

IX

KUR'ÂN ve SÜNNETTE ESİR HAKLARI

Prof. Dr. Ahmet ÖZEL*

Giriş:

Yeryüzünde birden fazla toplumun var olduğu dönemlere kadar götürülebilen uluslararası ilişkilerin odak noktasını savaşlar, savaşların ortaya çıkardığı en önemli problemlerden birini de tarafların birbirlerinden aldıkları esirler ve bunlara uyguladıkları muamele teşkil etmiştir. İnsanlık tarihi toplumlar arasında sömürü, üstünlük ve varlık mücadelesinin yol açtığı sayısız savaşa sahne olmuş, tarihin bilinebilen devirlerinden bugüne gelen çizgide esirlerin durumu insanlık dışı uygulamalardan insan haysiyetine en uygun muameleye doğru bir gelişme seyri göstermiştir.

Arapça'da "savaş tutsağı" karşılığında kullanılan **esîr** kelimesi, "ip vb. şeylerle sağlamca bağlamak" anlamındaki **esr (isâre)** kökünden türemiş bir sıfattır. Arap dilinde **esir** kelimesinin, savaşta ele geçen ve asıl muharip unsur olan yetişkin erkekler için kullanılmasına karşılık kökünde "gönlünü çelmek" anlamı bulunan **seby** yalnız kadın ve çocuk tutsakları ifade eder. Esir kelimesi bazen erkekleri ve kadınları kapsayacak şekilde kullanıldığı halde seby erkekler hakkında kullanılmaz. İslâm hukuk kaynaklarında da bu iki kelime anlam farkları muhafaza edilerek kullanılmıştır. Osmanlı kaynak ve belgelerinde esir kelimesi savaş tutsağı yanında daha çok köle anlamında kullanılmış olup "esirci, esir tüccarı, esir pazarı, esirciler şeyhi" gibi tabirler **köle** alım satımıyla ilgilidir.

* Prof. Dr., Marmara Ü. İlahiyat Fakültesi.

İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu, Hz. Peygamber ve Hulefâ-yi Râşidîn'in talimat ve uygulamaları doğrultusunda muharip erkekler dışında kalan sivillerin yani kadın, çocuk ve yaşlıların, sakatların, din adamlarının ve savaşa ilgisi bulunmayan diğer kimselerin bilfiil savaşmadıkça öldürülmeyeceklerine hükmetmişlerdir. Şâfiî mezhebinde bir görüşe göre kadın ve çocuklar dışında kalanlar bilfiil savaşmasalar da öldürülebilirler.¹ Bu mezhebe göre bunların hepsi esir alınabilir.² Diğer mezheplere göre ise esir alınacak kimseler prensip olarak muharip erkeklerle ganimet çerçevesinde düşünülen kadın ve çocuklardır. Hanefî âlimleri, görüş ve tecrübeleriyle düşmana yardım edecek durumda olmayan veya çocuk yapamayacak çağa ulaşan yaşlı erkeklerle yaşlı kadınlar, ayrıca din adamları ve inzivaya çekilmiş kimselerin esir alınmasının bir fayda ve anlamı bulunmamakla birlikte karşılığında esir mübadelesi yapma düşüncesiyle bunların alıkonulabileceğini söylemişlerdir. Ancak bu kişiler hiçbir şekilde öldürülemez.³

Mâlikîler'e göre erkek ve kadın din adamları görüşleriyle düşmana yardım etmemeleri halinde öldürülemeyeceği gibi esir de alınamaz. Herhangi bir şekilde öldürüldükleri takdirde kendi din mensuplarına diyetlerinin ödenmesi gerekir.⁴ Hanbelî mezhebi âlimleri ise muharip erkeklerle kadın ve çocuklar dışında kalan kimselerin esir alınmasının caiz olmadığı görüşündedir, zira bunların öldürülmesi haram olup toplanıp ele geçirilmelerinde de bir fayda yoktur.⁵

Klasik dönem İslâm hukukçuları, muharip erkekler dışında kalan düşman fertlerinden kimlerin esir alınacağı hususunda bu görüşleri ileri sürerken kendi zamanlarındaki milletlerarası örf ve şartlardan etkilenmiş olup bu tespitlerde mukabele bilmisil prensibi yanında

¹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, Kahire ts., I, 327-328; Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik*, Bulak 1313, VI,104; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, Kahire 1311, V, 84; Ahmet Özel, *İslâm Hukukunda Ülke Kavramı: Dârülişlâm-Dârülharp*, İstanbul 1991, s. 81, 83.

² Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, Kahire 1378/1958, II, 234-237; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, Kahire 1967, VIII, 67.

³ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, Kahire 1328, VII, 101-102; Âmir, s. 86.

⁴ İbn Rüşd, I, 325; Haraşî, *Şerhu Muhtasari Halîl*, Bulak 1317, III, 112-113.

⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VIII, 372, 375; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, Beyrut 1401/1981, III, 326.

düşmanın zayıf düşürülmesi, Müslümanların güçlenmelerinin temini gibi düşünceler göz önünde bulundurulmuştur. Muharip erkeklerle birlikte kadın ve çocukların esir alınacağını hemen bütün mezheplerin kabul etmesi, düşman nazarında taşıdıkları değer sebebiyle bunların önemli bir caydırıcılık vesilesi oluşu ve o dönemlerin şartlarında maddî gelir kaynağı teşkil etmeleri sebebiyledir. Ancak bunlara uygulanan hüküm muharip erkeklerinkinden farklı olup yukarıda da işaret edildiği üzere esir kelimesiyle özellikle muharip erkekler kastedilmiştir.⁶

1. İslâm'dan Önceki Toplumlarda Esirler:

Uluslararası ilişkilerin uzun geçmişine rağmen bu konuda ulaşılan bilgiler tarihin nispeten yakın olan dönemleriyle ilgilidir. Eski devirlerde uluslararası ilişkiler hukuk kurallarına dayanmadığından savaşlarda keyfilik hâkimdi. Galip taraf asker sivil, kadın erkek, büyük küçük demeden düşmanını imha etmeyi meşru görebiliyor, bu arada esirler de en ağır muameleye mâruz kalıyordu. Meselâ Asurlular düşmanın derisini yüzüp ele geçirdikleri şehrin kapısına asmakta, şehirde buldukları herkesi öldürmeyi dinî bir görev saymaktaydılar. Esirleri benzer muamelelere tâbi tutan ve kendilerine hayat hakkı tanımayan Farşlılar'ın esirleri fillere çığnetme âdetleri de bilinmektedir.⁷ Eski Yunanlılar ve Romalılar esirlere her türlü işkenceyi yapıyor, vücutlarını parçalıyor, büyük küçük, kadın erkek ayırımı yapmadan hepsini öldürüyorlardı. Ancak daha sonraki dönemlerde yapılan savaşlarda esirlerin sayısının bazen milyonları bulması ve emeklerine ihtiyaç duyulması sebebiyle bu toplumlarda esirleri köleleştirip onlardan faydalanma yoluna gidilmiştir. Esirlere uygulanan kötü muamele her devirde varlığını sürdürmekle birlikte köleleştirme yine de eski uygulamalara nispetle ileri bir adım olarak düşünülmüştür. Romalılar döneminde köle sayısının hürlerin üç misline ulaştığı, hatta Paulus Aemilus'un 150.000, Marius'un 140.000 ve Sezar'ın 1.000.000 köleyi bir tek seferin sonunda sattırıldığı kaydedilmektedir⁸. Yahudilik ve Hıristiyanlık gibi semavî dinleri kabul edenlerin bile esirlerle ilgili

⁶ Kâsânî, VII, 119.

⁷ Abdüsselâm b. Hasan el-Edgîrî, *Hukmü'l-esrâ fi'l-İslâm*, Rabat 1405/1985, s. 36, 38; Abdüllatif Âmir, *Ahkâmü'l-esrâ ve's-sebâ'â fi'l-hurûbi'l-İslâmiyye*, Kahire 1406/1986, s. 91.

⁸ Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İstanbul 1974, s. 358.

uygulamalarında vahşet ve insafsızlığı terk etmedikleri, aksine bunu dinin bir emri saydıkları görülmektedir. Meselâ Talmut'ta yalnız asker esirler değil kadın ve çocuklarla ele geçirilen hayvanların da öldürülmesine hükmedilmişti⁹. Ancak sonradan tahrif edildikleri bilinen mukaddes kitaplarda bu uygulamaları onaylayan ifadelerin ilâhî kaynaklı olamayacağı muhakkaktır.¹⁰

İslâm'dan önce Araplar da esirlere uyguladıkları muamele bakımından diğer milletlerden farklı değillerdi. Münzir b. İmruülkays ve diğer bazı Hîre hükümdarlarının yaptığı gibi esirler bazen toplu halde yakılıyor, çeşitli organları kesilmek sûretiyle işkenceyle öldürülüyor, öldürülmeleri için düşmanlarına satılıyor veya sağ bırakılıp köle olarak kendilerinden faydalanılıyordu. Esirin fidye karşılığında veya mübadele yoluyla serbest bırakıldığı, kabile ileri gelenlerinden birine sığınarak kurtulduğu, bir daha savaşmamak şartıyla serbest bırakıldığı da oluyordu. Bu son muamele daha çok kabile reislerine uygulanmaktaydı.¹¹ Hükümdarlardan kurtuluş fidyesi olarak 1000, kabilenin önde gelenlerinden 100 deve alınırken cengaverlerin fidyesi 200 deveden az olmazdı. Bazen de hakaret maksadıyla çok değersiz bir hayvan fidye olarak istenirdi. Esir, onu esir alanın mülkü idi; dilerse öldürür dilerse yaşattırdı.¹²

2. İslâm'da Savaş Esirleri:

a) Kur'ân-ı Kerîm'de:

Esir kelimesi Kur'ân'da bir yerde tekil (el-İnsân 76/8), üç yerde çoğul olarak (el-Bakara 2/85; el-Enfâl 8/67, 70), bir yerde de fiil kalıbıyla (el-Ahzâb 33/26) geçmektedir. Esirlerle ilgili hükmün açıklandığı bir ayette de, "Bağı sıkıca bağlayın" ifadesiyle esir alınması hususuna işaret edilmiştir.¹³

⁹ Ali Ali Mansûr, *eş-Şeriatü'l-İslâmiyye ve'l-kânûnü'd-düveliyü'l-âmm*, Kahire 1390/1971, s. 331; Edgîrî, s. 44-57; Âmir, s. 92.

¹⁰ Edgîrî, s. 49.

¹¹ Cevâd Ali, *el-Mufasssal fi târihi'l-Arab kable'l-İslâm*, Beyrut 1968-1972, V, 466-467, 572, 631-633; Edgîrî, s. 61-73.

¹² Ahmed Muhtâr Bezre, *el-Esr ve's-sicn fi şî'ri'l-Arab*, Dımaşk 1405/1985, s. 34-47 (Araplarda esirlere uygulanan muamele için ayrıca bk. s. 37-62).

¹³ Muhammed 47/4.

Kur'ân-ı Kerim'de esirler altı ayette zikredilmekle birlikte bunların yalnız ikisinde kendileriyle ilgili hukukî düzenlemelerden söz edilmektedir. Hüküm getiren ilk ayet Bedir Gazvesi sonrasında nâzil olmuştur: Hz. Peygamber'in Bedir Gazvesi'nden sonra ashabıyla görüşüp esirlerin fidye karşılığında salıverilmesinin kararlaştırılması üzerine nâzil olan bu ayet (el-Enfal 8/ 67-69), Müslümanların düşmanla yaptıkları ilk savaşta onları iyice mağlûp edip kendilerine üstünlük sağlamak yerine maddî menfaati ön planda tutarak esir almalarını hoş karşılamamakla birlikte ganimetin bu ümmet için helâl kılındığını da hükme bağlamıştır. İbn Abbas'ın belirttiğine göre bu savaşta esir almanın hoş karşılanmaması Müslümanların o sırada zayıf durumda bulunmaları sebebiyledir. Müslümanlar daha sonra güçlenince esir alınması ve esirlerin bedelsiz veya fidye karşılığında bırakılmasını düzenleyen şu ayet nâzil olmuştur: "*İnkâr edenlerle -savaşta- karşılaştığınız zaman boyunlarınızı vurun. Nihayet onları iyice yıldırıp sindirince bağı sıkıca bağlayın (esir alın). Savaş sona erince de artık ya karşılıksız veya fidye alarak onları salıverin*".¹⁴

b) Sünnette:

İslâm toplumunda esirlerin konumu incelenirken Hz. Peygamber ile dört halife dönemindeki uygulamalar ayrı bir önem taşır. Çünkü sonraki devirlerde birçok konuda olduğu gibi esirlere uygulanacak muamele ve tabi tutulacakları hukukî statünün belirlenmesinde bu dönem örnek alınmış, ilgili ayetler de bu uygulamanın ışığı altında yorumlanmıştır. Hz. Peygamber devrinde alınan ilk esirler, hicretin 17. ayında (Receb 2/Ocak 624) Abdullah b. Cahş kumandasındaki seriyyenin Batn-ı Nahle'de karşılaştığı Kureyş kervanından ele geçirilen iki esir olup bunlar kırkar ukıyye (4752 gr.) gümüş karşılığında serbest bırakılmıştı.¹⁵ Müslümanların çok sayıda düşman askerini esir ettiği ikinci olay Bedir Gazvesi'dir. 2. yılın Ramazan ayında (Mart 624) gerçekleşen bu savaşta Müslümanlar yetmiş esir almışlardı. Resûl-i Ekrem esirlere uygulanacak muamele konusunda ashapla görüşmüş, Hz. Ömer ile Sa'd b. Mu'âz Bedir'in müşriklerle yapılan ilk savaş,

¹⁴ (Muhammed 47/4); Ebû Ubeyd, s. 170; İbnü'l-Arabî, II, 879; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Kur'ân*, Kahire 1386-1387/1966-1967, VIII, 48.

¹⁵ Vâkıdî, *el-Megâzî*, nşr. M. Jones, London 1965-1966, I, 13-17; İbn Hişâm, *es-Sîre*, Kahire 1375/1955, I, 603-605

esirlerin de küfrün önde gelen temsilcileri olduğu için öldürülmeleri sûretiyle düşmanın tam bir hezimete uğratılmasının gerektiği yolunda görüş bildirmiş, Hz. Ebû Bekir ise esirlerin Müslümanların yakın akrabaları olduğunu belirterek fidye karşılığında serbest bırakılmalarının daha uygun olacağını söylemişti. Hz. Peygamber de bu görüşe katılınca esirler malî durumlarına göre 1000-4000 dirhem (2970-11880 gr.) gümüş arasında değişen miktarda fidye alınarak serbest bırakılmışlardı.¹⁶ Hz. Peygamber'in bir silâh tüccarı olan yeğeni Nevfel b. Hâris'ten 1000 mızrak alınmış,¹⁷ İslâm'ın azılı düşmanlarından olup Müslümanlara çok eziyet eden Nadr b. Haris ile Ukbe b. Ebû Muayt'ın öldürülmesine hükmedilmiş¹⁸, malî imkânı bulunmayan yedi esir de karşılıksız serbest bırakılmıştı. Malî durumu müsait olmayıp da okuma yazma bilenlere ise Müslüman çocuklarından on kişiye okuma yazma öğretmeleri şart koşulmuştu.¹⁹

Uhud Gazvesi'nde (3/625) Müslümanlar sadece bir esir elde etmişlerdi. Ebû Azze el-Cumahî adındaki bu kişi Bedir'de de esir alınmış, fakat beş kız çocuğunun kimsesiz kalacağını belirterek affını istemiş, Müslümanların aleyhinde kimseye yardım etmemek şartıyla affedilmişti. Ebû Azze bu defa da savaşa zorla karıştırıldığını belirterek tekrar affedilmesini istemişse de Hz. Peygamber "Müslüman'ın bir yılan deliğinden iki defa sokulmayacağını" ve "Muhammed'le iki defa alay ettim" dedirtmeyeceğini belirterek isteğini reddetmiş ve öldürülmesine hüküm vermişti.²⁰ Hicrî 5. yılın Şevvalinde (Şubat - Mart 627) meydana gelen Benî Mustalik (Müreysi) Gazvesi'nde düşmandan 200 aile esir alınmış ve köle statüsüne sokulup ganimet olarak gaziler arasında paylaştırılmıştı. Hz. Peygamber'in, kabile reisi Haris b. Ebû Dırâr'ın kızı Cüveyriyye ile evlenmesi üzerine ashabın büyük bir kısmı kendi paylarına düşen esirleri karşılıksız serbest bi-

¹⁶ Müslim, "Cihâd", 58; İbn Hişâm, I, 641-644, 649-660; Ebû Ubeyd, **el-Emvâl**, nşr. M. Halil Herrâs, Kahire 1395/1975, s. 150-154.

¹⁷ Kettânî, *et-Terâtîbü'l-idâriyye*, çev. Ahmet Özel, İstanbul 1990-1993, II, 269; M. Hamidullah, *Hz. Peygamber'in Savaşları*, İstanbul 1972, s. 67.

¹⁸ Vâkıdî, I, 106-107, 114.

¹⁹ Ebû Ubeyd, s. 153; Süheyli, *er-Ravdü'l-ünüf*, Kahire 1387-1390/1967-1970, V, 245; İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, Kahire 1369/1950, II, 67, III, 215; Kettânî, I, 130.

²⁰ Vâkıdî, I, 110-111, 309.

rakmış, bir kısmı da ganimetten altı pay karşılığı bir fidye ile salıverilmişti.²¹

Hız. Peygamber döneminde ele geçirilen önemli bir esir grubu da Benî Kurayza yahudileridir. Hendek Gazvesi sırasında Mekke müşrikleri ve onların müttefikleriyle iş birliği yapan ve Hız. Peygamber'le daha önce imzaladıkları antlaşmayı bozan Kurayzaoğulları, Müslümanların savaşıla meşgul oluşundan faydalanarak Medine'de savunmasız kalan ailelere saldırmak istediler. Bu konuda gerekli tedbirleri alan Rasûlüllah savaşın hemen ardından onların kalelerini kuşatınca Hız. Peygamber'in kendileri hakkında vereceği hükme rızâ göstererek teslim olmak zorunda kaldılar. Kurayzalılar İslâm öncesinde Evs kabilesinin müttefiki olduklarından Hız. Peygamber Evs'in önde gelenlerinden Sa'd b. Mu'âz'ı hakem tayin etti. Sa'd yetişkin erkeklerin öldürülmesine, kadınlarla çocukların ve malların ganimet olarak paylaşılmasına hükmetti. Rasûlüllah bunun ilâhî hükme de uygun olduğunu (bk. el-Ahzâb 33/26) belirterek yerine getirilmesini emretti.²² Bu hükmün, Kurayzalılar'ın İslâm devletiyle yaptıkları antlaşmayı bozmaları ve düşmana yardım etmeleri sebebiyle verildiği kabul edilmiştir.²³ Bunun yanında Sa'd b. Mu'âz'ın bu hükmü, Tevrat'ın mağlûplar karşısında yahudilere tanıdığı olduğu hakları (bk. Tesniye, 20/13-14) Müslümanlara tanımak sûretiyle verdiğini söyleyenler de vardır.²⁴

Mekke'nin fethi sırasında (8/630) Hız. Peygamber kaçanların takip edilmemesini, hiçbir yaralı ve esirin öldürülmemesini emretmişti.²⁵ Fetihden sonra da kendisine ve diğer Müslümanlara yaptıkları zulüm ve eziyetlere rağmen Mekkeliler'in hepsini affetmişti.²⁶ Ancak önce İslâmiyet'i kabul edip daha sonra dinden dönen ve cinayet işleyen iki kişi ile Mekke'de Resûl-i Ekrem'e çok eziyet eden ve hicretleri sırasında Hız. Fâtıma ile Ümmü Külsûm'e saldırıda bulunan birini, ayrıca Hız. Peygamber'i hicvederek şarkı söyleyen iki cariyenin öldürülmesini emretmişti. Bunlardan kaçan bir câriye ile daha önce vahiy

²¹ Vâkıdî, I, 404-412; İbn Hişâm, II, 289-297; İbn Kesîr, III, 297-303.

²² Vâkıdî, II, 496-518; İbn Hişâm, II, 233-241; Hamidullah, s. 112-113, 157-158.

²³ Ebû Ubeyd, s. 218, İbn Kudâme, *el-Muğni*, Kahire ts., VIII, 459.

²⁴ Hamidullah, s. 158.

²⁵ Ebû Ubeyd, s. 82, 14.

²⁶ İbn Hişâm, II, 411-412; İbn Kesîr, III, 570.

kâtipliği yaptığı halde dinden dönen Abdullah b. Sa'd b. Ebû Serh ve Mekke'de Hz. Peygamber'e eziyet eden Ümmü Sâre adlı câriye eman dilemeleri üzerine affedilmiş, diğerleri öldürülmüşlerdi.²⁷

Mekke'nin fethinden hemen sonra Huneyn Gazvesi'nde de çok sayıda esir alınmıştı. Ancak savaşın ardından Hevâzin kabilesinden bir elçi heyeti Rasûlullah'a gelerek İslâmiyet'i benimsediklerini ifade etmiş ve esirlerin kendilerine bağışlanmasını istemişlerdi. Fakat esirler ganimet olarak gaziler arasında paylaştırılmış ve onların tasarrufu altına girmişti. Hz. Peygamber kendisiyle Abdülmuttaliboğulları'na ait esirleri serbest bıraktığını ilân etmiş, bunun üzerine diğer Müslümanlar da kendi paylarına düşen esirleri salıvermişlerdi. Ancak bazı kişiler sahip oldukları esirleri bedelsiz bırakmayacaklarını söyleyince Resûl-i Ekrem, elde edilecek ilk ganimetten her esire karşı altı pay vermeyi taahhüt ederek onları da ikna etti. Bu şekilde 6000 kadın ve çocuk karşılıksız serbest bırakılmış, ayrıca 24.000 deve 40.000 koyun ve 4000 ukayye (160.000 dirhem - 475.200 kg.) gümüş iade edilmişti.²⁸

Hicretin 9. (630) yılında meydana gelen Benî Anber Seriyyesi esnasında Benî Temîm'in bir kolu olan Benî Anber'den on bir erkek, yirmi bir kadın ve otuz çocuk esir alınmış, daha sonra Benî Temîm heyeti gelip Müslüman olduğunu bildirince esirler kendilerine iade edilmişti.²⁹

Hulefâ-yi Râşidîn dönemi fetih hareketlerine bakıldığında bunların çoğunun barış yoluyla gerçekleştiği görülür. Bu dönemde antlaşma yapıp Müslümanlarla barış içinde yaşamak isteyen milletlerle savaş yapılmamış, antlaşma şartlarına bağlı kaldıkları sürece esir ve köle muamelesine tâbi tutulmayacakları hususu hükme bağlanmıştı.³⁰ Buna karşılık barışa yanaşmayanlarla savaşılmış, esir alınan muharip erkeklerin bazen öldürüldüğü de olmuştur. Muharip erkeklerin öldürülmesine genel olarak antlaşma şartlarına uyulmaması veya Müslüman halka aynı şekilde davranılması hallerinde başvurulduğu görül-

²⁷ İbn Hişâm, II, 409-411; İbn Kesîr, III, 563-567; İbn Seyyidinnâs, *Uyûnü'l-eser*, Beyrut 1402/1982, II, 227-229.

²⁸ Vâkîdî, III, 950-954; İbn Hişâm, II, 488-490; Kettânî, I, 289-290, II, 311-312.

²⁹ İbn Hişâm, II, 621-622; İbn Kesîr, IV, 85; İbn Seyyidinnâs, II, 261-262.

³⁰ Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-Harâc*, Kahire 1396, s. 74, 152; Ebû Ubeyd, s. 131-133, 238; Belâzürî, *Fütûhu'l-büldân*, nşr. Rıdvân M. Rıdvân, Beyrut 1398/1978, s. 216.

mektedir.³¹ Öte yandan başta Irak olmak üzere birçok yerde fetihten sonra hiç kimseye dokunulmayarak halk zimmî statüsüne geçirilmiş ve toprakları vergi karşılığında kendilerine bırakılmıştır. Hatta Hz. Ömer'in uygulamalarında görüldüğü gibi birçok defa gaziler arasında dağıtılan veya Medine'ye gönderilen esirler bile serbest bırakılarak toprakları kendilerine iade edilmiştir.³²

3. Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnet'in Işığında Esirlere Uygulanan Hukukî Hükümler:

Mezhep imamları esirlerin tâbi tutulacağı statü konusunda çeşitli görüşler ileri sürmüşlerdir. Hanefî mezhebine göre devlet başkanı İslâm toplumunun menfaatine uygun göreceği şu üç hükümden birini tercih etme hakkına sahiptir: Muharip erkekleri öldürmek, köleleştirip gaziler arasında paylaşmak, gayr-i müslim vatandaş (zimmî) statüsüne geçirerek karşılıksız salıvermek. Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf esirin fidye alınarak serbest bırakılmasını caiz görmezken İmam Muhammed Müslümanların ihtiyaçları bulunması halinde bunu meşru sayar. Esirin esirle mübadelesi de Ebû Hanîfe'den gelen kuvvetli rivayete göre caiz değil, ondan gelen diğer bir rivayete ve Ebû Yûsuf ile Muhammed'e göre ise caizdir.³³ Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre ise devlet başkanı esirleri öldürme, köle statüsüne geçirme, bedelsiz veya fidye karşılığında serbest bırakma ve Müslüman esirlerle mübadele etme konusunda muhayyerdir. Bu hükümlerden öldürme yalnız muharip erkeklerle ilgili olup kadın ve çocuklara, ayrıca savaş sırasında öldürülmesi caiz görülmeyen diğer sivil insanlara uygulanmaz.³⁴

Hukukçular, devlet başkanının tercihini kullanırken içinde bulunulan şartları ve esirlerin özel durumlarını göz önüne alarak ülke için en uygun hükmü vermekle mükellef olduğunu belirtirler. Meselâ İslâm toplumu için zararlı olacağı düşünülenlerin öldürülmesi, zararı

³¹ Ebû Ubeyd, s. 239; Belâzürî, s. 222-223, 374.

³² Ebû Ubeyd, s. 184, 239; Belâzürî, s. 217, 371.

³³ Ebû Yûsuf, s. 211; Serahsî, X, 24-25, 63, 138-140; Kâsânî, VII, 119; Zeylâî, III, 249.

³⁴ Şîrâz II, 236; Nevevî, *el-Mecmû'*, Beyrut ts., XIX, 304; İbn Kudâme, VIII, 372; İbn Müflih, III, 325-237; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I, 325-326; Haraşî, III, 121.

dokunmayacağı bilinenlerle zayıf ve güçsüzlerin, malî imkânı bulunmayanların karşılıksız bırakılması, hizmetinden faydalanılacağı umulanların köleleştirilmesi, ekonomik imkân sağlayacakların da fidye karşılığında salıverilmesi uygun bir çözüm olarak önerilir.³⁵

Dört mezhebe göre devlet başkanı gerekli gördüğü takdirde muharip erkek esirlerin öldürülmesi yönünde karar verebilir. Buna karşılık sahabeden İbn Ömer, tabînden Ata b. Ebû Rebâh, Hasan-ı Basrî, Saîd b. Cübeyr, Mücâhid ve Muhammed b. Sîrîn gibi müctehid âlimlere ve Şîu Ca'feriyye mezhebine göre esirin öldürülmesi caiz değildir.³⁶ Hatta Hasan b. Muhammed et-Temîmî bu konuda ashabın icmâ'ı bulunduğunu kaydeder.³⁷ Nitekim İbn Ömer'e öldürülmek üzere esir getirildiğinde bunu reddetmiş ve esirlerin karşılıksız veya fidye ile salıverilmesini ifade eden ayeti (Muhammed 47/4) okumuştur.³⁸ Bu grup içinde yer alan âlimlerin delilleri söz konusu ayetle Hz. Peygamber'in genellikle esirleri bedelsiz veya fidye karşılığında serbest bırakması şeklindeki uygulamalarıdır. Esirlerin gerektiği takdirde öldürülebileceğini ileri süren İslâm hukukçularının bir kısmına göre yukarıda zikredilen ayet, savaş halinde kâfirlerin boyunlarının vurulmasını, caydırıcı ve yıldırıcı uygulamaların yapılmasını ve haram ayların çıkmasından sonra müşriklerin bulunabildiği her yerde öldürülmesini emreden diğer bazı ayetlerle³⁹ neshedilmiştir. Esirin öldürülmesi konusunda bunların esas delilleri ise Hz. Peygamber zamanında bazı esirlerin öldürülmesine hükmedilmiş olmasıdır.

Esirin gerektiğinde öldürülebileceğini ileri süren âlimlerin Muhammed süresindeki ayeti neshettiğini söyledikleri ayetlerin hepsi mevcut bir savaş sırasında takip edilmesi gereken davranış şekliyle ilgili olup hiçbiri doğrudan esirlerle alâkalı değildir. Ayrıca âlimlerin çoğunluğuna göre bu ayet neshedilmemiştir.⁴⁰ Esirlerin öldürülebileceği konusunda Hz. Peygamber döneminden delil gösterilmesi de isabetli değildir. Zira bu devirden verilen örneklerin hepsinde esirler

³⁵ İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimât*, Kahire 1325, I, 278; İbn Kudâme, VIII, 373.

³⁶ Ebû Yûsuf, s. 212; Ebû Ubeyd, s. 161, 176; İbn Kudâme, VIII, 373; M. Hasan en-Necefî, *Cevâhirü'l-keîm*, Beyrut ts., XXI, 122-128.

³⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I, 325.

³⁸ Ebû Ubeyd, s. 176-177.

³⁹ el-Enfâl 8/12, 57; et-Tevbe 9/ 5, 29.

⁴⁰ Ebû Bekir İbnü'l-Arabî, IV, 1701-1702; İbn Kesîr, *Tefsîrü'l-Kur'ân*, II, 173.

sadece savaştıkları ve esir alındıkları için değil savaş öncesinde veya esaret halinde iken işledikleri suçlar ve özel durumları sebebiyle ölümlerle cezalandırılmışlardır. Sonuç olarak İslâm'da esirlerle ilgili temel hükmün karşılıksız veya fidye ile serbest bırakmaktan ibaret olduğunu, fakihlerin buna öldürme tercihini de eklerken içinde buldukları milletlerarası şartlardan etkilendiklerini, düşmanın Müslümanlara karşı uyguladığı bu hükmü mukabele bil misil esasına göre muhafaza etmek zorunda kaldıklarını söylemek mümkündür.

Kur'ân-ı Kerim'de insanların köleleştirilmesine dair tek bir ayet bulunmamasına karşılık kölelere iyilikte bulunmak teşvik edilmiş,⁴¹ yemine riayetsizlik ve öldürme gibi bazı suçlardan dolayı da köle azadı mecburi tutulmuş,⁴² devlet gelirlerinden bir kısmının köle azadına ayrılması hükme bağlanmıştır.⁴³ Müslüman hukukçuların köleleştirmeyi esirlerle ilgili bir düzenleme olarak kabul etmeleri bunun o devirlerde milletlerarası bir teamül olması sebebiyledir. Bununla birlikte İslâm, konuyla ilgilenen birçok Batılı araştırmacının itiraf ettiği gibi kölelere yapılan muameleyi son derece insanî bir hale getirmiş, Müslümanlar kölelerini Batı Dünyası'ndaki gibi ağır muamelelere tâbi tutmamış, onları kendi ailelerinin bir ferdi gibi görmüşlerdir.⁴⁴ İslâmiyet gerektiğinde mukabele bil misil kuralından hareketle esirleri köle statüsüne geçirdiği halde onlara kötü muamele yapılmasını yasaklamıştır. Esasen Hz. Peygamber o dönemin örfüne göre bu statüyü son derece sınırlı olarak yalnız kadın ve çocuklara uygularken hiçbir yetişkin erkeği köleleştirmemiştir. Daha sonra fetihlerin artması sonucunda erkeklerin de köleleştirilmesi yoluna gidilmiştir.⁴⁵ İslâm hukukçuları da kendi zamanlarındaki milletlerarası örfe uygun olarak bu uygulamayı meşru kabul etmişlerdir. İslâmiyet'in köleliği neden tamamen yasaklamadığı şeklindeki görüş, bu mahiyetteki uluslar arası bir problemin hele o günkü şartlarda tek taraflı bir yasaklamayla or-

⁴¹ el-İnsân 76/8.

⁴² en-Nisâ 4/92; el-Mâide 5/89; el-Mücâdile 58/3; en-Nisâ 4/92; el-Mâide 5/89; el-Mücâdile 58/3.

⁴³ el-Bakara 2/177; et-Tevbe 9/60.

⁴⁴ Murray Gordon, *L'Esclavage dans le monde arabe VII-XXe siecle*, İng.'den çev. Colette Vlerick, Paris 1987, s. 20-21, 24-25; Ehud R. Toledano, *Osmanlı Köle Ticareti 1840-1890*, çev. Y. Hakan Erdem, İstanbul 1994, s. 3-6.

⁴⁵ Ebû Ubeyd, s. 177-178; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I, 326.

tadan kalkamayacağı göz önüne alınırsa, realiteye uymayan temelsiz bir ithamdan öteye geçmez.

Bu anlatılanlardan hareketle, esirlerle ilgili İslâmî hükmün karşılıksız olarak veya fidye ile serbest bırakılmaktan ibaret olduğunu, esir mübadelesinin de bu şık içinde mütalaa edileceğini söylemek mümkündür. Esirlerin öldürülmesi veya köle statüsüne geçirilmeleri konusunda İslâm hukukçularının devlet başkanına tanıdığı tercih hakkı ise o günkü milletlerarası örf ve şartların etkisiyle varılmış bir hükümdür.

a) Esirlerin Barınması:

Düşman askerinin esir alınmasından sonra onunla ilgili hüküm devlet başkanına ait olduğundan bu asker kendisini esir alan kimse tarafından öldürülemez. Öldürmesi halinde ise öldüren günahkâr olmakla birlikte tazmin gerekmez.⁴⁶ Ancak bazı hukukçular ta'zîr cezası verileceğini belirtmişlerdir.⁴⁷ Esirin kaçmaya veya tekrar savaşmaya teşebbüs etmesi durumunda ise öldürülmesi caizdir. Esirin şahsî malları da esir alan kimseye değil devlete aittir.⁴⁸

İslâm hukukçuları, esirlerin beslenme ihtiyacının esir alan devlet tarafından karşılanacağını belirtmişlerdir. Kur'ân-ı Kerim'de iyi kulların özellikleri sayılırken, "Onlar kendi canları çektiği halde yemeği yoksula, yetime ve esire yedirirler"⁴⁹ denilmektedir. Müfessirler bu ayeti yorumlarken kâfir olmasına rağmen esire yemek yedirmede büyük sevap bulunduğunu belirtirler.⁵⁰ Hz. Peygamber, Bedir esirlerini Medine'ye götürmek üzere ashaba dağıttıktan sonra kendilerine iyi davranılmasını emretmişti. Ashaptan Mus'ab b. Umeyr'in o sırada esir alınan kardeşi Ebû Uzeyr'in anlattığına göre Rasûlullah'ın bu talimatı sebebiyle sahâbîler hurma ile yetinip ekmeklerini esirlere vermişlerdi.⁵¹ Ayrıca bir defasında Benî Âkıl'den alınan bir esirin,

⁴⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, Kahire 1330, X, 49, 65; Kâsânî, VII, 120-121; Şîrâzî, II, 237; İbn Kudâme, VIII, 377-378, 390; İbn Müflih, III, 324.

⁴⁷ Şîrâzî, II, 237.

⁴⁸ İbn Kudâme, VIII, 390.

⁴⁹ el-İnsân 76/8.

⁵⁰ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, İstanbul 1335-1338, III, 471; Ebû Bekir İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut 1392/1972, IV, 1898.

⁵¹ İbn Hişâm, I, 645.

"Açım, beni doyurun; susuzum, bana su verin" demesi üzerine Hz. Peygamber, "Bu senin tabîî ihtiyacıdır" karşılığını vermişti.⁵² Esirlerin gıda ihtiyaçları gibi giyimlerinin de esir alan devlet tarafından karşılanması gerekir. Huneyn Gazvesi esirleri Ci'râne mevkiine getirildiğinde Resûl-i Ekrem Büsr b. Süfyân el-Huzâî'ye elbise sağlmasını emretmiş, Büsr de satın almak sûretiyle temin ettiği elbiseleri esirlere giydirmişti.⁵³

b) Esir Ailelerin Bölünmesi Yasağı:

Hz. Peygamber gerek ganimetin paylaşılması gerek esirlerin satışı sırasında annelerle çocuklarının birbirinden ayrı düşürülmesini yasaklamıştı.⁵⁴ Ebû Eyyûb el-Ensârî, Hz. Peygamber'in, "*Kim bir anne ile çocuğunu ayırırsa Allah da kıyamet gününde onunla sevdiğini ayırsın*"⁵⁵ dediğini nakleder. Bu uygulamaya göre İslâm hukukçuları da anne ile çocuğunun birbirinden ayrı düşürülemeyeceği hususunda görüş birliğine varmışlardır. Baba ile çocuğun ayrılıp ayrılmayacağı konusunda ihtilâf bulunmakla birlikte çoğunluğa göre bu da aynı şekilde haramdır. Bu hususta dede baba, nine de anne hükmünde sayılmıştır. Hanefî ve Hanbelî fakihlerine göre iki erkek veya kız kardeşinden ayırmak da haramdır. Hatta bazı Hanbelî âlimleri, çocukla hala veya teyze gibi evlenmeleri haram olan yakın akrabasının da birbirinden ayrı düşürülemeyeceğini söylemişlerdir.⁵⁶

c) Esirlere Baskı ve İşkence Yasağı:

Hz. Peygamber çeşitli talimat, tavsiye ve uygulamalarıyla esirlere iyi davranılmasını istemiş, onlara eziyet ve işkence edilmesini yasaklamış⁵⁷, kendisinden bilgi almak için bile esire baskı yapılmasının uygun olmadığına işaret etmiştir.⁵⁸ İslâm hukukçuları da aç ve susuz bırakma vb. bir şekilde esire eziyet yapılmasının doğru olmadığını

⁵² Ebû Dâvûd, "Eymân", 21.

⁵³ Vâkıdî, III, 943.

⁵⁴ A.g.e., II, 524.

⁵⁵ Tirmizî, "Büyu", 52, "Siyer", 17.

⁵⁶ İbn Kudâme, VIII, 422-424; İbn Müflih, III, 330; Nevevî, *el-Mecmû'*, Beyrut ts., XIX, 327, 328-330.

⁵⁷ Vâkıdî, II, 514.

⁵⁸ İbn Hişâm, I, 616-617.

ğini belirtirler.⁵⁹ Ayrıca Hz. Peygamber insan haysiyetiyle bağdaşmayan, sadece kin ve öfkeyi arttırmaya yarayan, insanın sağken veya öldükten sonra bir uzvunu kesmeyi (müsle) yasaklamış, bazı azılı düşmanlarına müsle yapılmasını isteyenlere, "Ben ona müsle yapmam, peygamber bile olsam Allah da beni aynı şekilde cezalandırır" cevabını vermiştir.⁶⁰ Yine düşmanın öldürülmesiyle ilgili olarak şöyle demiştir: "Öldürme konusunda insanların en çekingeni ve şefkatli davrananı inananlardır".⁶¹ Savaşta öldürülen bir patriğin başı Medine'ye Hz. Ebû Bekir'e gönderildiğinde bunu hoş karşılamamış, düşmanın da aynı şekilde davrandığı söylenince şu karşılığı vermiştir: "Farslar'la Bizanslılar'ı mı örnek alacağım?"⁶²

d) Esir Kadınlara Tecavüz Yasağı:

Esirlere kötü muamele yapılması yasaklandığı gibi esir alınan kadınların kişilik ve iffetleri de belirli bir hukukî düzenleme getirilerek güvence altına alınmıştır. Dört Sünnî mezhebe göre, kölelik yolu ile hukukî bir statüye kavuşturulmadan önce esir alınan bir kadınla cinsî münasebette bulunmak haramdır. İmam Mâlik ve Ebû Sevr'e göre böyle bir fiile zina cezası uygulanır. Diğer üç mezhebe göre ise esirlerin bir bakıma ganimet çerçevesinde mütalaa edilmesinden doğan mülk şüphesi sebebiyle, bu kimseden had cezası düşmekle birlikte ta'zîr cezası verilir. Ganimet paylaşımı yoluyla köle statüsüne geçen bir kadınla cinsî ilişki, ancak onun bir âdet görüp hamile olmadığını anlaşılması ve hamile ise çocuğunu doğurması ile mümkün olur. Meşru sayılmayan ilişki sonucunda esir kadının hamile kalması durumunda nesebin hukuken sabit olup olmayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁶³

Esir kadınlarla bu şartlar çerçevesinde ilişkide bulunmanın meşru sayılması, onların ganimet yoluyla köle statüsüne geçirilmeleri sebebiyledir. Esirlerin köleleştirilmesi ise İslâm'ın ortaya koyduğu ve arzuladığı bir uygulama olmayıp o dönemde mevcut yaygın bir tea-

⁵⁹ Kâsânî, VII, 120.

⁶⁰ Vâkıdî, I, 107.

⁶¹ Ebû Dâvûd, "Cihâd", 110.

⁶² Beyhâkî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, Haydarabad 1344, IX, 132.

⁶³ Ebû Yusuf, s. 224; Serahsî, X, 50-51; Kâsânî, VII, 122-123; Şîrâzî, II, 241-242; Haraşî, III, 118, 128,142; İbn Kudâme, VIII, 491-492; Nevevî, XIX, 338.

müldü. Esasen İslâmiyet'in getirdiği şartlar içinde gerçekleşecek bir ilişki bugünkü anlamda bir tecavüz değil hukukî bir mesnede dayanan, hukuken korunan ve belirli sonuçlar doğuran bir tür karı koca ilişkisi mahiyetindedir. İslâm'ın arzuladığı bir hedef olarak bugün kölelik müessesesi ortadan kalktığı için savaş esirlerinin köle statüsüne geçirilmesi artık söz konusu değildir. Bu durumda İslâmî hükümlere göre gerek sivil gerek asker esir kadınlarla ister zorla ister kendi arzularıyla olsun cinsî ilişkide bulunmak hiçbir şekilde meşru sayılmaz.

İslâm'da esir kadınlarla cinsî ilişkinin hukukî bir çerçeveye oturtulması ve o günkü milletlerarası şartlarda bile tek taraflı ve çok sıkı sınırlamalar getirilmesine karşılık Batı'da ancak savaş örf ve hukukuna dair 1907 Lahey IV. Sözleşmesi'ne ek nizâmnamede aile şerefi ve haklarına saygı gösterileceği belirtilmiş (md. 46) ve savaşta sivillerin korunmasıyla ilgili 1949 tarihli Cenevre IV. Sözleşmesi'yle de (md. 27) kadınların tecavüz, fuşşa zorlama vb. davranışlara karşı himayesi milletlerarası bir belgede yer almıştır.⁶⁴ Fakat buna rağmen devletler hukukunda hâlâ kuvvetin en önemli rolü oynaması ve mevcut hukukî tedbirlerin gerçek bir müeyyideden mahrum bulunması, kadınların tecavüzden korunacağını belirten maddeyi çok defa kâğıt üzerinde bırakmıştır. II. Dünya Savaşı sırasında sadece Almanya'da 1,9 milyon kadının Rus askerlerinin tecavüzüne uğradığı, Almanlar'ın da Doğu Avrupa ülkelerinde 3 milyon kadına tecavüz ettikleri ve bunlardan 1,5 milyon çocuğun dünyaya geldiği kaydedilmektedir. Nazilerin Batı Avrupa ülkelerindeki tecavüzleri sonucunda doğan çocukların sayısı ise ülkelere göre 40-100.000 arasında değişmektedir.⁶⁵ Yine II. Dünya Savaşı'nda Japonlar Kore'de, Amerika Birleşik Devletleri askerleri de Filipinler'de on binlerce kadına özel şekilde hazırlanmış mekânlarda tecavüz etmiş ve bunları sürekli olarak fuşşa zorlamışlardır.⁶⁶ 1992 yılı başlarında Bosna - Hersek'te başlayan savaş sırasında Sırplar'ın bir savaş taktiği ve etnik arındırma vasıtası olarak on-on beş yaşlarındaki

⁶⁴ *Documents on the Laws of War*, ed. Adam Roberts – Richard Guelff, Oxford 1989, s. 56, 282.

⁶⁵ "Rape as Weapon of War", *Austria Today*, 1/1993, Wien, s. 8-11.

⁶⁶ J. Vickers, *Women and War*, London 1993, s. 21-22.

çocuklardan ihtiyar kadınlara varıncaya kadar tecavüz ettikleri Müslüman Boşnak kadın sayısının 40.000'i aştığı bilinmektedir.⁶⁷

4. Günümüz Devletler Hukukunda Esirler:

İslâm devletler hukuku Kur'ân, sünnet, Hulefa-yı Râşidîn'in uygulaması ve müctehid imamların icthadlarıyla daha başlangıçta teşekkül etmişken Batı devletler hukuku 8-10 asırlık bir gecikmeyle ortaya çıkabilmiştir.⁶⁸ Bunun gibi esirlerin durumu da Batı Dünyası'nda ancak XIX. yüzyılın ortalarından itibaren uluslararası bazı düzenlemelere konu olabilmıştır. Savaş usûllerini düzenleyen bir takım kurallar ve buna bağlı olarak hasta, yaralı ve esirlere uygulanacak bazı hükümler XVIII. yüzyıldan itibaren tespit edilmekle birlikte bu alanda devletlerarası hukuku alanındaki geniş bir düzenleme XIX. yüzyılın ikinci yarısında muhtelif zamanlarda akdedilen milletlerarası sözleşmelerle gerçekleşmiştir.⁶⁹

Savaş hukukunun öteden beri ve özellikle ilgilendiği bir konu olarak savaş esirlerine uygulanacak muamele resmî mahiyette ancak 1874 Brüksel Deklarasyonu'nda dikkate alınmıştır. On iki maddesi savaş esirlerine uygulanacak muameleyi düzenleyen bu deklarasyon her ne kadar onaylanmamış ve yürürlüğe konmamışsa da getirdiği hükümler daha sonraki uluslararası antlaşmalarda ifadesini bulmuştur.⁷⁰

Batı'da savaş hukukunun kanunlaştırılması yolunda atılan en ileri adım Lahey Konferansları olmuştur. 1899'da gerçekleştirilen birinci Lahey Barış Konferansı'nda kara savaşıyla ilgili bazı düzenlemeler yapılmış ve esirlerin durumlarıyla ilgili hükümlerin ilk defa yer aldığı II. sözleşme 1907'deki ikinci Lahey Barış Konferansı'nda gözden

⁶⁷ Roy Gutman, *Bosna'da Soykırım Günlüğü*, çev. Şakir Altınbaş, İstanbul 1994, s. 120-132, 207-232.

⁶⁴ Ali Ali Mansûr, *eş-Şeriatü'l-İslâmiyye ve'l-kânûnü'd-düveliyi'l-âm*, Kahire 1390/1971, s. 294; Özel, s. 22

⁶⁹ bk. İlhan Lütem, *Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk*, Ankara 1951, s. 14-15; Ali Ali Mansûr, s. 294; Âmir, s. 37.

⁷⁰ *Documents*, s. 215; Muhammed el-Lâfi, *Nazarât fi ahkâmi'l-harb ve's-silm*, Tarablus 1398/1989, s. 198-99.

geçirilerek yerini bu konferansta kabul edilen IV. sözleşme almıştır.⁷¹ Gerek 1899 Lahey II. Sözleşmesi gerek 1907 Lahey IV. Sözleşmesi'nde savaş esirleriyle ilgili hükümler 17 madde halinde (md. 4-20) düzenlenmiştir. 1907 Lahey Konferansı'nda imzalanan diğer sözleşmelerin bazılarında da esirlerle ilgili hükümler yer almıştır.⁷² Birinci Dünya Savaşı sırasında bu 17 maddenin yetersizliği görülünce, bu eksiklik savaşı taraflar arasında 1917 ve 1918'de yapılan özel antlaşmalarla kısmen telafi edilmişti. 1921'de Cenevre'de toplanan X. Uluslararası Kızılhaç Konferansı (ICRC) savaş esirlerine uygulanacak muameleyle ilgili bir sözleşmenin benimsenmesini tavsiye etti. 1929'da İsviçre hükümetinin Cenevre'de düzenlediği konferans, Uluslararası Kızılhaç Konferansı tarafınca hazırlanan bir taslak sözleşmeyi ele aldı ve savaş esirlerine uygulanacak muameleyle ilgili 1929 Cenevre Sözleşmesi'ni kabul etti. Bu sözleşme 1899 ve 1907 Lahey sözleşmelerinde esirlerle ilgili olarak yer alan tedbirlerin yerini almaktan çok onları tamamlayıcı mahiyettedir.⁷³

II. Dünya savaşından önce 1929 Cenevre Sözleşmesi'yle savaş esirlerine sağlanan himayenin iyileştirilmesi için çaba gösterilmesinin görülmesi yanında II. Dünya Savaşı sırasındaki olaylar esirler için önemli hükümler ihtiva etmesine rağmen bu sözleşmenin birçok alanda gözden geçirilmesi zaruretini ortaya koydu ve savaştan sonra yeni bir sözleşme taslağı hazırlama yoluna gidildi.⁷⁴ 1945-1948 yılları arasında çeşitli devletlerin uzmanlarının katıldığı bir seri danışma toplantısında taslak sözleşmeler hazırlandı. 64 devletin temsilcilerinin katılımıyla 21 Nisan - 12 Ağustos 1949 tarihleri arasında Cenevre'de gerçekleştirilen toplantıda dört tane sözleşme kabul edildi.⁷⁵ Bu sözleşmeler 12 Ağustos 1949'da imzaya açılarak 12 Şubat 1950'ye kadar imzaya açık tutuldu, 21 Ekim 1950'de de yürürlüğe konuldu.⁷⁶

⁷¹ Lütem, s. 15; Edgîrî, s. 295; Cafer Abdüsselâm, *Kavâidü'l-alâkâti'd-devliyye*, Kahire 1401/1981, s. 697-98, 733.

⁷² *Documents*, s. 215 Esirlerle ilgili söz konusu 17 madde için bk. *Documents*, s. 48-52.

⁷³ *Documents*, s. 215. Ayrıca bk. Edgîrî, s. 295-96; M. el-Lâfi, s. 199.

⁷⁴ *Documents*, s. 167, 215.

⁷⁵ *A.g.e.*, s. 167.

⁷⁶ *A.g.e.*, s. 171. Ayrıca bk. Lütem, s. 185-186.

1949 Cenevre III. Sözleşmesi, savaş esirlerinin durumuyla ilgili 1929 Cenevre sözleşmesinin büyük ölçüde genişletilmiş versiyonunu/sürümünü temsil eder. Bazı tedbirler ilk sözleşmedekilerden daha açık ve kapsamlı iken bazıları da tamamen yeni olup daha önce düzenlenmemiş hükümleri ihtiva eder.⁷⁷ Bu sözleşmedeki hükümler incelendiğinde esirlerle ilgili bütün temel insanî hakların esasen İslâm hukukunda garanti altına alındığı, Müslüman hukukçular tarafından ele alınmayan ve birçoğunu bugünkü şart ve imkânların ortaya çıkardığı ayrıntıları ise uluslararası taahhüt ve antlaşmalar çerçevesinde kabul etmenin İslâm esaslarına aykırı olması bir tarafa İslâm adına öncelikle savunulması gerektiği görülecektir.

1949 Cenevre sözleşmelerinin kabulünden sonra savaşların mahiyetinde görülen gelişmeler, savaş hukukunun çağdaş savaşların şartlarına adapte edilmesi lüzumunu ortaya çıkardı. Askerî çatışmalarda uygulanacak uluslararası insanî hukukun geliştirilmesi ve yeniden onayı konusunda 1974'de Cenevre'de diplomatik bir konferans düzenlendi. 20 Şubat-29 Mart 1974, 3 Şubat-18 Nisan 1975, 21 Nisan-11 Haziran 1976 ve 17 Mart-10 Haziran 1977 tarihlerinde olmak üzere dört oturum yapıldı. Konferans 8 Haziran 1977'de 1949 Cenevre Sözleşmesi'ne ek iki protokolü resmen kabul etti ve bu protokoller 12 Aralık 1977'de Bern'de imzaya açıldı. Her iki protokolün de önemli özelliklerinden biri, muhtevalarının insan haklarıyla ilgili hukuktan etkilenmiş olmasıdır.⁷⁸

Son bir yüzyıl içinde savaş hukukunda görülen önemli gelişmeler ve bu çerçevede savaş esirlerine uygulanacak muamelenin iyileştirilmesine rağmen⁷⁹, devletler hukukunun maddî müeyyideden

⁷⁷ *Documents*, s. 215.

⁷⁸ *Documents*, s. 387; Cafer Abdüsselâm, s. 741-42. Bu protokollerin mahiyeti ve ilgili bazı tartışmalar için bk. Abraham D. Sofaer, "The U.S. Decision not to ratify protocol I. to the Geneva Conventions on the Protection of war victims", *American Journal of International Law*, October 1988, LXXXII, sy. 4, s. 784-787; George H. Aldrich, "Prospects for united States Ratification of the Additional Protocol I. to the 1949 Geneva Conventions", *a.e.*, January 1990, LXXXV, sy. 1, s.1-20.

⁷⁹ Modern devletler hukukunda savaş esirleriyle ilgili düzenlemeler konusunda geniş bilgi için bkz., Özel, *İslâm Devletler Hukukunda Savaş Esirleri*, Ankara 1996, s. 97-129.

yoksun olması ve bu hukuku özellikle kontrol imkânlarının son derece az olduğu savaş şartlarında uygulayacak insanların da manevî müeyyideden uzak olmaları sebebiyle maalesef umulan sonuçlar elde edilememiştir.

Uluslararası ilişkilerde hukuk yerine gerçekte hâlâ kuvvet dengelerinin hâkim olması insanlık adına büyük ümitler bağlanan 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin de gerçek anlamda uygulanmasını engellemiş, daha sonraki savaşlarda da insan hakları çiğnenmeye devam etmiştir. Sözleşme hükümleri kâğıt üzerinde kalmaya mahkûm olmuş, zayıflara yönelik çok ciddi ihlaller birtakım sonuçsuz ve göstermelik kınamalarla geçiştirilmiştir. Son yarım yüzyılda meydana gelen muhtelif savaşlarda esirlere uygulanan yasa dışı uygulamalar, uluslar arası sözleşmelerde yer alan hükümlerin ancak güçlü devletlerin hukuka samimi bağlılıkları ve kişilerin insanî erdemleri ölçüsünde uygulanma şansı bulunduğunu bir kez daha gözler önüne sermiştir.

MÜZAKERE

Prof. Dr. Nasi ASLAN*

Prof. Dr. Ahmet Özel'in "**Kur'ân ve Sünnette Esir Hakları**" isimli tebliğın müzakeresine geçmeden önce hepinizi sevgi ve saygı ile selamlıyor, bu tartışmalı ilmî toplantının ilim dünyamıza faydalı katkılar sağlarnasını diliyorum. Ayrıca emek mahsulü bu değerli tebliğ hazırlarnasından dolayı Sn. Prof. Dr. Ahmet Özel hocama teşekkür ediyorum.

Tebliğle ilgili mülahazalarımna geçmeden önce bu tebliğın müzakerecisi olmaktan ötürü de mutlu olduğumu ifade etmek isterim. Zira müzakerecilik görevi gereğini incelediğim bu tebliğ sayesinde bir taraftan yeni bilgiler edinme diğeri taraftan bazı bilgileri de yenileme imkânına sahip olarak müstefit oldum. Bununla beraber tebliğde dikkatimi çeken bazı hususları başta Ahmet hocam olmak üzere sizlerle paylaşmak istiyorum.

Teknik anlamda bakıldığında konu metodik bir şekilde ele alınmış olup bu anlamda belirgin bir nakısa mevcut değildir. Giriş, "İslâm'da Savaş Esirleri"; "Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnetin Işığında Esirlere Uygulanan Hukukî Hükümler" şeklinde iki alt başlık ve "Günümüz Devletler Hukukunda Esirler" kısmından oluşan tebliğ on sayfadan ibarettir. Tebliğde şeklen dikkati çeken hususlardan biri "sonuç" kısmının müstakil olarak yer almamasıdır. Tebliğ sahibinin tebliğinde "Günümüz Devletler Hukukunda Esirler" başlığı ile günümüzdeki düzenlemelere atıfta bulunması isabetli olmuş ancak bu kısımdan sonra bir karşılaştırma yaparak ulaştığı neticeleri sonuç kısmında ifade etseydi daha iyi olurdu kanaatindeyim. Tebliğ sahibi "İslâm'dan Önceki Toplumlarda Esirler" başlığı altında Yahudilikte esirlere uygulanacak hükümlerle ilgili açıklarnasında Talmut'u referans almakta

* Çukurova Ü. İlahiyat Fakültesi.

ancak kaynak olarak çağdaş bir araştırmayı göstermektedir(bkz. s. 2, dipnot 9). Talmut'a ulaşmak çok mu zordu bilemiyorum.

“Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnetin Işığında Esirlere Uygulanan Hukukî Hükümler” başlığı altında esirlerin öldürülmeleri meselesinde, öldürme istikametindeki gerek Kur'ân ayetleri gerekse Hz. Peygamber dönemi uygulamaları onların savaştıkları ya da esir alındıkları için değil işledikleri suçlar ya da özel durumlarıyla alakalı olduğu şeklinde değerlendirilmiştir. (s. 6, 2. paragraf) Bu tespit isabetli olmakla beraber bunun günümüz tabiriyle “savaş suçlarının tecziyesi şeklinde” ifade edilmesi daha şık olurdu. Yine aynı yerde tebliğ sahibi “İslâm'da esirlerle ilgili temel hükmün karşılıksız veya fidye ile serbest bırakmaktan ibaret olduğunu, fukahanın buna öldürme tercihini eklerken içinde buldukları milletlerarası şartlardan etkilendiklerini düşmanın Müslümanlara karşı uyguladığı bu hükmü mukabele bil misil esasına göre muhafaza etmek zorunda kaldıklarını söylemek mümkündür” demektedir. Bu anlatım içinde iki unsur vardır:

1. Esirleri fidye ya da fidyesiz serbest bırakmak ki bu temel hüküm olarak belirtiliyor;

2. Mukabele bil misil esasına göre tavır alabilmek (öldürme tercihini masada tutabilmek). Burada şayet birinci hükmü asıl hüküm olarak alırsak ikinci hükmü caydırıcılık açısından tesirsiz hale getirmiş oluyoruz. Ayrıca birinci hükmün asıl olarak bilinmesi düşman askerlerinin cesaretlenmesine neden olacaktır. Bu nedenle buradaki iki hükmün birinin diğerinin yerine feda edilmemesi kendisinde durum ve şartların dikkate alındığı alternatif hükümler olarak sunulmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyim. Bu nedenle esirlerin durumunu düzenleyen Enfal ve Muhammed ¹ayetlerinin farklı durum ve şartlarla ilgili birer alternatif hüküm olarak konjonktürü/içinde bulunan durumu dikkate alan dinamik bir özelliğe sahip olduğu kanaatindeyim. Tebliğde esirlerin haklarına taalluk eden hususların ise iyi işlendiğini düşünüyorum.

Saygılarımla

¹ el-Enfal 8/67-69; Muhammed 47/4.

Prof. Dr. Ahmet ÖZEL'in Müzakereciye Cevabı

Prof. Dr. Nasi Aslan hocama teşekkür ediyorum. Esirlerin öldürülmesiyle ilgili konuda Kur'ân-ı Kerim'de sadece fidye karşılığı ve karşılıklı serbest bırakma konusu var. Öldürülmeyi hak eden devlet başkanının öldürülebileceğine dair fukaha hükmünü koyarken esas aldıkları delil "*Müşrikleri nerede bulursanız öldürün*" mealindeki ayet-i kerîmedir. Dolayısıyla doğrudan doğruya bununla alakası yok.

İkinci en önemli kaynakları da şudur: Rasûlüllah Efendimiz'in bazı savaşlardan sonra esir alınanları öldürtmesidir. Ben bunları tek tek inceledim. Bunların hiç birisi savaş sırasında esir alındıklarından ve savaş sırasında suç işlediklerinden dolayı değil. Savaş öncesi peygamberimizi hicvettiklerinden, İslâm düşmanlıklarından ve Müslümanlara zarar verdiklerinden dolayıdır. Bunlar savaş olmasa bile elde edildikleri ilk anda öldürüleceklerdi. Dolayısıyla fukahanın bu hükmü kendi şartlar içinde değerlendirilmiştir. Çünkü gayr-i müslimler Müslümanları esir aldıkları zaman öldürüyorlardı. Bugün ise Devletler Hukukunda -bütün devletler altına imza atmıştır- esirler öldürülmez. Bugün artık böyle bir ihtimal de yoktur. Ben meseleyi o açıdan ele almıştım.

Unuttuğum bir şeyi de ifade etmek istiyorum: Esir alınacak kimseler aslında prensip olarak savaşta öldürülmeleri caiz olan kimselerdi. Peki, fukaha kadın ve çocukları neden buna dâhil etmiş?

Bu tamamen düşmanı caydırmak amaçlıdır. Kişinin en değerli varlığı kadını ve çocuğudur. Düşmanlar da o zamanlar aynı şeyi yaptığı için Müslümanlar da mukabele bi'l-misil çerçevesinde düşmanların kadın ve çocuklarını esir alınmalarını caiz görmüşlerdir. Yoksa prensip olarak bütün mezheplerde kadın ve çocuklar bilfiil savaşmadıkça öldürülmezler ve öldürülmeleri haramdır.