlenmiştir. Dulkadiroğulları (Alaüddeve Bey) Kanunnamesi'nin 27'inci maddesi de meşru müdafaa hali şu şekilde belirtilmiştir: “Eğer öldürmek veya yaralamak kastına kovalasa kurtulmasa, dönse onu paralasa ya kolun sısı veya ayağın, hiç nesne yoktur”<sup>45</sup>.

1858 tarihli Ceza Kanunu'nun 42'inci maddesinde meşru müdafaa hali şu şekilde düzenlenmiştir: “Gerek kendisinin ve gerek başkasının canına ve onuruna yönelik başka türlü kaçınılması mümkün olmayan

<sup>43</sup> Demirtaş, Necati, Açıklamalı Osmanlı Fetvaları Fetavâ-yı Ali Efendi-Cild-i Sâni, Çatalcalı Ali Efendi, İstanbul, 2014, s. 448.

<sup>44</sup> Ömer Hilmi Efendi, Miyâr-ı Adalet, İstanbul, 1301, s. 55-57.

<sup>45</sup> Akgündüz, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, İstanbul 1990-1996, Cilt:I, s. 157, Cilt:VI, s. 224; Avcı, Genel, s. 86.

*haksız saldırıyı o anda defî zaruretiyle işlenen fiil suç sayılmaz. Yağmaya dönüşen hırsızlık veya soygunda hırsız ve soyguncunun başka suretle def edilmesi ve malın geri alınması mümkün olmazsa kendisini müdafaa ve o anda malını kurtarmak veya geri almak için işlenen fiil suç sayılmaz”<sup>46</sup>.*

İslam ve Osmanlı Hukuku’ndaki meşru müdafaa hükümlerinin, bugünkü hukuk sistemimizdeki meşru savunma hali hükümleri ile benzer niteliktedir. Günümüzde de savunma sınırlarını aşma durumu hariç, meşru savunmada bulunan kişi ceza hukuku açısından sorumlu tutulmaz. TCK madde 25/1’e göre, “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*”

#### **IV. Hakkın Kullanılması**

##### **A. Genel Olarak**

Hukuk düzeni bazen bir şahsa yetki verir ve hak tanır. Bu halde hak sahibinin menfaatlerine diğerleri karşısında üstünlük tanınmıştır. Hakkın kullanılması kapsamına; tıbbi müdahaleler, tedip hakkının kullanılması, spor faaliyetleri, şikâyet, direnme ve eleştiri hakkı vb. girmektedir. Bunlar belirli bir sayı ile sınırlı değildir; şartları oluştuğunda hakkın kullanılması niteliğindeki her meşru fiil bu kapsamda hukuka uygunluk

<sup>46</sup> Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 536; Akgündüz, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, 1986, s. 838.

sebebi olarak değerlendirilir. Bu tür hakların kullanılması halinde işlenen fiil hukuka uygun hale geleceğinden, cezai sorumluluk doğmaz.

Bir hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi olarak sayılabilmesi için; fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen ve hukuk düzenince kabul edilmiş bir hakkın varlığı gereklidir. Kullanılması bir izin alınmasına bağlı ise hakkın kullanılmasından söz edilemez. Ayrıca hakkın kullanılması ile işlenen suç arasında illiyet bağının olması ve hakkın kötüye kullanılmaması da diğer şartlardandır<sup>47</sup>.

TCK madde 26/1’de bu hukuka uygunluk sebebi “*hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*” şeklinde genel bir ifadeyle düzenlenmiş olup, bu hukuka uygunluk sebebinin uygulama koşulları ve nelerin hakkın kullanılması olarak kabul edileceği uygulama ve öğretiyeye bırakılmıştır. Hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilen belli başlı hukuka uygunluk sebepleri şunlardır:

### **B. Tıbbi Müdahaleler**

Tıbbi müdahale, yetkili sağlık personelinin bedensel, fiziksel, psikolojik açıdan ortaya çıkan rahatsızlıkları teşhis etmek, teşhise göre uygun tedavi metotlarını uygulamak, tedavinin imkânsız olması halinde hastalığı ve yan etkileri hafifletmek, hastalıktan koruyucu tedbirler almak amacıyla gerçekleştirdiği müdahalelerden oluşmaktadır. Tedavi amacı

<sup>47</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 296.

taşımayan bilimsel araştırma faaliyetleri ve ötanazi tıbbi müdahale kapsamına girmezler<sup>48</sup>.

İslam ve Osmanlı Hukuku'na göre, hasta ve yakınları tarafından talep edilmesi halinde tıbbi müdahale kesin bir görev (farz-ı kifâye) sayıldığından, hekim, müdahalesini yapması ile meydana gelen sonuçlardan sorumlu değildir; çünkü kural olarak farz olan bir iş, güvenlik şartıyla sınırlanamaz. Hekimlerin, hastanın veya yakınlarının rızasıyla ve tıbbi kaidelere uymak şartıyla yaptığı tedavi ve ameliyattan doğan zararlar suç oluşturmaz. Hekimin hastaya verilen zarardan sorumlu olmaması için ayrıca müdahaleyi yapanın hekim olması, iyi niyetli bulunması, tedavi kastıyla hareket etmesi ve fahiş hata yapmaması da gerekmektedir. Bu şartlardan herhangi biri bulunmadığında hekimin sorumluluğu doğar. Hastanın rızası alınacak durumda değilse ve kanuni temsilcisinin de rızasının alınma imkânı yoksa hâkimin izni gerekir; aksi halde hekim kötü bir durum geliştiğinde bundan sorumlu olabilir<sup>49</sup>.

Hekim, tedavisinde hata ettiğinde, hatasından sorumlu değildir; ancak fahiş hata söz konusuysa sorumlu olur. Fahiş hata, tıp ilmi metotlarının veya tıpla uğraşan ilim adamlarının kabul etmediği kusurdur. Hekimin taksiri sonucu hasta ölürse, onun diyetin yarısını ödemesi gerekir. Hekimin taksiri, tıp mesleğinin gereklerine uyup uymamasına göre belirlenir<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Zorlu, Süleyman Emre, "İslam ve Osmanlı Hukukuna Göre Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları", II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Cilt:1, İstanbul, 2016, s. 768.

<sup>49</sup> Üdeh, s. 537-539; Cin/Akgündüz, s. 307; Cin/Akyılmaz, s. 215; Ekinci, s. 334; Avcı, s. 227; Avcı, Genel, s. 102; Zorlu, s. 769-777.

<sup>50</sup> Ebu Zehra, No: 502, s. 422; Üdeh, s. 538; Avcı, Genel, s. 102.

Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde, hekim olmanın farklı yolları bulunmaktaydı. Hekim olmanın en resmi yolu Darüşşifalarda usta-çırak usulü yetişmektir. Bir başka yol, Osmanlı'da tıp eğitimi veren ilk ve tek medrese olan Süleymaniye Tıp Medresesi'nden mezun olmaktır. Bunların dışında üstat hekimlerden ders alma yoluyla, onların yapacağı imtihanı geçip, icazet almaları suretiyle de hekim olanlar vardı. Klasik Dönem Osmanlı'da hekimleri denetleme görevi muhtesiplere verilmiştir<sup>51</sup>. Osmanlı'da hekimlik mesleğinde acemi olanlar veya hekim olmayıp mesleği icra edenler için, üzerlerindeki şüphe ortadan kalkıncaya kadar herhangi bir zarar vermemeleri için gerekli önlemler alınır. Önleme için bu kimseleri insanlardan uzak tutacak tedbirler alınır ve bu tedbirler de yetersiz kalırsa hapsedilirlerdi<sup>52</sup>.

Tanzimat Dönemi'nde ise, Osmanlı Devleti tıbbi müdahaleyi kimlerin yapabileceğini "Tababeti Belediye İcrasına Dair Nizamname" ile hüküm altına almıştır. Buna göre, hekimlik mesleğini icra etmek isteyenlerin Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane'den mezun olmak veya icazetnamelerini Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane'ye kaydettirmeleri gerekmektedir<sup>53</sup>.

Osmanlı Devleti'nde cerrahi müdahale gerektiren tedavilerde hasta veya velisi, hekimle ilgili olarak müdahale öncesi kadı huzurunda beyanda bulunarak, bu müdahale ile ilgili aydınlatılmış onamın olduğunu, muhtemel komplikasyon halinde hekimden bir hak iddia etmeyeceğini beyan ederdi. Osmanlı'da rıza senetleri, aydınlatılmış onamı, komplikas-

<sup>51</sup> Bu husus, II. Bayezid döneminde 1502 yılında çıkarılan "Kanunname-i İhtisab-ı İstanbul el-Mahruse"de düzenlenmiştir: "*Ve dahi hekimlere ve attarlara ve cerrahlara muhtesibin hükmü vardır; görse ve gözetse gerektir*" (Akgündüz, Kanunnameler, Cilt:II, s. 296).

<sup>52</sup> Zorlu, s. 772-776.

<sup>53</sup> Düstur, Tertip I, Cilt:2, s. 814-816; Zorlu, s. 779.

yondan sorumsuzluk teminatını ve tedavi sözleşmesini içermekteydi. Hasta, kadı ve şühüdül-hâl huzurunda tıbbi müdahaleye rıza beyanını açıklardı; bu rıza iradesi ortaya konulurken hasta, öncelikle hastalığını dilinin döndüğünce, kendi bilgisine göre ifade eder, sonra da kendisine uygulanacak tedavi yöntemini belirtirdi. Tüm bu ifadeler de kadı tarafından kayda alınır<sup>54</sup>. Örneğin, idrar yolundaki taşın ameliyat ile çıkarılması için hastanın velisi konumunda olan babasının aydınlatılmış onamı, kadı tarafından mahkeme defterine kaydedilmiştir<sup>55</sup>.

987/1579 tarihli bir mahkeme kaydında veba hastası bir kişi, tedavi için hekimle 500 akçeye anlaştıklarını 200 akçesini peşin verdiğini, tedavi sırasında bir komplikasyon gelişirse hekimden bir taleplerinin olmayacağını beyan etmiş ve bu durum deftere kaydedilmiştir<sup>56</sup>.

Konuyla ilgili bir başka sicil kaydına göre, “*Neccar taifesinden Pereşkov veled-i Kirkor adlı zimmi, fitik olduğunu ve kendisini ameliyat edecek olan Yorgi veled-i Yani adlı cerrahtan şayet ölüm vuku bulursa mirasçılarının davacı olmayacağını beyan etmiştir*”<sup>57</sup>.

Diğer sağlık çalışanları da bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanır. Bir sağlık görevlisinin hastanın izniyle kan alması veya bir sünnetçinin bir çocuğu sünnet etmesi halinde, yapılan işlemler sonucu çocuk veya hasta ölmezse, kan alan ya da sünnet eden veya ettiren yaralama

<sup>54</sup> Avcı, s. 228; Zorlu, s. 788.

<sup>55</sup> 17 Rebiulahir 946/1539, Gaziantep Sicilleri, 2/282 (1079) (Akt. Akgündüz, Ahmet ve Heyet, Şer’iyye Sicilleri Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, Cilt:1, İstanbul, 1988, s. 224).

<sup>56</sup> İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 51 Numaralı Sicil (987-988/1579-1580), Haz. Rifat Günalan, İstanbul, 2010, s. 51.

<sup>57</sup> Kastamonu Şer’iyye Sicilleri 2 Numaralı Defter, 215 numaralı 11 Ramazan 1086 (29 Kasım 1675) tarihli belge (Akt. Avcı, Genel, s. 104).

suçundan sorumlu olmaz<sup>58</sup>. Osmanlı'da kırık çıkıkçılar, sünnetçiler, fitikçiler, eczacılar, hacematçılar gibi meslek grupları da tıbbi müdahalede bulunan sağlık çalışanlarından sayılır. Bu yüzden Osmanlı Hukuku'nda bu tür meslek mensuplarının tedavi amaçlı müdahaleleri de tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmiştir<sup>59</sup>.

Tıbbi müdahalenin serbestliği ve hekimin sorumsuzluğu konusunda günümüz hukukunda da benzer bir anlayış hakimdir. Hekimi sorumluluktan kurtaran şartlar da birbirine paralel niteliktedir.

Diplomasız hekimlerle mücadele, tıbbi müdahalenin tıp bilimi verilerine göre yapılıp yapılmadığının denetimi, hastanın aydınlatılmış onamının alınması gibi Osmanlı tıp hukuku uygulamaları da günümüz hukukunda bulunmaktadır.

### C. Tedip Hakkının Kullanılması

Anne-baba, çocuğu; efendi, köleyi terbiye ederken işlemiş oldukları fiillerden sorumlu değildir. Ancak bunların hakkın kullanılması kapsamına girebilmesi için tedip (yola getirme, uslandırma) ve terbiye sınırında kalmış olması gerekmektedir. Ebu Hanife'ye göre tedip, sırasıyla öğüt, terk, kulağı çekmek suretiyle yapılmalıdır; dövmeye gerek yoktur<sup>60</sup>.

İslam hukukçularının bir kısmı, hakkın kullanılmasına örnek olarak, babanın, annenin veya diğer velayet hakkına sahip kişilerin çocuğu

<sup>58</sup> Üdeh, s. 540; Avcı, s. 228; Avcı, Genel, s. 106.

<sup>59</sup> Zorlu, s. 769, 770.

<sup>60</sup> Ekinci, s. 334. Hz. Peygamber, dayağı genel olarak tasvip etmemiş ve “Allah'ın kullarını dövmeyin”; “Müslümanları dövmeyin” buyurmuştur (Ebu Davud, Nikah, 42; İbn-i Mâce, Nikah, 51, <http://www.ayethadis.com>, E.T. 21.11.2018).



dövmesi ve bundan beklenmeyen bir zararın meydana gelmesini gösterir<sup>61</sup>. Aralarında Ebu Hanife'nin de bulunduğu hukukçulardan oluşan grup, bu durumun suçun oluşmasına engel olacağını söylerler. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed gibi hukukçuların bulunduğu diğer grup ise, bu durumun suça engel olmayacağını ifade ederler<sup>62</sup>.

İşlenmesinden korkulan fiilden değil, işlemekte olduğu fiilin kötülüğünden dolayı çocuğun tedibi gerekir. Bu hak, buluş çağına ermemiş çocuklar üzerinde söz konusudur. Tedip için uygulanan dövme, çocukların terbiyesinde kabul edilen bir dövme ölçüsünde olmalı; uslandırma ve terbiye kastı olmalı ve bu kast aşılmamalıdır<sup>63</sup>.

Ebussuud Efendi'nin; *“Eve gelmediği, namaz kılmadığı ve devamlı şarap içtiği için dövülen çocuk ölse bile babasına bir yaptırım uygulanmaz<sup>64</sup>”* şeklindeki fetvası Osmanlı'da bu hakkın sınır aşılrsa da hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Kanuni Umumi Kanunnamesi'nin 27'inci maddesinde yer alan, *“Eğer bir kişinin oğlu genezlik (cinsi münasebet) etse baliğ... olmadıysa babası hıfz etmek lazımdır babası hıfz etmediği için kadı tazir ede ancak cürm alınmaya...”* şeklindeki hükme göre, tedip görevinin ihmali çocuk-

<sup>61</sup> İslam Hukuku'nda tedip amacıyla çocuğun dövülmesinde sınırın aşılmasını engellemek için bazı şartlar kabul edilmiştir. Buna göre, çocuk ancak kasten işlediği bir suç sebebiyle dövülebilir. Çocuk on yaşından küçükse hiçbir şekilde dövülemez; on yaşını dolduran çocuğa üç; buluşa yaklaşmış çocuğa en fazla on sopa vurulabilir. Çocuğun yüzüne, başına ve hayati tehlike oluşturacak yerlerine vurulamaz; kemik kırığı, dayak izi kalacak şekilde yaralanamaz (Avcı, s. 225; Avcı, Genel, s. 95).

<sup>62</sup> Üdeh, s. 535; Aydın, s. 172.

<sup>63</sup> Üdeh, s. 534, 535.

<sup>64</sup> Ebussuud, No: 178 (Akt. Avcı, s. 225).

ların bir suç işlemesiyle sonuçlanmışsa babanın cezalandırılması gerekir<sup>65</sup>.

Hz. Peygamber kölelerin efendileri tarafından haksız yere dövülmesini yasaklamış; “*Her kim kölesini haksız yere döverse, bu suçun kefaleti, mağdur kölenin azat edilmesidir*” buyurmuştur<sup>66</sup>.

Osmanlı’da had cezalarının infazı devletin yetkisindedir; efendi kölesine sadece tazir cezalarını infaz edebilir. 1851 tarihli Ceza Kanunu’nun üçüncü faslının 19’uncu maddesine göre, köleler ve cariyeler hakkındaki had cezalarının infazı devlete, tazir cezalarının infazı efendilere aittir<sup>67</sup>. Ancak infazda aşırılığa kaçılması dolayısıyla sonradan köleler hakkındaki tazir cezalarının infazı da devlete bırakılmıştır.

Öğretmen veya ustanın öğrenci ve çırağı tedip hakkı, veli veya vasinin iznine bağlı olarak tanınabilir. İzin verilmiş olsa bile sınırın aşılması suç oluşturur ve ölüm veya cismani zarar meydana gelmişse fail diyetten sorumlu tutulur<sup>68</sup>.

Günümüz hukukunda da velilerin çocukları üzerinde tedip haklarının bulunduğu kabul edilmekle birlikte, tedip sınırı Osmanlı Hukuku’na göre daha dar kapsamlı olarak değerlendirilir. Günümüz hukukunda ve Türk Ceza Kanunu’nda “tedip hakkı” yerine “terbiye hakkı” terimi kulla-

<sup>65</sup> Aynı hüküm I. Selim Kanunnamesi’nde de yer almıştır. Kanuni Kanunnamesi’nin 9’uncu maddesindeki, “*Eğer zinayı evli avret etse (eri reddeylemeyip kabul etse) cürmü eri vere (köftehorluk kınlığı)*” ifadesiyle, kadının tedip edilmemesi, dolayısıyla zina etmesi durumunda para cezasının kocasından alınması gerektiği belirtilmiştir (Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 296-370; Avcı, Genel, s. 94).

<sup>66</sup> Avcı, s. 226; Avcı, Genel, s. 98.

<sup>67</sup> Akgündüz, Mukayeseli, s. 831.

<sup>68</sup> Bilmen, III/115; Üdeh, s. 534; Avcı, s. 226; Avcı, Genel, s. 95.

nılmaktadır. Türk Medeni Kanunu, madde 339/2’de terbiye hakkını, “*çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür*” şeklinde ifade etmiştir.

Bir kimsenin, idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişiler üzerinde, belirli bir derecede disiplin yetkisinin bulunmaması durumunda bir kimseyi büyütmek, onu terbiye etmek veya bir meslek ve sanatı öğretmek mümkün değildir. Ancak disiplin yetkisinin sınırı, kişinin beden ve ruh sağlığını bozmayacak veya bunları tehlikeye atmayacak derecede olmalıdır. Örf ve adet hukuku gereği günümüzde de aile büyüklerinin çocukları terbiye etmek için birtakım tedbirler alabilmesi gerekir; bunlar çok hafif acı vermeler, hafif hakaret, hafif tehditler niteliğinde olabilir. Ayrıca alınan tedbirler; merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte olmaması gerekmektedir<sup>69</sup>.

Terbiye etmek ve disiplin altına almak yetkisinin sınırları içinde kalmak kaydıyla fiil suç teşkil etmez. Terbiye yetkisini kötüye kullanma suçu, mağdurun aklî ve bedenî hastalığına sebebiyet verildiği veya verilme tehlikesi doğurulduğu zaman gerçekleşir. TCK madde 232/2’de terbiye hakkının sınırı “*idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir*” hükmüyle düzenlenmiştir.

<sup>69</sup> Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, 2018, s. 483, 484.

#### D. Spor Faaliyetleri

Zihni ve bedeni kuvvetlendirici görüldüğünden, İslam dini spor faaliyetlerini teşvik eder<sup>70</sup>. Bugün spor faaliyetleri olarak tanımlanan aktivitelerin geneli fıkıh kitaplarında “*fürûsiyye*” terimi ile karşılanmaktadır. Spor faaliyetleri kapsamında, beden eğitimi, atlı sporlar, kayak yarıştırmak, ağırlık kaldırmak, ip çekiştirmek, güreş ve benzeri oyunlar girmektedir<sup>71</sup>.

Spor faaliyetleri sırasında spor kuralları içinde hareket edilmişse rakibin zarar görmesi durumunda bu faaliyetler hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Kural dışına çıkarak rakibe kasten zarar verilmişse, bu durumda fiili işleyen kasten işlenmiş suçtan sorumlu olur. Örneğin, güreşen iki kişiden biri diğerini dövmekle veya yere çarpmakla ölmesine sebep olursa diyetini ödemesi gerekir. Taksirle hareket edilmişse ve bu durum taksirle öldürme veya yaralama gibi bir suç oluşturuyorsa ceza sorumluluğu doğar; ancak taksirli hareketle suç oluşturmayan zararlı fiiller ortaya çı-

<sup>70</sup> “Onlara karşı gücünüz yettiği kadar kuvvet ve savaş atları hazırlayın. Onlarla Allah’ın düşmanını, sizin düşmanınızı ve bunlardan başka sizin bilmediğiniz fakat Allah’ın bildiği diğer düşmanları korkutursunuz. Allah yolunda her ne harcarsanız karşılığı size tam olarak ödenir. Size zulmedilmez.” Enfâl, 8/60.

<sup>71</sup> Hz. Peygamber’in bizzat kendisinin de koşu, ok atış, deve ve at yarışları düzenlediği bilinmektedir (Üdeh, s. 542). Ayrıca Hz. Peygamber, kişinin öğrendikten sonra atıcılık sporunu terk etmesini Allah’ın kendisine verdiği bir nimete karşı nankörlük etmesi olarak yorumlamış; çocuklara yüzmeyi öğretmeyi tavsiye buyurmuş; taşlarla ağırlık kaldırma müsabakası yapan kişileri müsamahayla karşılamıştır. Ebu Dâvûd, Cihâd, 24; Nesâî, Hayl, 7; Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, XXVIII, 572, Hadis no:17336 (Akt. Telkenaroğlu, M. Rahmi, “İslam Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak “Spor Faaliyetleri”, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:36, Erzurum, 2011, s. 77).

karsa bunlar haksız fiil olarak değerlendirilir ve sadece tazmin sorumluluğu ortaya çıkar<sup>72</sup>.

Doğal olarak bir hukuk düzeninde, bir faaliyetten hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu gerekçesiyle cezai sorumluluğun kaldırılması, aynı hukuk düzeninin söz konusu faaliyeti meşru kabul etmesine bağlıdır. Dolayısıyla İslam hukukçuları tarafından meşru görülmeyen, doğrudan insan yüzü ve bedenine şiddet uygulamayı esas alan sporlarda bir hukuka uygunluk nedeni aranmaz. Tehlikesiz bir oyunda oyun kurallarına riayet eden oyuncu, öngöremediği tesadüflerle rakibinin yaralanmasına veya ölmesine sebep olmuşsa sorumlu olmaz; ancak boks gibi tehlikeli spor faaliyetlerine katılanlarda zarar vereni sorumlu tutmak gerekir. Çünkü hayati tehlike taşıyan bir oyunda ölüme rıza geçerli değildir; sadece oyuna rızayla girilmesi failin cezasını hafifletir. Düello yapanlardan biri ölürse, öldüren taraf sorumlu olur<sup>73</sup>.

Spor faaliyetlerinde meydana gelen sakatlanma ve ölüm hallerinde ceza sorumluluğunun ortadan kalkması için bir takım şartların bulunması zorunludur: 1. Karşılaşma, korkutma, zorlama ve şike gibi rızayı zedeleyen etkenler olmaksızın özgür iradeyle yapılmış olmalı ve her bir sporcu oyunun doğuracağı tehlikelerden haberdar edilmelidir. 2. Sporcu, icra ettiği bu spor için belirlenen yaştan küçük olmamalıdır; yaralanan sporcu en azından temyiz yaşını geçmiş olmalıdır. 3. Karşılaşma, oyun kurallarına uygun olarak oynanmalıdır. Spor faaliyetlerinin kurallara uygun ya-

<sup>72</sup> Bilmen, III/113, No: 341; Üdeh, s. 543; Avcı, s. 227; Avcı, Genel, s. 100.

<sup>73</sup> Avcı, Genel, s. 100, 101; Telkenaroğlu, s. 80, 94. Hz. Peygamber, “İki kişi kılıçlarıyla karşı karşıya gelince ölen de öldüren de cehennemdedir” buyurmuştur. Buhari, İman, 23; Müslim, Fiten, 14; Ebu Davud, Fiten, 5 (Akt. Ebu Zehra, No:559, s. 469).

pılmaması halinde hukuka uygunluk sebebi gerçekleşmiş olmaz. Örneğin, futbol maçında yapılan sıradan fauller cezalandırılmadığı halde, bir futbolcunun diğerine yumruk atması halinde yumruk atan cezalandırılacaktır<sup>74</sup>.

İslam-Osmanlı Hukuku'nda tehlikeli dövüş sporlarında meydana gelen kafa travması, kırık, kaş açılması gibi sakatlanmalar ve ölümlerde cezai sorumluluk mağdurun rızasının etkinliği açısından değerlendirilmiş ve hakkın kullanılması sayılmamıştır. Günümüz ceza hukukunda ise, spor faaliyetleri tehlikeli ve tehlikesiz ayrımı yapılmaksızın hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir. Günümüz hukuk sistemlerinde, bir taraftan ilgilinin rızasında, suçun, vücut bütünlüğüne yönelik olmaması şartı koşulup diğer taraftan bu tür tehlikeli sporlarda oluşan suçların hakkın kullanılması olarak değerlendirilip cezaya konu edilmemesi çelişkilidir; bu sebeple bu konuda İslam Hukuk doktrininin suç genel teorisi açısından daha isabetli olduğu belirtilmelidir.

### **E. Şikâyet Hakkı**

Mağdurun kendisine karşı işlenen suçu açıklaması, ilgililere duyurması sınırları içinde kalırsa ihbar/şikâyet hakkının kullanılması kapsamında olup hukuka uygundur. Ancak iftira ve hakaret gibi sınırı aşan haller hukuka aykırıdır. Bir çocuğun nesebinin reddi davasında mecburen bu çocuğun evlilik dışı olduğu iddia ve ispat edileceğinden, şikâyet ve dava hakkının kullanılması hukuka uygunluk sebebidir. Fakat dava bittik-

---

<sup>74</sup> Telkenaroğlu, s. 98, 99.

ten sonra lian uygulaması yapılmış kadın ile çocuğu hakkında ileri geri konuşmak suç oluşturur<sup>75</sup>.

Şikâyet hakkı kapsamındaki isnat ve değerlendirmelerin işlenen suçla ve davayla ilgili olması gerekir. Tahkir, iddia ve savunmaya bir şekilde hizmet etmeli; yani isnat ve değerlendirmeler faydalı olmalıdır. Ayrıca isnat ve değerlendirmelerin gerçek, somut olaylara dayanması ve tahkir edici beyanların iddia ve savunma sınırını aşmaması lazımdır<sup>76</sup>. Bu şartlar gerçekleştiğinde şikâyet hakkı hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilir.

Günümüzde bu hak, iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmiştir. Bu hak, TCK madde 128’de şu şekilde düzenlenmiştir: *“Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlıkla bağlantılı olması gerekir.”*

## F. Eleştiri Hakkı

İslam ve Osmanlı Hukuku’nda eleştiri sınırında kalan düşünce açıklamaları hukuka uygunluk sebebi sayılmış; Hz. Peygamber ve Dört Halife, eleştiride bulunanları cezalandırmamıştır. İslam’da siyasi muhalefet hem bir hak hem bir görevdir. Devlet başkanına biat ve itaat etme-

<sup>75</sup> Avcı, s. 224; Avcı, Genel, s. 93; Çağrı, Mustafa, “Gıybet”, DİA, Cilt:14, 1996, s. 64.

<sup>76</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 313-315.

mek, verdiği görevleri yapmamak, muhalefet etmek bağı suçunu oluşturmaz. Devlet başkanını eleştirenler, tek başlarına kaldıkça veya bir araya toplansalar bile şiddet unsuru içeren bir örgüt kurmadıkça, silahlı eyleme kalkışmadıkça, ülkenin bir bölgesinde kendi egemenliklerini tesis etmedikçe ve kolluk güçlerinin denetimi altında kaldıkça hukuki dokunulmazlıktan yararlanırlar<sup>77</sup>.

Eleştiri hakkı sadece idarecilere değil, yargı faaliyetlerini yürütenlere karşı da kullanılabilir. Hâkimler, tarafsızlık veya hukuktan sapma gibi soyut şekilde eleştirilebilir<sup>78</sup>. Ancak rüşvet isnadı olursa, eleştiri sınırı aşılmış olur; eylem hakaret suçuna dönüşebilir. Ebussuud Efendi'ye göre, bilgisiz kadıları eleştirmek caizdir<sup>79</sup>.

Eleştiri hakkı, koşul ve durumlara göre derecelendirilerek değerlendirilmesi gerekir. Eleştiri hakkının, muhatabın niteliğine göre de sınırları ayrıca değerlendirilmelidir. Bir ifadenin eleştiri hakkı kapsamından yararlanabilmesi için her şeyden önce insan onurunu zedeleyici karakterde olmaması lazımdır; bu yüzden eleştiri hakkının doğal sınırı olarak insan onurunun korunması kabul edilebilir<sup>80</sup>.

Eleştiri hakkı, günümüz hukuk doktrinde “eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları” başlığı altında incelenmektedir. TCK madde 218'deki, “...haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” ve 301/3'deki “eleştiri ama-

<sup>77</sup> Avcı, Genel, s. 107.

<sup>78</sup> Hz. Peygamber, ona taraf tuttuğunu söyleyen Medineli bir kişiyi cezalandırmamış, eleştiri hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Buhari, Şirb, 6-8, Sulh, 12 (Akt. Avcı, Genel, s. 109).

<sup>79</sup> Avcı, Genel, s. 108, 109.

<sup>80</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 309.



*cıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz*” hükümleri eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının hakkın kullanılması kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu göstermektedir.

### **G. Direnme Hakkı**

“Allah... haksız yere bağıyi (isyani) haram kıldı” (A’raf, 7/33). Haklı direniş, bağı olmaz; isyan hareketi yönetimin zulüm ve haksızlığı sebebiyle ortaya çıkmışsa isyancılar suç işlemiş sayılmazlar<sup>81</sup>. Zalim veya görevi ifadan aciz devlet başkanına karşı isyan bağı değil, meşru bir direnmedir. Zalim idarecinin azli gerektiğinden, muhalefet hakkını kullanan zümreye herkesin yardım etmesi gerekir<sup>82</sup>.

Günümüz hukuk doktrinin de böyle bir hukuka uygunluk sebebi yer almamaktadır.

### **V. Kanı Heder Olan Şahısların Öldürülmesi Veya Yaralanması**

Kanı heder olan (öldürülmesi serbest olan) şahısların öldürülmesi veya yaralanması, ceza sorumluluğu doğurmaz. Müslümanlarla savaş halinde olan harbî, dinden çıkan mürted, devlete isyan eden bağı, yol kesen eşkıya ve kısas edilmesi gereken şahıslar bunların arasında sayılmalıdır<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Özel, Ahmet, “Dârülbâğı”, DİA, Cilt:8, 1993, s. 514.

<sup>82</sup> Bilmen, III/411; Avcı, s. 230; Avcı, Genel, s. 109.

<sup>83</sup> Ebu Zehra, No:560, s. 470; Cin/Akgündüz, s. 307; Cin/Akyılmaz, s. 216; Üdeh, s. 549.

İslam'da genel kural can, ırz ve malın dokunulmaz oluşudur. Kişi dokunulmazlığı, dinden ayrılma, zimmet anlaşmasının bozulması veya öldürülmeyi serbest kılan suçlardan birinin işlenmesi suretiyle son bulabilir. Öldürmeyi serbest duruma getiren suçlar; evlilerin zinası, eşkıyalık, yol kesme ve yağmada bulunma, kamu düzenine karşı ayaklanma, kasten öldürme veya organ kesme ve hırsızlıktır. Bu suçlar işlendiği anda kişi dokunulmazlığı kalkar. Bu sayılanlar dışındaki suçları işlemekle dokunulmazlık ortadan kalkmaz<sup>84</sup>.

Böyle bir hukuka uygunluk sebebi günümüz hukukunda karşılığı bulunmasa da, TCK 309 ve 311'inci maddelerde düzenlenen Anayasayı ihlal suçu ve yasama organına karşı suç işleyenlere ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmesi İslam hukuk düşüncesindeki gibi kamu düzenini korumayı amaçlayan ve kişi dokunulmazlığını kaldıran bir hal olarak görülebilir.

## VI. Mağdurun Rızası

Mağdurun kendisine karşı işlenen suçu onaylaması durumuna "mağdurun rızası" denir. Kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiil suç oluşturmaz. Mağdurun rızası bazen suçu ortadan kaldırır. Bu duruma örnek olarak hırsızlık suçunu verebiliriz; malının alınmasına rıza gösteren bir kişi varsa, malı alan kişi hırsızlık suçu işlemiş sayılmaz. Cinayet suçlarında ise, rızanın olması, suçu tamamen ortadan kaldırmaz; adam öldürme suçunda diyet gerekir; yaralama suçunda bir şey gerekmez, ancak failin dinî sorumluluğu devam eder. Her iki durumda da ge-

<sup>84</sup> Üdeh, s. 547, 548.

rekirse faile tazir cezası verilebilir. Bunun sebebi, kişinin kendi canı üzerinde hukuki tasarruflarda bulunamamasıdır. Öldürme ve yaralama suçlarında mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi değil; cezayı düşüren bir sebeptir<sup>85</sup>.

Hanefi mezhebine göre, bir şahsın kendisinin öldürülmesine rızası, fiili hukuken mübah hale getirmez; çünkü şer’i bir nass bulunmadıkça, kişilerin nefislerinin dokunulmazlığı genel ilkedir. Kişinin kendisinin öldürülmesine rızası, bu dokunulmazlığı kaldırarak nitelikte bir hukuki gerekçe ya da dayanak değildir. Bu nedenle mağdurun rızası, hukuken yok hükmündedir ve fiile etkisi olmadığından öldürme fiilinin yasaklığı devam eder. Dolayısıyla bu fiili işleyen şahıs, kasten öldürme suçu işlemiş olarak değerlendirilir. Ancak işlenen fiil kasten öldürme suçu kapsamında ele alınmasına rağmen, mağdurun rızasının suçluya uygulanacak cezaya etkisi konusunda Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, rızayı şüphe konumunda değerlendirilerek, suçluya kısas cezası uygulanmayacağını, failin diyet ödemekle yükümlü tutulacağını ileri sürmüşlerdir. Ayrıca Hanefiler, mağdurun müessir fiillere rızasının cezayı düşürdüğünü kabul etmişlerdir<sup>86</sup>.

İslam Hukuku’na göre, kişilerin hayatlarına son verme ve öldürülmelerine izin verme hakları olmadığı için ötanazi de yasak ve suç kap-

<sup>85</sup> Ebu Zehra, No:556, s. 467; Ekinci, s. 335; Avcı, s. 230, 231; Avcı, Genel, s. 110; Yiğit, Yaşar, “İslâm Ceza Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukukî Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, Cilt:16, Sayı:3, 2003, s. 342.

<sup>86</sup> Yiğit, Ötanazi, s. 342, 343.

samındadır<sup>87</sup>. Bir kimsenin işlediği suç sebebiyle kendisini cezalandırması da icma ile haram kabul edilmiştir<sup>88</sup>.

Mağdur yaralamaya izin vermiş, ancak yaralama fiili sonucu ölmüşse, fail netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadan sorumlu tutulur. Zina, çok failli bir suç olduğu için mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi olmaz; çünkü fiile rıza gösteren kişi de fail konumundadır<sup>89</sup>. Zina, kumar gibi çok failli suçlarda mağdur, genel ahlak ve aile düzeni olduğundan failler suçun işlenmesine razı olsalar bile sorumlulukları devam eder.

*“Birbirinizin mallarını gayrimeşru bir biçimde yemeyin”* (Bakara, 2/188) ayeti, faiz ve rüşvet gibi sebeplerin karşılıklı rıza olsa bile meşru iktisap sebebi olamayacağına, rızanın işlemi hukuka uygun hale getiremeyeceğine işarettir<sup>90</sup>.

Bir evdeki yangını söndürmek için giren kişi, ev sahibinin açık izni olmasa da mefruz (varsayılan) rızası sebebiyle konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemiş olmaz. Yıkılmak üzere olan bir duvarı, başkasına zarar vermesin diye yıkan kişi de mala zarar verme suçu işlemiş sayılmaz<sup>91</sup>.

Mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için, rıza gösteren kişinin hak sahibi olması ve en azından temyiz kudretine sahip olması gerekmektedir. Rızanın suçtan önce veya en azından

<sup>87</sup> Yiğit, Ötanazi, s. 345, 346.

<sup>88</sup> Bilmen, III/193.

<sup>89</sup> Bilmen, III/197; Avcı, Genel, s. 112.

<sup>90</sup> Avcı, s. 230, 231; Avcı, Genel, s. 112.

<sup>91</sup> Ebu Zehra, No:252, s. 214.

suçun icra hareketlerinin devam ettiği sırada açıklanması lazımdır; sonradan verilen rıza fiili hukuka uygun hale getirmez<sup>92</sup>. İslam hukukundaki “malı çalınan kişi, bu malı hırsıza hibe ederse hırsızın eli kesilmez” kuralı bu duruma aykırı bir örnek olarak görülebilir. Ancak burada mağdurun rızası ile işlenen fiil hukuka uygun hale gelmemekte, sadece hırsızlık suçunun karşılığında verilecek cezanın niteliği değişmektedir. Bu durumda işlenen hukuka aykırı fiile karşılık verilecek had cezası, unsurları tam oluşmadığından düşmekte, onun yerine devletin tazir cezası verme yetkisi devam etmekte ve suç cezalandırılmaktadır.

Günümüzde bu hukuka uygunluk sebebi, “ilgilinin rızası” başlığı altında Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiştir. TCK madde 26/2’ye göre, “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” Yine buradaki düzenlemenin İslam-Osmanlı Hukuku’ndaki paralel olduğu ve benzer şartlar taşıdığını söylemek gerekmektedir.

## SONUÇ

Osmanlı ceza hukukunda ve kaynağı olan İslam ceza hukukunda hukuka uygunluk sebepleri gelişmiş ve çağdaş ceza hukuku sistemlerinden çok farklı değildir. Her ne kadar klasik fıkıh eserlerinde suçun genel unsurlarına ilişkin bağımsız bölümler bulunmasa da bu durum kurumsal bir suç teorisinin oluşmasına engel oluşturmamıştır.

<sup>92</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 324-326.

İslam ve Osmanlı Hukuku'nda yer alan görevin ifası, meşru müdafaa, hakkın kullanılması ve mağdurun rızası gibi hukuka uygun sebepleri, 5237 Sayılı TCK'da da benzer şekilde "kanun hükmünü yerine getirme", "meşru savunma", "hakkın kullanılması" ve "ilgilinin rızası" başlıkları altında düzenlenmiştir.

Araştırmamız, her iki hukuk sisteminde de, hukuka uygunluk sebeplerinin şartlarının benzer olduğunu, sadece sınırları ve kapsamı açısından bazı farklılıklar bulunduğunu ortaya koymaktadır. Osmanlı Devleti'nin çağdaşı olan birçok devletin hukuk sistemlerinde, bazı hukuka uygunluk sebepleri yer almazken Osmanlı Hukuku'nda hepsinin bugünkü anlamlarıyla, kanunlarda düzenlenmemiş olsa da, var olması Osmanlı Hukuku'nun ne kadar ileri bir seviyede olduğunu gösterir.

Hukuk, insanlığın ortak aklının, ihtiyaçlarının ve dinî-ahlâkî değerlerinin bir gereği olarak ortaya çıkar ve gelişir. Osmanlı'da hukuka uygunluk sebeplerinin kanunlarda açıkça yer almaması, onların tüm ilke ve kurallarıyla var olmadığı, uygulanmadığı anlamına gelmez; ancak bu tür kuralların hukukî metinlerde düzenlenmiş olması, o ülkede yaşayan bireylerin temel haklarının teminat altına alınması bakımından önemlidir.

Tüm bu anlatılanlar bizi Osmanlı'da uygulanan hukuka uygunluk sebeplerinin, yeniden Avrupa kaynaklı olarak alınıp iç hukuk sisteminde uygulamaya konulduğu sonucuna götürmektedir.

### **KAYNAKÇA**

Akgündüz, Ahmet; Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, 1986, (Mukayeseli).

Akgündüz, Ahmet; Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, Cilt:1-9, İstanbul 1990-1996, (Kanunnameler).

Akgündüz, Ahmet ve Heyet; Şer'iyeye Sicilleri Mahiyeti, Toplu Katalogu ve Seçme Hükümler, Cilt:1, İstanbul, 1988.

Akman, Mehmet; Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul, 2004.

Avcı, Mustafa; Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Konya, 2014, (Genel).

Avcı, Mustafa; Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Konya, 2018.

Aydın, Mehmet Akif; Türk Hukuk Tarihi, 14. Baskı, İstanbul, 2017.

Bilmen, Ömer Nasuhi; Hukuk-ı İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1967.

Canan, İbrahim; Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi, Cilt:13, Ankara, 1992.

Cin, Halil/ Akgündüz, Ahmed; Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku, Cilt:1, 3. Baskı, İstanbul, 1995.

Cin, Halil/ Akyılmaz, Gül; Türk Hukuk Tarihi, 9. Baskı, Konya, 2017.

Çağrı, Mustafa; "Gıybet", DİA, Cilt:14, 1996, s. 63-64.

Çolak, Abdullah; “İslâm Ceza Hukukunda Meşrû Müdâfaa”, Ekev Akademi Dergisi, Yıl:8, Sayı:19, 2004, s. 135-156.

Demirtaş, Necati; Açıklamalı Osmanlı Fetvaları Fetavâ-yı Ali Efendi-Cild-i Sâni, Çatalcalı Ali Efendi, İstanbul, 2014.

Dönmez, İbrahim Kafi; “Meşru Müdafaa”, DİA, Cilt:29, 2004, s. 383-387.

Düstur, 1. Tertip, Cilt:1-2, İstanbul, 1289-1291.

Ebu Zehra, Muhammed; İslam Hukukunda Suç ve Ceza, Cilt:1, İstanbul, 1994.

Ekinci, Ekrem Buğra; Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, İstanbul, 2008.

Esen, Hüseyin; İslam’da Suç ve Ceza, İstanbul, 2006.

Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.

Hamidullah, Muhammed; İslam Peygamberi, Cilt:2, çev. Salih Tuğ, İstanbul, 1993.

İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 51 Numaralı Sicil (987-988/1579-1580), Haz. Rifat Günalan, İstanbul, 2010.

Kazıcı, Ziya; Osmanlılarda İhtisap Müessesesi, İstanbul, 1987.

Ömer Hilmi Efendi; Miyâr-ı Adalet, İstanbul, 1301.



Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2017.

Özel, Ahmet; “Dârülbağy”, DİA, Cilt:8, 1993, s. 514-515.

Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012.

Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, 2018.

Telkenaroğlu, M. Rahmi; “İslam Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak “Spor Faaliyetleri”, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:36, Erzurum, 2011, s. 71-104.

Ûdeh, Abdülkadir; Mukayeseli İslam Ceza Hukuku ‘Genel Hükümler’, Cilt:1, çev. Ali Şafak, 2. Baskı, İstanbul, 2012.

Yiğit, Yaşar; “İslâm Ceza Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukukî Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, İslâmî Araştırmalar Dergisi, Cilt:16, Sayı:3, 2003, s. 337-349, (Ötanazi).

Yiğit, Yaşar; “İslâm Ceza Hukukuna Göre Meşrû Müdafaa ve Hukukî Sonuçları”, Diyanet İlmî Dergi, Cilt:39, Sayı:1, 2003, s. 37-54.

Yurtseven, Yılmaz; “İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşrû Müdâfaa”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Cilt:1, İstanbul, 2016, s. 745-764.

Zorlu, Süleyman Emre; “İslam ve Osmanlı Hukukuna Göre Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Cilt:1, İstanbul, 2016, s. 765-797