

Modern Hukukta* ve Hanefî Mezhebinde Öldürme Türlerinin Maddî ve Manevî Unsurlar Açısından Mukayesesi**

Öz: Bu makalenin amacı, modern hukuk ve Hanefî mezhebinde yer alan öldürme türlerini maddî ve manevî unsurlar açısından mukayese ederek aralarındaki farklılıkları ortaya koymaktır. Maddî ve manevî unsurun etkisi, özellikle failin cezaî mesuliyetinin tespiti noktasında görülmektedir. Bu araştırmada, cezaî sorumluluğun tespitinde, modern hukukta manevî unsurun belirleyici olduğu, Hanefî mezhebinde ise daha ziyade maddî unsurun etkili olduğu tezi savunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Maddî Unsur, Manevî Unsur, Öldürme Suçu.

Ahmet
AYDIN 

The Comparison of the Types of Homicide in Contemporary Criminal Law and Hanafi School in Terms of Material and Mental Elements

Abstract: The aim of this article is to show the differences between the types of homicide in Hanafi and contemporary criminal law in terms of material and mental elements. The effect of material and mental elements especially can be seen on the criminal responsibility. In this research, we support the thesis that the most important factor in determining criminal responsibility is the mental element in contemporary penal system and the material element in Hanefite law.

Keywords: Material Element, Mental Element, Homicide.

* Bu makalede modern hukuk olarak çağdaş hukuk sistemlerinden Türk Ceza Hukuku temel alınacaktır.
** Bu makale, yazarın doktora tezinden (Ahmet Aydın, "Hanefî Fıkıh Literatüründe Öldürme Suçunun Maddî Ve Manevî Unsurlarıyla İlgili Kavramların Gelişimi (Hicri 4-9. Asırlar)," (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2013)) hazırlanmıştır.
*** Doç. Dr., İzmir Katip Çelebi Üniversitesi, İslami İlimler Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Bölümü, İslam Hukuku Anabilim Dalı. E-Posta: ahmetay81@gmail.com – ORCID ID: <https://0000-0001-7164-6149>

Giriş

Günümüz hukukunda suçlar unsurlarına ayrılarak incelenmektedir. Suçun unsurları, suçun yapıtaşlarını oluşturmaktadır. Suçun unsurlarının sayısı hususunda farklı değerlendirmeler olmakla birlikte, genelde dört unsura yer verildiği görülmektedir. Bunlar, kanuni unsur, maddî unsur, manevî unsur ve hukuka aykırılık unsurudur. Bu makalede analiz edilecek olan maddî unsur, suçun dış dünyaya yansıyan tarafını oluşturmaktadır. Örneğin öldürme suçunda öldürme eylemi, maddî unsuru oluşturmaktadır. Manevî unsur ise failin iradesi, onun iç alemiyle ilgilidir. Örneğin failin öldürme eylemini kasdî olarak mı icra ettiği; yoksa taksirle mi işlediği hususu, manevî unsurun konusunu teşkil etmektedir.

1. Kasten Öldürme-Amden Öldürme

1.1. Modern Hukukta Kasıt Kavramı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde kasıt, *suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi* şeklinde tarif edilmiştir. Kasten öldürme suçu, *doğrudan kastla* işlenebileceği gibi, *olası kastla* da icra edilebilmektedir.¹ Örneğin kalabalığın içinde bulunan bir şahsın öldürülmesi amacıyla ateşlenen silahtan çıkan kurşunun, hedeflenen kimsenin yanındaki şahıs veya şahısları öldürmesi halinde olası kastla hareket edilmiş olmaktadır.²

- 1 Failin neden olduğu netice açısından kast, *doğrudan kast* ve *dolaylı kast* ayrımına tabi tutulmuştur (Kayıhan İçel vd., *Suç Teorisi, Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler, Suçun Yapısal Unsurları, Suçun Özel Oluşum Biçimleri*, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2004), 234). Failin gerçekleştirdiği eylemin günlük hayat tecrübelerine göre mutlak surette neden olacağı neticelerini öngörmesi halinde *doğrudan kasttan* bahsedilir. Örneğin bir şahsı öldürmek için ona doğrultmuş olduğu silahı ateşleyen kişi *doğrudan kastla* hareket etmiş olmaktadır (İçel vd., *Suç Teorisi*, 235; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008), 386; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 186). Kanunumuzda *olası kastın* tanımı şu şekilde yapılmıştır: "Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde, olası kast vardır" (TCK m. 21/2). *Olası kastta* meydana gelen netice, failin hareketine zorunluluk bağı ile bağlı değildir. Bu husus, *doğrudan kastla olası kastın* arasını ayıran bir kriter olmaktadır. Ayrıca *doğrudan kast* halinde fail, açıkça neticeyi istemekte, *olası kastta* ise isteme veya istememe kesin olarak bilinmemektedir (Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 389).
- 2 Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1986), II, 234; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 186.

1.2. Hanefî Mezhebinde Amd-Kasıt Kavramları

Amd, sözlükte kastetmek, niyet etmek, bir şeye yönelmek, bir şeye destek olmak gibi anlamlara gelmektedir.³ Öldürme suçunun tetkik edildiği Hanefî eserlerde *amd*, hatanın zıddı olarak belirtilmektedir.⁴ *Kasıt* sözlükte, yolun düzgün olması ve bir şeye yönelmek gibi anlamlara gelmektedir.⁵ Hanefî eserlerde *amd* kavramının *kasıt* kavramı ile yakın ilişkisi göze çarpmaktadır. Birçok Hanefî eserde *amd*, *kasıt* kavramıyla (العمد هو القصد) açıklanmıştır.⁶ Diğer taraftan Hanefî metinlerde, *amdi kasıtın* özel şekli olarak açıklayan ifadelere de rastlanmaktadır. Örneğin, *kasıtın* hayvanlarda da bulunduğu değinen Serahsî, bununla birlikte hayvanların fiillerinin *amdiyyet* kavramıyla nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir.⁷ Küçüklerin eyleminin de “*amdiyyet*” vasfından yoksun olduğuna vurgu yapan Serahsî⁸ *amdi* hukûken muteber kabul edilen *kasıt* olarak (أن العمد عبارة عن قصد معتبر في الأحكام شرعا)⁹ açıklamıştır.

Modern hukukta öldürme eylemi bağlamında *kasıtla* ilgili yer verilen *kasıt* - olası *kasıt* ayırımına Hanefî mezhebinde rastlanmamıştır.

Arapçadaki anlamları bakımından *amd* ve *kasıt* kavramları birçok açıdan benzerlik göstermekle birlikte, öldürme türü olarak günümüz hukukunda yer alan *kasten* öldürmenin Hanefî mezhebinde mevcut *amden* öldürmeden farklılık arz ettiği ve bunun maddî ve manevî unsurlar ekseninde belirgin olduğuna aşağıda yer verilecektir.

- 3 Ebü't-Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Ya'kûb Firûzâbâdî, *el-Kâmûsü'l-mûhît*, (Mısır: Matbaatu Dâru'l-Memûn, 1938/1357), “*amd*” maddesi.
- 4 Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl Serahsî, *el-Mebsût*, (Kâhire: Matbaatu's-Sa'âde, 1324-1331), XXVI, 94; Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâyık şerhu Kenzi'd-dekâik*, (Bulak: Matbaatu'l-Kübra'l-Emîriyye, 1314), VI, 139; Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd Bâbertî, *el-Înâye şerhu'l-Hidâye*, (Mısır, Matbaatu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1389/1970), X, 207; Muhammed b. Hüseyin Tûrî, *Tekmiletü Bahri'r-râik*, (Kâhire: el-Matbaatu'l-İlmiyye, 1311), VIII, 388.
- 5 Firûzâbâdî, Ebü't-Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Ya'kûb b. Muhammed, *el-Kâmûsü'l-mûhît*, (Mısır: Matbaatu Dâru'l-Memûn, 1938/1357), “*Kasıt*” maddesi.
- 6 Ebü'l-Hasan Burhâneddîn Ali b. Ebî Bekr Mergînânî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*, (İstanbul: Kahraman Yayınları, 1986), IV, 158; Zeylaî, *Tebyîn*, VI, 97-98; Bâbertî, *el-Înâye*, X, 205; Kemâleddîn Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamid İbnü'l-Hümâm, *Şerhu Fethi'l-kadîr*, (Mısır, Matbaatu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1389/1970), X, 205; Muhammed Emin b. Ömer İbn Âbidin, *Reddül-muhtâr*, (Mısır, Matbaatu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1386/1966), VI, 527.
- 7 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 86-87.
- 8 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 86-87.
- 9 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 86-87.

1.3. Maddî Unsurlar

Maddî unsur; hareket, netice ve sebebiyet alakasını ihtiva etmektedir.

1.3.1. Hareket

Kasten öldürme suçu, herhangi bir hareketle işlenebildiğinden *serbest hareketli* bir suçtur.¹⁰ 5237 sayılı TCK'da öldürme suçundan bahseden 81. maddede, kullanılan aracın nasıl olması gerektiği hususunda bir açıklama bulunmamaktadır. Dolayısıyla bıçaklamak, silahla ateş etmek, zehirlemek, boğmak, saldırgan bir hayvanı kışkırtmak suretiyle öldürme suçu gerçekleştirilebilir.¹¹ Suçun doğrudan bir araçla işlenmesi mümkün olduğu gibi, araçsız ya da dolaylı araçlarla icra edilmesi de mümkündür. Örneğin, kendisini koruma gücü bulunmayan bir kimseyi soğukta dışarıya bırakarak ya da yırtıcı bir hayvanı bir kimseye karşı kışkırtarak ölümüne neden olma bu kapsamda değerlendirilir.¹² Kasten öldürme suçu, icraî hareketle de, ihmalî hareketle de gerçekleştirilebilmektedir.¹³

Öldürme kastıyla hareket eden failin icra ettiği her türlü eylem modern hukukta kasten öldürme kapsamında değerlendirilirken, Hanefî mezhebinde, failin *öldürme kastıyla* icra ettiği her hareket amden öldürme kapsamında yer almamaktadır. Hanefî mezhebinde bir eylemin amden öldürme olarak nitelendirilebilmesi

- 10 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), 121. Suçlar, yapılan hareketin şekline göre, serbest hareketli - bağlı hareketli suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Serbest hareketli suçlar, kanunda o suç için gerçekleşmesi istenen belli birtakım hareketlerin belirtilmediği suç tipidir. Örneğin *Öldürme Suçu* (TCK m. 81) serbest hareketli bir suçtur. Suçun ne şekilde icra edileceğinin belirtilmesi durumunda bağlı hareketli suç söz konusu olmaktadır. Örneğin eziyet çektirerek *Öldürme Suçu* (TCK m.82/1-b), bağlı hareketli bir suçtur (Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 251-252).
- 11 Turgut Yüksel, *Yaralama, İntihara Yönlendirme, İşkence ve Eziyet Suçları*, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007), 11; Necati Meran, *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 31; Tezcan, *Özel Ceza Hukuku*, 121-122; Cengiz Otacı, *Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 418.
- 12 Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, 31.
- 13 İcraî hareket, kanunen yasaklanan bir hareketin yapılması durumudur. Örneğin, failin mağdura yumruk atması icraî harekete örnek teşkil etmektedir. İhmal suçları emir normlarını ihlâl eden suçlardır. İhmalî hareketle meydana gelen suçlar iki kısma ayrılmaktadır. Bunlar gerçek ihmal suçları ve ihmale benzer suçlardır. Gerçek ihmal suçlarına örnek, tanıklık yaparken yalan söylemek (TCK m.272) ya da gerçeği saklamaktır (Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 246). İhmal benzeri suçlarda ise, neticeyi önleme sorumluluğu söz konusudur (Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 247; İçel vd., *Suç Teorisi*, 62). Annenin bakmakla yükümlü olduğu çocuğun bakımını ihmal ederek ölümüne neden olması, ihmal benzeri suçtur. Aynı şekilde, bir yangın görevlisinin görevini ihmal etmesi sonucu, çıkan yangında bir şahsın ölmesi ihmal benzeri suçta örnek oluşturmaktadır (İçel vd., *Suç Teorisi*, 63; Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 248).

için birtakım *şekil şartlarının* gerçekleşmesi gerekmektedir. Örneğin hareketin mübâşeret¹⁴ icra edilmesi amden öldürme eylemlerinde aranan önemli bir koşuldur. Failin doğrudan maktûlün bedenine yönelik gerçekleştirdiği bir hareket söz konusu olmadığında, eylem tesebbüben öldürme olarak kabul edilmektedir. Örneğin, yalan tanıklık yaparak,¹⁵ aç ve susuz bırakarak öldürme¹⁶ eylemleri tesebbüben icra edildiğinden faile kısâs cezası uygulanmamaktadır.

Mübâşeret kavramı, Hanefî mezhebinde yer alan amden öldürme suçunu modern hukukta mevcut kasten öldürme suçundan ayıran önemli bir unsurdur. Bu husus, modern hukukta kasten öldürmeden farklı olarak Hanefî ekolünde amden öldürmenin *serbest hareketli bir suç* olmadığını göstermektedir. Gerçi günümüzde bazı İslam hukukçuları, İslam hukukunda yer alan “amden öldürmenin” de *serbest hareketli bir suç* olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁷ Ancak Hanefî mezhebi söz konusu olduğunda konunun farklı bir mahiyet arz ettiği kanaatindeyiz.

Hanefî mezhebinde eylemlerin tasnifinde, fiilin mübâşeretin gerçekleştirilmesi yanında kullanılan vasitanın niteliği de belirleyici olmaktadır. Eylemde kullanılan aracın niteliği, özellikle amd ve şibh-i amd eylemlerinin ayırımında ön plana çıkmaktadır.

14 Hanefî mezhebinde tanımına rastlayamadığımız mübâşeret, öldürme eyleminin maktûlün bedenine yönelik doğrudan icra edilmesi, hareketle netice arasına başka vasıtaların girmemesi şeklinde anlaşılmaktadır. Diğer taraftan eylemin tesebbüben icra edilmesi ise, failin eylemiyle ölüm neticesi arasına birtakım vasıtaların girmesi dolayısıyla failin eyleminin netice üzerinde doğrudan etkili olmadığını kabul edilmesidir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Hanefî mezhebinde mübâşeret-tesebbüb kavramlarını ilk kullanan Cessâs (Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî Cessâs, *Tahkiku'l-cüzû's-sâlis min şerhi Muhtasarî't-Tahâvî li'l-Cessâs*, thk. Muhammed Abdullah Han, (Mekke, Câmîatü Ümmî'l-Kurâ, 1415), II, 416) olmakla birlikte, ilk eserlerden (Ebû Abdullah Muhammed b. Hasan b. Ferkad Şeybânî, *el-Mebsût*, thk. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî, (Karaçi: İdâretü'l-Kurân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, t.y.), IV, 496) itibaren bu tür bir ayrımı yer verildiği görülmektedir (bkz. Aydın, *Öldürme Suçu*, 161-162). Tespit edebildiğimiz kadarıyla, amden öldürmenin *tanımında*, Serahsî dışındaki hukukçuların *mübâşeret* kavramına yer vermedikleri (Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 122-123); ancak eylemin amd kapsamında değerlendirilebilmesi için mübâşeretin icra edilmiş olmasını ilke olarak kabul ettikleri görülmektedir. Zira mübâşeretin icra edilmeyen eylemler, tesebbüben öldürme türünde yer almaktadır. Hanefî mezhebinde mübâşeret unsuru, suçun oluşmasını sağlayan *şartlar* başlığı altında Kâsânî tarafından ele alınmıştır (Ebû Bekr Alâeddin Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed Kâsânî, *Bedâi'us-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, (Bejrût: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1402/1982), VII, 239).

15 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 181-183; Merginânî, *el-Hidâye*, III, 134.

16 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 152-153; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 274-275.

17 Mustafa Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, (İstanbul: Bilişim Basın Yayın Letekdif Şirketi, 2004), 32; Abdülkâdir Udeh, *et-Teşrî'ul-cinâiyyi'l-İslâmî: Mukârenen li-kânûni'l-vaz'î*, (1373/1954), (Kâhire: Dâru't-Türâs, 1977), II, 25-26. Udeh, amden öldürme suçunda öldürme fiili için belli bir şekil şartının söz konusu olmadığını söylemiş ve örneğin vurma, yakma, yaralama, zehirleme, boğazlama gibi eylemlerle bu suçun icra edilebileceğini ifade etmiştir.

Amden öldürme suçunda *kullanılan alet* hususunda Hanefî hukukçuları iki farklı yaklaşım sergilemişlerdir. Genel olarak, Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre *kesici veya delici bir vasıta ile* gerçekleştirilen fiiller amden öldürme suçunu oluştururken, Ebû Yusuf (182/798) ve İmam Muhammed'e (189/805) göre *öldürücü herhangi bir vasıta ile* amden öldürme suçu icra edilebilmektedir. Hanefî fakihlerin amden öldürme eylemlerinde kullanılan vasıta ile ilgili bu temel yaklaşımı, ilk dönem metinlerinden itibaren bütün eserlerde görülmektedir.¹⁸

Kullanılan aletin niteliği, İslam hukukunda bir eylemin amden öldürme kapsamında yer almasında önemli bir rol oynadığı gibi, günümüz hukukunda da, bir eylemin kasten öldürme türüne dahil edilmesinde kullanılan aletin niteliği dikkate alınmaktadır. Ancak modern hukukta, özellikle Hanefî mezhebinde olduğu gibi, öldürme suçunda kullanılan alet, tek başına eylemlerin tasnifinde belirleyici değildir. Örneğin, modern hukukta kürekle gerçekleştirilen bir eylemde kullanılan aletin niteliği, darbenin yeri, sayısı ve mağdûrun raporuna göre *sanığın kastının öldürmeye yönelik* olup olmadığı tespit edilmektedir.¹⁹ Diğer taraftan Hanefî ekolünde kürekle gerçekleştirilen bir öldürme eyleminde, aletin niteliğine bakılmakta, küreğin demirden yapılmış kısmıyla mağdûra vurulması halinde fiil amden öldürme kabul edilmekte; ağaçtan yapılmış sapıyla vurulması halinde ise hareket şibh-i amd türüne dahil edilmektedir.²⁰ Burada iki hukuk sistemi arasındaki temel fark, modern hukukta öldürme eylemlerinin tasnifinde birçok kriterin²¹ dikkate alınmasına karşılık; Hanefî mezhebinde suçta kullanılan aletin niteliğinin eylemlerin sınıflandırılmasında önemli oranda belirleyici olmasıdır.

18 Şeybânî, *el-Mebsût*, IV, 394; Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed Tahâvî, *Muhtasarü't-Tahâvî*, thk. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî, (Kâhire: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1370), 232; Cessâs, *Şerh*, III, 335-342; Kudûrî, *Muhtasar*, 184; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 59; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 158; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 233; Zeylaî, *Tebyîn*, VI, 100.

19 Otacı, *Öldürme Suçları*, 220.

20 Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 163.

21 Suçta kullanılan alete göre kastın tespiti, modern hukukta, kesin olmaktan uzak, yanıltıcı bir nitelik olarak değerlendirilmiştir. Modern hukukta suçta kullanılan aletin yanında, darbelerin birden fazla oluşu, vuruşlardaki şiddet oranı gibi *suçun işleniş biçiminden* hareketle kastın tespiti dahi eleştiriye maruz kalmış; bu husus, manevî unsuru maddî unsurdan çıkarma gibi yanlış bir metot olarak görülmüş ve tenkit edilmiştir. Sadece suçun işleniş biçimine itibar ederek kastın belirlenmesini eleştiren hukukçular, bunun yanında, başka birtakım kriterlerin de göz önünde bulundurulması gerektiğini söylemişler ve failin suçu işlemeden önceki davranışları, taraflar arasındaki ilişkiler, failin suç işledikten sonraki davranışları gibi birtakım ölçülerin de kastın tespitinde dikkate alınması gerektiğini öne sürmüşlerdir (Şahir Erman ve Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, (İstanbul: Dünya Yayıncılık, 1994), 24-26).

Hanefî mezhebinde amden öldürmenin tanımında hareketin icra şekli açısından yer verilen diğer bir nitelik *vurma kastıdır* (الضرب تعمد). Bu, daha ziyade manevî unsurla ilgili bir kavram olmakla birlikte suçun icra şeklini de ifade etmekte ve bu açıdan maddî unsurla da alakalı bulunmaktadır. Nitekim amden öldürme türünde Hanefî hukukçuların yer verdiği örnekler, genelde failin öldürücü veya yaralayıcı niteliği bulunan aleti mağdûra *vurmak* suretiyle gerçekleştirdiği eylemlerdir. Ancak Hanefî mezhebinde amd kapsamında yer alan bütün eylemlerde *vurma* hareketi söz konusu olmamaktadır. Örneğin, suda boğma, boğazı sıkarak öldürme veya uçuruma atma gibi eylemlerde *vurma* hareketi olmadığı halde bu fiiller, İmâmeyn tarafından amd kapsamında değerlendirilmiştir.²² Sonuç olarak, hareketin *vurma* şeklinde icrası, amd sınıfındaki bütün eylemleri kapsamına alan bir unsur olarak düşünülemez. Bununla birlikte, *vurma* hareketi, amd türündeki eylemlerin genelini icra şeklini gösteren ortak bir nitelik olarak düşünülebilir.

Mübâşeret ve eylemde kullanılan aletin niteliği gibi hususlar, Hanefî mezhebine özgü *özel maddî unsurlar* olarak değerlendirilebilir.

1.3.2. Netice

Maddî unsurun ikinci kısmını oluşturan ve failin hareketi sonucunda meydana gelen neticenin Hanefî mezhebinde, günümüz hukukundan farklı bir rolü bulunmaktadır. Bu da, eylemlerin neticeye göre değerlendirilmesidir. Hanefî mezhebinde, suç eylemlerinde neticeye göre hüküm verileceği kural²³ olarak kabul edilmiştir. Netice unsurunun eylemin hangi türde yer alacağını belirlemesi, bilhassa, *öldürme kastı olmaksızın* icra edilen eylemin ölüm neticesine yol açması halinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, bir kimsenin el veya ayağını kesme kastıyla icra edilen hareketin akabinde ölüm neticesi gerçekleşirse, bu fiil amden öldürme kabul edilmekte ve faile kısâs cezası uygulanmaktadır. Bu eylemde, failin öldürme kastı bulunmamaktadır. Ancak eylemin ardından ölüm neticesi gerçekleştiğinde, bu fiiller amden öldürme olarak değerlendirilmekte ve faile ölüm cezası verilmektedir. *Öldürme kastı* olmaksızın gerçekleşen eylemin amd kapsamında yer alması, Hanefî hukukçuların amd türündeki eylemler için *vurma kastını* yeterli kabul ettiklerini göstermektedir.²⁴

22 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 152-153; *El-Fetâvâ'l-Hindîyye*, Burhanpurlu Şeyh Nizâm ve Diğerleri, (Bulak: Matbaatu'l-Kübrâ'l-Emîriyye, 1310), VI, 6.

23 Cessâs, *Şerh*, III, 348; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 128; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 188; Zeylaî, *Tebyîn*, VI, 119.

24 İbn Âbidin, *Reddül-muhtâr*, VI, 543.

Günümüz hukukunda, ölüm neticesi fail tarafından istenmedikçe, gerçekleştirilen hareket ölüme yol açsa dahi, fiil, *kasten öldürme* olarak nitelendirilemez; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde bu eylem, *kastın aşılması suretiyle öldürme* olarak isimlendirilmekteydi.²⁵ 5237 sayılı TCK "*kastın aşılması suretiyle öldürme*" kavramına yer vermemiş, bu fiilleri "*netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama*" başlığı altında düzenlemiştir (md. 87/4).²⁶

Modern hukukla Hanefî mezhebinin ağırlaşan netice hakkındaki bakış açılarında belirgin farklılığın temel sebebi, Hanefî mezhebinde eylemlerin tasnifinde kullanılan aletin belirleyici olması; günümüz hukukunda ise failin kusurluluk derecesinin itibara alınmasıdır. Suç eyleminde kullanılan aracın niteliği, Hanefî mezhebinde büyük önem arz ettiğinden, hafif bir yaralama (الجرح اليسير) sonucu kişinin ölümü halinde dahi icra edilen eylem, *amd kapsamında* değerlendirilmektedir.²⁷ Günümüz hukukunda, basit tıbbî müdahale ile giderilebilecek yaralama sonucu kişinin ölmesi halinde, illiyet bağı da gözetilerek fail, *taksirle öldürmeden* sorumlu tutulabilmektedir.²⁸

1.3.3. Sebebiyet Alakası

Nedensellik ilişkisi veya illiyet bağı kavramlarıyla da ifade edilen bu unsur, failin hareketiyle netice arasındaki ilişkiyi açıklamaktadır.²⁹ Kanûnen suç sayılan ve cezalandırılan, neticeye yol açan harekettir. Hangi hareketlerin böyle neticelere yol açtığıнын belirlenmesi, sebebiyet alakası problemini gündeme getirmektedir.³⁰ Bu problemi açıklamak üzere birtakım teoriler geliştirilmiştir. Bunların içinde ön plana çıkanlar; şart nazariyesi, uygun sebep nazariyesi, son şart nazariyesidir.

Şart teorisi, neticeyi meydana getiren şartlar arasında bir ayırım yapmaksızın her şartı netice bakımından aynı değerlendirmektedir.³¹ Örneğin, avcılar kulübünde çıkan bir kavgada başka bir avcının duvara asmış olduğu tüfeği alan birinin bu

25 Erman ve Özek, *Ceza Hukuku*, 14; Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, 34.

26 "Netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama" ile "kastın aşılması suretiyle öldürme suçu" arasındaki mukayese için, bkz. Aydın, *Öldürme Suçu*, 47-49.

27 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 125.

28 Otacı, *Öldürme Suçları*, 624.

29 Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul, 1992), II, 81; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 461; İçel vd., *Suç Teorisi*, 71; Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954), 141; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 153.

30 Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 461.

31 Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 262; İçel vd., *Suç Teorisi*, 72-73; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 477.

tüfekle başka birini yaralaması veya öldürmesi hadisesinde, duvara tüfeğin asılması da olayın neticesi açısından bir neden olarak düşünülmektedir.³²

Şart teorisine yönelik eleştirilerde, neticenin oluşumunda tüm şartların değil, en uygun şartın etkili olduğu üzerinde durulmuş ve *uygun sebep teorisi* ortaya çıkmıştır.³³ Bu teoriye göre, öncelikle neticeyi oluşturan bütün şartlar incelenmektedir. Daha sonra bunların içinde neticeyi meydana getirmeye genel ve somut olarak uygun olanı neden olarak kabul edilmektedir.³⁴

Sebebiyet alakasıyla ilgili diğer bir nazariye olan *son şart teorisine* göre ise, neticeyi gerçekleştiren sebep, diğerlerine en son eklenen şarttır.³⁵

Ayrıca sebebiyet alakasını açıklamak üzere, müessir sebep teorisi,³⁶ objektif isnat edilebilme teorisi,³⁷ tehlikeli şart teorisi³⁸ gibi birtakım nazariyelere yer verilmektedir.

Eski ve yeni TCK'da nedensellik konusunda herhangi bir kurala yer verilmemiştir.³⁹ Yargıtay'ın ise birtakım kararlarda şart teorisine⁴⁰ göre, bazı kararlarda uygun sebep teorisine⁴¹ göre hüküm bina ettiği görülmektedir. Yüksek mahkeme, bazı kararlarında ise son şart teorisine göre hüküm vermiştir.⁴²

32 Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 262-263.

33 İçel vd., *Suç Teorisi*, 77; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 493; Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 267.

34 Örneğin, bir lokantada garsonun müşterinin pantolonuna yemek dökmesi dolayısıyla müşteri uçağına yetişemeyip bir sonraki uçağı binmek zorunda kalsa ve bu uçak da düşerek müşterinin ölümüne neden olsa, konu şu şekilde değerlendirilmektedir. Uçağın düşmesi sonucu yolcunun ölmesi normal ve beklenen bir netice kabul edilemez. Bu netice, olayların normal akışına uygun da değildir. Dolayısıyla garsonun hareketi ile ölüm neticesi arasında bir sebebiyet ilişkisi söz konusu olamaz (Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 267-269).

35 Kunter, *Maddî Unsurlar*, 176; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 486.

36 Kunter, *Maddî Unsurlar*, 172; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 483.

37 Kunter, *Maddî Unsurlar*, 164; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 498.

38 Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 500; Kunter, *Maddî Unsurlar*, 166.

39 Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 462; İçel vd., *Suç Teorisi*, 80; Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 274, 276.

40 Örneğin yüksek mahkeme, yaralanan bir kimsenin kendi ihmali nedeniyle ölmesi halinde failin hareketiyle netice arasında nedensellik ilişkisinin kesilmediğine ve bu olayda kastın aşılması suretiyle öldürmeden failin sorumlu olduğuna hükmetmiştir (Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 274).

41 Örneğin Yargıtay, uyuşturucu madde satan failin, maktûlün ölümüne neden olması halinde de, failin hareketiyle ölüm neticesi arasında uygun, yakın ve etkin nedensellik ilişkisi olduğu yönünde karar vermiştir (Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 274).

42 Örneğin, sahibinden almış olduğu silahı geri vermek için geldiği evin penceresinin açık olduğunu görerek dolu silahı pencereden içeri bırakan fail, bu silahla oynarken birini öldüren çocuğun eyleminden sorumlu tutulmamakta, araya başka bir fail girmesine itibarla failin silahı bırakma fiili ile ölüm neticesi arasında bir sebebiyet alakası kurulmamaktadır (Kunter, *Maddî*

Kanaatimize göre, sebebiyet alakası konusunda Hanefî mezhebinde, tıpkı Yargıtay'ın kararlarında olduğu gibi, farklı teorilerin kriterlerine göre hükümler verilmiştir. Hanefî mezhebinde bazen şart teorisine⁴³ göre, bazen uygun sebep teorisine⁴⁴ göre hükümlere yer verilmiştir. Ancak kanaatimize göre, Hanefî mezhebinde en etkili olan son şart nazariyesidir. Bazı modern hukukçular da, Mecelle'nin 90. maddesinde zikredilen "mübâşir yani bizzat fail ile mütesebbib müctemi oldukça hükm ol fâile muzaf kılınır" kaidesinden hareketle, eski hukukumuzda son şart teorisinin geçerli olduğunu söylemişlerdir.⁴⁵

Hukukta uzak değil yakın sebebi muteber kabul eden ve netice üzerinde dolaylı değil doğrudan sebebin etkili olduğunu savunan son şart nazariyesi, kanaatimizce, Hanefî mezhebinde özellikle tesebbübün öldürme eylemlerinde⁴⁶ etkili

Unsurlar, 177; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 487). Aynı şekilde, Yargıtay, başıboş bırakılmış olan köpeğin bir şahsı ısırması neticesiyle başıboş bırakma fiili arasında illiyet bağının olmadığına karar vermiştir (Kunter, *Maddî Unsurlar*, 177).

43 Hanefî mezhebinde, birden çok failin herhangi bir eylemi aynı anda gerçekleştirmesi durumunda öldürme suçu bütün faillere isnat edilmekte ve hepsi suçun faili kabul edilmektedir. Eserlerde, aynı anda icra edilen eylemlerde failerin gerçekleştirdikleri hareketlerin ağır veya hafif neticeler doğuracak olmasının öneminin bulunmadığı vurgulanmaktadır (İbn Âbidin, *Reddül-muhtâr*, VI, 556-557). Yine İmam Züfer, iki failden birinin, herhangi bir kimsenin bilekten elini; diğer failin ise aynı mağdûrun dirsekten kolunu kesmesi ve daha sonra mağdûrun ölmesi halinde, iki failde de ölüm cezası verilmesi gerektiğini ileri sürerken şart teorisine göre hareket etmiştir (Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 170). Bu hükümlerde hukukçular, neticeye yol açan sebepler arasında bir ayırım yapmaksızın her şartı netice bakımından aynı değere sahip kabul etmektedir. Bu husus, *şart teorisinin* kriterlerine uymaktadır (Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 262; İçel vd., *Suç Teorisi*, 72-73; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 477).

44 Örneğin, failin bir kimseyi en fazla bir gün veya belli bir vakit yaşayacak derecede yaralamasından sonra ikinci failin aynı şahsın başını kılıçla kesmesi durumunda ikinci fail, ölüm neticesinden sorumlu tutulmakta ve kısâs cezasına çarptırılmaktadır. Birinci fail ise, yaralama diyetini ödemektedir. Ancak kişiye can çekişme noktasına getiren bir eylemden sonra kişinin başının gövdesinden ayrılmasında ise birinci fail öldürme suçundan sorumlu tutulmaktadır; zira birinci failin eyleminden sonra mağdûr ölü hükmünde kabul edildiğinden bundan sonra gerçekleşen eyleme itibar edilmemektedir (Tahâvî, *Muhataras*, 234; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 238-239; İbn Âbidin, *Reddül-muhtâr*, VI, 544-545).

45 Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 486-487; Kunter, *Maddî Unsurlar*, 176.

46 Hanefî mezhebinde, kişinin bağlanarak yırtıcı bir hayvanın önüne atılıp öldürülmesinde (اقمط رجلا وطرجه قدام اسد او سبع), Ebû Hanîfe'ye göre, fail diyetle veya kısâs cezasıyla sorumlu tutulmaz. Ancak tazîr cezasına çarptırılır, dövülür ve tevbe edisiye kadar hapsedilir. Ebû Yusuf ise, ömür boyu hapsedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (*el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, VI, 6; Alâeddîn Muhammed b. Ali b. Muhammed Haskefi, *Dürrül-muhtâr*, (Mısır, Matbaatu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1386/1966), VI, 544). Böyle bir eylemde, Ebû Hanîfe'nin saldırgan hayvanın fiilinin, failin eylemiyle netice arasındaki sebebiyet alakasını kestiği kanaatinde olduğu anlaşılmaktadır. Aynı şekilde, denize atılan kişinin o anda ölmeyip biraz yüzmesi halinde, fail kısâs cezasından ve diyet ödeme sorumluluğundan kurtulmaktadır (Haskefi, *Dürrül-muhtâr*, VI, 544; Tûrî, *Tekmil*, VIII, 329). Burada ölüm neticesiyle failin eylemi arasına mağdûrun yüzme hareketi girmek,

olmaktadır. Nitekim tesebbüben öldürme eylemlerinde hareketin dolaylı yollar-
dan (tesebbüben) icra edilmesi şart kabul edilmiştir.

Hanefî mezhebinde yalan tanıklık yaparak ölüme sebebiyet vermede, ölüm ne-
ticesinde maktûl yakınlarının kısâs talebinin etkili olduğu gerekçesiyle tanıklara
kısâs cezası uygulanmayacağı, bunun yerine tanıkların maktûlun diyetini öde-
mekle sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.⁴⁷ Zehirleyerek öldürmede, mağdûrun
bizzat kendi eliyle zehirli içeceği içmesi veya yemeği yemesinin ölüm neticesi
üzerinde etkili olduğu gerekçesiyle, faille kısâs cezasının uygulanmayacağı, di-
yet ödeme sorumluluğunun da bulunmadığı kabul edilmiştir. Zehirleyerek birini
öldüren fail, hapsedilerek ve tazîren cezalandırılmaktadır.⁴⁸ Bir kimseyi hapsede-
rek açlık ve susuzluktan ölümüne sebebiyet veren fail, Ebû Hanîfe'ye göre, kısâs
cezasına çarptırılmamaktadır. Bu durumda failin diyet ödeme sorumluluğu da
bulunmamaktadır. Ebû Hanîfe'nin gerekçesi, ölüm neticesi üzerinde etkili olan
asıl faktörün failin gerçekleştirdiği hapsetme eylemi değil; mağdûrun hissettiği
açlık ve susuzluk olmasıdır. İmâmeyn ise, failin kısâs ile cezalandırılmayacağını;
ancak diyet ödemekle sorumlu tutulacağını belirtmiştir.⁴⁹

Yukarıda yer verilen bütün hükümlerde, ölüm neticesi üzerinde etkili olan son
sebebe itibar edildiği görülmektedir. Ancak bu eylemlerde failin öldürme kas-
tının göz ardı edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla manevî unsur yerine maddî
unsura göre hükme varıldığı görülmektedir. Bu noktada, son şart teorisinin zafi-
yetine vurgu yapan eleştirilere yer verme ihtiyacı doğmaktadır. Son şart teorisine
yönelik eleştirilerin odak noktası, son şarta sebep değerinin verilemeyeceği
prensibine dayanmaktadır. Zira sebebiyet açısından son şart bazen hiç önemli
olmayabilir. Ve hukukî açıdan ondan önce gelen şart daha fazla ehemmiyet arz

dolayısıyla netice üzerinde bu son hareketin etkili olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir örnekte, bir kimsenin kuyuya düşme anında ölmesi halinde ölüm nedeni doğrudan kuyunun kazıl-
masına isnat edilmekte ve kuyuyu kazan fail diyet ödemekle sorumlu tutulmaktadır. Ancak kuyuya düşen şahsın düşme anında ölmeyip kuyunun içinde açlık ve susuzluktan ölmesi halinde ise, kuyuyu kazan failin diyet ödeyip ödemeyeceği metinlerde tartışılmıştır (Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 14-15; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 193). Bütün bu örneklerde son hareketin netice üzerinde etkili olduğu kabul edilmektedir.

47 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 181-183; Zeylaî, *Tebyîn*, IV, 250; Bâbertî, *el-Înâye*, VII, 493; Zeynuddîn el-Misrî İbn Nüceym, *el Bahru'r-râik şerhü Kenzi'd-dekâik*, (Kâhire: el-Matbaatu'l-İlmiyye, 1311), VII, 137.

48 Şeybânî, *el-Mebsût*, IV, 456; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 153; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 235; Ebû Bekr b. Ali b. Muhammed el-Haddâd Zebîdî, *el-Cevheretü'n-neyyîre alâ Muhtasari'l-Kudûri*, (y.y., Dâru'l-Hayriyye, t.y.), II, 120.

49 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 152-153; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 234-235; Tûrî, *Tekmile*, VIII, 336; İbn Âbidin, *Reddül-muhtâr*, VI, 543.

edebilir. Bu teoriye göre, önceki sebebi ortaya koyan kimse, sorumluluktan tamamıyla kurtulmaktadır. Oysa sebeplerin bütünü bir arada doğru bir şekilde tetkik etmeden sadece sonuncusuna değer vermek isabetli görülmemektedir.⁵⁰

1.4. Manevî Unsurlar

Kasten öldürme suçunun manevî unsuru failin eylemi *kasten* işlemesidir. Bazı günümüz İslam hukuku araştırmacıları, kasten öldürme türünde olduğu gibi, Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre, amden öldürme eylemlerinde de failin öldürme kastıyla hareket etmesi gerektiği görüşünü ileri sürmüşlerdir.⁵¹ Bir kısım Hanefî metinleri bu görüşü destekler mahiyettedir. İlk dönemlerden sonra yazılan Hanefî eserler, öldürme fiillerini tasnif ederken, failde *öldürme kastının* bulunması halinde bu tür eylemlerin amd kapsamında yer alacağına işaret etmiştir.⁵² Özellikle amd - şibh-i amd ayrımında, Hanefî hukukçular, şibh-i amd eylemlerinde failin tedip maksadıyla; amden öldürmede ise *öldürme kastıyla* hareket ettiğini vurgulamışlardır.⁵³ Kâsânî de, amdin tarifinde öldürme kastına (يقصد القتل) yer vermiştir.⁵⁴ Ancak Kâsânî'nin şibh-i amdin tarifinde de, öldürme kastına yer verdiği bilinmelidir.

İlk dönemlerden sonra yazılan Hanefî metinleri; amdi, modern hukuktaki kasten öldürmeye benzer şekilde izah etmesine rağmen; Hanefî mezhebinde *amdin tarifinde*, ilk dönem eserlerinden itibaren, tespit edebildiğimiz kadarıyla Kâsânî dışında, öldürme kastına değil; "vurma kastına" yer verilmiştir.⁵⁵ Bu hususa vurgu yapan İbn Âbidîn, amden öldürme türünde *öldürme kastının* şart olmadığını (لا يشترط في العمد قصد القتل), aranan koşulun *vurma kastı* (قصد الضرب) olduğunu belirtmiştir.⁵⁶ Müellif, görüşünü desteklemek üzere iki örnek vermektedir. Bunlardan ilki, eli kesilen mağdûrun daha sonra ölümü halinde failin *amden öldürmeden* sorumlu tutulmasıdır. İkinci örnekte, bir kimsenin elini kesme kastıyla hareket eden fail, hata ile aynı kişinin boynunu koparması halinde, amden öl-

50 Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, I, 486-487.

51 Udeh, *et-Teşrî*, II, 78; Mehmet Köroğlu, *İslam Ceza Hukukunda Ölüm Cezası ve İnfaz Usulleri*, (Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2004), 54.

52 Bâbertî, *el-İnâye*, X, 204; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, X, 203; Tûrî, *Tekmile*, VIII, 327.

53 Mergînânî, *el-Hidâye*, VI, 159; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 77; Bâbertî, *el-İnâye*, X, 205.

54 Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 233.

55 Şeybânî, *el-Mebsût*, IV, 394; Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Kudûrî, *Muhtasaru'l-Kudûrî*, thk. Kâmil Muhammed Uveydâ, (Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997/1418), 184; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 59; Zeylâi, *Tebyîn*, VI, 97; Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 158; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, VI, 527.

56 İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, VI, 527, 543.

dürmeden dolayı cezalandırılmaktadır.⁵⁷ Bu iki örnekte, faillerde *öldürme kastı bulunmamasına rağmen* kendilerine kısâs cezası uygulanmaktadır.

Hanefî mezhebinde, failde *öldürme kastının* bulunmadığı birtakım fiiller amd kapsamında değerlendirilirken, failde *öldürme kastının* bulunduğu bazı eylemlerin ise amd türüne dahil edilmediğini görmekteyiz. Örneğin, yalan tanıklık yaparak, zehirleyerek ve aç-susuz bırakarak öldürme eylemlerinde, fail *öldürme kastıyla* hareket etmekle birlikte, bu tür fiiller tesebbüben icra edildiğinden, failde kısâs cezası uygulanmamaktadır. Bu, modern hukukta kasten öldürme suçunun aksine, Hanefî mezhebinde, öldürme kastının; eylemlerin tasnifinde belirleyici olmadığını göstermektedir. İlk dönem müelliflerinden Cessâs'ın, (370/981) kısâsın uygulanması hususunda belirleyici ölçünün *eylemde kullanılan aletler* olduğunu; failin *öldürme kastı* olmadığını belirten (ان للاله تثيرا في وجوب القود وسقوطه وان الحكم متعلق به دون القصد الي القتل) görüşü, bu hususu teyit etmektedir.⁵⁸ Sonuç olarak Hanefî mezhebinde eylemlerin tasnifinde, dolayısıyla herhangi bir eylemin amd kapsamına dahil edilmesinde manevî unsurdan ziyade, maddî unsurun etkili olduğu anlaşılmaktadır.

1.5. Değerlendirme

Amden öldürme, modern hukukta yer alan kasten öldürmeyle benzerlikler göstermekle beraber aralarında maddî ve manevî unsur açısından önemli farklar bulunmaktadır.

Amden öldürmenin manevî unsur açısından en belirgin özelliği, bu türün tanımında *vurma kastına* yer verilmesi ve bazı eylemlerde *vurma kastının* yeterli görülmesidir. Oysa modern hukukta kasten öldürme suçunda failin *öldürme kastı* ile hareket etmesi zorunlu bir şarttır.

Suçun maddî unsuru bakımından da, amden öldürme farklı hususiyetler içermektedir. Modern hukukta serbest hareketli bir suç olan kasten öldürmenin aksine, amden öldürme eylemlerinde belli şekil şartları aranmaktadır. Eylemin mübâşeretle icra edilmesi yanında, hukukçuların farklı bakış açılarına göre, *öldürücü veya yaralayıcı-delici aletle* eylemin gerçekleştirilmesi, amden öldürmede hareketin icra şekline ait birtakım koşullardır.

Özetlemek gerekirse, modern hukukta yer alan kasten öldürme tarifinde bilme ve isteme gibi manevî unsura ait kavramların ön plana çıktığı bir öldürme türü

57 Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 234; Merginânî, *el-Hidâye*, IV, 159; Bâbertî, *el-Înâye*, X, 411-412.

58 Cessâs, *Şerh*, I, 339.

iken, amden öldürmenin tanımı daha ziyade öldürme eylemlerinin icra şeklini tasvir eden ve maddî unsurun ön plana çıktığı bir öldürme türüdür. Bu nedenle amdi, manevî unsurdan ziyade maddî unsurun kapsamını belirlediği bir tür olarak değerlendirmek kanaatimizce daha isabetli görülmektedir.

2. Kastın Aşılması ve Şibh-i Amd Yoluyla Öldürme

2.1. Maddî Unsurlar

Kastın aşılması suretiyle öldürme suçu, 765 sayılı eski TCK'da yer almıştır.⁵⁹ Bu suçun maddî unsuru kasten müessir fiili icra etmektir. Müessir fiilden sonra ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Ve ölüm neticesiyle müessir fiil arasında sebebiyet alakası kurulmalıdır.⁶⁰ Hareket, netice ve sebebiyet alakası şibh-i amd türünde de temel maddî unsurları oluşturmaktadır. Ayrıca şibh-i amd kapsamında birtakım özel maddî unsurlar da yer almaktadır.

Şibh-i amd eylemlerinde kullanılan aletin niteliği hususunda Hanefî hukukçular farklı görüşlere sahiptir. Ebû Hanife, kesici veya delici niteliği bulunmayan alet-

59 765 sayılı eski TCK'nın 452. maddesinin bu öldürme türünü düzenlediği belirtilmiştir (Erman, Özek, *Ceza Hukuku*, 59; Otacı, *Öldürme Suçları*, 621). 5237 sayılı yeni TCK'da ise, "neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama" suçuna yer verilmiş ve bu suçu düzenleyen 87. maddenin 4. bendinde, yaralama fiilinin ölüm neticesine yol açma hali analiz edilmiştir. Bazı hukukçular, maddenin bu bendinin "kastın aşılması suretiyle öldürme" suçunu düzenlediği kanatını belirtmiştir (Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, 36; Tezcan, *Özel Ceza Hukuku*, 130; Yüksel, *Yaralama*, 29, 622). Bununla birlikte, hukukçular arasında "kastın aşılması" ile "netice sebebiyle ağırlaşmış suç" kavramlarının aynı şeyler olup olmadığı hususunda farklı görüşler de bulunmaktadır. Önder, bu iki suç çeşidi arasında herhangi bir farkın bulunmadığını belirtirken (Önder, *Ceza Hukuku*, 355) Dönmezer-Erman, bu iki tür arasında önemli farklar olduğuna değinmiştir (Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, II, 317). Bazı hukukçulara göre, *kastın aşılması suretiyle öldürme* suçunda en önemli husus, kusurluluğa dayalı sübjektif sorumluluk yerine, nedensellik bağına dayalı objektif sorumluluğun benimsenmiş olmasıdır (Yüksel, *Yaralama*, 622). Bu konuda geniş bilgi için bkz. Aydın, *Öldürme Suçu*, 47-49.

Kastın aşılması suretiyle öldürme, yeni TCK'da yer almamakla birlikte burada yer vermemizin en önemli nedeni, bazı günümüz İslam hukukçularının İslam hukukunda yer alan *şibh-i amdi kastın aşılması* kavramıyla ifade etmesi, yani bu iki öldürme türü arasında benzerlik kurmasıdır (Avcı, *Suçlar ve Cezalar*, 102; Hüseyin Esen, *İslam'da Suç ve Ceza "İslam Hukukunda Ceza Sorumluluk"* (İzmir: Çağlayan Matbaası, 2006), 206; Köroğlu, *Ölüm Cezası*, 54-57). Diğer bir neden de, bazı modern hukukçuların yeni TCK'nın 87/4 maddesinin "kastın aşılması suretiyle öldürme" suçunu düzenlediğini ileri sürmeleridir (Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, 36; Tezcan, *Özel Ceza Hukuku*, 130; Yüksel, *Yaralama*, 29, 622). Ayrıca, yeni TCK'nın uygulamaya girmesinden sonra yazılan ceza hukuku eserlerinde, kastın aşılması suretiyle öldürme suçuna yer verilmektedir (Yüksel, *Yaralama*, 38; Tezcan, *Özel Ceza Hukuku*, 130; Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, 34; Otacı, *Öldürme Suçları*, 621-646).

60 Otacı, *Öldürme Suçları*, 625; Ali Parlar ve Güleç Demirel, *Açıklamalı İçtihatlı Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2008), 375-381.

lerle vurma kastıyla icra edilen eylemleri şibh-i amd kabul ederken, İmâmeyn öldürücü olmayan vasıtalarla icra edilen eylemleri şibh-i amd kapsamında değerlendirmiştir. Buna göre, sopa, kırbaç, taş parçasıyla vurarak veya tokat veya yumruk atarak birinin öldürülmesi, bütün Hanefî hukukçulara göre şibh-i amd olarak nitelendirilmektedir.⁶¹

Ebû Hanîfe, şibh-i amd eylemlerinde kullanılan vasıtanın kesici veya delici niteliğe sahip olmamasını dikkate aldığından, taş veya odun parçasının kullanıldığı öldürme eylemlerini şibh-i amd kapsamında değerlendirmiştir. Taş veya odun parçasının büyük veya küçük olması arasında fark gözetmeyen Ebû Hanîfe, taş veya odundan yapılmış vasıtaların uçlarının sivriltilmesi halinde bunlarla icra edilen eylemleri ise amd kapsamına yerleştirmiştir. Diğer taraftan, küçük taş ve odun parçasıyla icra edilen eylemleri şibh-i amd kapsamında değerlendiren İmâmeyn, kütlelerinin büyüklüğü nedeniyle öldürücü nitelikte olduğundan değirmen taşı ve çadır direğiyle gerçekleştirilen eylemleri amden öldürme türüne dahil etmiştir.⁶²

Hanefî mezhebinde amd ve şibh-i amd ayrımı *eylemde kullanılan aletin niteliğine* göre yapıldığından, şibh-i amd eylemlerinde kullanılan vasıtaların niteliğine yer verilmiştir; ancak amden öldürmeden farklı olarak *kullanılan aracın niteliği*, şibh-i amd türü için karakteristik bir mahiyet arz etmemektedir. Zira şibh-i amd eylemleri, amden öldürme eylemlerinde kullanılan araçlar dışında her türlü aletle icra edilebilmektedir. Bu nedenle, şibh-i amd türünün amden öldürmeye oranla daha *serbest hareketli bir suç*⁶³ olduğu söylenebilir. Ancak şibh-i amd sınıfında yer alan eylemlerin de, mübâşeret yoluyla icra edilmesi şarttır. Yani mübâşeret, bu öldürme türü için özel maddî unsur olarak kabul edilebilir. Bu açıdan şibh-i amdin, tamamen *serbest hareketli* bir suç olarak nitelendirilemeyeceği kanatindeyiz.

2.2. Manevî Unsurlar

2.2.1. Kastın Aşılması Suretiyle Öldürme Suçunda

Kastın aşılması suretiyle öldürme suçunda manevî unsur, failin ölüm neticesine yol açan müessir fiili kasten işlemesidir. Burada zikri geçen kast, öldürme kastı değil; yaralama kastıdır.⁶⁴

61 Şeybânî, *el-Mebsût*, IV, 395; Tahâvî, *Muhtasar*, 233-234; Cessâs, *Şerh*, I, 337; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 64-65; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 233-234.

62 Cessâs, *Şerh*, II, 323; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 122-123; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 233-234; Bâbertî, *el-İnâye*, X, 211.

63 Bkz. Dipnot 10.

64 Otacı, *Öldürme Suçları*, 626. TCK'nın 87. maddesinde yer verilen "netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda," failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için taksir derecesinde kusurunun olması

2.2.2. Şibh-i Amd Yoluyla Öldürme Suçunda

Şibh-i amd yoluyla öldürme suçunda mane'î unsuru belirlemeye çalışırken, öncelikle modern İslam hukuku araştırmacılarının, kastın aşılması kavramını şibh-i amd yerine kullanmaları hususuna değinmek istiyoruz.

Amd - şibh-i amd ayrımını genel kast - özel kast (kasd-i âm - kasd-i hâs) kavramları ekseninde analiz eden Udeh (ö.1954), failin sadece hareketi kastetmesi halinde genel kastın bulunduğu, ayrıca neticenin de istenmesi halinde özel kastla eylemin icra edilmiş olacağını belirtmiştir. Buna göre, fail tarafından eylemin neticesi de kastedildiği için amden öldürme özel kastla gerçekleştirilmiş bir öldürme türü olurken, şibh-i amd ise sadece hareketin istendiği özel kastla icra edilen bir öldürme türüdür.⁶⁵

Bizler, günümüz hukukunda kastın aşılması suretiyle öldürme türünde olduğu gibi, şibh-i amd eylemlerinde failin ölüm neticesini istemediği şeklindeki görüşleri özellikle Hanefî mezhebi açısından isabetli bulmuyoruz. Oysa araştırmacıların İslam hukuku hakkındaki değerlendirmelerinin Hanefî mezhebini de kapsadığı anlaşılmaktadır. Bazı yazarlar bu hususu açıkça vurgulamıştır. Örneğin Udeh, failin kastının ölüm neticesini kapsamaması halini, Hanefîler'e göre, şibh-i amd olarak nitelendirmiştir.⁶⁶ Kastın aşılması kavramını şibh-i amdin yerine⁶⁷ kullanan

gerektiğine 23. maddede değinilmiştir. TCK'nın 23. madde metni şöyledir: "Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Taksir düzeyinde kusurdan kastedilen, failin gerçekleştirmiş olduğu eylemin sonucunda daha ağır bir neticenin gerçekleşeceğini öngörmesidir (Otacı, *Öldürme Suçları*, 625). İşte bu nedenden dolayı, basit tıbbî müdâhale ile giderilebilecek yaralama sonucu kişinin ölmesi halinde, illiyet bağı da gözetilerek failin sadece taksirle öldürmeden dolayı cezalandırılması yoluna gidilecektir (Otacı, *Öldürme Suçları*, 624)

Failin netice bakımından taksirinin olup olmadığı hakim tarafından araştırılmalıdır. 765 sayılı yasada failin netice açısından taksirinin araştırılması söz konusu olmadığından objektif sorumluluk kuralları uygulanmaktaydı (Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 407-408). Yani hareket ile netice arasındaki nedensellik bağı dikkate alınmak suretiyle fail ölüm neticesinden sorumlu tutulmaktaydı. Anayasa mahkemesi, failin kast veya taksiri aranmaksızın sadece hareket ile netice arasındaki nedensellik bağı yeterli görülerek sorumlu tutulmasının imkansız olduğunu vurgulamıştır. Böylece yüksek mahkeme, 5237 sayılı TCK'nın 23. maddesinin 765 sayılı TCK'da yer alan objektif sorumluluğu ortadan kaldırdığına işaret etmiş olmaktadır (Hakeri, *Ceza Hukuku*, 209-211). Dolayısıyla, 765 sayılı yasada düzenlenen *kastın aşılması suretiyle öldürme* ile yeni TCK'da yer verilen *netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama* türleri arasında belirgin bir fark olduğu, yüksek mahkeme tarafından kabul edilmiş gözükmektedir.

65 Udeh, *et-Teşrî*, I, 413-414, 421.

66 Udeh, *et-Teşrî*, I, 421.

67 Avcı, *Suçlar ve Cezalar*, 102.

Avcı da, şibh-i amd kısmında kastın müessir fiile yönelik olması gerektiğini, kastın öldürmeye yönelik olması halinde kasten öldürme suçunun oluşacağını belirtmiştir.⁶⁸ Şibh-i amd ve kastın aşılması türlerinin aynı şeyler olduğu şeklindeki görüşlere diğer bazı araştırmacıların eserlerinde de rastlanmaktadır.⁶⁹

Günümüz İslam hukuku araştırmacılarının şibh-i amdde öldürme kastının bulunmadığı, failin ölüm neticesini istemediği şeklindeki görüşlerini destekler nitelikte bazı metinlere ilk dönemden sonra yazılan Hanefî eserlerde rastlamaktayız. Serahsî (483/1090), şibh-i amd eyleminde, failin vurma kastıyla hareket ettiğini, kendisinde öldürme kastı bulunmadığını, şibh-i amd eyleminde kullanılan vasıtaların öldürme eyleminde kullanılan araçlar değil; tedip maksadıyla kullanılan vasıtalar olduğunu belirtmiştir.⁷⁰ Mergînânî (593/1197), şibh-i amd türündeki eylemlerde kullanılan araçlar, öldürme vasıtaları olmadığı için amd unsurunun bu tür eylemlerde eksik kaldığına değinmiştir (قصرت العمدية).⁷¹ Zeylaî (743/1342), şibh-i amd ile ilgili fiillerde, failin kastının hareketi kapsadığını; ancak ölüm neticesini kapsamadığını (قصد الفعل لا القتل) ifade etmiştir.⁷²

Hanefî hukukçuların bu görüşleri değerlendirildiğinde, şibh-i amdi kastın aşılması kavramıyla ifade etmede bir sakınca bulunmadığı sonucuna ulaşılabilir. Kanaatimize göre, bu gibi metinler modern İslam hukuku araştırmacılarını, modern hukukta mevcut kast - kastın aşılması ayırımına benzer şekilde Hanefî mezhebinde amd - şibh-i amd ayırımının bulunduğu kanaatine sevk etmiştir. Ancak sonraki Hanefî hukukçuların amd ve şibh-i amd türlerini ayırırken yaptıkları izahların şibh-i amd kapsamındaki sadece bazı fiiller için geçerli olabileceği kanaatindeyiz. Yani onların değerlendirmeleri, bütün şibh-i amd ve amd eylemlerini kapsamamaktadır. Zira öldürme kastının bulunmadığı şibh-i amd fiilleri, sadece tokat atma veya küçük bir sopayı öldürücü nitelikte olmayan tarzda mağdûra vurma gibi çok az sayıda birtakım eylemlerle sınırlıdır.⁷³

Diğer taraftan, şibh-i amd kapsamında yer alan eylemlerin büyük çoğunluğunda failin öldürme kastıyla hareket ettiği anlaşılmaktadır. Boğazı sıkarak veya yüksekten atarak öldürme eylemleri Ebû Hanîfe'ye göre şibh-i amd kısmında yer

68 Avcı, *Suçlar ve Cezalar*, 106.

69 Örneğin bkz. Köroğlu, *Ölüm Cezası*, 54-57.

70 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 64-65.

71 Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 159.

72 Zeylaî, *Tebyîn*, VI, 100-101.

73 Tahâvî, *Muhtasar*, 233-234; Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî *Cessâs, Ahkâmu'l-Kuran*, (y.y., Dâru'l-Fikr, t.y.), II, 323; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 233-234.

almaktadır.⁷⁴ Ayrıca, değirmen taşı veya ağaçtan yapılmış çadır direğiyle bir kim-
senin öldürülmesi, mezhep imamına göre şibh-i amd kapsamındadır.⁷⁵ Bir kim-
senin boğazına zehir dökerek öldürme eylemi Hanefî hukukçulara göre, şibh-i
amd kapsamında değerlendirilmektedir.⁷⁶ Yine bütün Hanefî hukukçulara göre
kişinin sopayla öldürülmesi şibh-i amd olarak nitelendirilmektedir.⁷⁷ Oysa küçük
de olsa odundan yapılmış aletin kişinin hayatî organına çok şiddetli şekilde vu-
rulmasında öldürme kastı tespit edilebilir. Ancak Hanefî eserlerde herhangi bir
ayrıma gidilmeksizin, sopayla gerçekleştirilen bütün eylemler şibh-i amd olarak
nitelendirilmiştir.

Yukarıdaki örneklerde failde öldürme kastının bulunduğu birtakım eylemlerin
şibh-i amd kısmında yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla Hanefî mezhebinde şibh-
i amd eylemlerinde failin tedip amacıyla hareket ettiği şeklindeki ifadelerin
bu öldürme sınıfında yer alan sadece birkaç fil hakkında geçerli olduğu söyle-
nebilir. Bu nedenle Hanefî mezhebinde yapılan izahları, şibh-i amd hakkında ge-
nel ölçü kabul ederek şibh-i amdi kastın aşılması kavramıyla ifade etmek isabetli
görülmemektedir.

Hanefî mezhebinde, şibh-i amd eylemlerinde failde öldürme kastı bulunmadığı,
amd - şibh-i amd ayrımının öldürme kastına göre yapıldığı şeklindeki görüşler,
ilk dönemlerden sonra yazılan eserlerde bulunmaktadır. İlk dönem metinlerin-
de bu gibi ifadelere yer verilmemiştir. Bunun aksine, Cessâs, kısâsın uygulanıp
uygulanmayacağını belirten ölçünün *eylemde kullanılan aletler* olduğunu; failin
öldürme kastı olmadığını açıkça ifade etmiştir (ان للالة تثيرا في وجوب القود وسقوطه
(وان الحكم متعلق به دون القصد الي القتل).⁷⁸ Hanefî mezhebinin daha doğru yansıttığını
düşündüğümüz Cessâs'ın görüşü, amd - şibh-i amd ayrımının modern hukukta
mevcut kast - kastın aşılması ayrımından farklılık arz ettiğini ortaya koymaktadır.

Amd ve şibh-i amd ayrımında dikkate alınan kriterin failin kastı yani manevî un-
sur olmadığı, *suçta kullanılan vasıtalar* yani maddî unsur olduğunu düşünüyo-
ruz. Bu görüşümüz, Cessâs'ın ifadelerinin yanında, bu iki öldürme türünün tanı-
mından hareketle vardığımız bir sonuçtur.

74 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 152-153; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 234; Zeylaî, *Tebyîn*, VI, 101; İbn Nüceym, *Bahr*, VIII, 333.

75 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 122-123.

76 Şeybânî, *el-Mebsût*, IV, 456; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 235; Zeylaî, *Tebyîn*, VI, 100.

77 Tahâvî, *Muhtasar*, 234; Cessâs, *Ahkâm*, II, 323; Merginânî, *el-Hidâye*, IV, 163; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 233-4; *el-Fetâvâ'l-Hindiyye*, VI, 5.

78 Cessâs, *Şerh*, I, 339.

Hanefî mezhebinde amd ve şibh-i amdin tanımında manevî unsur olarak genel-
de *vurma kastına* (تعمد الضرب) yer verilmiştir.⁷⁹ Amdin tanımında da *vurma kas-
tının* zikredilmesi göz önüne alındığında, şibh-i amd türünde *manevî unsurun*
amden öldürmeyle aynı olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, her iki öldürme tür-
rünü ayıran ölçünün manevî unsur olmadığı görülmektedir. Hanefî mezhebinde
Ebû Hanîfe'ye göre kesici veya delici aletle *vurma kastıyla* icra edilen eylemler
amd kapsamında, bunun dışındaki araçlarla *vurma kastıyla* icra edilen eylemler
şibh-i amd olarak değerlendirilmektedir. İmâmeyn'e göre ise öldürücü aletlerle
vurma kastıyla icra edilen eylemler amden öldürme türüne dahil edilirken, öl-
dürücü olmayan aletlerle gerçekleştirilen eylemler şibh-i amd kapsamında yer
almaktadır.⁸⁰ Hanefî hukukçular iki öldürme türünü ayırırken farklı ölçülere yer
vermekle birlikte, ayırmada maddî unsurun etkili olduğu görülmektedir. Sonuç
olarak, fail tarafından gerçekleştirilen eylem, ölüm neticesiyle sonuçlandığında
kullanılan alete göre suç, ya amden öldürme ya da şibh-i amd yoluyla öldürme
türüne dahil edilmektedir.

Yukarıda yer verilen açıklamalardan sonra, şibh-i amd türünde yer alan eylemler-
de manevî unsurun farklılık arz ettiği söylenebilir. Bazı şibh-i amd eylemlerinde
fail öldürme kastı ile hareket ederken, bazı eylemlerde ise, failin öldürme kastı
bulunmamaktadır.

2.3. Değerlendirme

Amd ve şibh-i amd, tanımlar ve verilen örneklerden bağımsız olarak ele alındı-
ğında tamamıyla manevî unsurla ilgili kavramlar olarak telakki edilmektedir. Bu
açıdan, modern hukukta yer alan kast ve kastın aşılması kavramlarıyla aralarında
benzerlik kurulabilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, Hanefî mezhebinde am-
den öldürme denildiğinde, kasten öldürme suçunda olduğu gibi, failin mutlaka
öldürme kastıyla gerçekleştirdiği bir eylemden bahsedilmemektedir. Şibh-i amd
denildiğinde de, kastın aşılması suretiyle öldürme suçunda olduğu gibi failin
ölüm neticesini kesinlikle istemediği bir eylem söz konusu olmamaktadır. Ger-
çekte, bu iki türde yer alan fiillerde manevî unsur olarak, failin *vurma kastıyla ha-*

79 Şeybânî, *el-Mebsût*, IV, 394; Cessâs, *Ahkâm*, II, 316; Kudûrî, *Muhtasar*, 184; Serahsî, *el-Mebsût*,
XXVI, 64-65. Tespit edebildiğimiz kadarıyla sadece Kâsânî şibh-i amdin tarifinde *öldürme kas-
tına* (أن يقصد القتل) yer vermiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, Kâsânî, amdin tarifinde de öldürme
kastına yer vermiştir (Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 233).

80 Cessâs, *Ahkâm*, II, 323; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 122-123; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 233-234; Bâbertî,
el-İnâye, X, 211.

reket etmesi yeterli görülmemekte ve eylemler *kullanılan vasıtalara* göre amd veya şibh-i amd sınıfına dahil edilmektedir. Dolayısıyla, şayet suç eyleminde kullanılan alet amden öldürme suçuna özgü aletlerden biri ise, failin ölüm neticesini isteyip istememesine bakılmaksızın fiil, amden öldürme kapsamında yer almaktadır. Şayet suçta kullanılan alet, şibh-i amd türüne özgü aletlerden ise, yine failin ölüm neticesini isteyip istememesine itibar edilmeksizin, eylemin şibh-i amd sınıfına dahil edildiği görülmektedir. Sonuç olarak, Hanefî mezhebinde amd ve şibh-i amd, günümüz İslam hukuku araştırmacılarının zannettiği gibi, kasten öldürme ve kastın aşılması suretiyle öldürmede olduğu gibi sadece manevî unsurun etkili olduğu öldürme türleri değildir. Manevî unsur da etkili olmakla birlikte, daha ziyade maddî unsurun kapsamını belirlediği öldürme türleridir.

3. Taksirle Öldürme - Hata ile Öldürme

3.1. Hata, Taksir ve İlgili Kavramlar

Günümüz Türk ceza hukukunda *taksir* ve *kusur* kavramları, tedbirsizliği, dikkatsizliği, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığı, neticenin öngörülmemesini ifade etmektedir.⁸¹ Günümüz hukukundaki anlamıyla *taksir* kavramı, Hanefî mezhebinde öldürme fiillerinin incelendiği metinlerde nâdiren yer almış,⁸² *hata ile öldürme* türünü incleyen bölümde ise, tespit edebildiğimiz kadarıyla sadece Serahsî tarafından kullanılmıştır.⁸³ Hanefî mezhebinde öldürme eylemlerine yer veren metinlerde *kusur* kavramına ise, yaptığımız incelemelerde rastlanmamıştır.

Hanefî mezhebinde hata ile öldürme eylemlerinde, günümüz hukukundaki anlamıyla dikkat ve özen yükümlülüğünü ifade etmek üzere kullanılan kavramlar,

- 81 Taksir, 5237 sayılı ceza kanununda, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesi (TCK m. 22/2), şeklinde tanımlanmıştır.
- 82 Hanefî mezhebinde, hayvanın üzerinde bulunan eşyanın düşerek birinin ölümüne yol açması halinde, hayvanı kontrol eden şahsın düşen nesneyi sıkı şekilde bağlamada kusurunun olması nedeniyle (بتقصير منه) diyet ödeme sorumluluğunun bulunduğu belirtilmiştir (Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 4; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 281; Zeylai, *Tebayin*, VI, 151). Bir kısmı yol üzerinde bulunan evin çıkıntılı tarafının düşerek ölüme yol açması halinde, ev sahibinin diyet ödeme sorumluluğu, evini sağlam şekilde yapmamasındaki kusura dayandırılmıştır (Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 7-8). Kasâme uygulamasında cesedin bulunduğu bölge halkının diyet ödeme sorumluluğu gerçekleştirilirken, o yörenin sakinlerinin çevrenin kontrolü hususunda sorumluluklarını tam anlamıyla yerine getirmediikleri, bu konuda kusurlu davrandıkları ifade edilmiştir (Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 290).
- 83 Serahsî, hata ile öldürme eyleminde, failin tedbirli davranmada kusurunun bulunduğuna değinmiştir (Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 48).

tespit edebildiğimiz kadarıyla, “taharruz” ve “tesebbüt” kavramlarıdır. Hukukçular, dikkatsizlik ve tedbirsizliği “*terku't-taharruz*” veya “*terku'l-mubâlagati fi't-tesebbit*” terimleriyle ifade etmişlerdir.⁸⁴

3.2. Taksirle Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurları

Modern hukukta kusurluluğun ikinci kısmını oluşturan taksir, failin iradesinin neticeye yönelik olmamasıyla kasttan ayrılmaktadır. Zira kastta, failin neticeyi öngörüp istemesi söz konusudur. Taksirde ise, neticenin ya öngörülmemesi ya da öngörülmekle birlikte istenmemesi gerekmektedir.⁸⁵

Günümüz hukukunda taksirin bilinçli ve bilinçsiz taksir olmak üzere iki kısma ayrıldığı görülmektedir. Türk Ceza Kanununda sadece bilinçli taksir tanımlanmıştır. Buna göre, “kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır (TCK m. 22/2).” Failin neticeyi öngörmeyip ancak öngörebilecek durumda olması ise bilinçsiz taksir kavramıyla ifade edilmektedir.⁸⁶

Günümüz hukukunda, taksirle öldürme suçu incelenirken genelde sadece manevî unsura yer verildiği; maddî unsura değinilmediği görülmektedir. Bu bağlamda, taksirli eylemlerin her türlü araç ve hareketle icra edilebileceği anlaşılmaktadır. Failin taksir derecesinde kusuru olması koşuluyla, taksirle öldürmenin serbest hareketli bir suç olduğu söylenebilir.

3.3. Hata ile Öldürme Türünün Maddî ve Manevî Unsurları

3.3.1. Maddî Unsurlar

Modern hukukta yer alan taksirle öldürmenin aksine, Hanefî mezhebinde hata ile öldürme eylemlerinde belli şekil şartları aranmaktadır. Örneğin, bu kısımdaki eylemlerin mübâşeret yoluyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, failde taksirin bulunduğu birtakım eylemler, Hanefî mezhebinde tesebbüben

84 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 67; Merginânî, *el-Hidâye*, IV, 159; Zeylâi, *Tebyîn*, VI, 101.

85 Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukuku*, 395; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 197.

86 Bilinçli ve bilinçsiz taksir şu örneklerde daha iyi anlaşılmaktadır. Kişinin boş sandığı bir tabancaı ateşlemesi sonucu bir kimsenin ölümüne sebebiyet vermesi olayında bilinçsiz taksir vardır. Ancak, dolu bir tabancaı usta bir atıcı olduğuna güvenerek ateşleyip de taksir sonucu birinin ölümü veya yaralanmasına neden olan kişi ise bilinçli taksir ile hareket etmektedir (Hakeri, *Ceza Hukuku*, 203).

icra edildiği gerekçesiyle hata ile öldürme türüne dahil edilmemiştir. Örneğin, bir kimsenin yolda kazdığı kuyuya düşen şahsın ölümü halinde, kuyuyu kazan failin bazı hallerde taksir derecesinde kusuru bulunmakla birlikte, bu eylem, hata ile öldürme kapsamında değerlendirilmemekte, tessebbüben öldürme eylemleri içinde incelenmektedir.⁸⁷ Aynı şekilde, bir hayvanı önden çekerken veya arkadan sürerken hayvanın yol açtığı öldürme eylemlerinden dolayı failin sorumluluğu, hata ile öldürme kapsamında değerlendirilmemekte, tessebbüben öldürme türünde tetkik edilmektedir.⁸⁸

Hata ile öldürme eylemlerinde mübâşeretin şart kılınması (her ne kadar bu husus metinlerde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte), amden öldürmede olduğu gibi, hata ile öldürmenin kapsamını daraltmıştır. Bunun yanında hata ile öldürmenin tanımı da, bu öldürme sınıfının muhtevasını kısıtlamıştır.

Hanefî mezhebinde, hata ile öldürme *failin kastettiği hedeften farklı bir hedefe isabet ettirmesi* şeklinde tanımlanmıştır.⁸⁹ Bu tarif, hedefte sapma, yanılma özelliği bulunan eylemleri ifade etmektedir. Nitekim Hanefî mezhebinin ilk metinlerinde, hata ile öldürme kapsamında bu niteliğe sahip bulunan sadece ok atma hareketiyle ilgili eylemlere yer verilmiştir. Sonraki eserlerde, ok atma hareketi haricinde sadece bir öldürme eylemine yer verildiği, onun da hedefte sapma özelliğine sahip olduğunu görmekteyiz. Bu örnekte, bir kimsenin elini kesmek isterken başka birinin boynunu kesen fail,⁹⁰ kastettiği hedeften farklı bir hedefe isabet kaydettirmektedir.

Hata ile öldürmenin hedefte sapma, yanılma niteliğindeki eylemlerle sınırlı olması, bazı taksirli öldürme eylemlerinin hata ile öldürme yerine hata yerine geçen öldürme kısmında yer almasına neden olmuştur. Örneğin, bir kimsenin elinde bulunan nesnenin düşerek birini öldürmesi halinde bu eylemde failin taksiri bulunmakla birlikte eylem, hata yerine geçen öldürme kapsamında yer almaktadır.⁹¹ Zira bu eylemde hata ile öldürmenin temel niteliği olan hedefte sapma, yanılma özelliği bulunan bir hareket icra edilmemiştir.

87 Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 14-15; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 274-275.

88 Cessâs, *Şerh*, II, 416; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 188-189; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 271; Zebîdî, *el-Cevhere*, II, 136.

89 Şeybânî, *el-Mebsût*, IV, 395; Tahâvî, *Muhtasar*, 232; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, X, 213-214.

90 Bâbertî, *el-İnâye*, X, 214; Haskefî, *Dürrü'l-muhtâr*, VI, 530.

91 Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 271; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, X, 214; İbn Âbidin, *Reddü'l-muhtâr*, VI, 531.

3.3.2. Manevî Unsurlar

Hata ile öldürme eylemlerinde failin manevî unsur açısından farklı kusurluluk derecesine sahip olduğu görülmektedir. Zira taksirle öldürmeden farklı olarak, hata ile öldürme türünde taksir belirleyici değildir. Bunun sonucu olarak, bazı taksirli eylemler hata ile öldürme kapsamında yer almamakta; bazı hata ile öldürme eylemlerinde ise manevî unsurun taksirden farklı olduğu görülmektedir. Örneğin, failin bir kimseyi öldürme kastıyla attığı okun duvardan dönerek bir şahsa saplanmasında, fail eylemini öldürme kastıyla icra etmiştir. Ancak bu eylem, hata ile öldürme kapsamında yer almaktadır.⁹² Yine hata ile öldürme kapsamında yer alan farklı bir örnekte, bir kimseye atılan okun, kastedilen kişinin bedenini delip geçerek farklı bir şahsı daha öldürmesi halinde, ikinci ölüm neticesinin *olası kastla* hatta *doğrudan kastla* icra edilmiş olması imkan dahilindedir. Ancak Hanefî eserlerin genelinde, failin kastıyla ilgili ayrıntılara yer verilmeksizin ikinci netice açısından fiil, *hata ile öldürme* kabul edilmiştir.⁹³ Hanefî mezhebinde, tespit edebildiğimiz kadarıyla, sadece İbn Âbidîn (ö. 1252/1836), bu eylemde failin ikinci şahsı da *öldürme kastının* bulunması halinde onun da *amd* kapsamında değerlendirileceğine yer vermiştir.⁹⁴

Hanefî mezhebinde, bir kimsenin elini kesmek isterken başka birinin boynunu kopartan şahsın eylemi *hata ile öldürme* olarak kabul edilmektedir.⁹⁵ Bu eylemin *olası kastla* icra edilmesi mümkündür. Örneğin bir kimsenin elinin hemen yakınında bulunan başka bir kimsenin boynunu keseceğini öngören; ancak olursa olsun düşüncesiyle hareket eden failin bu durumda üçüncü şahsın boynunu gövdesinden ayırması, modern hukuk bakış açısına göre, *olası kastla* icra edilmiş bir fiildir.

Kanaatimize göre, bazı hata ile öldürme eylemlerinde failin kusurunun olmaması da imkan dahilindedir. Hata ile öldürmeyle ilgili verilen bir örnekte, failin belli bir hedefe atmak istediği okun bir insana isabet etmesine yer verilmekte, eylemin ayrıntılarına değinilmemektedir.⁹⁶ Bu eylemde, ok atıldıktan sonra onunla

92 Hanefî hukukçular, okun duvardan dönmesini yeni bir hareket olarak değerlendirip farklı bir sebebiyet alakasının kurulacağını belirtmiş ve bu eylemi hata ile öldürme kapsamında değerlendirmiştir (Haskefî, *Dürrü'l-muhtâr*, VI, 531; *el-Fetâvâ'l-Hindîyye*, VI, 3; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VI, 530; Tûrî, *Tekmile*, VIII, 328-329).

93 Kudûrî, *Muhtasar*, 186; Merginânî, *el-Hidâye*, IV, 169; Bâbertî, *el-Înâye*, X, 247-248; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadir*, X, 247-248.

94 İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VI, 559.

95 Bâbertî, *el-Înâye*, X, 214; Haskefî, *Dürrü'l-muhtâr*, VI, 530.

96 Cessâs, *Ahkâm*, II, 315; Kudûrî, *Muhtasar*, 184; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 66-67; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 234; Zeylâi, *Tebyîn*, VI, 101.

hedefin arasına aniden giren şahsa isabet edilmesi ihtimal dahilindedir. Bu durumda, ölüm neticesinde kaza ve tesadüften bahsetmek daha doğru gözükmektedir. Zira benzer fiiller, modern hukukta bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁹⁷ Dolayısıyla, bazı hata ile öldürme eylemlerinde failin taksir derecesinde dahi kusurunun olmaması, ihtimal dahilinde gözükmektedir.

Buraya kadar genel hatlarıyla izah edildiği üzere, hata ile öldürme türünde yer alan eylemlerde mane'î unsuru sadece taksirle sınırlı tutmayı uygun bulmuyoruz. Bu husus, hata ile öldürmeyi modern hukukta yer alan taksirle öldürme türünden ayıran temel faktör durumundadır. Hata ile öldürmeyi taksirle öldürme türünden ayıran tek husus, hata ile öldürmenin taksir dışındaki eylemleri de kapsamına alması değildir. Aynı zamanda, modern hukuk bakış açısıyla taksir kapsamında değerlendirilebilecek birçok eylemin Hanefî mezhebinde hata ile öldürme kapsamında yer almadığı görülmektedir. Bu açıdan hata ile öldürme, modern hukuktaki taksirle öldürmeden kapsam itibarıyla önemli ölçüde farklılık arz etmektedir.

3.4. Kastta Hata ve Fiilde Hata Eylemleri ve Modern Hukuktaki Yeri

Hata ile öldürme kapsamına giren birtakım eylemlerin modern hukukta hangi sınıfta değerlendirildiği, modern hukukçuların bu tür öldürme fiillerini analiz ederken farklı bakış açılarının bulunup bulunmadığını tetkik etmek istiyoruz.

Hanefî mezhebinde, hata ile öldürme Cessâs'tan (ö.370/981) itibaren kastta hata ve fiilde hata şeklinde iki kısma ayrılarak incelenmiştir. Hanefî eserlerde, genelde bu iki hata türünün tarifine değinilmeksizin örneklerle açıklandığı görülmektedir. Fiilde hata kısmında; failin, müşrik birine veya bir hayvana attığı okla bir Müslümanı öldürmesi örnek olarak sunulmuştur. Bu hata türünde, fail attığı hedeften farklı bir hedefe isabet ettirmektedir. Hata ile öldürmenin ikinci kısmı kastta hata eylemlerinde fail, attığı hedefi vurmakla birlikte, vurmak istediği hedef isabet ettirdiği hedeften farklıdır. Müşriklerin giydiği elbiseye benzer elbise giydiği veya şirk ehlinin yaşadığı civarda bulunduğu için müşriklerden sanılabrak bir Müslümanın öldürülmesi bu kısma örnek olarak verilmektedir⁹⁸.

Hanefî mezhebinde *kastta hata* kısmında yer alan örnekler, tespit edebildiğimiz kadarıyla, modern hukukta *fiili hata* kavramıyla nitelendirilmektedir. Fiili hata ile

97 Örneğin, trafik kurallarına uygun bir şekilde seyredirken iki arabanın önünden aniden çıkan çocuğa çarpması halinde, sürücü taksirden dolayı dahi cezalandırılmamaktadır (Hakeri, *Ceza Hukuku*, 202).

98 Cessâs, *Ahkâm*, II, 315; Kudûrî, *Muhtasar*, 184; Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 66-67; Kâsânî, *Bedâi'*, VII, 234; Bâbertî, *el-Înâye*, X, 214; Haskefî, *Dürrü'l-muhtâr*, VI, 530.

ilgili olarak, failin sincap zannederek kardeşine ateş edip onu öldürmesine yer verilmiştir. Bu örnekte fail, suçun konusunda yanılığa düştüğü için *doğrudan kasttan*, olay mahallinde bir insan olduğunu öngörmediği anlaşıldığından *olası kast* veya *bilinçli taksir*ten dolayı cezalandırılmamakta; ancak gerekli dikkat ve özeni göstermediğinden *taksirle öldürme* suçundan sorumlu olmaktadır.⁹⁹ Aynı şekilde, avcının çalılıkların arkasında kıvıldamakta olan bir şeye av hayvanı zanıyla ateş ederek bir insanı vurması, *fili hataya* örnek olarak zikredilmiştir.¹⁰⁰

Hanefî mezhebinde, “fiilde hata” kısmında zikredilen eylemlerin, modern hukukta neye tekabül ettiğini araştırırken, “bilinçli taksirle” ilgili verilen birtakım örneklerin, Hanefî mezhebinde “fiilde hata” kısmında verilen örneklerle bir açıdan benzerlik gösterdiği anlaşılmıştır. Örneğin, arkadaşının üzerine yüklenen bir domuzu vurmak için ateş eden şahsın, domuzun yerine arkadaşını öldürmesi eylemi, bilinçli taksirle nitelendirilmiştir.¹⁰¹ Yine oğlunun başında bulunan bir elmaya ok atmak zorunda kalan şahsın elinin titremesi sonucu oğlunu vurması da bilinçli taksire örnek olarak verilmiştir.¹⁰²

Bilinçli taksirle ilgili verilen yukarıdaki iki örnekte failin kastettiği hedeften farklı bir hedefe isabet ettirmesi, Hanefî mezhebinde *fiilde hata* ile ilgili eylemleri çağrıştırmaktadır. Diğer taraftan, “bilinçli taksirle” ilgili verilen bu iki örnekte vurulmak istenen hedefle vurulan hedef, failin gözünün önünde bulunmakta ve failin neticeyi öngörmesi nedeniyle eylem, bilinçli taksirle ifade edilmektedir. Hanefî mezhebinde yer alan “fiilde hata” ile ilgili örneklerde ise, vurulmak istenen hedefle vurulan hedefin failin görüş alanında bulunup bulunmadığına metinlerde yer verilmemiş, ayrıca *öngörme* kavramı ekseninde eylemler tasnif edilmemiştir. Ancak Hanefî metinlerinden anlaşıldığına göre, *fiilde hata* kavramı, *bilinçli taksirle* ilgili verilen bu örnekleri de kapsamına alabilecek nitelikte gözükmektedir. Zira fiilde hata, kişinin kastettiğinden farklı bir hedefe isabet ettirmesi şeklinde genel anlamda tarif edilmiştir. Bu tarifin ışığında, fiilde hata kapsamında yer alan bazı eylemlerde; ok atan kişinin, oku asıl olarak atmak istediği hedefin yanında okun isabet ettiği hedefi görmesinin ihtimal dahilinde olduğu söylenebilir.

Modern hukukta bilinçli taksir kapsamında yer alan eylemler, burada değindiğimiz örneklerden ibaret değildir. Günümüz hukukunda, failin neticeyi öngörmekle beraber istemediği eylemler, bilinçli taksir kapsamına dahil edilmektedir.

99 Hakeri, *Ceza Hukuku*, 322.

100 Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, II, 316.

101 Hakeri, *Ceza Hukuku*, 204.

102 Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, II, 267.

Dikkat edilirse, bir eylemin bilinçli taksir kapsamına dahil edilmesinde *öngörme* kavramının belirleyici olduğu görülmektedir. Öngörme kavramı, diğer eylemlerin tasnifinde de ön plana çıkmaktadır. Modern hukukta, failin öngörülebilir neticeyi, gerçekleşen olayda öngörmesi halinde *bilinçli taksirden*, öngörmemesi halinde *bilinçsiz taksirden* bahsedilmektedir. Diğer taraftan, meydana gelen netice kimse tarafından öngörülemeyecek durumda ise, *kaza ve tesadüfün* bulunduğuundan bahsedilir.¹⁰³

“Öngörme” kavramı ekseninde, *fiilde hata* kapsamındaki eylemleri günümüz hukuk perspektifinden değerlendirecek olursak, şayet ok atan kişi, hedefin bulunduğu civarda bir kimsenin olduğunu bilerek; ancak kendi tecrübesine güvenerek okunu atıyor ve ok, hedefin yerine sözü edilen şahsa saplanıyorsa, bu eylem *bilinçli taksir* kapsamında değerlendirilir. Diğer taraftan, ağaçlıkların arasında bir avı vurmak amacıyla ok atan şahıs, o civarda insanların olduğunu görmüyor ancak insanların olma ihtimali bulunuyor ve şahsın attığı ok bir kimseye saplanıyorsa bu durumda *bilinçsiz taksir* söz konusu olmaktadır. Diğer taraftan, hedefin olduğu yerde başlangıçta hiç kimse yokken, ok atıldıktan sonra, bir şahsın aniden hedefin önünden geçmesi sonucu ok kendisine saplanırsa, *kaza ve tesadüften* bahsedilir ve modern hukukta faile ceza verme yoluna gidilmez. Hatta Hanefî mezhebinde “fiilde hata” eylemlerinde failin *olası kastla* hareket etmesi de ihtimal dahilinde gözükmektedir. Örneğin suç faili, hedefin hemen yakınında bulunan birtakım şahısların olduğunu görerek okunu atmış ve ok bu şahıslardan birine saplanmışsa, bu durumda failin kastı araştırılır. Şayet fail hedeflenen neticenin dışında birtakım neticelerin gerçekleşeceğini de öngörmüş ve ne olursa olsun düşüncesiyle hareket etmişse, *olası kastla* eylemini icra etmiş olmaktadır. *Olası kastta*, failin neticeyi isteyip istemediğinin belli olmadığı ifade edilmiştir.¹⁰⁴ Bu açıdan değerlendirildiğinde, Hanefî mezhebinde “fiilde hata” kavramının modern hukukta *olası kasta* ait eylemleri de kapsar nitelikte gözükmektedir.

Hanefî mezhebinde belli bir türde yer alan eylem, farklı oluş şekillerine göre, modern hukukta farklı sınıflara dahil olabilmektedir. Bunun nedeni, günümüz hukukunda eylemlerin tasnifinde manevî unsurun belirleyici olması; Hanefî mezhebinde ise, eylemlerin icra şekline göre tasnif edilmesidir. Bu durumda şeklen birbirine benzer eylemler, manevî unsura göre farklılık arz edebilmektedir. Dolayısıyla, Hanefî mezhebinde belli bir kısımda yer alan eylemler, modern hukukta farklı türlere dağılabilmektedir.

103 Bu konuda örnek için bkz. Dipnot 97.

104 Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, II, 234; Hakeri, *Ceza Hukuku*, 186.

Sonuç

Öldürme suçu, modern hukuk ve Hanefî mezhebinde belli kısımlara ayrılarak incelenmiştir. Günümüz hukukunda failin kusurluluk derecesine göre öldürme suçu; kasten öldürme, kastın aşılması suretiyle öldürme (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama) ve taksirle öldürme türlerinden oluşmaktadır. Bazı çağdaş İslam hukukçuları, İslam hukukunda mevcut amd, şibh-i amd ve hata ile öldürme türlerini modern hukukta yer alan öldürme nevileriyle ilişkilendirerek, bunları günümüz hukukundaki kavramlarla ifade etme yoluna gitmişlerdir. Ancak iki ayrı hukuk sisteminde öldürme türlerinin arasında maddî ve manevî unsurlar açısından belirgin farklılıklar olduğu anlaşılmaktadır. İki hukuk sistemi arasında öldürme türleri konusundaki temel farklılık, modern hukukta öldürme eylemlerinin tasnifinde manevî unsur temel kriter kabul edilirken, Hanefî mezhebinde fiillerin taksiminde maddî unsurun daha ziyade belirleyici olmasıdır.

Hanefî mezhebinde amd ve şibh-i amdin tanımlarında manevî unsur aynı kavramlarla ifade edilmekte, kanaatimizce, eylemde kullanılan aletin niteliğine yani maddî unsura göre bu iki öldürme türü ayrılmaktadır. Ayrıca hareketin icra şekli de eylemlerin tasnifinde etkili olmaktadır. Hareketin mağdûrun bedenine yönelik doğrudan icra edilmesi (mübâşeret), Hanefî mezhebinde amd, şibh-i amd, hata ile öldürme ve hata yerine geçen öldürme türlerinde aranan temel koşullardan biri olduğundan, dolaylı yollarla icra edilen öldürme eylemleri, farklı bir tür olan ve bu makalede yer vermediğimiz tesebbüben öldürme kapsamında değerlendirilmektedir. Ayrıca failde öldürme kastı bulunmamakla birlikte, ölüm neticesinin gerçekleştiği kesici aletlerle icra edilen yaralama eylemleri, günümüz hukukunda kastın aşılması olarak nitelendirilirken; Hanefî mezhebinde amden öldürme kapsamında değerlendirilmekte, netice unsuruna göre failin mesuliyeti takdir edilmektedir. Hata ile öldürme türünde de hareketin icra şekli önem arz etmekte; sadece hedefte sapma, yanlış niteliğindeki eylemler bu kapsamda yer almaktadır.

Modern hukuktan farklı olarak, Hanefî mezhebinde öldürme eylemlerinin tasnifinde maddî unsurun etkili olması, herhangi bir öldürme türünde manevî unsur açısından farklı kusurluluk derecesine sahip fiillerin birlikte yer almasına neden olmuştur. Öldürme türlerinin ve failin sorumluluğunun maddî unsura göre tespiti göz önüne alındığında, Hanefîlerin kusurluluğa değil; maddî unsura dayalı bir cezaî mesuliyet nazariyesini benimsediği söylenebilir.

Hanefî mezhebinde maddî unsurun etkili olmasının önemli bir sonucu, somut kavramların ön plana çıkması, soyut ve genel kavramların arka planda kalmasıdır. Bu nedenle, kavramların ve öldürme türlerinin kapsam itibarıyla nispeten daraldığı görülmektedir. Zira kavramlar ve tanımlar, soyut olduğu müddetçe, kapsam alanları genişlemektedir. Nitekim modern hukukta, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek işlenmesi” şeklinde tarif edilen *kast* ve “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi” şeklinde açıklanan *taksir* soyut kavramlarla tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu iki öldürme türünün kapsamı, tanımlarında maddî unsurun ön plana çıktığı amden öldürme ve hata ile öldürmeye oranla daha geniştir. Hanefî mezhebinde ise failin öldürme kastının bulunduğu her eylem, amd kapsamına dahil edilmemiş; failin taksirinin bulunduğu bütün eylemler de, hata ile öldürme kapsamında yer almamıştır. Sonraki dönemlerde amd ve hata türlerinin muhtevası bazı örneklerle genişletilmiş olsa da, bu iki öldürme türünün temel karakteri değişmemiş, amd ve hata ile öldürme, belli icra şekline sahip eylemleri içeren somut öldürme türleri olarak kalmıştır.

Kaynakça

- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2008.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*. İstanbul: Bilişim Basın Yayın Letekdif Şirketi, 2004.
- Aydın, Ahmet. “Hanefî Fıkıh Literatüründe Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurlarıyla İlgili Kavramların Gelişimi (Hicrî 4-9. Asırlar).” Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2013.
- Bâbertî, Ekmelüddin Muhammed b. Mahmûd. *el-Înâye şerhu'l-Hidâye*. Mısır: Matbaatu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1389/1970.
- el-Bağdadi, Ebû Muhammed Gıyâseddîn Gânim b. Muhammed Gânim. *Mecma'ud-damânât fi mezhebi'l-İmami'l-Azam Ebi Hanîfe en-Nu'mân*. Beyrût: Binâyetü'l-İmân, 1407/1987.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008.
- Cessâs, Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî el-Hanefî. *Ahkâmü'l-Kurân*. Y.y.: Dârü'l-Fikr, t.y.
- Cessâs, Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî el-Hanefî. *Tahkîku'l-cüzü's-sâlis min şerhi Muhtasari't-Tahâvî li'l-Cessâs*, thk. Muhammed Abdullah Han. Y.y.: Câmîatü Ümmi'l-Kurâ, 1415.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1986.
- Erem, Faruk. *Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 1971.
- Erman, Sahir. *Sahtekarlık Suçları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1987.
- Erman, Sahir ve Çetin Özek. *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*. İstanbul: Dünya Yayıncılık, 1994.

- Esen, Hüseyin. *İslam'da Suç ve Ceza "İslam Hukukunda Cezaî Sorumluluk."* İzmir: Çağlayan Matbaası, 2006.
- El-Fetavâ'l-Hindiyye*. Bulak: Matbaatu'l-Kübrâ'l-Emîriyye, 1310.
- Fîrûzâbâdî, Ebû't-Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Ya'kûb b. Muhammed. *el-Kâmûsü'l-mûhît*. Mısır: Matbaatu Dâru'l-Memûn, 1938/1357.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Haskefi, Alâeddîn Muhammed b. Ali b. Muhammed Dimaşkı. *Dürrü'l-muhtâr*. Mısır: Matbaatu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1386/1966.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer. *Reddü'l-Muhtâr*. Mısır: Matbaatu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1386/1966.
- İbn Hümâm, Kemâleddîn Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamîd. *Şerhu Fethi'l-kadîr*. Mısır: Matbaatu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1389/1970.
- İbn Nüceym, Zeynuddîn el-Mısırî. *el Bahru'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*. Kâhire: el-Matbaatu'l-İlmiyye, 1311.
- İçel, Kayıhan vd. *Suç Teorisi, Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler, Suçun Yapısal Unsurları, Suçun Özel Oluşum Biçimleri*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2004.
- Kâsânî, Ebû Bekr Alâeddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Hanefî. *Bedâ'us-sanâ'î fi tertîbi's-şerâ'î*. Beyrût: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1402/1982.
- Koroğlu, Mehmet. "İslam Ceza Hukukunda Ölüm Cezası ve İnfaz Usulleri." Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2004.
- Kudûrî, Ebû'l-Hüseyin Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed. *Muhtasaru'l-Kudûrî*, thk. Kâmil Muhammed Uveydâ. Beyrût: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1997/1418.
- Kunter, Nurullah. *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954.
- Meran, Necati. *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Merginânî, Ebû'l-Hasan Burhâneddîn Ali b. Ebî Bekr. *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*. İstanbul: Kahraman Yayınları, 1986.
- Otacı, Cengiz. *Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: 1992.
- Parlar, Ali ve Güleç Demirel. *Açıklamalı İçtihatlı Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- Semerkandî, Ebû Bekr Alâeddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed. *Tuhfetü'l-fukahâ*. Beyrût: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1405/1984.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl. *el-Mebsût*. Kâhire: Matbaatu's-Saâde, 1324-1331.
- Şeybânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Hasan b. Ferkad el-Hanefî. *el-Mebsût*, thk. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî. Karaçi: İdâretü'l-Kurân ve'l-Ulûmi'l-İslâmiyye, t.y.
- Tahâvî, Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed b. Selâmet el-Ezdi. *Muhtasaru't-Tahâvî*, thk. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî. Kâhire: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1370.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Tûrî, Muhammed b. Hüseyin. *Tekmiletü Bahri'r-râik*. Kâhire: el-Matbaatu'l-İlmiyye, 1311.

- Udeh, Abdülkâdir. *Et-Teşrî'ul-cinâiyyi'l-İslâmî: Mukâreneren li-Kânûni'l-Vaz'î*. Kâhire: Dâru't-Türâs, 1977.
- Yüksel, Turgut. *Yaralama, İntihara Yönlendirme, İşkence ve Eziyet Suçları*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007.
- Zebîdî, Ebû Bekr b. Ali b. Muhammed el-Haddâd. *el-Cevheretü'n-neyyire alâ Muhtasari'l-Kudûr*. Y.y.: Dâru'l-Hayriyye, t.y.
- Zeylâi, Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen. *Tebyînu'l-hakâyık şerhu Kenzi'd-dekâik*. Bulak: Matbaatu'l-Kübra'l-Emiriyye; 1314.