

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

HANEFÎ FİKİH LİTERATÜRÜNDE ÖLDÜRME SUÇUNUN
MADDÎ VE MANEVÎ UNSURLARIYLA İLGİLİ
KAVRAMLARIN GELİŞİMİ
(HİCRÎ 4-9. ASIRLAR)

Doktora Tezi

Ahmet AYDIN

İstanbul, 2013

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

HANEFÎ FİKİH LİTERATÜRÜNDE ÖLDÜRME SUÇUNUN
MADDÎ VE MANEVÎ UNSURLARIYLA İLGİLİ
KAVRAMLARIN GELİŞİMİ
(HİCRÎ 4-9. ASIRLAR)

Doktora Tezi

Ahmet AYDIN

Danışman: Prof. Dr. İbrahim Kafi DÖNMEZ

İstanbul, 2013

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ Anabilim Dalı İSLAM HUKUKU Bilim Dalı
DOKTORA öğrencisi AHMET AYDIN'ın HANEFÎ FİKİH LİTERATÜRÜNDE
ÖLDÜRME SUÇUNUN MADDÎ VE MANEVÎ UNSURLARIYLA İLGİLİ
KAVRAMLARIN GELİŞİMİ (HİCRÎ 4-9. ASIRLAR) adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim
Kurulunun 13.07.2011 tarih ve 2011-14/27 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği /
oy çokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi ...09../09../2013..

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. İBRAHİM KAFİ DÖNMEZ	
2.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. FAHRETTİN ATAR	
3.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. ZİYA YILMAZER	
4.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. RAHMİ YARAN	
5.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. ABDÜSSELAM ARI	

GENEL BİLGİLER

Adı ve Soyadı	: Ahmet Aydın
Anabilim Dalı	: Temel İslam Bilimleri
Programı	: İslam Hukuku
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. İbrahim Kafi Dönmez
Tez Türü ve Tarihi	: Doktora-2013
Anahtar Kelimeler	: Öldürme Suçu, Maddi Unsur, Manevi Unsur, Kavramsal Gelişim

ÖZET

Hanefî Fıkıh Literatüründe Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurlarıyla İlgili Kavramların Gelişimi (Hicrî 4-9. Asırlar)

Bu tezde, öncelikle Hanefî mezhebinde öldürme suçunun maddî ve manevî unsurları modern hukuk ve modern İslam hukuku metinlerinden istifade edilerek tespit edilmeye çalışılmıştır. Araştırmamızda öldürme suçunun maddî ve manevî unsurlarıyla ilgili kavramların oluşum ve gelişim seyrini kronolojik olarak inceleyen bir metot takip edilmiştir. Ayrıca Hanefî doktrininin daha iyi anlaşılmasını sağlamak maksadıyla ihtiyaç duyuldukça diğer hukuk ekollerinin görüşleri ve modern hukuk metinlerine başvurarak zaman zaman maddî ve manevî unsurlar mukayeseli olarak ele alınmıştır.

Tezin giriş kısmında, Hanefî mezhebinde öldürme suçunun genel karakteristik özellikleri analiz edilmiş, ayrıca bu kısımda modern hukuk ve modern İslam hukuku eserlerinde yer alan maddî ve manevî unsurlara yer verilmiştir. Tezin asıl gövdesini oluşturan birinci ve ikinci bölümde maddî ve manevî unsurlar, öldürme türleri bağlamında analiz edilmiştir. Tezin iki bölüm olarak tasarlanmasında, Hanefî doktrinine özgü olan ve olmayan öldürme türleri ayrımı belirleyici olmuştur. Bu nedenle, diğer hukuk ekollerinde de yer alan amden öldürme, şibh-i amd yoluyla öldürme ve hata ile öldürme türleri birinci bölümde tetkik edilirken, ikinci bölümde Hanefî doktrinine özgü hata yerine geçen öldürme ve tesebbüben öldürme türlerinde maddî ve manevî unsurların analizi yapılmıştır.

GENERAL INFORMATION

Name and surname	: Ahmet AYDIN
Department	: Basic Islamic Sciences
Program	: Islamic Law
Thesis Advisor	: Prof. Dr. İbrahim Kafi Dönmez
Description and date of Thesis	: Doctorate Thesis – 2013 İstanbul
Key words	: Crime, material element, mental element, development of legal terms

ABSTRACT

The Development Of Concepts Concerning the Material and the Mental Elements Of the Crime of Murder in the Hanafite Literature (IV-IXTH Centuries of the Hejira)

In this thesis, material and mental elements of the crime of homicide in the Hanafî law school have been identified by making use of the texts of modern law and modern Islamic law. In our study the method that analyses the formation and development of material and mental elements of the crime of homicide in chronological order has been followed. Also, in order to provide a better understanding of the doctrine of the Hanefî law school, material and mental elements are comparatively discussed from time to time by referring to the texts of modern law and other Islamic law schools.

In the introduction to this thesis, the general characteristics of the crime of homicide in the Hanafite law school have been analyzed and in this section the material and mental elements in the works of modern law and modern Islamic law are also investigated. In the first and second part that constitute the main body of the thesis the material and mental elements are analyzed in the context of homicide types. In the first section, the types of homicide that commonly exist in all Islamic law schools (amd, shibh-I amd and hata) were examined. In the second section, the specific types of the homicide to Hanefite school were analyzed.

ÖNSÖZ

Bu tezde, Hicrî 4-9. asırlar Hanefî furû fıkıh literatürü özelinde öldürme suçunun maddî ve manevî unsurlarıyla ilgili kavramların gelişimi ele alınmış; çalışmada modern hukuk ve modern İslam hukuku eserlerinden yararlanıldığı gibi makul ölçüler içinde modern hukuk metodundan da istifade edilmiştir. Bunun yanında Hanefî doktrininde maddî ve manevî unsurların daha iyi anlaşılması için modern hukuk doktrininde ve diğer mezhep metinlerinde maddî ve manevî unsurlarla mukayeseler yapmaya gayret edilmiştir.

Tezin giriş kısmında, Hanefî doktrininde öldürme suçunun karakteristik özellikleri tespit edilmeye çalışılmış, bu maksatla öldürme suçu çeşitli açılardan analiz edilmiştir. Bu kısımda ayrıca, günümüz hukuk eserlerinde öldürme suçunun maddî ve manevî unsurları tahlil edilmiştir. Bunun yanında, modern İslam hukukçularının eserlerinde suçun unsurlarına değinilmiş, bu metinlerde öldürme türlerinde maddî ve manevî unsur olarak tespit edilen hususlar incelenmiştir.

Tezin ana gövdesini oluşturan *birinci ve ikinci bölümde*, öldürme suçu, Hanefî doktrininde mevcut öldürme türleri bağlamında ele alınmıştır. Birinci bölümde, diğer hukuk ekollerinde de yer alan öldürme türlerinde maddî ve manevî unsurlar ve ilgili kavramların gelişimi analiz edilmiştir. İkinci bölümde ise, Hanefî mezhebine özgü öldürme türlerinde maddî ve manevî unsurlar ve ilgili kavramların gelişimi incelenmiştir.

Bu araştırmamızı hazırlarken, yoğun mesaisine rağmen bizden yardımlarını esirgemeyen Prof. Dr. İbrahim Kafi Dönmez'e, değerli görüş ve tenkitleriyle tezin olgunlaşmasını sağlayan Prof. Dr. Fahrettin Atar ve Prof Dr. Ziya Yılmaz'ın, araştırmamızın eksikliklerini giderme noktasında zamanlarını ayıran ve bizim için aydınlatıcı bilgiler veren Doç. Dr. Rahmi Yaran ve Doç. Dr. Abdüsselam Arı'ya, tezin önemli bir aşamaya gelmesinde değerli katkılarda bulunan Prof. Dr. Atilla Arkan'a, tezin teslim sürecinde büyük yardımları dokunan babam Hüsnü Aydın ve kardeşim Rabia Aydın'a, manevî desteklerini her zaman hissettiğim eşim Reyhan Aydın, çocuklarım Yusuf Aydın ve Dilara Aydın'a teşekkürlerimi bir borç bilirim.

Ahmet AYDIN

İstanbul 2013

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

GENEL BİLGİLER.....	III
GENERAL INFORMATION.....	IV
ÖNSÖZ.....	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR.....	XI

GİRİŞ

I-TEZİN KONUSU, METODU VE TEMEL KAYNAKLAR.....	1
II-HANEFÎ MEZHEBİNDE ÖLDÜRME SUÇU.....	5
A-Hak Taksimi Kapsamında Öldürme Suçu.....	5
1-Sırf Allah Hakları.....	5
2-Sırf Kul Hakları.....	6
3-Allah Hakkının Ağır Bastığı Karma Haklar.....	6
4-Kul Hakkının Ağır Bastığı Karma Haklar.....	7
5-Değerlendirme.....	7
B-Suç Tasnifi kapsamında Öldürme Suçu.....	8
1-Had Suçları.....	8
2-Kısâs Ve Diyet Suçları.....	8
3-Tazîr Suçları.....	9
C-Yaptırımlar Açısından Öldürme Suçu.....	9
1-Kısâs.....	9
2-Diyet.....	10
3-Kefâret.....	10
4-Miras ve Vasiyetten Mahrumiyet Yaptırımı.....	12
D-Hanefî Mezhebinde Öldürme Türleri.....	13
1-Amden Öldürme.....	14
2-Şibh-i Amd Yoluyla Öldürme.....	15
3-Hata ile Öldürme.....	16
4-Hata Yerine Geçen Öldürme.....	16
5-Tesebbüben Öldürme.....	16
E-Muhakeme Hukukunda Öldürme Suçu.....	17
F-Diyet Ödeme Sorumluluğu Bağlamında Öldürme Suçu.....	21
G-Borçlar Hukukuyla İlişkisi Bağlamında Öldürme Suçu.....	24
H-Suç-Haksız Fiil Sorumluluğu Bağlamında Öldürme Suçu.....	30
III-MODERN HUKUKTA ÖLDÜRME SUÇUNUN MADDÎ VE MANEVÎ UNSURLARI.....	32
A-Ceza Hukukunun Genel Kısımında Yer Verilen Suç Unsurları.....	32
1-Suçun Genel Unsurlarının Tespiti.....	33
a-Kanuni Unsur.....	34
b-Maddî Unsur.....	34
c-Manevî Unsur.....	34
d-Hukuka Aykırılık Unsuru.....	34

e-Maddî ve Manevî Unsurun Kapsamının Belirlenmesi.....	35
2-Suçun Özel Unsurları.....	37
B-Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurları.....	37
1-Kasten Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurları.....	38
a- Maddî Unsurlar.....	38
i-Hareket.....	38
ii-Netice.....	40
iii-Sebebiyet Alakası.....	41
aa-Şart Teorisi.....	41
bb-Uygun Sebep Teorisi.....	42
cc-Hukuki Önem Teorisi.....	43
dd-Son Şart Teorisi.....	44
ee-Türk Ceza Hukukunda Sebebiyet Alakası.....	44
b- Manevî Unsurlar.....	45
2-Kastın Aşılması Suretiyle Öldürme Suçu.....	47
a-Maddî Unsurlar.....	48
b-Manevî Unsurlar.....	48
3-Taksirle Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurları.....	49
IV-MODERN İSLAM HUKUKU ESERLERİNDE ÖLDÜRME SUÇUNUN UNSURLARI.....	51

BİRİNCİ BÖLÜM

SADECE HANEFÎ MEZHEBİNE ÖZGÜ OLMAYAN ÖLDÜRME TÜRLERİ

I-AMDEN ÖLDÜRME	55
A-Amd ve İlgili Kavramlar.....	55
B-Amd-Kasıt İlişkisi ve Kasıtlı İlgili Kavramlar.....	55
C-Amden Öldürme Kavramı.....	57
D-Amden Öldürme Türünün Maddî ve Manevî Unsurları.....	57
1- Maddî Unsurlar.....	57
a-Hareket Unsuru.....	57
i-Amden Öldürme Türünde Kullanılan Araçlar.....	58
aa-Amden Öldürme Türünde Kullanılan Araçların Hanefî Literatüründe Analizi.....	58
bb-Kasten Öldürme Türünde Kullanılan Araçlar.....	73
cc-Değerlendirme.....	74
ii-Eylemin Vurma Hareketiyle İcra Edilmesi.....	75
iii-Eylemin Mübaşeretle İcra Edilmesi.....	75
iv-Boğazı Sıkarak, Yüksekten Atarak veya Suda Boğarak Öldürme.....	77
aa-Boğazı Sıkarak veya Yüksekten Atarak Öldürme.....	77
bb-Hanefî Mezhebinde Suda Boğarak Öldürme.....	78
cc-Diğer Mezheplerde Suda Boğarak Öldürme.....	82
dd-Değerlendirme.....	83
v-Hareket Unsurunda Hukukî Muhakemenin Gelişimi.....	84
b-Netice Unsuru.....	87

i-Yaralama Eyleminin Ardından Ölüm Neticesinin Gerçekleşmesi.....	87
aa-Sirâyet Kavramı.....	88
bb-Ağır Neticeli Eylemin Hukukî Mahiyeti.....	89
ii-Müessir Fiil Kastıyla İcra Edilen Eylemin Amden Öldürmeye Dönüşmesi.....	90
iii-Modern Hukukta Yaralamanın Ölüme Yol Açması.....	93
iv-Değerlendirme.....	93
c-Sebebiyet Alâkası.....	94
i-Farklı Zamanlarda İcra Edilen Hareketlerin Ölüme Yol Açması.....	95
aa-Başlangıçtan İtibaren Hanefî Metinlerinde Zikredilen Öldürme Eylemi.....	95
bb- Sonraki Dönem Hanefî Metinlerinde Yer Verilen Öldürme Eylemleri ve Hukukçuların Görüşleri.....	97
ii-Aynı Anda İcra Edilen Hareketlerle Gerçekleştirilen Öldürme Eylemleri.....	100
iii- Hanefî Mezhebinde Sebebiyet Alakası Konusunda Benimsenen Teoriler.....	100
iv-Sebebiyet Alakası Bağlamında Metinlerde Ortaya Çıkan Bazı Kavramlar.....	102
aa-Teâkub Kavramı.....	102
bb-İnkîât'us-Sirâye Kavramı.....	103
v-Diğer Mezheplerde Sebeplerin Çokluğu Halinde Sebebiyet Alakası.....	103
2-Manevî Unsurlar.....	104
a-Hanefî Mezhebinde	104
b-Diğer Mezheplerde	107
3-Değerlendirme.....	110
II-ŞİBH-İ AMD YOLUYLA ÖLDÜRME	112
A-Şibh-i Amd Türünün Maddî ve Manevî Unsurları.....	112
1- Manevî Unsurlar.....	112
a-Modern İslam Hukuku Eserlerinde Şibh-i Amd Türünün Manevî Unsurları.....	112
b-Şibh-i Amd ve Kastın Aşılması Kavramlarının Mukâyesesi.....	114
c-Hanefî Mezhebinde Şibh-i Amd Türünün Manevî Unsurları.....	116
d-Değerlendirme.....	118
2-Maddî Unsurlar.....	119
B-Şibh-i Amd Türünün Maddî ve Manevî Unsurlarıyla İlgili Hukukî Muhakemenin Gelişimi.....	120
C-Bazı Şibh-i Amd Eylemleri.....	126
1-Ard Arda Darbelerle Gerçekleştirilen Öldürme Eylemleri.....	126
2-Kişinin Boğazına Zehir Dökerek Öldürme.....	129
III-HATA İLE ÖLDÜRME	131
A-Hata ile Öldürme Türünün Maddî ve Manevî Unsurları.....	131
1-Maddî Unsurlar.....	131
2-Manevî Unsurlar.....	132
B-Hata, Taksir ve İlgili Kavramlar.....	133
C- Hata İle Öldürme Türünde Kavramların Gelişimi.....	135
D-Hata ile Öldürme Eylemlerinin Modern Hukuktaki Yeri.....	138
1-Kastta Hata ve Fiilde Hata	139
2-Çok Neticeli Sapma.....	142
3-Nedensellik Bağına İlişkin Yanılma.....	144

4-Hedefte Sapma.....	147
E-Diğer Mezheplerde Hata ile Öldürmenin Maddî ve Manevî Unsurları.....	148
F-Değerlendirme.....	150

İKİNCİ BÖLÜM

HANEFÎ MEZHEBİNE ÖZGÜ ÖLDÜRME TÜRLERİ

I-HATA YERİNE GEÇEN ÖLDÜRME	151
A-Hata Yerine Geçen Öldürme Türünün Doğuşu ve Gelişimi.....	151
B. Hata Yerine Geçen Öldürme Fiilleri.....	154
1-Uyku Hâlinde Öldürme.....	154
a-Hanefî Mezhebinde.....	154
b-Modern Hukukta	155
2-Üstüne Düşerek Birini Öldürme.....	157
3-Elde Taşınan Nesnenin Düşerek Birini Öldürmesi.....	157
4-Üstünde Binicisi Olan Hayvanın Çiğneyerek Birini Öldürmesi.....	160
a-Modern Hukuk ve İslam Hukukunda Konunun İncelenmesi.....	160
b-Hanefî Mezhebinde Konunun Gelişim Seyri.....	161
C-Hata Yerine Geçen Öldürme Türünde Uygulanan Ek Yaptırımlar	165
D-Hata ile Öldürme ve Hata Yerine Geçen Öldürme Türlerinin Ayrımı.....	169
E-Hata Yerine Geçen Öldürme Türünün Maddî ve Manevî Unsurları.....	173
1-Maddî Unsurlar.....	173
2-Manevî Unsurlar.....	174
F-Değerlendirme.....	175
II-TESEBBÜBEN ÖLDÜRME	176
A-Tesebbüben Öldürme Eylemleri.....	177
1-Kuyu Kazarak Ölüme Sebebiyet Verme.....	177
a-Hanefî Mezhebinde.....	177
b-Diğer Mezheplerde	178
c-Ölümün Kuyuya Düşme Anında veya Sonradan Gerçekleşmesi.....	180
2-Aç ve Susuz Bırakarak Öldürme.....	181
a-Hanefî Hukukçularının Görüşleri.....	181
b-Aç ve Susuz Bırakarak Öldürmenin Farklı Bir Şekli Hakkında İmâm Muhammed'in Görüşü.....	183
c-Modern Hukukta ve Diğer Mezheplerde Aç ve Susuz Bırakarak Öldürme.....	185
3-Zehirleyerek Öldürme.....	186
a-Hanefî Mezhebinde	186
b-Modern Hukukta ve Diğer Mezheplerde	189
4-Yalan Tanıklık Yaparak Ölüme Sebebiyet Verme.....	190
a-Hanefî Mezhebinde	190
b-Diğer Mezheplerde	193

5-Zor Kullanarak Ölüme Sebebiyet Verme.....	193
6-Hayvanları Vasıta Kılarak Öldürme.....	196
a-Hanefî Mezhebinde	196
b-Diğer Mezheplerde	199
B- Kusurluluk Açısından Tesebbüben Öldürme Eylemleri.....	202
C-Tesebbüben Öldürme ve Son Şart Teorisi.....	206
D-Tesebbüben Öldürmenin Maddî ve Manevî Unsurları.....	208
E-Değerlendirme.....	209
SONUÇ.....	210
BİBLİYOGRAFYA.....	218

KISALTMALAR

as	: Aleyhisselâm
bkz.	: Bakınız
bs.	: Baskı
c.	: cilt
der.	: Derleyen
DIA	: Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
ed.	: Editör
Hz.	: Hazreti
PP.	: Page, sayfa
s.	: Sayfa
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
trc.	: Tercüme eden, tercüme edenler
tsh.	: Tashîh eden
TCK	: Türk Ceza Kanunu
thk.	: Tahkîk eden
t.y.	: Basım tarihi yoktur
v.	: Vefat tarihi
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
y. y.	: Basım yeri yoktur

GİRİŞ

I-TEZİN KONUSU, METODU VE TEMEL KAYNAKLAR

“Hanefî Fıkıh Literatüründe Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurlarıyla İlgili Kavramların Gelişimi (Hicrî 4-9. Asırlar)” adını taşıyan bu tezin amacı, Hanefî doktrininde belirli bir dönemden sonra kavramların inceltilmesine daha fazla önem verilmesi yönündeki eğilim ve çabaları yakından incelemek, bu hususta analitik bir çalışma ortaya koyabilmek için konuyu öldürme suçunun maddi ve manevi unsurlarıyla sınırlandırıp ele alınan dönemin fıkıh metinlerinde görülen değişim ve gelişimi, özellikle hukukî muhakemede ortaya çıkan gelişim seyrini belirlenen kronoloji içinde izleyip değerlendirmeler yapmaktır. Bu sebeple tezin konusu, belirli bir dönemin Hanefî fıkıh literatüründeki ifade ve açıklamalardan hareketle öldürme suçunun maddî ve manevî unsurlarının analiziyle sınırlandırılmıştır.

Tezde maddî ve manevî unsurlarla ilgili tarihsel süreci belli dönemler dahilinde analiz etme değil, ele alınan dönemin fakihleri üzerinden gelişim seyrini takip etme ilkesi esas alındığından, mezhep tarihi boyunca kavramların nasıl bir gelişim gösterdiğini zaman ve dönem vurgusuyla ortaya koyma değil, söz konusu dönemin fakihlerinin hukuk doktrinine neler kattıklarını tespit etme ve gelişim seyrini hukukçular üzerinden inceleme yöntemi izlenmiştir.

Öldürme suçunun tetkik edildiği İslam hukuku metinlerinde, tazmînât ve borçlar hukuku kurallarının bir dereceye kadar etkili olması, öldürme fiillerinin İslam hukukçuları tarafından haksız fiil olarak düşünüldüğü yorumlarına neden olmuştur. Bu nedenle suç-haksız fiil bağlamında öldürme suçunun karakteristik özelliklerinin belirlenmesi ve bunun Hanefî mezhebi bağlamında analiz edilmesi ihtiyacı doğmuş ve giriş kısmında bu konuya yer verilmiştir.

Klasik fıkıh eserlerinde suçun maddî ve manevî unsurlarının ayrıştırılarak ve bu isimlerle ele alınması yolu izlenmediğinden bu konuda öncelikle modern ceza hukuku kaynaklarına ve modern İslam hukukçularının eserlerine başvurmanın gerekli ve yararlı olduğu görülmüştür. Özellikle günümüz İslam hukukçularının

eserleri, İslam hukukunda dolayısıyla Hanefî doktrinde öldürme suçunun unsurlarının tespiti ve muhtevasının belirlenmesi bakımından rehber vazifesi görebilmektedir. Bu sebeple modern hukukta ve modern İslam hukuku eserlerinde öldürme suçunun maddî ve manevî unsurlarının analizine giriş kısmında yer verilmiştir.

Modern hukukta suçun unsurları genel ve özel kısımda farklı şekilde ele alınmaktadır. Genel kısımda bütün suçlarda bulunan genel unsurlar tetkik edilirken; özel kısımda ise her bir suça ait özel unsurlar incelenmektedir. Bu tezde suçun maddî ve manevî unsurlarının genel anlamda değil; öldürme suçuyla ilgili olarak analizi yapılacaktır. Dolayısıyla tezde yer verilen herhangi bir kavramın ceza hukukunun genel kısmında yer aldığı şekliyle bütün ayrıntılarıyla incelenmesi yerine; sadece öldürme suçuyla ilgili yönünün tetkik edilmesi, tezde takip edilen metot olacaktır.

Ceza hukukunun genel kısmında manevî unsur genelde iki kısımda incelenmektedir. Birinci kısımda kusur yeteneği veya isnat yeteneği ele alınmaktadır. Manevî unsurun ikinci kısmında ise bizzat kusurluluğu ifade eden kast ve taksir gibi kavramların analizi yapılmaktadır. Diğer taraftan öldürme suçu bağlamında incelenirken, manevî unsurun kapsamı içinde kast ve taksir gibi kavramlar ön plana çıkmakta; isnat yeteneğiyle ilgili hususlara ise hiç yer verilmemekte veya nadiren yer verilmektedir. Ayrıca, günümüz ceza hukukunu inceleyen bazı eserlerde genel kısımda manevî unsurun kapsamı içinde sadece kast-taksir gibi kavramların ele alındığı, isnat yeteneği konusunun ise kusurluluk başlığı altında başka bir unsur olarak yer aldığı görülmektedir¹. Bu hususlar ışığında, manevî unsuru kast-taksir kavramları ekseninde incelemenin daha doğru olacağı kanaatine varılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, Hanefî eserlerinde öldürme suçunun maddî ve manevî unsurları analiz edilirken isnat yeteneği kapsamında bulunan küçükler ve akıl hastalarının öldürme fiillerine temas edilecektir.

Tezde, maddî unsurun kapsamı hareket, netice ve sebebiyet alakası olarak tespit edilmiştir. Bu üç kavramın, maddî unsurun kapsamına dahil olduğu modern hukukçular tarafından genel olarak kabul edilmiştir. Bu genel maddî unsurların

¹ Hakeri, s. 172-219; 270-336.

yanında, modern hukukta bazı suçları diğerlerinden ayıran birtakım özel maddî unsurlar da bulunmaktadır. Buna paralel olarak, Hanefî metinlerinde de "mübâşeret"² gibi özel maddî unsurlar mevcuttur. Tezde, öldürme suçuyla ilgili olarak özellikle Hanefî doktrininin modern hukuk sisteminden farklı yönlerini ortaya koyan özel unsurlara değinilecektir.

Araştırmamızda, öldürme suçunun maddî ve manevî unsurlarıyla ilgili kavramların tarihsel gelişimi Hanefî ekolünde incelenecektir. Diğer mezhep metinlerinin ileri düzeyde araştırılmasına ve bu hukuk ekollerinde maddî ve manevî unsurların gelişim seyrine yer verilmeyecektir. Bununla beraber, diğer mezheplerde öldürme suçunun maddî ve manevî unsurlarıyla ilgili hukukçuların görüşlerine gerek görüldükçe, kısaca temas edilmesi uygun görülmüş, böylece Hanefî mezhebiyle diğer hukuk ekolleri arasında kısmî bir mukayese yapma imkanı doğmuştur. Ayrıca modern hukuk metinlerine de zaman zaman yer verilerek iki hukuk sistemi arasında karşılaştırmalar yapılması, maddî ve manevî unsurun daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

Hanefî mezhebinde suçun maddî ve manevî unsurlarının ayrıştırılarak ve bu isimlerle ele alınması yolu izlenmediğinden, öncelikle bu mezhebe ait eserlerde yer alan unsurların nelerden ibaret olduğunun tespiti gerekmektedir. Bu sebeple tezin konusu olmamakla beraber, maddî ve manevî unsurun kapsamının anlaşılmasında yardımcı olacağına inandığımız unsurların dışında kalan birtakım hususların, örneğin cezaî yaptırım vb. konuların analizine temas edilecektir.

Giriş kısmı haricinde, tez iki bölümden oluşmaktadır. Giriş kısmında, öldürme suçunun genel karakteristik özelliklerinin Hanefî mezhebi bağlamında analizinin yanında, maddî ve manevî unsur kavramlarının modern hukukta ve modern İslam hukukçularının eserlerinde nasıl tetkik edildiğine yer verilecektir. Tezin asıl çatısını oluşturan birinci ve ikinci bölümde ise maddî ve manevî unsurlar, modern hukuk ve modern İslam hukuku eserlerinin takip ettiği metoda uygun şekilde öldürme türleri bağlamında analiz edilecektir. Tezin iki bölüm olarak

² Öldürme suçunda "mübâşeret", öldürme eyleminin araya vasıtalar girmeksizin, maktûlün bedenine yönelik doğrudan icra edilmesini ifade eden bir kavramdır.

tasarlanmasında, Hanefî doktrinine özgü olan ve olmayan öldürme türleri ayrımı belirleyici olmuştur. Buna göre, diğer hukuk ekollerinde de müşahade edilen 'amden öldürme, şibh-i 'amd yoluyla öldürme ve hata ile öldürme türlerini birinci bölümde analiz etmenin yerinde olacağı kanaati oluşmuştur. İkinci bölümde ise Hanefî doktrinine özgü hata yerine geçen öldürme ve tesebbüben öldürme türünde maddî ve manevî unsurların tetkiki uygun görülmüştür.

Tezin ilk bölümünde analiz edilecek öldürme türleri, Hanefî eserlerinde tanımlarına yer verilen öldürme türleridir. Tanımları bulunan türler ele alınırken konunun başından itibaren unsurlarına ayrılarak incelemesi yapılacaktır. Diğer taraftan ikinci bölümde yer vermeyi düşündüğümüz hata yerine geçen öldürme ve tesebbüben öldürme türlerinin, inceleyebildiğimiz kadarıyla, Hanefî eserlerinde tanımı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu iki öldürme türünde maddî ve manevî unsurların tespitini, kapsamlarında yer alan öldürme fiillerinin incelemesinden sonraya bırakmak daha uygun olacaktır.

Hanefî mezhebine ait furû fıkıh eserleri çalışmamızın temel kaynaklarıdır. Araştırmamızın odak noktası olarak tasarlanan dönem, hicrî dördüncü asırdan dokuzuncu asra kadar olan zaman dilimidir. Bu süre zarfında mezhep doktrininde ortaya çıkan ve çalışmamızın asıl başvuru kaynakları olarak yer alacak eserler; Tahâvî'nin (321/933) el-Muhtasar'ı, Cessâs'ın (370/981) Şerhu Muhtasari't-Tahâvî'si, Kudûrî'nin (428/1037) el-Muhtasar'ı, Serahsî'nin (483/1090) el-Mebsût'u, Semerkandî'nin (539/1144) Tuhfetü'l-Fukahâ'sı, Kâsânî'nin (587/1191) Bedâi'us-Sanâ'î'si, Mergînânî'nin (593/1197) el-Hidâye'si, Mevsılî'nin (683/1284) el-İhtiyâr'ı, Zeyle'î'nin (743/1342) Tebyînü'l-Hakâyik'ı, Bâbertî'nin (786/1384) el-'Înâye'si, İbnü'l-Hümâm'ın (861/1457) Fethu'l-Kadîr'idir.

Bu eserler tespit edilirken, müelliflerin vefat tarihleri dikkate alınarak, genelde, yaklaşık her yarım asırlık zaman dilimine bir eser tekâbül edecek şekilde metinlerin belirlenmesi uygun görülmüştür. Bunun yanında Kâsânî ve Mergînânî'nin eserleri, mezhep doktrini açısından önemli metinler olarak görüldüğünden aynı dönemde yaşamış olmalarına rağmen, birlikte kaynakların arasına dahil edilmiştir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, burada zikredilen eserler temel başvuru kaynakları

olmakla birlikte, ihtiyaç duyuldukça, Hanefî literatüründe yer alan diğer metinlere de temas edilmesi gelişim seyrinin anlaşılması açısından daha doğru olacaktır.

II-HANEFÎ MEZHEBİNDE ÖLDÜRME SUÇU

A-Hak Taksimi Kapsamında Öldürme Suçu

Hanefî doktrininde öldürme suçunun mahiyetinin anlaşılması açısından analiz edilmesi gereken konuların başında hak taksimi gelmektedir. Öldürme eylemlerine uygulanan yaptırımlar, hak tasnifindeki konumuna göre farklı değerlendirmelere tabi tutulmuştur. Öldürme suçunun karakteristik özelliklerinin belirlenmesi açısından önem arz eden hak tasnifinde, hakların dört kısımda ele alındığı görülmektedir:

1-Sırf Allah Hakları

Bu grupta belli bir ferdi değil; toplumun tümünü ilgilendiren haklar yer almaktadır³. Sırf Allah haklarına; hadler gibi tam anlamıyla ceza teşkil eden uygulamalar, mirastan mahrumiyet gibi eksik ceza mahiyetindeki yaptırımlar, ibadet niteliği de taşıyan kefâret gibi cezaî hükümler örnek verilebilir⁴.

Bu sınıfa dahil hakların, özellikle muhakeme hukuku açısından birtakım karakteristik özelliklere sahip olduğu görülmektedir. Örneğin Allah hakkıyla ilgili suçlar delille sabit olduktan sonra, bunlarda ibrâ, sulh ve af söz konusu olmamaktadır⁵. Ayrıca bu haklarla ilgili davalarda ikrârdan dönmek caizdir⁶. Yine bu tür haklarda suçların içtimâî⁷ hükümleri uygulanmaktadır⁸.

³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 471; Ş'abân, s. 286.

⁴ Serahsî, II, 162; III, 76.

⁵ Kâsânî, VII, 55.

⁶ Kâsânî, VII, 50, Zeyle'î, III, 197.

⁷ Suçların içtimâî, aynı cinsten birden çok suç fiiline tek bir cezanın verilmesini ifade etmektedir.

⁸ Serahsî, IX, 102; Kâsânî, VII, 55.

2-Sırf Kul Hakları

Bu grupta, diyet ve tazminat gibi sadece fertlere özgü haklar yer almaktadır⁹. Bu kısımda yer alan hakların sahibine, hakkından ferâgat imkanı verilmiştir.

Hanefî hukukçuları, Allah hakkıyla kul hakkını ayırırken, kul hakkında zararın tazmininin ön plana çıktığını, Allah hakkında ise suçun engellenmesinin amaçlandığını vurgulamışlardır¹⁰.

Allah hakkının kul hakkı ile birleştiği durumlarda, fertlerin ihtiyacı dolayısıyla kul hakkına öncelik verilmekte, Allah hakkını elde etmenin imkansız olduğu durumlarda zarureten bu hak düşmektedir¹¹.

3- Allah Hakkının Ağır Bastığı Karma Haklar

Eserlerde bu gruba kazif haddi örnek verilmektedir¹². Kazif suçu, kişinin namusuna zarar veren bir mahiyete sahip olduğundan ferdi doğrudan ilgilendirmektedir. Ancak, diğer taraftan kazif suçu, zina isnâdında bulunan şahsın dışındaki kimselere de zarar verdiği için bu suçta Allah hakkının baskın olduğu kabul edilmiştir.

Kazif haddininin hem kul hakkını hem Allah hakkını içermesi dolayısıyla, muhakeme hukukunda bu iki sınıfa dahil haklara uygulanan kuralları karma bir şekilde bünyesinde barındırdığı görülmektedir. Örneğin, Allah hakkı kapsamında yer alan fiillerde mahkemede ikrârdan dönmek câizdir¹³. Ancak kendisinde kul hakkı da birleştiğinden kazif haddinde bu kural kabul edilmemiştir¹⁴. Diğer taraftan, Allah

⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 471; Şa'bân, s. 289.

¹⁰ Serahsî, IX, 36.

¹¹ Kâsânî, VII, 62.

¹² Serahsî, IX, 71; Kâsânî, VII, 52; Zeyle'î, III, 207; Bâbertî, V, 325.

¹³ Kâsânî, VII, 50, Zeyle'î, III, 197.

¹⁴ Serahsî, IX, 69.

haklarında suçların içtimâi hükümleri uygulanmaktadır¹⁵. Kazif haddinde de, Allah hakkının ağır bastığı kabul edildiğinden aynı hüküm uygulanmaktadır¹⁶.

Bazı eserlerde, hırsızlık suçunun Allah hakkı ağır basan karma haklar kapsamında yer aldığı ifade edilmiştir¹⁷. Muhakeme hukuku açısından bu suçta, hem Allah hakkı hem de kul hakkına ait kuralların uygulandığı görülmektedir. Örneğin, hırsızlık suçunda faile el kesme cezası verilmesi için dava başvurusu şartı aranmamaktadır. Ancak çalınan malın mevcut olması halinde teslimi için bu şart aranmaktadır. Zira malın teslimi, kul hakkı kapsamına girmektedir¹⁸. Ayrıca, hırsızlık suçunu icra eden failin suç ikrârından dönmesi, Allah hakkı olan had cezasını düşürürken, kul hakkı olan ödeme yükümlülüğünü ise ortadan kaldırmamaktadır¹⁹.

4- Kul Hakkının Ağır Bastığı Karma Haklar

Bu gruba örnek olarak kısâs cezası verilmektedir. Kısâs cezası, yaşama hakkının korunması açısından kamuyu ilgilendirmektedir. Diğer taraftan, maktûlün velilerine manevî rahatlama sağladığından kul hakkıyla ilgili bir yönü de bulunmaktadır. Bu kısımda yer alan haklarda, kul hakkının ağır bastığı kabul edildiğinden maktûlün yakınlarına kısâsı af yetkisi tanınmıştır²⁰.

5-Değerlendirme

Haneî eserlerinde öldürme suçu için takdir edilen yaptırımlar; kısâs, diyet, kefâret ödeme, miras ve vasiyetten mahrumiyettir. Bu yaptırımların haklarla ilgili dörtlü taksim içinde üç farklı sınıfta yer aldığı görülmektedir. Örneğin kısâs, kul hakkının baskın olduğu kısımda yer almaktadır. Kefâret, miras ve vasiyetten mahrumiyet yaptırımları ise Allah hakkı sınıfına dahildir. Diyet ise kul hakkı kısmında bulunmaktadır. Öldürme suçunun yaptırımları içinde, kısâs ve diyetin ön

¹⁵ Serahsî, IX, 102; Kâsânî, VII, 55.

¹⁶ Serahsî, IX, 71; Kâsânî, VII, 56; Bâbertî, V, 341.

¹⁷ İbn Hümâm, V, 270.

¹⁸ Bâbertî, V, 281.

¹⁹ Serahsî, XVI, 104-105; Kâsânî, VII, 233; Mergînânî, II, 96; Mevsilî, s. 337.

²⁰ Serahsî, IX, 56; Kâsânî, VII, 33; İbn Hümâm, V, 325; Bâbertî, VII, 177; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 471; Şa'bân, s. 290-291.

planda olması göz önüne alındığında, öldürme fiiline bağlanan hükümlerin her iki hakkı ilgilendirmekle birlikte bu hükümlerde kul hakkı yönünün ağır bastığı görülmektedir.

B-Suç Tasnifi Kapsamında Öldürme Suçu

Hanefî metinleri tetkik edildiğinde, suçların cezalarına göre üç farklı türde ele alındığı görülmektedir. Bu taksimin diğer hukuk ekolleri için de geçerli olduğu günümüz hukukçuları tarafından kabul edilmektedir²¹.

1-Had Suçları

Hadler, Allah hakkı kapsamında değerlendirilen miktarı belirli cezalardır²². Allah hakkı kapsamına dahil had cezalarında kamu yararının ön planda bulunduğu, dolayısıyla fertlerin bu cezaları ortadan kaldırma veya değiştirme yetkisinin söz konusu olmadığı bilinmektedir²³.

Had suçları, had cezalarının uygulanmasını gerektiren suçlardır. Hanefî doktrininde had gerektiren suçlar kapsamında; zina, kazif²⁴, hırsızlık, içki içme ve hirâbe²⁵ suçuna yer verilmiştir²⁶.

2-Kısâs ve Diyet Suçları

Tezin konusunu oluşturan öldürme suçu ile yaralama suçu bu kısımda yer almaktadır. Öldürme veya yaralama eylemini icra eden fail, işlemiş olduğu fiile göre kısâs veya diyetten biriyle sorumlu tutulmaktadır. Had suçlarında olduğu gibi, bu kısımda yer alan suçlara yönelik uygulanan cezalar belirlenmiştir. Had suçlarından ayrıldığı husus ise, bu suçların Allah hakkından çok kul hakkını ilgilendirmesidir.

²¹ 'Udeh, I, 78.

²² Serahsî, IX, 36; Kâsânî, VII, 33; Zeyle'î, III, 163; İbn Hümâm, V, 212.

²³ Kâsânî, VII, 56; Zeyle'î, III, 163.

²⁴ Kazif, iffetli bir kimseye zina isnadında bulunmaktır.

²⁵ Hirâbe, zor kullanmak suretiyle yol keserek veya başka şekillerde insanların mal ve canına tecavüz etme, kamu düzenini ihlal etme suçudur.

²⁶ Zeyle'î, III, 219, 235; Bâbertî, V, 326, 422; İbn Nüceym, V, 2; 72; Kâsânî, VII, 33, 93.

3-Tazîr Suçları

Diğer iki sınıfta yer alan suçlara oranla kapsamı çok geniş olan tazîr suçlarının en önemli özelliği, bu kısımda yer alan eylemlere verilecek cezaların sınırının önceden belli olmayıp kamu otoritesi tarafından takdir edilmesidir²⁷.

C-Yaptırımlar Açısından Öldürme Suçu

Hanefî ekolünde öldürme suçunun yaptırımları, modern hukukun yaptırımlarından önemli ölçüde farklılık arz etmekte ve Hanefî ekolünde cezaî mesuliyetin anlaşılması hususunda önemli ipuçları vermektedir. Cezaî mesuliyetin failin kusurluluk derecesi, yani manevî unsurla güçlü ilişkisi dolayısıyla bu cezalara tezde sıklıkla değinilecektir.

1-Kısâs

Fıkıh terimi olarak kısâs, 'amd türünde öldürme veya müessir fiili icra eden failin işlediği eyleme karşılık denk bir ceza ile cezalandırılmasını ifade etmektedir²⁸.

Sadece 'amden öldürme eylemleri için öngörülen kısâsın sınırları belli (mukadder), kendisinde Allah hakkı bulunmakla beraber kul hakkı ağır basan bir ceza olduğu belirtilmiştir²⁹. Kul hakkının baskın olması, kısâs cezasının kamu hukuku karakterine sahip had cezalarından farklı bir statüde değerlendirilmesine neden olmuştur. Örneğin maktûlün yakınlarının öldürme eyleminin en ağır yaptırımı olan kısâsı affetme ve bu konuda sulh yapma yetkisi bulunmaktadır. Bu ilkeler, malî konulara getirilen kurallarla benzerlik göstermektedir.

²⁷ Serahsî, IX, 36; Kâsânî, VII, 33; Zeyle'î, III, 208; İbn Hümâm, V, 212.

²⁸ Dağcı, "Kısâs", *DİA*, XXV, 488.

²⁹ Kâsânî, VII, 33; Bâbertî, VII, 177; İbn Hümâm, V, 325; İbn 'Âbidîn, V, 353.

2-Diyet

Haneî eserlerinde diyet; kan bedeli (بدل النفس)³⁰, kan bedeli olan mal (المال مال مودى في مقابلة متلف ليس)³¹ veya öldürülen cana karşılık verilen mal (بمال وهو النفس)³² şeklinde tarif edilmiştir.

'Amd türü dışındaki bütün öldürme eylemlerinde temel yaptırım, diyet ödeme sorumluluğudur. Ayrıca 'amden öldürmede, maktûlün yakınlarının kabul etmesi halinde diyet ödeme söz konusu olmaktadır. Ancak bu durumda diyeti sadece failin ödemesi gerekmektedir³³. Kısâsın uygulanamadığı 'amden öldürme fiillerinde de, diyeti failin kendisi ödemek zorundadır. Örneğin, oğlunu öldürmesi halinde, diyet babanın malından üç sene zarfında vadeli olarak alınmaktadır³⁴.

'Amd ve şibh-i 'amd eylemlerinde ödenmesi gereken, maliyeti daha yüksek miktarda olan diyettir (diyet-i mugallaza). Diğer öldürme eylemlerinde ödenmesi gereken diyet ise, daha az miktarda tespit edilmiş diyettir (diyet-i hafife)³⁵.

3-Kefâret

Haneî metinlerinde bir tür ceza olarak nitelendirilen kefâret³⁶ fıkhîta genelde dînen yasak kabul edilen fiilleri icra eden şahısların, ceza ve Allah'tan mağfiret dilemek maksadıyla birtakım malî veya bedenî nitelikli ibadetlerle sorumlu tutulmasını ifade etmektedir³⁷. Kurân'ı Kerîm'de³⁸ öldürme eyleminin kefâreti bir

³⁰ Kâsânî, VII, 241.

³¹ Tûrî, VIII, 372; İbn 'Âbidîn, VI, 573.

³² Serahsî, XXVI, 60.

³³ Diyetle ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz. s. 21-24.

³⁴ Mergînânî, IV, 188; Mevsilî, s. 547.

³⁵ Haneî mezhebinde, deve cinsi dışında diyetin ödenmesi halinde diyet miktarında değişiklik söz konusu olmamaktadır. Diyet olarak deve hayvanının verilmesi halinde ise, farklı öldürme türleri için, develerin sayısı bakımından değil, sadece yaşları bakımından farklılık gündeme gelmektedir (Tahâvî, *Muhataras*, s. 234; Cessâs, *Şerh*, III, 343; Mergînânî, IV, 177; Mevsilî, s. 518; Bardakoğlu, "Diyet", *DIA*, IX, 475-476).

³⁶ Kâsânî, III, 203; İbn Hümâm, X, 209; İbn 'Âbidîn, VI, 604.

³⁷ Yaran, "Kefâret", *DIA*, XXV, 179-182.

³⁸ Nisâ Sûresi, 92.

mümin köleyi azat etmek, imkan bulunamazsa ara vermeden iki ay oruç tutmak şeklinde belirlenmiştir³⁹.

Kefâret ödeme, âyetlerde sadece hata ile öldürme eylemi hakkında zikredildiğinden⁴⁰, Hanefî ekolünde, 'amden veya tesebbüben öldürme fiilleri için kefâret ödemek gerekmemektedir. Bunun yanında şibh-i 'amd eylemi için kefâretin gerekip gerekmediği hususu tartışmalı olmakla beraber, genelde bu tür eylemler için de kefâret ödenmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁴¹. 'Amden öldürme eyleminde kefâret ödemenin gerekmediği hususunda Hanefî hukukçularının ortaya koydukları gerekçeler, onların kefâretin mahiyeti hakkındaki görüşlerini anlamamızda yardımcı olmaktadır.

Hanefî doktrininde, dînen kesin olarak yasaklanmış fiiller (haram) veya yapılmasında sakınca bulunmayan fiillerden (mübah) dolayı kefâret ödemenin gerekmediği kabul edilmiştir. Dolayısıyla ibadet ve ceza niteliği bulunan⁴² kefâreti gerektiren eylemler, bu iki tür arasında kalan fiiller olmaktadır. Hata ile öldürme, hata yerine geçen öldürme ve şibh-i 'amd yoluyla öldürme, kefâret ödenmesi gereken eylemlerdir. Bu fiillerde fail, birini öldürmesine rağmen kısâs yoluyla öldürülmekten kurtulduğu için şükür maksadıyla, ortadan kaldırdığı hayatın yerine adeta yeni bir hayat ikâme etmektedir. Bu ise, kulluk vazifesini rahat bir şekilde yerine getirebilmesi için herhangi bir köleyi özgür kılmakla mümkün olmaktadır. Fail, köleyi özgür kılmaktan aciz kalırsa, o zaman kendisi ibadet maksadıyla iki ay peş peşe oruç tutmak zorundadır. 'Amden öldürme ise, haram olan bir eylemdir. Ve bu eylemin neticesinde fail için öncelikli olarak kısâsın uygulanması söz konusu olmakta, yani failin canı bağışlanmamaktadır. Bundan dolayı suç failinin kefâret ödemesi gerekmemektedir⁴³.

Kefârette ibadet vasfı bulunduğu üzerinde duran hukukçular, 'amden öldürme gibi büyük günahla kefâretin bağdaşmayacağını ileri sürmüştür⁴⁴.

³⁹ Tahâvî, *Muhatasar*, s. 232-233; Cessâs, *Şerh*, III, 330-331; Zeyle'î, VI, 128; Bâbertî, X, 271.

⁴⁰ Cessâs, *Şerh*, III, 318.

⁴¹ Tahâvî, s. 234; Cessâs, *Şerh*, III, 343; Kâsânî, VII, 251-252; Bâbertî, X, 231.

⁴² Zeyle'î, VI, 139; İbn 'Âbidîn, VI, 529.

⁴³ Serahsî, XXVI, 86.

⁴⁴ Mergînânî, IV, 158; Mevsîlî, s. 502; İbn 'Âbidîn, VI, 529.

Dolayısıyla kısâsın uygulandığı veya babanın çocuğunu öldürmesi gibi kısâsın uygulanma imkanının olmadığı bütün 'amden öldürme fiillerinde kefâret söz konusu olmamaktadır⁴⁵. Ayrıca hukukçular, kefâreti günahın örtülmesi olarak değerlendirdikleri için, küçük çocuk ve akıl hastası gibi şahısların işlediği öldürme eylemlerinden dolayı kendilerine kefâret ödeme yaptırımının gerekmediğini, zira bu kimselerin eylemlerinin günah olarak vasıflandırılmayacağını belirtmişlerdir⁴⁶.

Öldürme eylemleri dolayısıyla kefâret ödeme, bu tür fiillerde asıl yaptırım olan diyet ödemenin yanında ek yaptırım olmaktadır. Zira öldürme eylemlerinde öncelikli yaptırımlar kısâsın uygulaması veya diyetin ödenmesidir. Ancak istisna olarak, bazı eylemlerde diyet ödeme sorumluluğuna yer verilmeksizin sadece kefâret ödeme yaptırımına değinilmiştir. Örneğin, ebeveyninin himayesinde olan ve kendisini koruyamayacak durumdaki bir çocuğun çatıdan düşmesi veya suya düşerek ölmesi halinde ebeveyninin kefâret ödemek zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu görüşe katılmayan hukukçular ise, çocuğun, ebeveyninin himayesinde olmasının yeterli olmadığını, çocuğun ancak bu kimselerin yanında olduğu sırada çatıdan düşerek ölmesi halinde kefâret ödeme sorumluluğunun olacağını ifade etmişlerdir⁴⁷.

4- Miras ve Vasiyetten Mahrumiyet Yaptırımı

Hanefî doktrinde, mûrisini veya vasiyetçisini öldüren kişiye, miras veya vasiyetten yoksun kılma müeyyidesi uygulanmaktadır⁴⁸. Hanefî metinlerinde bir tür ceza olarak (حرمان الميراث عقوبة)⁴⁹ nitelendirilen mirastan mahrumiyet yaptırımı, tessebbüben öldürme eyleminde uygulanmamaktadır. Tessebbüben öldürme eylemlerinde, kefâret ödeme yaptırımı ile miras ve vasiyetten mahrumiyet cezasının uygulanmaması, bu tür eylemlerin mezhep hukukçuları tarafından tamamıyla farklı bir bakış açısıyla değerlendirildiğini göstermektedir. Bu husus, tessebbüben öldürme türü incelenirken detaylı bir şekilde analiz edilecektir.

⁴⁵ Bâbertî, X, 209.

⁴⁶ Mergînânî, IV, 189; Zeyle'î, VI, 139.

⁴⁷ İbn 'Âbidîn, VI, 625.

⁴⁸ Mevsilî, s. 505.

⁴⁹ Serahsî, X, 131; Mergînânî, IV, 188-189.

D-Hanefî Mezhebinde Öldürme Türleri

Hanefî metinlerinde öldürme fiilini ifade etmek üzere genelde katl (القتل) kavramı kullanılmakta, bunun yanında öldürme fiilini belirtmek üzere yer yer el-cinâyetü ale'n-nefs (الجناية على النفس) kavramı da kullanılmaktadır⁵⁰.

Bu tezde analiz edilecek öldürme eylemleri, hukukî açıdan suç teşkil eden ve faile ceza yaptırımını uygulanan öldürme eylemleridir. Nitekim İbn Hümâm (861/1457), ceza hukukunda itibara alınan öldürmenin haksız şekilde gerçekleştirilen öldürme fiilleri olduğunu; idam mahkumuna ölüm cezasının uygulanması gibi hukuka uygunluk hallerinin suç teşkil eden öldürme kapsamında yer alamayacağını belirtmiştir⁵¹.

Kurân-ı Kerim'de 'amd ve hata şeklinde iki öldürme türüne değinilmiştir⁵². Bu iki öldürme türü dışında genelde⁵³ İslam hukuku eserlerinde yer alan *şibh-i 'amd* sınıfına ise hadislerde yer verilmiştir⁵⁴. İlk dönem Hanefî eserlerinde bu üç öldürme türü incelenirken, ileri dönem Hanefî metinlerinde, bunlara iki öldürme türü daha eklenmiş ve öldürme suçunda genelde beşli taksim kabul edilmiştir.

Tahâvî (321/933), öldürme eylemlerini 'amden öldürme (عمد), hata ile öldürme (خطأ) ve *şibh-i 'amd* yoluyla öldürme (شبه عمد) olarak üç kısımda incelemiştir⁵⁵. Hanefî ekolünde sonraki dönemlerde ortaya çıkan beşli sınıflandırmaya ilk olarak Cessâs'ın (370/981) değindiği görülmektedir⁵⁶.

Cessâs, Tahâvî'nin dile getirdiği üç türü zikrettikten sonra, bu üçlü taksimin içinde yer almayan farklı bir öldürme sınıfı olduğundan bahsetmiş (ليس بعمد ولا خطأ ولا) (شبه عمد) ve uyku halinde bulunan kimselerin öldürme eylemlerini bu kapsamda

⁵⁰ Cessâs, *Ahkâm*, I, 74; Serahsî, XXVI, 183; Kâsânî, VII, 233; Zeyle'î, VI, 154.

⁵¹ İbn Hümâm, X, 205.

⁵² Nisâ Sûresi, 92-93. Bu âyetlerde 'amd ve hata türünden bahsedilmekle birlikte, bu iki öldürme türünün tanımına yer verilmemiştir.

⁵³ İmam Mâlik Kurân-ı Kerim'de mevcut olmadığı gerekçesiyle *şibh-i 'amd* türünü kabul etmez (Sehnûn, VI, 306; 'Udeh, II, 30-31).

⁵⁴ 'Abdürrezzak, " 'Ukûl 4", Nesâî, "Kasâme 33"; Ebû Dâvûd, "Diyât 19"; İbn Mâce, "Diyât 5"; Dârimî, "Diyât 22".

⁵⁵ Tahâvî, *Muhatasar*, s. 233-234.

⁵⁶ 'Udeh, II, 9.

değerlendirmiştir. Cessâs son olarak, bu dört öldürme türü dışında farklı bir öldürme türünün daha bulunduğunu belirtmiş ve yolda kuyu kazarak veya yola taş bırakarak ölüme sebebiyet verme eylemlerini bu kısma örnek olarak zikretmiştir. Beşli taksime ilk değinen Cessâs'ın literatüre eklediği son iki öldürme türünü kavramlaştırmadığı görülmektedir⁵⁷. Son iki öldürme türünün kavramlarla belirtilmesi Kudûrî (428/1037) tarafından gerçekleştirilmiştir. Kudûrî bu iki türü hata yerine geçen öldürme (ما أجري) (مجرى الخطأ) ve tessebbüben öldürme (القتل بسبب) şeklinde isimlendirmiştir⁵⁸.

Kudûrî'den sonraki eserlerde, öldürme suçu konusunda genelde beşli taksimin kabul edilmesine rağmen birtakım hukukçuların dörtlü tasnife yer verdiği görülmektedir. Örneğin, Semerkandî (539/1144), Hanefî eserlerinde beşli taksim içinde yer alan "hata yerine geçen öldürme" türüne değinmemiştir. Diğer taraftan müellif, tessebbüben öldürme eylemini biraz değişik bir kavram kullanarak "el-katlü bi-tarîki't-tesbîb" şeklinde ifade etmiştir⁵⁹.

Tessebbüben öldürme eylemlerini, "hata yerine geçen öldürme" türünün içinde inceleyen Kâsânî (587/1191), öldürme fiillerini dörtlü taksime tabi tutmuştur. Ayrıca Kâsânî, öldürme türlerini ifade eden kavramları önemli ölçüde değiştirmek suretiyle, 'amd olduğu hususunda şüphe bulunmayan sırf 'amd (عمد محض ليس فيه شبهة) (العمد), 'amd olduğunda şüphe bulunan 'amd (عمد فيه شبهة العمد), 'amd şüphesi bulunmayan sırf hata (خطأ محض ليس فيه شبهة العمد) ve hata yerine geçen öldürme (في معنى القتل الخطأ) olarak belirlemiştir⁶⁰.

1-'Amden Öldürme

Hanefî doktrininde 'amden öldürme, hukukçulara göre farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Ebû Hanîfe'ye göre 'amden öldürme kesici veya delici aletlerle vurma kastıyla icra edilen öldürme eylemleridir. İmâmeyn ise öldürücü herhangi bir aletle vurma kastıyla icra edilen öldürme eylemlerini 'amd sınıfına dahil etmiştir⁶¹.

⁵⁷ Cessâs, *Ahkâm*, II, 316.

⁵⁸ Kudûrî, s. 184.

⁵⁹ Semerkandî, III, 101-103.

⁶⁰ Kâsânî, VII, 233.

⁶¹ Tahâvî, s. 232-234.

'Amden öldürme fiillerinin temel yaptırımı kısâs cezasıdır. Kısâs, sadece 'amd sınıfında yer alan öldürme eylemleri için uygulanmaktadır⁶². Bu türdeki öldürme eylemlerinde kısâs cezasının uygulanmadığı durumlarda *ağır diyet yaptırımı* olan *diyet-i mugallaza*⁶³ ödenebilir. Ancak bu durumda, diyeti sadece failin kendisi ödemektedir. Diğer öldürme eylemlerinde diyete iştirak eden âkile, 'amden öldürme fiillerinde diyetten sorumlu olmamaktadır. Burada diyetin cezaî yönünün ön plana çıktığı söylenebilir.

'Amden öldürme eylemini icra eden faile, mûrisini veya vasiyetçisini öldürmesi halinde, miras veya vasiyetten mahrumiyet yaptırımı da uygulanmaktadır⁶⁴. Diğer taraftan, bu öldürme türünde failin kefâret ödeme yaptırımıyla sorumlu olmadığı görülmektedir⁶⁵.

2-Şibh-i 'Amd Yoluyla Öldürme

Ebû Hanîfe'ye göre, şibh-i 'amd, kesici veya delici olmayan aletlerle vurma kastıyla icra edilen öldürme eylemleridir. İmâmeyn'e göre, şibh-i 'amd, öldürücü olmayan aletlerle vurma kastıyla gerçekleştirilen öldürme eylemleridir⁶⁶.

Şibh-i 'amd yoluyla öldürme suçunun temel yaptırımı, diyet-i mugallazadır. Ayrıca şibh-i 'amd yoluyla öldürmede ek yaptırım olarak miras ve vasiyyeten mahrumiyet cezası⁶⁷ ve kefâret ödeme yaptırımı⁶⁸ söz konusu olmaktadır.

⁶² Kâsânî, VII, 33; Bâbertî, VII, 177; İbn Hümâm, V, 325; İbn 'Âbidîn, V, 353.

⁶³ Hanefî eserlerinde diyetler iki kısma ayrılmaktadır: Bunlardan diyet-i mugallaza, diyet-i hafifeye göre daha yüksek oranda bir diyettir. Ancak belirtmek gerekir ki, deve türü dışında diyetin ödenmesi halinde, Hanefî mezhebine göre, diyet-i mugallaza ve diyet-i hafifenin miktarında değişiklik olmamaktadır. Diyet olarak deve hayvanının verilmesi halinde ise, develerin sayısı bakımından değil, yaş ve cinsiyeti bakımından farklılık olmaktadır. Diğer taraftan, Hanefî literatüründe diyetin nelerden karşılanacağı hususunda hukukçuların farklı görüşler benimsediği görülmektedir. İmâmeyn'e göre, öldürme eylemlerinde diyet, 100 deve, 1000 dinar altın, 10000 dirhem gümüş, 200 sığır, 2000 koyun veya 200 kat elbise olarak verilebilmektedir. Ebû Hanîfe'ye göre, diyet sadece deve, altın veya gümüşten verilir; bunların dışında bir şeyle diyet ödemesi yapılamaz. (Tahâvî, *Muhatasar*, s. 232-234; Cessâs, *Şerh*, III, 343; Mergînânî, IV, 177; Mevsilî, s. 518; Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, IX, 475-476).

⁶⁴ Mevsilî, s. 505.

⁶⁵ Mergînânî, IV, 158; Mevsilî, s. 502; İbn 'Âbidîn, VI, 529.

⁶⁶ Tahâvî, s. 232-234.

⁶⁷ Mevsilî, s. 505.

⁶⁸ Tahâvî, s. 234; Cessâs, *Şerh*, III, 343; Kâsânî, VII, 251-252; Bâbertî, X, 231.

3-Hata ile Öldürme

Hata ile öldürme, İmam Muhammed'in eserinde "kastedilen hedeften farklı bir hedefe isabet ettirmek" şeklinde açıklanmıştır⁶⁹. Daha sonraki dönemlerde yapılan tanımlar da bununla benzerlik göstermektedir⁷⁰. Hanefî eserlerinde hata ile öldürme türünde, genelde ok atarak gerçekleştirilen öldürme fiilleri incelenmiştir. Cessâs'tan itibaren Hanefî eserlerinde hata ile öldürmenin "filde hata" ve "kastta hata" şeklinde ikiye ayrıldığı görülmektedir⁷¹.

Hata ile öldürme türünde yer alan eylemlerde temel yaptırım, suç faili ve onun âkilesinin birlikte ödediği diyet-i hafifedir⁷². Ayrıca hata ile öldürmede ek yaptırım olarak miras ve vasiyyeten mahrumiyet cezası⁷³ ve kefâret ödeme yaptırımı⁷⁴ söz konusu olmaktadır.

4-Hata Yerine Geçen Öldürme

Görebildiğimiz kadarıyla, Hanefî eserlerinde tanımı bulunmayan, uyku halinde öldürme eylemi gibi birtakım örneklerine yer verilen hata yerine geçen öldürme, ilk dönem Hanefî literatüründe yer almayan sonraki dönem metinlerinde ortaya çıkan bir öldürme türüdür. Hata yerine geçen öldürmenin yaptırımları, hata ile öldürme türünde uygulanan yaptırımların aynısıdır.

5-Tesebbüben Öldürme

Hata yerine geçen öldürme türü gibi, Hanefî eserlerinde tanımını göremediğimiz tesebbüben öldürme, failin öldürücü aletle mağdûrun bedenine yönelik doğrudan hareket icra etmeksizin dolaylı yollardan sebebiyet verdiği öldürme eylemlerini ifade etmektedir. Tesebbüben öldürmenin temel yaptırımı diyet-i hafifedir. Diğer taraftan, tesebbüben öldürme eylemleri, sorumluluk açısından hata ile öldürmeden daha alt seviyede değerlendirildiğinden, bu tür eylemlerin failine

⁶⁹ Şeybânî, *Mebûât*, IV, 395.

⁷⁰ Tahâvî, *Muhtasar*, s. 232; İbn Hümâm, X, 213-214.

⁷¹ Cessâs, *Ahkâm*, II, 315; Kudûrî, s. 184.

⁷² Diyet hakkında bilgi için, bkz. dipnot 63.

⁷³ Mevsilî, s. 505.

⁷⁴ Cessâs, *Şerh*, III, 318.

miras veya vasiyetten mahrumiyet ve kefarete ödeme gibi ek yaptırımlar uygulanmamaktadır.

E-Muhakeme Hukukunda Öldürme Suçu

Hanefî ekolünde, hak taksiminin etkisi özellikle muhakeme hukukunda görülmektedir. Bu mezhepte, Allah hakkı kapsamında yer alan meseleler hakkında geçerli kurallarla kul hakkıyla ilgili davalara getirilen ilkeler farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla Allah hakkı kapsamında yer alan had suçlarıyla yaptırımları farklı hak türlerine giren öldürme suçunun tabi olduğu hükümler çeşitlilik göstermektedir. Hatta diyeti gerektiren öldürme fiilleriyle kısâsı gerektiren fiillerin tabi olduğu ilkeler, yargılama hukukunda farklıdır. Muhakeme hukukunda değişik suçlar için uygulanan farklı kurallar, öldürme suçunun diğer suçlar arasındaki konumunu ve kendine özgü karakteristik hususiyetlerini ortaya koyması açısından önem arz etmektedir. Hanefî muhakeme hukukunda yer alan bu kurallardan bir kısmına burada değinmek istiyoruz:

1. Hakimin kısâs gibi kul hakkıyla ilgili davalarda, olay hakkında kendi bilgisine dayanarak karar vermesi ilke olarak kabul edilmiştir. Allah hakkı kısmına giren had cezalarında ise buna izin verilmemektedir⁷⁵.

2. Allah hakkı sınıfına dahil had cezaları dolayısıyla mahkemede ikrârdan dönmek câizdir⁷⁶. Diğer taraftan, kısâs cezası gibi kul hakkı baskın olan davalarda⁷⁷ ve kul hakkı yönü bulunan kazif haddinde bu kural kabul edilmemektedir⁷⁸.

3. Kısâs ve had cezalarıyla ilgili davalarda genel kural olarak kadınların tanıklığı kabul edilmemektedir⁷⁹. Bu sebeple, kısâsın gerektiği 'amden öldürme

⁷⁵ Serahsî, XVI, 104; Behnesî, s. 195.

⁷⁶ Kâsânî, VII, 50, Zeyle'î, III, 197.

⁷⁷ Bu kuralın, cezaî sorumluluk yanında malî mesuliyetin de bulunduğu iki türlü yaptırıma sahip hırsızlık suçunda uygulanması şu şekilde olmaktadır. Hırsızlık yapan kimsenin suç ikrârından dönmesi had cezasını düşürürken ödeme yükümlülüğünü ise ortadan kaldırmamaktadır (Serahsî, XVI, 104-105; Kâsânî, VII, 233; Mergînânî, II, 96; Mevslî, s. 337).

⁷⁸ Serahsî, IX, 69; Kâsânî, VII, 61.

⁷⁹ Bir erkekle birlikte iki kadının hırsızlık suçuna tanıklık etmesi halinde, faile had cezası uygulanmaz; ancak çalınan mal geri verilir (Serahsî, IX, 169). Zira malî ve cezaî yaptırımlar farklı hükümlere tabi kılınmıştır.

fiilinde kadınların tanıklığı kabul edilmezken, diğer öldürme fiillerinde yaptırım malî olduğundan kadınların erkeklerle birlikte tanıklığı kabul edilmektedir⁸⁰.

4. Yeminden kaçınma durumunda, had cezası uygulanmamaktadır. Ancak öldürme ve yaralama suçlarında yeminden kaçınma durumunda İmâmeyn'e göre diyete hükmedilirken, Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre faile kısâs cezası uygulanır⁸¹.

5. Allah hakkıyla ilgili davalarda suçların içtimâ⁸² hükümleri uygulanmaktadır⁸³. Kul hakkıyla ilgili davalarda ise bu hüküm uygulanmamaktadır. Kazif haddinde, Allah hakkının baskın olduğu kabul edildiğinden içtimâ hükümleri uygulanmaktadır⁸⁴.

6. Kul haklarıyla ilgili davaların aksine Allah hakkı kapsamına dahil cezaların uygulanmasını zorlaştırmak maksadıyla birtakım şartlar ileri sürülmüştür⁸⁵. Şüphe durumunda had cezasının uygulanmaması ilkesi bu amaca yönelik olarak konmuştur. Kısâs da önemli bir cezaî yaptırım olduğundan şüphe durumunda kısâs cezası düşmektedir. Ancak bu durumda suç failinin maktûlün yakınlarına diyet ödemesi gerekmektedir. Şüphe durumunda kısâs ve had cezalarının düşürülmesi

⁸⁰ İbn 'Âbidîn, VI, 568.

⁸¹ Serahsî, XVI, 117-118. Muhâkeme hukukunda genelde malî ödemeler şüphe ile sabit olurken cezaî yaptırımlar ise şüphe olmaması halinde dikkate alınmaktadır. Kısâs gibi, malî ve cezaî yaptırımları bulunan hırsızlık suçunda bu kuralın uygulaması şöyledir: Bir kimsenin hırsızlık suçunu işlediğinin iddia edilmesi halinde, mal sahibinin kanıtı olmadığında zanlının yemin etmesi istenmektedir. Yemin etmediği takdirde iddia edilen malı, sahibine geri ödemesi gerekmektedir; ancak bu durumda faile had cezası uygulanmamaktadır (Serahsî, IX, 105-106).

⁸² Suçların içtimâ kavramının tanımı için bkz. dipnot 7.

⁸³ Serahsî, IX, 102; Kâsânî, VII, 55.

⁸⁴ Serahsî, IX, 71; Kâsânî, VII, 56; Bâbertî, V, 341.

⁸⁵ Bu prensibi özellikle zina suçunda görmekteyiz. Zina suçuyla ilgili olarak Serahsî, işlenen bir fiilin iki kişinin tanıklığıyla sabit olmasına rağmen, çirkin işlerin örtülmesi maksadıyla zina suçuna tanıklıkta dört kişinin şahitliğinin şart koşulduğunu belirtmiştir. Aynı şekilde, recm cezasını uygulamaya öncelikle tanıkların başlaması talep edilmektedir. Böylece yalan tanıklık yapma ihtimali bulunan tanıkların öldürme eylemini bizzat icraya başladıklarında kendi yanlışlıklarından pişmanlık duyarak tanıklıktan vazgeçmeleri söz konusu olabilmektedir. Bu da, had cezasının uygulanmasını önlemeye yönelik bir tedbir olmaktadır (Serahsî, IX, 51; Mergînânî, II, 96). Ayrıca, zina suçunda şahitlerin doğru sözlü olup olmadıklarını tespit hususunda onların görünen hallerine bakılmakla (açık tezkiye) yetinilmeyip gizli durumlarının da araştırıldığı görülmektedir (gizli tezkiye). Diğer taraftan, kul hakkıyla ilgili davalarda ise, şahitlerin sadece açık tezkiyesiyle yetinilmektedir (Mergînânî, II, 95). Ayrıca şüphelerin varlığında had cezalarının düşürülmesini (İbn Mâce, "Hudûd 5"; İbn Ebî Şeybe, "Hudûd 70") tavsiye eden hadîsi delil alan Serahsî, hakim in had cezasının uygulanmaması için çözüm yolları aramasının teşvik edileceğini ileri sürmüştür (أن القاضي مندوب إلى الاحتياط لداء الحد). Hırsızlık suçunu ikrâr eden şahsa, hakim in "yapmamış olmalısın" şeklinde telkinde bulunması örnek gösterilmiştir (Serahsî, IX, 36).

ilkesinin özellikle, malî ve cezaî yaptırımını bulunan suçlardaki (hırsızlık ve kısâs suçu) uygulama şekli, Hanefî doktrininde malî yaptırım uygulamalarının nispeten kolaylaştırıldığı, bunun aksine ceza davalarında yargılama usulünün ise daha sıkı koşullarla yaptırım altına alındığını göstermektedir⁸⁶.

7. Allah hakkı kısmında yer alan cezalarda, yargılama süreci cezanın infazıyla tamamlanmaktadır. Dolayısıyla cezanın uygulanmasından önce tanıklardan birinin tanıklıktan dönmesi halinde, dava henüz karara bağlanmadan tanıklıktan dönmüş kabul edilir ve had cezası uygulanmaz⁸⁷. Kul haklarıyla ilgili davalarda ise uygulamadan önce tanıklıktan dönme dikkate alınmamaktadır. Bu kurala göre, kul hakkının baskın olduğu kısâs davasında şahitlerin cezanın uygulanmasından önce tanıklıktan dönmelerinin kısâsın uygulanmasına etki etmemesi gerekirdi. Ancak bu durumda, ağır bir yaptırım olan kısâs cezasının tıpkı had cezaları gibi uygulanmadığı görülmektedir⁸⁸.

⁸⁶ Hırsızlık suçuna tanık olanların had cezasının düşmesi için mahkemede tanıklık etmemeleri teşvik edilmiştir. Ancak hırsız malı geri vermemekte diretirse, hırsızlık suçu tanıklarından, mal sahibinin hakkının zayı olmaması ve failin yaptığı yanlışın gizlenmesi için hırsızlık kavramını zikretmeksizin eşyayı failin "aldığını" söylemeleri talep edilmiştir. Böylece tanıklar, failin yaptığı kötü fiilin gizli kalmasını sağlamış olurlar. Bunun nasslarda (İbn Mâce, "hudûd 5") teşvik edilen (بِالامتناع من أداء الشهادة) bir husus olduğu belirtilmiştir (Serahsî, IX, 146).

Hanefî hukukçularının fail açısından ağır cezaî yaptırımın uygulanmasını önlemek, mal sahibinin de hakkının kaybolmasının önüne geçmek maksadıyla birtakım çözüm yolları önerdiklerini görmekteyiz. Aynı perspektif, kısâs cezasının uygulama alanının daraltılması ve onun yerini malî tazmîn sorumluluğunun alması hususunda da karşımıza çıkmaktadır. Nitekim şüphelerle kısâs cezası düşürülürken, diyet ödeme sorumluluğu ise devam etmektedir. Örneğin, iki tanığın öldürme eylemine tanıklık yaptıktan sonra, öldürme fiilinin hangi araçla icra edildiğini bilmediklerini söylemeleri halinde, kıyas kaidesine göre, tanıklığın kabul edilmemesi gerekmektedir. Zira öldürme fiili için uygulanacak ceza, kullanılan vasıtaya göre tespit edilmektedir. Kullanılan aracın belli olmadığı davalarda ise, icra edilen fiilin hangi türde olduğunu belirleme ve böyle bir fiile uygulanacak yaptırımı tespit etme imkanı bulunmamaktadır. Ancak böyle durumlarda istihsân kaidesine göre, fail diyet ödemekle sorumlu kılınmaktadır. Çünkü tanıklar, bir öldürme fiiline tanıklık etmiştir. Buna göre, öldürme fiillerinin yaptırımlarından kısâsa göre alt seviyede olan diyete hükmedilmektedir (Mergînânî, IV, 175).

⁸⁷ Serahsî, IX, 47-48. Örneğin hırsızlık suçunda, tanıklar hükümden sonra tanıklıktan dönecek olsa had cezası düşmekte; ancak çalınan malın mevcutsa geri verilmesi gerekmektedir. Had cezasının uygulanmama nedeni, tanıklıktan vazgeçilmesi nedeniyle şüphenin oluşmasıdır. Şüphe durumunda da, Allah hakkı kapsamında yer alan cezalar düşmektedir. Kul hakkıyla ilgili konularda ise, tanıklık hakimnin kararıyla kesinleşmektedir. Bu aşamadan sonra tanıklıktan dönülmesi, lehine hüküm verilen kişinin hakkını düşüremez (Serahsî, IX, 169).

⁸⁸ İmam Muhammed (189/805), burada kıyâsa göre kısâsın uygulanması gerektiğini; zira kısâs davasının *malî bir dava* hükmünde olduğunu belirtmiştir. Ancak cezaların şüphayla düşmesi kaidesine göre kısâs cezası uygulanmamaktadır (Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 490).

8. Sırf Allah hakkı sınıfında yer alan had cezalarında, zaman aşımı müddetinden sonra ceza uygulanmamaktadır. Kısâs, diyet ve kazif suçuyla ilgili davalarda ise zamanaşımının davaya etkisi bulunmamaktadır⁸⁹.

9. Allah hakkı kapsamına giren had suçlarında, dava karara bağlandıktan sonra, mağdûr tarafın affetmesi cezanın uygulanmasını engelleyemez⁹⁰. Kul hakkı yönü baskın olan kısâs davasında ise af, cezanın düşmesinde etkili olmaktadır⁹¹.

10. Allah hakkıyla ilgili konularda, genelde, dava başvurusu gerekmemektedir. Kul hakkı baskın olan kısâs davasında ve kul hakkını da ilgilendiren kazif suçunda ise dava başvurusu şartı aranmaktadır⁹². Hırsızlık suçunda ise, had cezası için dava başvurusu gerekmemekte, malın geri verilmesi için ise dava, şart kılınmaktadır⁹³.

Muhakeme hukukunda Allah hakkı ve kul hakkı kapsamına giren davaların farklı yargılama usullerine tabi olduğu görülmektedir. Kısâs, iki yönü bulunan bir ceza olduğundan, bir taraftan Allah hakkı kapsamına giren kuralların; diğer taraftan kul hakkıyla ilgili kaidelerin bu yaptırımda uygulandığı görülmektedir. Kısâsı gerektirmeyen öldürme türleri hakkında ise daha farklı muhakeme kuralları tatbik edilmektedir. Bunun nedeni, malî ve cezaî yaptırımların ayrı hükümlere tabi olmasıdır. Kısâs, ağır bir ceza olduğundan had suçlarında aranan birtakım koşullar kısâs cezasının uygulanabilmesi için de şart kılınmıştır. Böylece kısâsın uygulanması zorlaştırılmıştır. Sadece diyet ödeme sorumluluğunun söz konusu olduğu öldürme eylemlerinde ise, davanın sübût bulması için getirilen şartlar yumuşatılmakta, bunlarda malî davalar için kabul edilen ilkeler etkili olmaktadır. Netice olarak, öldürme suçunun malî ve cezaî iki tür yaptırımının bulunması nedeniyle farklı muhakeme kurallarına tabi olduğu görülmektedir.

⁸⁹ Serahsî, IX, 69; Mergînânî, II, 105-106; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, I, 243.

⁹⁰ Serahsî, IX, 109; İbn Hümâm, V, 326; İbn 'Âbidîn, III, 491. Kazif kaddinde de, kendisine zina isnadı yapılan şahsın affı, bu suçta Allah hakkı baskın kabul edildiğinden, had cezasının uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. İmam Şâfi'î ise, kazif haddini kul hakkı baskın kabul ettiğinden faile had cezası uygulanmayacağını ifade etmiştir. Ebû Yusuf'un da (182/798) aynı görüşte olduğu nakledilmiştir (Serahsî, IX, 109).

⁹¹ Bâbertî, V, 283; İbn 'Âbidîn, VI, 548.

⁹² Kâsânî, VII, 56; Zeyle'î, III, 188; Bâbertî, V, 280.

⁹³ Mergînânî, II, 105; Bâbertî, V, 280.

F-Diyet Ödeme Sorumluluğu Bağlamında Öldürme Suçu

Kurân-ı Kerim'de bir insanı öldüren kişinin adeta bütün insanlığı öldürmüş olacağı belirtilmiş⁹⁴, herhangi bir şahsı kasten (müte'ammiden) öldüren fail için ağır müeyyidelere yer verilmiştir. Müslüman şahsı kasten (müte'ammiden) öldüren faile Allah'ın lanet ettiği, onun Allah'ın gazabına uğradığı ve cehenneme gireceği belirtilmiştir⁹⁵. Kurân-ı Kerim'de ahiretteki cezalandırmanın yanında, bu dünya hayatında uygulancak yaptırım olarak, öldürme fiilini kasten icra eden failin kısâsen ölüm cezasına çarptırılacağına değinilmiştir⁹⁶. Öldürme suçuyla ilgili temel yaptırım ölüm cezası olmakla birlikte, kısâstan bahseden ayette maktûl yakınlarının kısâsı af yetkisine değinilmiş, ayrıca diyet ödeme yaptırımına işaret edilmiştir. Yine Kurân-ı Kerim'de hata ile öldürmenin temel yaptırımı olarak diyetten bahsedilmiştir⁹⁷.

Hanefî metinlerinde yer verilen beş öldürme türünden dördünün temel yaptırımı diyet ödeme sorumluluğudur. Ayrıca kısâsın herhangi bir nedenle uygulanamadığı 'amden öldürme eylemlerinde de diyet bir yaptırım olarak ön plana çıkmaktadır. Öldürme eylemlerini ele alan metinler incelendiğinde, diyetle ilgili hususların hacim olarak daha fazla yer kapladığı görülmektedir. Öldürme eylemlerini İmam Muhammed'in (189/805) "kitâbü'd-diyât" başlığı altında⁹⁸ incelemesi bu noktada dikkat çekicidir⁹⁹. Bunun gerekçesini açıklarken, Serahsî (483/1090), öldürme eylemlerinde diyet sorumluluğunun kısâs cezasına göre daha genel bir

⁹⁴ Mâide Sûresi, 32.

⁹⁵ Nisâ Sûresi, 93.

⁹⁶ Bakara Sûresi, 178.

⁹⁷ Nisâ Sûresi, 92.

⁹⁸ Hanefî doktrininde öldürme fiilleri, sadece "diyât" başlığı altında değil; aynı zamanda "cinâyât" başlığı altında ele alınmıştır. Örneğin, İmam Muhammed "kitâbü'd-diyât" başlığı altında, tezin odak noktasını teşkil eden 'amd, şibh-i 'amd ve hata gibi öldürme türlerini incelemiştir. Ayrıca müellif, "kitâbu'l-cinâyât" başlığı altında herhangi bir sınıf içinde yer almayan öldürme eylemlerini incelemiştir. Müellif bu bölümde, özellikle kölelerin icra ettiği öldürme fiilleri veya kölelere karşı icra edilen öldürme eylemlerini tetkik etmiştir (Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 262-394). Aslında, "kitâbü'd-diyât" ve "kitâbu'l-cinâyât" başlıkları, Hanefî eserlerinin genelinde bulunmaktadır. Ancak sonraki dönemlerde, İmam Muhammed'in eserinden farklı olarak, öldürme türlerinin tanımları daha ziyade "kitâbu'l-cinâyât" başlığı altında incelenmiştir (Kâsânî, VII, 233; Mergînânî, IV, 158; İbn 'Âbidîn, VI, 528; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 2).

⁹⁹ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 394. Ebû Yusuf (182/798) da, "Kitâbu'l-Âsâr" adlı eserinde öldürme türlerini "diyât" başlığı altında incelemiştir (Ebû Yusuf, s. 218). Öldürme türlerine "diyât" başlığı altında yer verilmesi, Serahsî gibi sonraki hukukçuların eserlerinde de görülmektedir. (Serahsî, XXVI, 59).

mahiyet arz ettiğini ve birçok öldürme eyleminin sadece diyet sorumluluğu doğurduğunu ifade etmiştir¹⁰⁰.

Diyet ödeme yaptırımına âkilenin iştiraki, üzerinde durulması gereken önemli bir husustur. Âkilenin diyet ödeme sorumluluğu gerekçelendirilirken faili hukûken yasak fiili icra etmekten alıkoymamaları, bu konuda kusurlu olmaları üzerinde durulmuştur¹⁰¹. 'Amden öldürme dışındaki eylemlerde, diyeti sadece failin ödemesinin onu altından kalkamayacağı bir yükümlülük altına sokacağı, bunun ise başlıbaşına bir cezalandırma anlamına geleceği (في إيجاب الكل على القاتل إجحاف به) (واستئصال فيكون بمنزلة العقوبة) faili kendisi için ceza teşkil edecek bu yaptırımdan kurtarmak için âkilenin devreye girdiği (فضم الشرع إليه العاقلة لدفع معنى العقوبة عنه) belirtilmiştir. Zira hata ile öldürme suçunu icra eden fail, 'amden hareket etmeyip eylemini hata ile gerçekleştirdiğinden dolayı kısâs cezası konusunda affedilebilir, bağışlanabilir bir konumda bulunmakta (أن الخاطئ معذور) ve bu açıdan kendisinden kısâs cezası düşmektedir (سقطت العقوبة عنه للعذر)¹⁰². Ayrıca şibh-i 'amd de, 'amden öldürme türünde olduğu gibi hukuk düzeni tarafından her açıdan sakıncalı, yasak bir eylem olarak değerlendirilmemektedir (لم يكن فعله محظورا محضا). Bundan dolayı şibh-i 'amd yoluyla öldürme eylemini gerçekleştiren failin kısâs ile cezalandırılmayacağı ve bu türdeki eylemler için de âkilenin diyet ödemekle sorumlu tutulacağı belirtilmiştir¹⁰³.

Âkilenin iştiraki, diyet ödemede suç faili için getirilen bir kolaylık olarak görülmektedir. Ayrıca diyetin üç yıla yayılarak ödenmesi de, ödeme zorluğunu oldukça azaltmaktadır¹⁰⁴. Bunun yanında âkileye dâhil şahısların maaşları (rızk) yerine, devlet hazinesinden (beytülmal) kendilerine hediye kabîlinden verilen

¹⁰⁰ Serahsî, XXVI, 59.

¹⁰¹ Serahsî, XXVII, 125; Mergînânî, IV, 224; Zeyle'î, VI, 177; Kâsânî, VII, 255.

¹⁰² Serahsî, XXVII, 125-126.

¹⁰³ Serahsî, XXVII, 125; Mergînânî, IV, 224.

¹⁰⁴ Serahsî, XXVII, 127; Mergînânî, IV, 225.

'atiyye¹⁰⁵ gelirlerinden diyetin alınması, ödemede getirilen ayrı bir kolaylık olarak gözükmektedir¹⁰⁶.

İslam hukuk doktrinde, 'amden öldürme dışındaki öldürme fiillerinde diyetin âkile tarafından ödeneceği vurgulanırken, bizzat eylemi icra eden failin diyet ödemeye iştirak edip etmeyeceği hususu da tartışılmıştır. Şâfi'î¹⁰⁷ ve Hanbelî¹⁰⁸ ekolüne göre, fail, 'amd dışındaki öldürme eylemlerinde diyet ödemeye iştirak etmemektedir. Hanefî hukukçuları, bu görüşe katılmamakta ve faili de diyet ödemekle sorumlu tutmaktadır. Ancak onlar, âkileye dahil olmadıkları gerekçesiyle, kadın ve çocukların diyet ödeme sorumluluğunun olmadığını ifade etmişlerdir¹⁰⁹. Kadın ve çocuklar, kendi icra ettikleri öldürme eylemlerinden dolayı da diyet ödemezler¹¹⁰. Kadın ve çocuklar, 'atiyye adı altında devletten yardım almaları durumunda dahi, âkileye dahil olmadıkları gerekçesiyle, diyet ödemeye iştirak etmemektedir¹¹¹. Kadınların diyete iştirak etmemeleri, Hanefî hukukçularının öldürme eylemlerini günümüz cezaî mesuliyet ve kusurluluk anlayışından farklı bir bakış açısıyla değerlendirdiklerini ortaya koymaktadır.

Diyetin âkile tarafından ödenmesi, âkileye dahil olmadıkları için kadınların icra etmiş oldukları öldürme eylemleri dolayısıyla diyetten sorumlu tutulmaması, vb. hususlar, hukukçuların diyet ödemeyi bütünüyle bir cezâî yaptırım olarak görmedikleri kanaatini güçlendirmektedir. Bununla birlikte diyetin cezâî yaptırım

¹⁰⁵ Rızık, genelde belli bir zaman diliminde ihtiyacını karşılamak maksadıyla (لكفاية الوقت) kişiye maaş olarak verilen geliri ifade etmektedir. 'Atâ ve 'atiyye ise, kişinin beytülmalden hediye kabûlinden elde ettiği gelirdir (Zeyle'î, VI, 178; Tûrî, VIII, 456).

¹⁰⁶ Mergînânî, IV, 225; Zeyle'î, VI, 178; Tûrî, VIII, 456.

¹⁰⁷ Ensârî, IV, 83; Şîrbînî, V, 357; 'Udeh, II, 194. Hanefî hukukçuları ise, "hiçbir günahkar başka birinin günahını yüklenmez" meâlindeki âyeti (Necm Süresi, 38) delil alarak, âkilenin diyetle sorumlu tutulması göz önüne alındığında, failin de diyet ödeme sorumluluğunun bulunduğunu ifade etmişlerdir (Serahsî, XXVII, 126; Mergînânî, IV, 227; Kâsânî, VII, 255).

¹⁰⁸ İbn Kudâme, VIII, 295; Buhûtî, Keşşâf, VI, 61; 'Udeh, II, 194.

¹⁰⁹ Tahâvî, Muhataras, s. 233; Cessâs, Şerh, III, 331-332; Serahsî, XXVII, 128; Mergînânî, IV, 227.

¹¹⁰ Serahsî, XXVII, 128; Mergînânî, IV, 227; Bâbertî, X, 401; Zebîdî, II, 146; İbn Hümâm, X, 402. Hanefî doktrinde genel kanaat bu olmakla birlikte, bazı ileri dönem hukukçuları, kendi işledikleri öldürme eylemleri dolayısıyla kadın ve çocukların diyet ödemede âkileye dahil edileceklerini ifade etmişlerdir (Zeyle'î, VI, 179; Tûrî, VIII, 457). İbn Hümâm ise, kadınların âkileye dahil edileceği hususunun sonraki dönem hukukçularının bir kısmının tercihi olduğunu belirtmiştir. Bu meselede en doğru görüşün ise, Tahâvî'nin tercihi olduğunu; zira onun tercihinin İmam Muhammed'in görüşünü yansıttığını açıklamıştır. Buna göre, kadınlar 'amd eylemleri dışındaki öldürmelerden dolayı, diyet ödemeye iştirak etmemektedir (İbn Hümâm, X, 402).

¹¹¹ Serahsî, XXVII, 128.

olarak uygulandığı kanaatini güçlendiren metinlere rastlanmaktadır. Örneğin, Hanefî doktrinde 'amd türüne dahil bütün öldürme fiillerinde, diyetin bizzat fail tarafından ödenmesi söz konusudur¹¹². Bu konuda "âkile kasıtlı öldürme eyleminden doğan diyeti ödemekle yükümlü değildir" anlamındaki hadîs-i şerîf¹¹³ delil alınmaktadır. Aynı şekilde, 'amden öldürmeden dolayı kısâs cezası kendisine tatbik edilemeyen baba da, diyeti kendisi karşılamaktadır¹¹⁴. Ayrıca suçlunun itirafı sebebiyle ödenmesi gereken diyete de âkile iştirak etmemektedir¹¹⁵. Öldürme diyetinin 1/20'sinden az olan diyet miktarını da âkile ödememektedir¹¹⁶. Âkilenin diyete iştirak etmediği bu durumlarda diyetin cezaî niteliğinin ön plana çıktığı söylenebilir.

G-Borçlar Hukukuyla İlişkisi Bağlamında Öldürme Suçu

Hanefî mezhebinde, "cinâyet" kavramı öldürme eylemlerini ifade ettiği gibi, gasp ve itlâf ile ilgili meselelerde de kullanılmıştır¹¹⁷. Bunun yanında, gasp, damân ve itlâf gibi malî zararın giderilmesini amaçlayan bahislerle, bedenî zararın telafisi maksadını güden diyet konusunun Hanefî metinlerinde, zaman zaman müşterek hükümler taşıdığı görülmektedir¹¹⁸. Nitekim Hanefî eserlerinde öldürme suçunun ele alındığı metinleri okuyan bir kimse, borçlar hukuku ve ceza hukuku alanlarının adeta birbirini içine geçtiğine tanık olabilmektedir. Daha doğrusu, öldürme suçunda failin mesuliyetinin zaman zaman borçlar hukuku kuralları bağlamında tespiti yoluna gidildiği görülmektedir. Hanefî doktrinde öldürme suçuna ait yaptırımlarda borçlar hukuku bakış açısının etkili olduğunu düşündüğümüz örneklerle yer vermek istiyoruz.

Hanefî doktrinde, bir kadın *hata* ile bir erkeğin elini kestikten sonra, eli kesilen şahıs, icra edilen fiil ve onun yol açacağı netice karşılığında, eylemi gerçekleştiren kadınla evlenip daha sonra vefat ederse, kadının âkilesinin ödeyeceği diyette, kadının hak etmiş olduğu mehr-i misil miktarı kadar indirim yapılmaktadır. Zira maktûl, ölmeden önce icra edilen fiil ve neticeleri karşılığı evlendiğinde,

¹¹² Serahsî, XXVII, 132.

¹¹³ Beyhakî, "Diyât 6"; İbn Ebî Şeybe, "Diyât 101" 'Abdürrezzak, " 'Ukûl 82".

¹¹⁴ Serahsî, XXVII, 127; Mergînânî, IV, 188; Mevslî, s. 547.

¹¹⁵ Mergînânî, IV, 229-230.

¹¹⁶ Mergînânî, IV, 229.

¹¹⁷ Serahsî, XXVII, 84; Kâsânî, VII, 233.

¹¹⁸ Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, IX, 475-6.

gerçekte diyet karşılığı evlenmiş olmaktadır. Diyet ise, kısâstan¹¹⁹ farklı olarak mehir olarak verilmeye uygun kabul edilmiştir¹²⁰.

Yukarıdaki paragrafta, maktûlün hayattayken yaptığı anlaşma neticesinde, öldürme eyleminin yaptırımı olan diyetin, aile hukukunda yer alan mehri karşıladığı görülmektedir. Hukukçuların bu hükme varması, diyeti malî bir tazmîn olarak değerlendirmeleriyle ilgilidir. Hanefî hukukçularının diyetin malî niteliğiyle ilgili açıklamalarını, hatâ ile öldürme eylemlerinde olduğu gibi 'amden öldürme türünde de görmekteyiz. Örneğin, Hanefî hukukçuları kısâsın maktûlün canına karşılık bir bedel olduğundan onda maktûlün hakkı bulunduğunu ifade etmişlerdir. Bu nedenle, kısâs cezası malî yaptırıma dönüştüğünde, bu ödemenin ölen kimsenin diğer malları gibi mirası kabul edilip borç ve vasiyyetinin bu paradan karşılanacağı belirtilmiştir¹²¹.

Öldürme suçunun yaptırımının borçlar hukuku bağlamında incelenmesi, bazı hükümlerde, ölüm cezasının doğrudan malî yaptırıma dönüşmesinde etkili olmuştur. Örneğin, vakfa ait bir köleyi 'amden öldüren faile, vakıf için daha faydalı olacağı gerekçesiyle kısâs cezası yerine kölenin kıymetini ödeme sorumluluğu yüklenmektedir¹²².

Öldürme suçunun yaptırımında borçlar hukukuna ait kuralların etkili olması, yukarıdaki paragrafta görüldüğü üzere, bir taraftan failin cezaî mesuliyetinin malî yaptırıma dönüşmesinde etkili olurken, diğer taraftan öldürme eylemini gerçekleştiren failin malî yaptırımdan da muaf tutulmasını sağlamaktadır. Nitekim Hanefî metinlerinde, kadın ve çocukların âkileye dahil olmadıkları gerekçesiyle, 'amd dışındaki öldürme eylemlerinden dolayı diyet ödemeye iştirak etmeyecekleri

¹¹⁹ Burada zikredilen eylem, 'amden gerçekleştirilirse, ölen şahsın kadını kısâs cezasından affettiği düşünülür ve kadına mehr-i misil ödenmesi gerekir. Çünkü kasten icra edilen fiilde, asıl yaptırım kısâs olduğundan, evlilik kısâs karşılığında gerçekleşmiş gözükmemektedir. Oysa kısâs mal değildir. Bu durumda, mehir olarak içki, domuz ve benzeri bir şeyin ödendiği evliliklerde olduğu gibi, mütekavvim olmayan mal (hukukî açıdan kıymeti olan mal) karşılığında evlenme söz konusu olmaktadır. Bundan dolayı kadına mehr-i misil ödenmesi gerekmektedir (Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 456-458; Haskefî, VI, 565; İbn 'Âbidîn, VI, 565).

¹²⁰ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 456-458; Haskefî, VI, 565; İbn 'Âbidîn, VI, 565.

¹²¹ İbn 'Âbidîn, VI, 565.

¹²² İbn 'Âbidîn, VI, 532, El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 4.

önceki sayfalarda dile getirilmiştir¹²³. Cezaî ehliyeti bulunmasına rağmen, kadınların icra ettikleri öldürme eyleminden dolayı diyet yaptırımından sorumlu tutulmamaları, öldürme eylemine ait yaptırımın tazmînat bağlamında ele alınmasının bir sonucudur.

Öldürme suçunda borçlar hukukunun etkisini, failin kendi mülkiyetine ait arazide sebebiyet verdiği öldürme eylemlerinde de görmekteyiz. Hanefî metinlerinde, kişinin mülkiyetindeki bir mahalde, tesebbüben icra ettiği birtakım öldürme eylemlerinde diyet ödeme sorumluluğunun bulunmadığı görülmektedir. Örneğin, kendisine ait arazide bir hayvanı önden çeken veya hayvanı arkadan süren failin, kontrolündeki hayvanın birini çiğneyerek öldürmesi halinde failin diyet ödeme sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira tesebbüben öldürme eylemlerinde kişinin diyetten sorumlu tutulabilmesi için gerçekleştirdiği eylemin *haksız fiil* teşkil etmesi gerekmektedir. Kişinin kendi mülkünde hayvanını sürmesi ise, *haksız fiil* olarak nitelendirilmemektedir¹²⁴. Aynı şekilde evinin bahçesinde bağlı veya salıverilmiş yırtıcı bir köpeğin birini öldürmesi halinde, bahçe sahibinin kendi mülkünde köpek bakmasının haksız fiil teşkil etmediği gerekçesiyle diyet ödeme sorumluluğu bulunmamaktadır¹²⁵. Aynı şekilde, kişinin arazisinde kazdığı kuyuya düşen şahıstan dolayı diyet ödeme sorumluluğunun bulunmadığı belirtilmiştir¹²⁶.

Yukarıdaki paragrafta yer verilen örneklerde, *mülkiyet* kavramı ekseninde failin mesuliyetinin belirlendiği görülmektedir. Öldürme fiilinin icra edildiği mahallin, failin mülkiyetinde olup olmasının bazı öldürme eylemlerinde failin sorumluluğunu doğrudan etkilemesi, bu tür hükümlerde borçlar hukuku perspektifinin etkili olduğunu ortaya koymaktadır.

Borçlar hukuku kurallarının öldürme eylemlerine etkisini daha ziyade kölenin icra ettiği öldürme fiillerinde görmekteyiz. Örneğin efendisinin köleye, birini öldürmesi durumunda özgür kalacağını söylemesinin ardından kölenin birini öldürmesi halinde, kölenin efendisinin diyet ödemesi gerektiğine yer verilmiştir. Ve

¹²³ Serahsî, XXVII, 128; Mergînânî, IV, 227; Bâbertî, X, 401; Zebîdî, II, 146; İbn Hümâm, X, 402. Bu konuda farklı görüşler için bkz. dipnot 110.

¹²⁴ Haskefî, VI, 603; Serahsî, XXVII, 5.

¹²⁵ Serahsî, XXVII, 5.

¹²⁶ Haskefî, VI, 597.

bu eylemin sonunda köle de özgür kalmaktadır. Zira efendi bu sözüyle kölenin özgürlüğünü istemiş ve diyet ödemeyi kabul etmiş olmaktadır. Ancak kölenin kısâsı gerektirecek bir öldürme eylemini gerçekleştirmesi halinde, kölenin efendisinin herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Zira bu durumda, köleye kısâs uygulanmaktadır. Köleye kısâs cezasını gerektirecek bir öldürme eyleminden dolayı kölenin efendisine tazir olarak birtakım cezaî yaptırımların uygulanması mümkündür. Ancak bu meselenin incelendiği metinlerde, köle sahibinin cezaî mesuliyetine değinilmemekte, sadece efendinin diyet ödeme sorumluluğuna işaret edilmektedir. Ayrıca, kölenin öldürme eyleminin 'amd türü dışında olması halinde, kölenin cezaî veya malî mesuliyetine dair herhangi bir bilgiye yer verilmemiş, sadece onun özgür kalacağına değinilmiştir. Bu hükümlerde, diyet ödeme bağlamında borçlar hukuku ve tazmînat ilkelerinin ön plana çıktığı, kölenin özgürlüğüyle ilgili kuralların öldürme eylemlerine uygulandığı görülmektedir¹²⁷.

Kölenin, efendisinin bilgisi dışında icra ettiği hata ile öldürme eyleminden dolayı, köle sahibinin ya köleyi maktûlün âkilesine verme ya da diyeti verme gibi iki seçenekten birini tercih etme zorunluluğu bulunmaktadır¹²⁸. Bu durumda kölenin öldürme eyleminden dolayı cezaî veya malî mesuliyetine metinlerde yer verilmemiştir.

Kölenin bir çocuğa herhangi bir kimseyi öldürmesini emretmesinin ardından, çocuğun öldürme eylemini gerçekleştirmesi halinde, maktûlün diyetini çocuğun âkilesi ödemek zorundadır. Zira çocuğun 'amden icra etmiş olduğu eylemler hata ile işlenmiş kabul edilmektedir¹²⁹. Hata ile icra edilen öldürme fiillerinde de, diyet âkile tarafından ödenmektedir. Kölenin diyetle sorumlu tutulmamasının gerekçesi, köle kaldığı müddetçe onun sözüne itibar edilmemesidir. Ancak köle âzât edilirse kâtil olan çocuğun âkilesi diyeti köleden alabilir. Zira kölenin kölelik anında sözüne itibar edilmemesinin nedeni ondaki ehliyet eksikliği değil; maktûlün diyetini kölenin efendisinin karşılayacak olmasıdır. Köle azat edildiğinde ise, efendisinin herhangi bir sorumluluğu kalmadığından âkile ondan diyeti talep edebilmektedir.

¹²⁷ Serahsî, XXVII, 35; İbn 'Âbidîn, VI, 614-615.

¹²⁸ Haskeffî, VI, 612-613.

¹²⁹ Cessâs, *Şerh*, III, 275; İbn 'Âbidîn, VI, 616-617.

Diğer taraftan kölenin azat edildikten sonra dahi, âkilenin ödemiş olduğu diyet miktarını köleden alamayacağına dair görüşler de bulunmaktadır¹³⁰.

Yukarıdaki paragrafta kölenin malî mesuliyetinin, köle olarak kaldığı müddetçe göz ardı edildiği görülmektedir. Kölenin cezaî ehliyeti olmasına rağmen, herhangi bir çocuğu yönlendirdiği ölüm neticesinden sorumlu tutulmamasındaki gerekçe, öldürme fiilinde yaptırımın malî nitelikteki diyete bağlanması ve bunun da efendisi tarafından karşılanacak olmasıdır. Diğer taraftan, kölenin yerine hür bir kimse çocuğa birini öldürmesini emrederse, hür şahsın âkilesinin diyet ödemesi gerekmektedir¹³¹. Bu meselenin ele alındığı metinlerde, faile tazîren birtakım yaptırımların uygulanması imkan dahilinde olmakla birlikte, herhangi bir cezaî sorumluluğa yer verilmemiştir. Bu, öldürme eylemlerinin daha ziyade malî yaptırım açısından ele alındığını göstermektedir.

Haneî doktrininde, kölenin özgürlüğüne kavuştuktan sonra hata ile veya 'amden birini öldürdüğünü ikrâr etmesi halinde, sadece kısâs cezasını gerektiren ikrârı kabul edilmektedir. Bunun gerekçesi şöyle açıklanmıştır. Köle özgürlüğe kavuşmadan önce, bir suçu itiraf etmiş olsaydı, bu itiraf ancak kısâsı gerektiren eylemlerde kabul edilecekti. Dolayısıyla özgür kaldıktan sonra da, bu durum geçerlidir. Zira kölenin her iki halde de yapmış olduğu suç ikrârı başkası aleyhine bir ikrâr kabîlindedir. Çünkü öldürme eyleminden doğan malî yaptırımı kölenin efendisinin karşılaması gerekmektedir. Özgürlüğünden önce de sonra da kölenin herhangi bir şey ödemesi gerekmemektedir. Kölenin başkası aleyhine yaptığı ikrâr, her iki halde de (özgürlüğünden önce veya sonra) kabul edilemez. Ancak kısâs cezasını gerektiren ikrârı kendi aleyhine kabul edilir¹³². Diğer taraftan, İbn 'Âbidîn (1252/1836), kölenin hata ile öldürme eylemini gerçekleştirdiğine dair ikrârının kendisi hakkında geçerli olduğunu, bu durumda, kölenin özgürlüğüne kavuşması halinde ikrârından sorumlu tutulacağını belirtmiştir¹³³. Diğer taraftan özgür bir kimse

¹³⁰ İbn 'Âbidîn, VI, 616-617.

¹³¹ Serahsî, XXVII, 135-136.

¹³² Serahsî, XXVII, 39; İbn 'Âbidîn, VI, 613.

¹³³ İbn 'Âbidîn, VI, 613.

öldürme eylemini ikrâr etmesi halinde, âkile herhangi bir diyet ödememekte, ikrâr eden şahıs diyeti ödemek zorunda kalmaktadır¹³⁴.

Öldürme suçunda ikrârı konu alan metinlerde, failin ölüm neticesinden sorumluluğu bir borç ikrârı mantığıyla ele alınmıştır. Kölenin herhangi bir öldürme suçunu itiraf etmesi, 'amden öldürme türü haricinde dikkate alınmamaktadır. Metinlerde bunun gerekçesi, kölenin itirafı dolayısıyla ödenmesi gereken diyetten efendisinin sorumlu tutulmasının söz konusu olacağı şeklinde açıklanmıştır. Hür bir kimsenin öldürme suçunu itiraf etmesi halinde ise, normalde böyle bir diyeti âkilenin ödemesi gerekirken; metinlerden anlaşıldığı kadarıyla bu itiraf, bir borç ikrârı olarak değerlendirilmekte ve ikrâr huccetî kâsıra olduğundan üçüncü şahısların böyle bir borç ikrârıyla sorumlu tutulamayacağı belirtilmektedir.

Öldürme suçunun yaptırımında borçlar hukuku ilkelerinin etkili olduğunu gösteren diğer birtakım hükümler, kölenin kendisini gasp eden kişinin yanındayken icra etmiş olduğu öldürme eylemleriyle ilgilidir. Kölenin kendisini gasp eden kimsenin yanında işlemiş olduğu öldürme fiillerinde tazmîn sorumluluğunun onu gasp eden şahsa ait olduğu belirtilmiştir¹³⁵. İmâmeyn'e göre, gasp edilen kölenin kendisini gasp eden şahsın malına karşı işlediği fiilin tazmîni gerekmemektedir. Bunun sonucu olarak, gasp edilen kölenin gâsıbın câriyesini öldürmesi halinde herhangi bir tazmîn yükümlülüğü bulunmamaktadır¹³⁶. Köleyi gasp eden şahsın köleye birini öldürmesini emretmesinin ardından kölenin o kişiyi öldürmesi halinde, gasp edenin yönlendirmesinin ne gibi cezaî sorumluluklar doğurduğuna metinlerde yer verilmezken, ölüm neticesinden dolayı gasp edenin diyet ödemesi gerektiği üzerinde durulmaktadır¹³⁷.

Yukarıda yer verilen bazı örneklerde, öldürme eylemine yönlendiren ferî fail veya eylemi gerçekleştiren aslî faile, tazîr adı altında birtakım cezaî yaptırımların uygulanması mümkündür. Ancak metinlerde bu hususa değinilmemiş, sadece diyetin ödenmesi noktasında açıklamalar getirilmiştir. Bu, Hanefî doktrininde öldürme

¹³⁴ Serahsî, XXVII, 133-134.

¹³⁵ Serahsî, XXVII, 56; Kâsânî, VII, 155; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, V, 146.

¹³⁶ Serahsî, XXVII, 60; Bağdâdî, s. 199; Tûrî, VIII, 433.

¹³⁷ Serahsî, XXVII, 59.

suçunda; malî yaptırımın, yani borçlar hukuku ilkelerinin etkili olduğunu göstermektedir. Borçlar hukuku kurallarının öldürme suçuyla ilgili metinlerde etkili olmasının, öldürme eylemleriyle ilgili yaptırımlarda haksız fiil ekseninde tazmîn sorumluluğunu ön plana çıkardığı söylenebilir.

H-Suç-Haksız Fiil Sorumluluğu Bağlamında Öldürme Suçu

Kısâsın kul hakkı yönü baskın bir ceza olarak nitelendirilmesi, öldürme suçunda diyet ödeme yaptırımının geniş bir uygulama alanının bulunması, borçlar hukuku kurallarının öldürme suçunda etkili olması vb. birtakım hususları inceleyen bazı Batılı araştırmacılar, İslam hukukunda öldürme suçunun *haksız fiil* olarak telakki edildiği şeklinde görüş belirtmişlerdir¹³⁸. Bu görüşleri temelde eleştiren birtakım yaklaşımlara, modern İslam hukuku araştırmacılarının eserlerinde yer verilmektedir¹³⁹. Diğer taraftan bir kısım İslam hukukçularının haksız fiilin kapsamı içinde öldürme eylemlerine de yer verdiği görülmektedir¹⁴⁰.

Hanefî mezhebinde öldürme eylemlerinin suç-haksız fiil ayrımı açısından mahiyetini belirleyebilmek için, öncelikle haksız fiili tanımlamak daha sonra Hanefî doktrininde öldürme suçunun karakteristik özellikleri bağlamında bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Özel hukuk terimi olarak haksız fiil, borçlar hukuku kapsamına dahil ve başkasına zarar veren fiiller için kullanılmaktadır. Bir fiilin, suç ya da haksız fiil olduğunun tespiti tamamen kanun koyucunun yetkisindedir. Kanun koyucu, birtakım fiilleri daha ağır yaptırımlara tabi tutup kamu hukukunun kapsamına dahil edebilir. Bazı fiilleri de, sadece tazminata tabi tutarak onu haksız fiil konusu yapabilir. Haksız fiil ile suç arasındaki temel fark, yaptırım hususunda kendini göstermektedir. Cezalar, belli fiillerin icrasını hem özel hem genel anlamda önleme maksadı taşıırken, haksız fiilde ise mağdûrun zararının karşılanması amaçlanmaktadır¹⁴¹.

¹³⁸ Coulson, s. 18; Anderson, s. 811-828.

¹³⁹ Uslu, s. 74-76; 'Avvâ, s. 319-326.

¹⁴⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 468-527.

¹⁴¹ Hakeri, s. 56.

Haneî ekolünde öldürme eylemlerinin haksız fiil-suç ayrımı kapsamında konumunu belirlemek birkaç açıdan zorluk teşkil etmektedir. Her şeyden önce, modern hukukta belirgin bir kamu hukuku-özel hukuk ayrımı bulunmaktadır. Ayrıca neyin haksız fiil; neyin suç olduğu da ortaya konmuştur. Hatta günümüzde bir davanın ceza mahkemesini ilgilendiren boyutu ile hukuk mahkemesini ilgilendiren boyutu ayrılmış ve farklı mahkemelerin görev alanına dahil edilmiştir. Haneî doktrininde bu şekilde kesin çizgilerle belirlenmiş bir ayrım söz konusu değildir. Fıkıh eserlerinde farklı hukukî sahaların birbirinden ayrılmaksızın bir arada incelendiği görülmektedir. Ayrıca öldürme eylemleri için kullanılan *cinâyet* kavramı, haksız fiil kapsamında değerlendirilebilecek itlâf ve gasp meseleleri için de kullanılmaktadır¹⁴². Bu hususlar, öldürme eylemlerinin haksız fiil-suç ayrımı açısından mahiyetini belirlemeyi zorlaştırmaktadır.

İslam hukukunda öldürme suçunda, mağdûrun yakınlarına kısıâsı af yetkisinin verilmesi, suçlarda kabul edilen temel ilkeyle bağdaşmamaktadır. Zira suç fiiline karşılık getirilen yaptırımın mağdûrun rızası gözetilmeksizin devlet tarafından uygulanması gerekmektedir. Diğer taraftan, haksız fiillerde ise tamamen mağdûr tarafın iradesi belirleyici olmaktadır. Dolayısıyla kısıâs konusunda İslam hukukunda benimsenen kuralın, suçlarda kabul edilen ilkedен ziyade haksız fiiller için uygulanan esaslara daha yakın olduğu ileri sürülmüştür¹⁴³.

Öldürme suçunda mağdûr yakınlarına kısıâsı af yetkisinin verilmesi, birçok öldürme eyleminden dolayı failin diyet ödeme yaptırımıyla sorumlu tutulması, diyet ödemeye âkilenin iştiraki, öldürme suçunda bir dereceye kadar borçlar hukuku kurallarının etkisi, vb. birtakım hususlar, Haneî doktrininde öldürme suçunun haksız fiil kapsamında değerlendirildiği kanaatini güçlendirmektedir. Diğer taraftan, kısıâs cezasının uygulanması, kefâret ödeme, miras ve vasiyetten mahrumiyet yaptırımları, öldürme eylemleriyle ilgili olarak tazîr cezasının uygulama alanının bulunması, vb. birtakım hususlar öldürme eylemlerinin hukukçular tarafından aynı zamanda suç olarak da telakki edildiğini düşündürmektedir. Sonuç olarak, Haneî doktrininde

¹⁴² Kâsânî, VII, 233.

¹⁴³ 'Avvâ, s. 319.

öldürme eylemlerinin haksız fiil ve suça ait özellikleri birlikte ihtiva ettiği söylenebilir¹⁴⁴.

III-MODERN HUKUKTA ÖLDÜRME SUÇUNUN MADDÎ VE MANEVÎ UNSURLARI

Modern ceza hukuku genel ve özel olarak iki kısımdan oluşmaktadır. Bütün ceza hukukuna hakim temel prensiplerin ele alındığı genel kısımda, suçun unsurları genel olarak analiz edilmektedir. Her bir suçun ayrı ayrı ele alındığı özel kısımda ise, suçun unsurları, ele alınan suça özgü, o suçla bağlantılı olarak incelenmektedir.

Bu başlık altında öncelikle suçun genel unsurlarına kısaca değinilecek, daha sonra tezin asıl konusunu oluşturan öldürme suçunda maddî ve manevî unsurun modern hukukta nasıl incelendiği ortaya konacaktır.

A-Ceza Hukukunun Genel Kısımında Yer Verilen Suç Unsurları

Ceza hukuku içinde suç genel teorisi, suç olanı suç olmayandan ayırmak için suçu analiz etmeye, onu parçalara ayırarak incelemeye yönelmiştir¹⁴⁵. Suçun unsurları, bu analiz işleminin sonucunda elde edilen esaslardır¹⁴⁶. Bunların bir kısmı her suçta bulunması gereken hususlardır. Bunlara suçun *genel unsurları* denilmektedir. Bir kısmı ise belli suçlarda bulunan, o suçu diğerlerinden ayıran özelliklerdir. Bunlara da *özel unsurlar* veya *tâlî unsurlar* denilmektedir. Günümüz ceza hukukunda, ekseriyetle *genel unsurlar* incelenmektedir. *Özel unsurlar* konusuna ise çok az değinilmekte, bununla ilgili ele alınan hususlar bazen birkaç satırdan ibaret kalmaktadır.

¹⁴⁴ 'Avvâ, s. 323-324.

¹⁴⁵ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 201.

¹⁴⁶ Dönmezer/Erman, I, 291; İçel, s. 4-5; Önder, II, 4; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 201; Hakeri, s. 105.

1-Suçun Genel Unsurlarının Tespiti

Ceza hukuku alanında önemli bir konumu bulunan suç unsurlarının nelerden ibaret olduğu hakkında, yazarlar arasında görüş birliği mevcut değildir¹⁴⁷. Suçun yapısal unsurlarını üçe, dörde hatta sekize çıkaran yazarlar mevcuttur. Bunun yanında, suçun unsurlarının sayısı konusunda hemfikir olan yazarlar arasında da, aynı unsurların kapsamı bakımından farklar bulunmaktadır¹⁴⁸. Bununla birlikte, Türk Ceza Hukuku doktrininde, farklı isimlerle yer alsa da, genelde suça ait dört unsurdan bahsedildiği görülmektedir.

Dönmezer-Erman, Kanunî unsur-maddî unsur-hukuka aykırılık unsuru-manevî unsur şeklinde suçu analiz etmiştir¹⁴⁹. Önder, hareket-tipiklik-hukuka aykırılık-kusurluluk olarak dört unsur saymıştır¹⁵⁰. Dikkat edilirse Önder, kanunî unsuru tipiklik, maddî unsuru hareket, manevî unsuru ise kusurluluk kavramıyla ifade etmiştir. İçel'in unsurlar için kullandığı kavramlar, Önder'in yer verdikleriyle benzerlik göstermektedir. İçel, tipe uygun eylem-hukuka aykırılık-kusurluluk olarak suçun unsurlarını belirlemiştir¹⁵¹. İlk bakışta İçel'in unsurları üç adet olarak tespit ettiği düşünülebilir; ancak İçel'in kanunî unsur ile maddî unsuru birlikte tipe uygun eylem başlığı altında incelediğini belirtmek gerekir. Centel-Zafer-Çakmut, yasallık unsuru-maddî unsur-hukuka aykırılık unsuru-kusurluluk şeklinde unsurları tespit etmiştir¹⁵². Hakeri, diğer hukukçuların manevî unsurun içinde ele aldığı kusur yeteneğini¹⁵³ manevî unsurun dışında inceleyerek unsurların sayısını beşe çıkarmıştır¹⁵⁴.

Suç unsurlarını isimlendirme ve sınıflandırmada farklı değerlendirmeler olmakla beraber, hukukçuların genelde benimsemiş olduğu dörtlü taksimi göz önüne

¹⁴⁷ Dönmezer/Erman, I, 292; İçel, s. 5.

¹⁴⁸ Dönmezer/Erman, I, 293.

¹⁴⁹ Dönmezer/Erman, I, 296.

¹⁵⁰ Önder, s. 6.

¹⁵¹ İçel, s. 6-7.

¹⁵² Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 205-206.

¹⁵³ Manevî unsur *kusur yeteneği* ile *kusurluluktan* oluşmaktadır. Ancak manevî unsuru *kusurluluk* başlığı altında analiz eden hukukçular da bulunmaktadır (İçel, s. 198-289). Hakeri ise, *kusur yeteneğini* manevî unsurun dışında *kusurluluk* başlığı altında beşinci unsur olarak incelemiş, manevî unsurun kapsamı içinde sadece kast, taksir gibi kavramların analizini yapmıştır (Hakeri, s. 270).

¹⁵⁴ Hakeri, s. 270.

olarak unsurları kısaca tanıtmak istiyoruz. Buna göre suçun unsurları kanunî unsur, maddî unsur, manevî unsur ve hukuka aykırılık unsuru olarak tespit edilmiştir.

a-Kanunî Unsur: Kanunî unsur, icra edilen suçun kanunî tarife uygun olmasını ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle suçun kanunda tarif edilmiş olması ve bunun için belli bir cezanın belirlenmiş olması gerekir¹⁵⁵. Kanunî unsuru, önceki satırlarda görüldüğü üzere, bazı yazarlar *tipiklik* kavramıyla ifade etmiştir¹⁵⁶.

b-Maddî Unsur: Maddî unsur, dış alemde meydana gelen icrai veya ihmali şekilde ortaya çıkan eylemden ibarettir¹⁵⁷. Türk ceza hukuk doktrinde maddî unsuru ifade etmek maksadıyla, hareket¹⁵⁸ kavramını kullanan yazarlar da mevcuttur. Ancak genelde maddî unsur, hareket-netice-sebebiyet alakası olarak üç kısımda ele alınmakta, hareket, maddî unsurun bir bölümü olarak eserlerde yer almaktadır. Bunun yanında, hareket ve neticeyi fiil başlığı altında değerlendiren hukukçular da bulunmaktadır¹⁵⁹. Diğer taraftan fiil yerine eylem¹⁶⁰ kavramını kullanan yazarlara da rastlanmaktadır.

c-Manevî Unsur: Manevî unsur, kusurluluk veya subjektif unsur¹⁶¹ olarak da isimlendirilir. Manevî unsur, suçu işleyen failin iç dünyasıyla, onun iradesiyle ilgili bir husustur. Modern hukuk eserlerinde, manevî unsur genelde iki kısımda ele alınmaktadır. İlk bölümde failin suç fiilini kusurlu bir irade ile gerçekleştirmeye ehil olması incelenir. Bu bölüm, kusur yeteneği veya isnat yeteneği başlığı altında ele alınmaktadır. İkinci kısımda ise bizzat kusurluluğu ifade eden kast ve kusur gibi kavramların analizi yapılmaktadır.

d-Hukuka Aykırılık Unsuru: Bu kavram, işlenen fiilin hukuk düzenince mübah sayılmamasını, ona cevaz verilmemesini ifade etmektedir. Hukuka uygun eylemler ise suç kapsamına girmemektedir. Örneğin, kendisine yönelmiş bir saldırıyı meşrû müdâfaa sınırları içinde bertaraf ederken suç işleyen kimse bir hukuka

¹⁵⁵ Dönmezer/Erman, I, 349; İçel, s. 43;

¹⁵⁶ İçel, s. 7; Önder, s. 6.

¹⁵⁷ Hakeri, s. 123; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 228;

¹⁵⁸ Önder, II, 6.

¹⁵⁹ Dönmezer/Erman, I, 357; Kunter, s. 3.

¹⁶⁰ İçel, s. 43.

¹⁶¹ İçel, s. 198; Erem, I, 462.

uygunluk nedeni olan meşrû müdâfaa kuralından yararlanmakta, böylece cezasında indirim yoluna gidilmekte veya hiç ceza almamaktadır¹⁶².

e-Maddî ve Manevî Unsurun Kapsamının Belirlenmesi

Modern hukukçular unsurların sayısını ve kapsamını belirlerken farklı bakış açıları ortaya koymuşlardır. Bundan sonraki satırlarda, onların görüşlerinden hareketle, maddî ve manevî unsurun kapsamı tespit edilecektir.

Önder, suçun maddî unsuruna ait özellikleri hareket ve tipiklik (kanunî unsur) kavramı içinde incelemiştir. Suçun maddî unsurunun hareket kısmını, hareket unsuru içinde ele alırken¹⁶³, netice ve nedensellik bağı gibi, hukukçuların geneli tarafından suçta maddî unsurun kapsamına dahil edilen özellikleri ise tipiklik unsuru içinde ele almıştır¹⁶⁴. Maddî ve kanunî unsurun bu şekilde kapsam itibarıyla birbiri içinde analizi, İçel'in eserinde de görülmektedir. Nitekim İçel, kanunî ve maddî unsuru birlikte ele alarak bunları "tipe uygun eylem" başlığı altında incelemiş ve suçun unsurlarının sayısını üçe indirmiştir¹⁶⁵.

Maddî ve kanunî unsurların tek başlık altında analizi, bu iki unsur arasındaki güçlü ilişkiyi ortaya koymaktadır. Birtakım yazarların kanunî unsuru, suç fiilinin kanunî tarife uygun olması şeklinde açıklaması¹⁶⁶ da bu hususu vurgulamaktadır.

Son dönemlerde yapılan bazı araştırmalarda suçun maddî unsurunun kapsamına hareket, netice ve nedensellik bağı dışında fail, mağdûr, konu gibi özelliklerin de eklendiği görülmektedir¹⁶⁷. Ancak maddî unsurun kapsamının bu şekilde belirlenmesi, bütün hukukçular tarafından benimsenmiş bir husus değildir. Zira günümüz hukukçularının büyük çoğunluğu, konu, fail, mağdûr gibi hususları maddî unsurun dışında ele almakta; maddî unsuru, suç fiili ve onunla doğrudan ilgili

¹⁶² İçel, s. 129-153.

¹⁶³ Önder, II, 18-38.

¹⁶⁴ Önder, II, 39-132.

¹⁶⁵ İçel, s. 43-92.

¹⁶⁶ Dönmezer/Erman, I, 349.

¹⁶⁷ Artuk, s. 22-27.

hususlarla sınırlandırmaktadır¹⁶⁸. Bu tezde, maddî unsurun kapsamını hukukçuların genelde üzerinde ittifak ettikleri hareket, netice ve nedensellik bağıyla sınırlandırmanın uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

Kusurluluk¹⁶⁹ veya subjektif unsur¹⁷⁰ olarak da isimlendirilen manevî unsur suçu işleyen failin iç dünyasıyla, onun iradesiyle ilgili bir husustur. Modern hukuk eserlerinde, manevî unsur genelde iki kısımda ele alınmaktadır. Birinci kısımda kusur yeteneği veya isnat yeteneği incelenmektedir. Manevî unsurun ikinci kısmında ise bizzat kusurluluğu ifade eden kast ve taksir gibi kavramların analizi yapılmaktadır.

Bu tezde, manevî unsur genel olarak değil; öldürme suçuyla ilgisi bakımından ele alınacağından modern hukuk ve modern İslam hukuku eserlerinde yer aldığı şekliyle öldürme suçunda manevî unsur incelenecektir. Bu eserlerde, öldürme suçunda unsurlara yer verilirken kast ve taksir gibi kavramların ön plana çıktığı, isnat yeteneğiyle ilgili hususlara ise nadiren yer verildiği görülmektedir. Diğer taraftan, ceza hukukunun genel kısmına hasredilen birtakım eserlerde dahi manevî unsurun kast-taksir kavramlarına özgü bir şekilde incelenip, isnat yeteneği konusunun kusurluluk başlığı altında başka bir unsur olarak analiz edildiği görülmektedir¹⁷¹. Bu husus, manevî unsuru kast-taksir kavramlarına mahsus bir şekilde incelemenin daha doğru olacağı kanaatini pekiştirmektedir. Dolayısıyla bu tezde, manevî unsuru kast-taksir gibi kavramlar ekseninde tetkik etmeyi ve kusur yeteneğini araştırmamızın dışında tutmayı daha uygun bulmaktayız. Ancak gerek görüldükçe, Hanefî metinlerinde yer alan küçükler ve akıl hastalarının öldürme fiillerine temas etmek de yerinde olacaktır.

¹⁶⁸ Alacakaptan, s. 8-9; İçel, s. 43-81; Kunter, s. 3; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 228; Hakeri, s. 125. Hakeri; suç faili, mağdûru ve konusunu kanunî unsur içinde ele almıştır (Hakeri, s. 117-120). Tezcan, öldürme suçu içinde fail ve mağdûru da incelemiş; ancak bunlara maddî unsurun dışında yer vermiştir (Tezcan, s. 116-121). Meran, fail, mağdûr, konu gibi unsurları maddî unsuru ifade eden hareket-neticeden farklı bir şekilde maddî öge başlığı altında ele almıştır (Meran, s. 29-30).

¹⁶⁹ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 342.

¹⁷⁰ İçel, s. 198; Erem, I, 462.

¹⁷¹ Hakeri, s. 172-219, 270-336.

2-Suçun Özel Unsurları

Günümüz ceza hukuku genel ve özel olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Ceza hukukunun temel esaslarının ele alındığı genel kısımda bütün suçlarda yer alan genel unsurların analizi yapılmaktadır. Her bir suçun ayrı ayrı analiz edildiği özel kısımda ise, genel unsurların yanında sadece o suça özgü birtakım unsurlara da yer verilmektedir. Bunları özel suçlara ait özel unsurlar olarak nitelendirmek mümkündür. Özel unsurlar konusuna, modern ceza hukuku eserlerinde çok az değinildiği görülmektedir¹⁷². İçel, suçun oluşabilmesi hususunda gerekli birtakım özel unsurların bulunacağına değinmiştir¹⁷³. Kunter, fail, mağdûr, zaman, mekan, vasıta gibi çeşitli özel maddî unsurların varlığından ancak son dönemlerde bahsedilmeye başlandığını, ceza hukuku özel kısmının genel bir nazariyesinin henüz yapılmamış olduğunu ve bunun ceza hukuku açısından bir eksiklik oluşturduğunu ifade etmiştir. Her suça ait birtakım özel unsurların varlığına işaret eden yazar, özellikle çeşitlilik arz eden maddî unsurlar arasındaki ilişkiyi sistemli bir şekilde ele alacak genel bir nazariyeye ihtiyaç duyulduğundan bahsetmiştir¹⁷⁴.

Özel unsurlar, her suçun değil belli bir gruba dahil olan suçların unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır. Mesela, manevî unsur, genel bir unsur olarak her suçta mevcuttur. Ancak kast ise, sadece kasdî suçlarda, taksir ise taksirli suçlarda yer almaktadır¹⁷⁵. Bunların dışında, daha özel anlamda sadece belli bir suça ait özel unsurlar da bulunmaktadır¹⁷⁶. Örneğin, hırsızlık suçunda çalınan malın taşınır ve başkasına ait olması bu suça ait *özel unsurları* oluşturmaktadır¹⁷⁷.

B-Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurları

Bu başlık altında, modern hukukta öldürme suçunun maddî ve manevî unsurlarına değinilecektir. Modern hukuk eserlerinde öldürme suçunun üç farklı türüne yer verildiği görülmektedir. Bunlar kasten öldürme, taksirle öldürme ve kastı

¹⁷² Dönmezer/Erman, I, 295; İçel, s. 7; Kunter, s. 2-3.

¹⁷³ İçel, s. 7.

¹⁷⁴ Kunter, s. 2.

¹⁷⁵ Kunter, s. 1; İçel, s. 7.

¹⁷⁶ İçel, s. 7.

¹⁷⁷ Hakeri, s. 105.

aşan öldürmedir¹⁷⁸. Burada zikredilen öldürme türlerinin her biri ayrı ayrı ele alınarak, bunlara ait maddî ve manevî unsurlar tespit edilecektir.

1-Kasten Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurları

a-Maddî Unsurlar

Bu öldürme türünde maddî unsurlar; hareket, netice ve sebebiyet alakasından oluşmaktadır.

i-Hareket

Kişinin hayatını ortadan kaldırmaya yönelik herhangi bir hareketle bu suç işlenebildiğinden öldürme suçu *serbest hareketli* bir suçtur¹⁷⁹. 5237 sayılı TCK'da öldürme suçundan bahseden 81. maddede, kullanılan aracın nasıl olması gerektiği hususunda bir açıklama bulunmamaktadır. Dolayısıyla bıçaklamak, silahla ateş etmek, zehirlmek, boğmak, saldırgan bir hayvan saldırtmak suretiyle öldürmek gibi icraî hareketlerle öldürme suçu gerçekleştirilebilir¹⁸⁰. Ancak bazı durumlarda kullanılan araç, suça nitelikli öldürme vasfı kazandırabilmektedir. Örneğin TCK'nın 82/1-c bendinde "yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama, ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak" suretiyle eylemi icra etmek, öldürme suçunun cezasını ağırlaştırmaktadır.

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 ölüme neden olma bu türde değerlendirilir¹⁸¹.

¹⁷⁸ Öldürme eylemlerinin bu üçlü tasnifi 765 sayılı eski TCK'da yer almaktadır. 5237 sayılı TCK'da kastın aşılması suretiyle öldürmeye yer verilmemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. s. 47-49.

¹⁷⁹ Tezcan, s. 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) ise, bağlı hareketli bir suçtur (Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 251-252).

¹⁸⁰ Yüksel, s. 11; Meran, s. 31; Tezcan, s. 121-122; ; Otacı, s. 418.

¹⁸¹ Meran, s. 31.

Öldürme eyleminin manevî vasıtalarla da icra edilebileceği hususu tartışmalıdır¹⁸². Manevî vasıtalarla öldürmeye, kalp hastası bir kimseye onu heyecanlandıracak bir haber vererek -kızının öldüğünü söylemek, vb.- ölümüne neden olmak, örnek olarak zikredilebilir. Ancak böyle bir eylemde, ölüm neticesiyle eylemde mevcut manevî vasıta arasındaki illiyet bağının ispat edilmesi gerekmektedir¹⁸³.

Öldürme suçu, icraî hareketle de, ihmalî hareketle de gerçekleştirilebilmektedir¹⁸⁴. TCK 83. maddede bu konuya değinilmiştir¹⁸⁵.

İhmalî davranışla kasten öldürmede, failin belli bir eylemi gerçekleştirmemesi ölüm neticesine yol açmaktadır. Bu durumda, kimlerin neticeyi önleyen eylemi gerçekleştirmesi gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. Doktrinde, ölümü engellemek için belli bir eylemi gerçekleştirmek zorunda olan kişiler, *garantör* veya *önleme yükümlüsü* gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Ayrıca *garantörün*, ölüm neticesinden sorumlu tutulmasının kaynağını da tespit etmek gerekmektedir. TCK'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında, garantörün sorumluluğu

¹⁸² Meran, s. 31.

¹⁸³ Yüksel, s. 11; Tezcan, s. 122.

¹⁸⁴ Suça konu olan hareket dış dünyada farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Hukukî açıdan bunlar *icraî ve ihmalî hareket* olarak tasnif edilmiştir. İcraî hareket, kanunen yasaklanan bir hareketin yapılması durumudur. Örneğin, failin mağdûra yumruk atması veya kanunda suç sayılan hakaret içeren söz söylemesi icraî harekete örnek teşkil etmektedir.

Hukuk normları emir ve yasak normlarından oluşmaktadır. Yasak normlarıyla bir hareketin yapılması yasaklanırken emir normuyla belli bir hareketin yapılması emredilmektedir. İhmâl suçları emir normlarını ihlâl eden suçlardır. İhmâlî 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/ Çakmut, s. 246).

İhmal benzeri suçlar, görünüşte ihmal suçları veya ihmal suretiyle icra suçları olarak da isimlendirilmektedir (Hakeri, s. 137; Cenel, s. 247; İçel, s. 61-64). Bunlar, ihmal suçlarından farklılık arz etmektedir. Zira saf ihmal suçları, kanunen belirlenen hareketin yapılmaması durumunda oluşmaktadır. Bu haliyle icra suçlarının tam tersini oluşturmaktadır. Bu iki suç arasını ayıran diğer bir ölçü neticenin önlenip önlenememesidir. Saf ihmal suçlarında neticeyi önleme yükümlülüğü yoktur. Saf ihmal suçu olan yaralıya yardım etmeme suçu neticenin önlenip önlenememesiyle ilgili bir husus değildir. İhmal benzeri suçlarda ise, neticeyi önleme sorumluluğu söz konusudur (Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 247; İçel, s. 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 suça örnek oluşturmaktadır (İçel, s. 63; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 248).

¹⁸⁵ Yüksel, s. 11; Meran, s. 58; Otacı, s. 607. TCK'nın 83. maddesinde "kişinin yükümlü olduğu belli bir icraî davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icraî davranışa eşdeğer olması gerekir." ibaresi yer almaktadır.

ile ilgili olarak iki tür kaynaktan söz edilmektedir. Bunlardan birincisi, *belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün bulunmasıdır*. İkincisi ise, kişinin *önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmasıdır*.

83. maddenin metninde yer verilen kanunî düzenlemeden kaynaklanan garantörlük, aile düzenine ilişkin garantörlüğü ve özel güvenlik güçlerine ve kolluk kuvvetlerine ilişkin garantörlüğü kapsamına almaktadır. Buna göre, örneğin ebeveynin, çocukların vücut ve hayatına karşı gelebilecek tehlikeleri önleme yükümlülüğü söz konusudur. Aynı şekilde polis ve jandarma, kendi yetki sınırları içinde halkın asayişini, can ve mal güvenliğini önlemekle yükümlüdür. Bundan dolayı kamu güvenliğini tehlikeye düşürecek fiilleri önlemek durumundadır.

83. maddede, kişinin *önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması* şeklinde sözü edilen ikinci tür yükümlülüğe, trafikte araba sürerken bir kimseyi yaralayan sürücünün yaralı şahsı hastaneye götürmeyip kaza mahallinde bırakması örnek gösterilebilir. Yaralının ölümü halinde, gerçekte onu yol açtığı tehlikeli durumdan kurtarmak zorunda olan fail, kendisinden beklenen hareketi ihmal ettiği için ölüm neticesinden sorumlu tutulmaktadır¹⁸⁶.

ii-Netice

Maddî unsurun ikinci kısmını oluşturan neticenin, failin eylemi sonucu meydana gelmesi gerekmektedir. Öldürme suçunda netice hareketten sonra meydana gelmektedir. Böyle neticenin yer ve zaman olarak hareketten ayrıldığı suçlara netice suçu veya neticesi hareketten ayrılabilen suç denmektedir¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Otacı, s. 607-611; Meran, s. 58-63; Yüksel, s. 24-28.

¹⁸⁷ Neticenin hareketle olan ilişkisi açısından suçlar ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, neticesi harekete bitişik suçlar ve neticesi hareketten ayrı suçlardır. Neticesi harekete bitişik suçlarda kanunda belirtilen suçu oluşturan hareket yapıldığında netice de gerçekleşmektedir. Yalan tanıklık suçu (TCK m.272) neticesi harekete bitişik olan bir suçtur. Zira yalan beyanda bulunulduğu anda netice gerçekleşmiş olmaktadır. Neticesi hareketten ayrılan suçlarda ise, netice yer ve zaman olarak hareketten sonra meydana gelmektedir. Buna örnek, öldürme suçudur. Bu suç çeşidinde sadece öldürmeye yönelik

iii-Sebebiyet Alakası

Nedensellik ilişkisi veya illiyet bağı kavramlarıyla da ifade edilen bu unsur, failin hareketiyle netice arasındaki ilişkiyi açıklamaktadır¹⁸⁸. Hareket ile netice arasında bir ilişkinin olmaması halinde suçun maddî unsuru oluşmaz ve faile ceza verme yoluna gidilemez¹⁸⁹.

Kanûnen suç sayılan ve cezalandırılan, neticeye yol açan harekettir. Hangi hareketlerin böyle neticelere yol açığının belirlenmesi ise nedensellik bağı problemini gündeme getirmektedir¹⁹⁰. Nedensellik bağı problemini açıklamak üzere birtakım teoriler geliştirilmiştir. Bunlardan ön plana çıkanları analiz etmek istiyoruz.

aa-Şart Teorisi

Doğal nedensellik teorisi¹⁹¹ olarak da adlandırılan şart teorisi, neticeyi meydana getiren şartlar arasında bir ayrım yapmaksızın her şartı netice bakımından aynı değere sahip olarak değerlendirmektedir¹⁹². Bu nazariyede, hareket yapılmadığında neticenin meydana gelmeyeceği her şart netice açısından nedensel kabul edilmiştir. Bundan dolayı bu nazariye, şartların eşitliği teorisi olarak da adlandırılmaktadır¹⁹³.

Örneğin, avcılar kulübünde çıkan bir kavgada başka bir avcının duvara asmış olduğu tüfeği alan birinin bu tüfekle başka birini yaralaması veya öldürmesi hadisesinde, duvara tüfeğin asılması da olayın neticesi açısından bir neden olmaktadır¹⁹⁴.

Sonradan meydana gelen bir sebebin önceden yapılan hareketten bağımsız olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda, şart teorisi şu hususa

hareketin yapılmasıyla suç gerçekleşmiş olmamaktadır. Ayrıca ölüm neticesinin gerçekleşmesi de aranmaktadır (Dönmezer/Erman, I, 379-383; İçel, s. 67-68; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 253; Hakeri, s. 141-142).

¹⁸⁸ Önder, II, 81; Dönmezer/Erman, I, 461; İçel, s. 71; Kunter, s. 141; Hakeri, s. 153.

¹⁸⁹ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 261.

¹⁹⁰ Dönmezer/Erman, I, 461.

¹⁹¹ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 262.

¹⁹² Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 262; İçel, s. 72-73; Dönmezer/Erman, I, 477.

¹⁹³ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 262.

¹⁹⁴ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 262-263.

dikkat çekmektedir. Önceden ortaya çıkan hareket yapılmadığı takdirde dahi, sonraki sebep neticeyi oluşturabilecek potansiyele sahip ise, sonradan oluşan bu sebebin diğerinden bağımsız olduğu söylenir. Dolayısıyla sonraki sebebin, önceki hareketle netice arasındaki nedensellik alakasını kestiği kabul edilmelidir. Buna karşılık, önceki hareket olmadığı takdirde, neticenin gerçekleşmeyeceği kabul ediliyorsa, sebepler zinciri bağımsız olarak kabul edilemez¹⁹⁵.

bb-Uygun Sebep Teorisi

Şart teorisine yönelik eleştirilerde, neticenin oluşumunda tüm şartların değil, en uygun şartın etkili olduğu üzerinde durulmuş ve uygun sebep teorisi ortaya çıkmıştır. Hangi şartların neticeyi oluşturmaya uygun olduğu ise, hayat tecrübeleri veya olayların oluş biçiminden öğrenilecektir¹⁹⁶. Örneğin, bir kimse diğerini hayatî tehlike oluşturmayacak şekilde yaraladığında, yaralının hastaneye kaldırıldığı esnada trafik kazasında ölmesi halinde failin normalde sonradan ortaya çıkan hareketi öngörmesi mümkün olmadığı için sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır. Ancak örneğin A şahsı B şahsını hafif bir şekilde yaraladıktan sonra B kendisinde bulunan bir hastalığı dolayısıyla ölecek olsa bu durumda failin maktûlün hastalığından haberdar olup olmamasına göre mesele çözümlenir. Şayet fail, maktûlün hastalığının farkındaysa o zaman netice ile hareket arasında uygun sebebin mevcudiyeti dolayısıyla failin cezalandırılması yoluna gidilmektedir. Bunun aksine

¹⁹⁵ Şart teorisinin sebebiyet alakası hakkındaki bu görüşünü açıklamak üzere iki örnek verilmektedir. Bunlardan birincisinde fail, bir kimsenin yemeğine zehir katmakta ancak mağdûr yemeğe uzandığı sırada kalp krizi geçirerek veya dışarıdan atılan bir kurşunla ölmektedir. Bu örnekte kalp krizi veya mağdûra sıkılan kurşun, failin hareketinden tamamen bağımsız bir karaktere sahiptir. Yemeğe zehir katma hareketi olmasaydı yine de sebepler zinciri meydana gelecekti. Bu durumda zehir katma hareketi ile netice arasındaki ilişki kesilmektedir. İkinci örnekte, bir sandalcı yaralandıktan sonra çıkan bir fırtına sebebiyle sandalın devrilmesi sonucu boğularak ölmektedir. Bu örnekte, şayet sandalın devrilmesinde sandalcının yaralanmasının etkisi varsa, yani yaralanmasının sonucu olarak yeterli derecede hareket edememiş ve bunun sonucunda ölüm gerçekleşmişse, sebebiyet alakası yaralama hareketinden bağımsız olarak düşünülemez ve yaralama hareketi ile ölüm neticesi arasındaki nedensellik ilişkisi kesilmemiş kabul edilir. Diğer taraftan, sandalcı yaralanmasa dahi, fırtınanın sandalı devirecek güçte olması halinde bağımsız bir sebepler zincirinin mevcudiyetine hükmedilir ve yaralama hareketini yapan faille netice arasındaki sebebiyet alakası kesilmiş olur (Dönmezer/Erman, I, 478; İçel, s. 73; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 263).

¹⁹⁶ İçel, s. 77; Dönmezer/Erman, I, 493; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 267.

fail, maktûlün hastalığının farkında değilse, failin eylemi ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağının bulunduğu ileri sürülemez¹⁹⁷.

Kuralcı nedensellik teorisi olarak da isimlendirilen 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 edilmektedir¹⁹⁸.

cc-Hukukî Önem Teorisi

Nedensellik bağı hakkında üçüncü teori hukukî önem teorisidir. Bu teori şart teorisini esas almakta, fakat her hareketin değil hukuken önemli olan hareketin sebep niteliği taşıdığını kabul etmektedir¹⁹⁹. Bir kimse diğer bir şahsı yaraladığında, yaralı uçakla hastaneye kaldırılırken uçak düşerek yaralının ölümü gerçekleştiğinde, şayet yaralama eylemi ölüm neticesini doğurabilecek mahiyette görülürse, fail, yaptığı hareketin böyle bir neticeye neden olacağını öngörebilecek durumda kabul edilir. Ve sonradan uçağın düşmesi, failin eylemi ile netice arasındaki sebebiyet alakasını kesmez. Ancak yaralama fiili, ölüm neticesini meydana getirecek nitelikte değilse failin öngörme yeteneği olduğu düşünülemez. Dolayısıyla failin hareketi ile netice arasındaki sebebiyet alakasının olduğu ileri sürülemez²⁰⁰.

¹⁹⁷ İçel, s. 77; Dönmezer/Erman, I, 493.

¹⁹⁸ 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. Başka bir örnekte, sürücünün uyuması sonucu başka bir şeritte gitmeye başlayan arabaya yıldırım düşmesi halinde sürücünün kullandığı arabadaki yolcu ölecek olsa, mesele şu şekilde değerlendirilecektir. Yıldırım düşmesi beklenen bir olay olmadığından ve sürücünün uyuması yıldırım çarpma ihtimalini arttırmadığından yıldırım çarpması ile sürücünün uyuması arasında uygun bir neden bulunmayacaktır. Ancak yolcunun ölümü bir trafik kazası sonucu olsaydı, sürücünün uyuması ile bu netice arasında bir ilişki bulunacağından nedensellik bağı gerçekleşmiş olurdu. Zira hayat tecrübeleri sürücünün dikkatsizliğinin trafik kazâasının sebebi olduğunu göstermektedir (Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 267-269).

¹⁹⁹ Önder, II, 81; İçel, s. 78.

²⁰⁰ İçel, s. 79;

dd-Son Şart Teorisi

Bu teoriye göre, neticeyi gerçekleştiren sebep, diğerlerine en son eklenen şart olmaktadır. Birtakım modern hukuk eserlerinde, Mecelle'nin bu teoriyi kabul ettiği belirtilmiştir²⁰¹. Biz de, Hanefî metinlerinde genelde mesuliyetin son şart teorisine göre tespit edildiği kanaatinde olduğumuzdan, bu teoriyi üçüncü bölümde 'amden öldürme ve tessebbüben öldürme suçunda ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz.

Nedensellik bağına açıklayan bu teorilerin dışında, burada izahına yer vermediğimiz, çeşitli eserlerde zikredilen birtakım nazariyeler de bulunmaktadır. Müessir sebep teorisi²⁰², objektif isnat edilebilme teorisi²⁰³, tehlikeli şart teorisi²⁰⁴ bunlardan bir kısmını oluşturmaktadır.

ee-Türk CezaHukukunda Sebebiyet Alakası

Eski ve yeni TCK'da nedensellik konusunda herhangi bir kurala yer verilmemiştir²⁰⁵. Yargıtay ise verdiği birtakım kararlarda nedensellik konusunu ele almıştır. Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında şart teorisine göre hüküm verdiği görülmektedir. 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 (765 sayılı TCK m.452). Diğer taraftan Yargıtay birçok kararında uygun sebep teorisine yer vermiştir. Örneğin, uyuşturucu madde satan failin, maktûlün ölümüne neden olması halinde, failin hareketiyle ölüm neticesi arasında uygun, yakın ve etkin nedensellik ilişkisi olduğu yönünde karar vermiştir²⁰⁶.

²⁰¹ Kunter, s. 176; Dönmezer/Erman, I, 486.

²⁰² Kunter, s. 172, Dönmezer/Erman, I, 483.

²⁰³ Kunter, s. 164; Dönmezer/Erman, I, 498.

²⁰⁴ Dönmezer/Erman, I, 500; Kunter, s. 166.

²⁰⁵ Dönmezer/Erman, I, 462; İçel, s. 80; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 274, 276.

²⁰⁶ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 274.

b-Manevî Unsurlar

Öldürme suçunun manevî unsuru failin eylemi *kasten*²⁰⁷ işlemesidir. 5237 sayılı TCK'da öldürme suçunu düzenleyen 81. maddede aranan genel kasttır. Bu maddede *özel kast* veya *saikten* bahsedilmemiştir²⁰⁸. *Sâik* öldürme suçunda kural olarak nazara alınmamakta; ancak bu suçun bazen azaltıcı nedeni olduğu gibi, bazen de arttırıcı nedeni olabilmektedir²⁰⁹.

Öldürme suçu, *doğrudan kastla* işlenebileceği gibi, *olası kastla* da icra edilebilmektedir²¹⁰. Örneğin kalabalığın içinde bulunan bir şahsın öldürülmesi

²⁰⁷ Kastın iki temel unsuru vardır.

Bilme Unsuru: Bu unsur, failin kanunî tüm unsurları bilmesini, yapacağı hareketi önceden düşünüp zihninde canlandırmasını ifade etmektedir. Bu, kastla taksiri ayıran en önemli husus olmaktadır.

Bilme unsurunun neleri kapsadığı doktrinde ele alınmıştır. Failin, failin kurucu unsurlarını bilmesi gerektiği belirtilmiştir (Dönmezer/Erman, II, 216; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 381). Yani fail, suçun maddî konusunu, örneğin, öldürdüğü şeyin insan olduğunu, çaldığı şeyin taşınabilir mal olduğunu bilmelidir. Ayrıca suçta neticeyi bilmelidir (Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 381; Hakeri, s. 178; Dönmezer/Erman, II, 216-217). Failin kastının nedensellik bağına da kapsamı gerekmektedir. Kişinin, kendisine ve mağdûrun kimliğine ait bulunan suçun tanımında ifade edilmiş hususları bilmesi gerektiği söylenmiştir. Örneğin, karşısındakinin devlet memuru olduğunu bilmeyen şahıs memura karşı hakaret suçunu işlemiş olmamaktadır. Fail, aynı zamanda mağdûrun 15 yaşını bitirmemiş olması, suçun reşit olmayan kişilere karşı işlenmesi hususlarını bilmelidir (İçel, s. 231; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 381).

İsteme Unsuru: İsteme unsuru, bazı eserlerde irade unsuru olarak yer almıştır (Dönmezer/Erman, II, 219). Buna göre, failin, suçun unsurlarını bilmesi yanında aynı zamanda neticeyi istemesi gerekmektedir. Böylece, isteme unsuru ile düşünme ve öngörme unsuru arasında bir uygunluk oluşmaktadır.

Kasttaki isteme unsuru, kanunda gösterilen hareket ve neticeye ilişkindir. Suçun tanımında bulunan diğer hususların bilinmesi gerekmemektedir. Örneğin, çalınan malın başkasına ait olduğunu bilmek yeterlidir; ancak bunun istenmesi diye bir şey söz konusu olamaz (Hakeri, s. 181).

²⁰⁸ Failin sadece neticeyi isteyerek hareket etmesinin yeterli olduğu durumda *genel kast*, ayrıca belli bir saikle eylemi gerçekleştirmesinin arandığı durumda *özel kasttan* bahsedilmektedir (Dönmezer/Erman, II, 231; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 391). Türk Ceza Kanunu'nda *özel kast*, amaç ve maksat gibi kavramlarla ifade edilmiştir. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel *amaçla* işlenmesinden bahsedilmiştir (TCK m. 109/5). Dolandırıcılık suçunun sigorta bedelini almak *maksadıyla* işlenmesine yer verilmiştir (TCK m.158/1-k). Kasten öldürme suçunun kan gütmeye veya töre *saikiyle* işlenmesi halinde cezaların arttırılacağına (TCK m. 82/1-j ve k) değinilmiştir (Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 391; Hakeri, s. 193).

²⁰⁹ Yüksel, s. 29.

²¹⁰ Failin neden olduğu netice açısından kast, *doğrudan kast* ve *dolaylı kast* ayrımına tabi tutulmuştur (İçel, s. 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. İcra edilen eylemin başka birtakım neticeleri de meydana getirmesi kesin olarak biliniyorsa, bu neticeler için de *doğrudan kast* söz konusu olmaktadır (İçel, s. 235; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 386; Hakeri, s. 186). Örneğin, pencere camının arkasında bulunan bir şahsı öldürmek için sıkılan bir kurşunla kesin olarak camın da kırılacağı öngörülmüştür. Burada camın kırılması *doğrudan kastla* gerçekleştirilmiş olmaktadır (İçel,

amacıyla ateşlenen silahtan çıkan kurşunun, hedeflenen kimsenin yanındaki şahıs veya şahısları öldürmesi halinde olası kastla hareket edilmiş olmaktadır²¹¹.

Öldürme suçunda üzerinde durulması gereken önemli bir husus, failin öldürme kastı ile mi yoksa yaralama kastı ile mi hareket ettiğinin tespit edilmesidir. Şayet eylem, yaralama neticesi ile sonuçlanırsa, failin öldürmeye teşebbüsünün olup olmadığına bakılmalıdır. Diğer taraftan ölüm neticesinin gerçekleştiği durumda ise, failin kasten öldürmeden mi yoksa kastın aşılması suretiyle öldürme suçundan mı hüküm giyeceği ortaya konmalıdır²¹².

Kastın var olup olmadığı her olayın oluş şekline ve özelliğine göre mahkeme tarafından tespit edilerek kararın gerekçesinde gösterilecektir. Yargıtay, failin icra ettiği eylemde kasten hareket edip etmediğini belirleme noktasında birtakım ölçütler geliştirmiştir. Bunlar, suçta kullanılan aracın niteliği, vücutta isabet bölgesi, atış uzaklığı, atış-darbe sayısı ve şiddeti, eyleme devam edip etmeme, eylemden önce ve sonrasında failin davranışları gibi kriterlerdir²¹³.

s. 234-235). Bu örnekte, failin gerçekleştirmek istediği netice ile bu neticeden doğan yan neticeler arasında bir zorunluluk bağının olduğundan bahsedilmiştir. Böylece failin bilmesinin eylemi istemesi şeklinde kabul edildiği ileri sürülmüştür. Failin bu yan neticeleri ayrıca istemiş olması aranmamaktadır (Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 386; Hakeri, s. 186).

Herhangi bir hareketin amaçlanan neticenin dışında birtakım neticelere de neden olacağı ihtimalinin fail tarafından öngörülmesi halinde *olası kasttan* söz edilir. *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/ Çakmut, s. 389). Bu kast çeşidinde fail, sonucu öngörmekte ancak olursa olsun düşüncesiyle hareket etmektedir. Örneğin kalabalığın içinde bulunan bir şahsın öldürülmesi amacıyla ateşlenen silahtan çıkan kurşunun yanındaki şahıs veya şahısları öldürmesi halinde *olası kastla* hareket edilmiş olmaktadır (Dönmezer/Erman, II, 234; Hakeri, s. 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 fail, sonucu öngörmekte ancak olursa olsun düşüncesiyle hareket etmektedir. *Olası kast* bu durumda bilinçli taksirden ayrılmaktadır. Zira *bilinçli taksirde* fail, neticenin meydana gelmeyeceğine güvenmektedir. Örneğin, caddede hızlı araba süren kişi birine çarpacağını düşünmekte; ancak kendi tecrübesine güvenerek kazanın gerçekleşmeyeceğini düşünmektedir. Diğer yanda, sürücü trafik lambasının kırmızıyı göstermesine ve o anda yayaların karşıya geçtiğini görmesine rağmen durmayıp yoluna devam etmesi sonucu yayaların ölümüne veya yaralanmasına neden olduğunda *olası kastla* hareket etmiştir. Bu durumda fail, yayaların ölüm veya yaralanma neticesinin gerçekleşeceğini öngörerek kabullenmiş olmaktadır (Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 387-390).

²¹¹ Dönmezer/Erman, II, 234; Hakeri, s. 186.

²¹² Meran, s. 32.

²¹³ Meran, s. 32; Yüksel, s. 30.

2-Kastın Aşılması Suretiyle Öldürme Suçu

Kastın aşılması suretiyle öldürme suçunun, 765 sayılı eski TCK'da düzenlendiği belirtilmiştir²¹⁴. 5237 sayılı TCK'da ise, "neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama" kavramına yer verilmiştir. 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 belirtmiştir²¹⁵. Bununla birlikte, hukukçular arasında "kastın aşılması" ile "netice sebebiyle ağırlaşmış suç" kavramlarının aynı şeyler olup olmadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır²¹⁶. Birtakım eserlerde, 87/4. maddenin *kastın aşılması suretiyle öldürme* suçunu düzenlediği ifade edilmiş olsa da, 765 sayılı TCK'da yer alan *kastın aşılması suretiyle öldürme suçu* ile yeni TCK'da yer alan "netice sebebiyle ağırlaşmış suç" arasında manevî unsur açısından farklılığın bulunduğu üzerinde durulmuştur²¹⁷. Bu suçun manevî unsuru tahlil edilirken sözü edilen farklılığa değinilecektir.

²¹⁴ 765 sayılı TCK'nın 452. maddesinin bu öldürme türünü düzenlediği belirtilmiştir (Erman/Özek, s. 59; Otacı, s. 621).

²¹⁵ Meran, s. 36; Tezcan, s. 130; Yüksel, s. 29, 622.

²¹⁶ Önder'e göre bu iki suç çeşidi arasında fark bulunmamaktadır (Önder, s. 355). Dönmezer-Erman'a göre bu iki suç türü arasında önemli farklar söz konusudur (Dönmezer/Erman, II, 317). Bazı hukukçulara göre, *kastın aşılması suretiyle öldürme* suçunda en önemli husus, kusurluluğa dayalı subjektif sorumluluk yerine, nedensellik bağına dayalı objektif sorumluluğun benimsenmiş olmasıdır (Yüksel, s. 622).

²¹⁷ 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, s. 102; Esen, s. 206; Köroğlu, s. 54-57). Diğer bir neden de, bazı modern hukukçuların yeni TCK'nın 87/4 maddesinin "kastın aşılması suretiyle öldürme" suçunu düzenlediğini ileri sürmeleridir (Meran, s. 36; Tezcan, s. 130; Yüksel, s. 29, 622).

Yeni TCK'nın uygulamaya girmesinden sonra yazılan ceza hukuku ile ilgili eserlere baktığımızda, kastın aşılması suretiyle öldürme suçuna doktrinde kasten öldürme suçuna oranla daha az değinildiğini görmekteyiz. Bunda yeni TCK'da "kastın aşılması" kavramına yer verilmemiş olmasının etkisi olduğu söylenebilir. Örneğin, öldürme suçunu inceleyen Tezcan ve Yüksel kastın aşılması suretiyle öldürme suçuna kasten öldürme suçunun içinde satır aralarında yer verirken (Yüksel, s. 38; Tezcan, s. 130), Meran'ın kasten öldürme suçunun son kısmında ayrı bir başlık altında ancak maddî ve manevî unsura ayrıntılı şekilde değinmeksizin bu suçtan bahsettiği görülmektedir (Meran, s. 34). Diğer taraftan Otacı ise eserinde kastın aşılması suretiyle öldürme suçunu unsurlarıyla birlikte tetkik etmiştir (Otacı, s. 621-646). Ancak Otacı'nın eserini sadece kasten öldürme suçlarına hasrettiğini ve kasten öldürme suçunun nitelikli hallerini dahi ayrı bir öldürme türü olarak unsurlarına ayırmak suretiyle tetkik ettiğini belirtmek gerekmektedir.

a-Maddî Unsurlar

Bu suçun maddî unsuru kasten müessir fiilin gerçekleştirilmesidir. Bundan sonra kastedilenden daha ağır olan ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Ayrıca yaralama eylemiyle ölüm neticesi arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Ölümün, failin eylemi sonucu meydana gelmemesi, yani failin fiili ile netice arasında illiyet bağının kesilmesi halinde ise, fail ölüm neticesinden sorumlu tutulmayacaktır²¹⁸.

b-Manevî Unsurlar

Bu suçta manevî unsur, failin ölüm neticesine yol açan müessir fiili kasten işlemesidir. Burada zikri geçen kast, öldürme kastı değil; yaralama kastıdır²¹⁹. Kastın aşılması suretiyle öldürme suçundan cezalandırılabilmesi için, failin yaralama kastıyla gerçekleştirdiği eylemin ardından ölüm neticesinin meydana gelmiş olması ve failin netice bakımından taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekmektedir. Ancak 87. maddenin uygulanabilmesi için, failin ölüm neticesini istememiş, olası kastla dahi hareket etmemiş olması gerekir. Yani ölüm neticesini kabullenip buna razı olmaması gerekmektedir²²⁰.

TCK'nın 87. maddesinde yer verilen "*netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda*", failin ağır neticeden sorumlu olabilmesi için taksir derecesinde kusurunun olması gerektiğine 23. maddede değinilmiştir²²¹. Taksir düzeyinde kusurdan kastedilen, failin gerçekleştirmiş olduğu eylemin sonucunda daha ağır bir neticenin gerçekleşeceğini öngörmesidir²²². 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 gidilecektir²²³.

Failin olayda herhangi bir taksirinin olup olmadığı hakim tarafından araştırılmalıdır. 765 sayılı yasada failin taksirinin araştırılması söz konusu

²¹⁸ Otacı, s. 625; Parlar/Demirel, s. 375-381.

²¹⁹ Otacı, s. 626.

²²⁰ Meran, s. 36; Tezcan, s. 130.

²²¹ TCK'nın 23. maddesinin 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."

²²² Otacı, s. 625.

²²³ Otacı, s. 624.

olmadığından objektif sorumluluk kuralları uygulanmaktaydı²²⁴. 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 olmaktadır²²⁵. 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.

3-Taksirle Öldürme Suçunun Maddî ve Manevî Unsurları

Suçlar genelde kasten işlenmektedir. Bunun yanında taksirle işlenen fiiller de kanunda suç olarak tanımlanmaktadır²²⁶. Belki de, bundan dolayı, yani suçların taksirle işlenmesi kasdî suçlara oranla daha az olduğundan, taksirle öldürme fiilinin unsurlara ayrılarak incelenmesine, eserlerde diğer öldürme türlerine nispeten daha az yer verilmektedir²²⁷.

5237 sayılı ceza kanunumuz taksiri şu şekilde tarif etmiştir: "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir (TCK m. 22/2)."

²²⁴ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 407-408.

²²⁵ Hakeri, s. 209-211.

²²⁶ Meran, s. 91.

²²⁷ Örneğin, Parlar/Demirel, *kasten öldürme ve kastı aşan öldürme* suçlarının unsurlarını incelerken taksirle öldürmeyi unsurlarına ayırarak ele almamıştır. Meran, *kasten öldürme* suçunun unsurlarına yer verirken "taksirle öldürme" konusunu ayrı bir başlık altında dahi ele almamış, *taksir* konusunu ise genel olarak incelemiştir (Meran, s. 91). Aynı şekilde, Tezcan/Erdem/Önok "hayata karşı suçlar" bölümünde *kasten öldürme* suçunu unsurlarıyla birlikte incelerken *taksirle öldürme* suçuna yer vermemiştir. Yüksel, birçok suç çeşidini ele aldığı kitabında *kasten öldürme* suçunu unsurlarına ayırarak ele alırken, *taksirle öldürme* suçunu ayrı bir başlık altında incelemesine rağmen; bu öldürme türünü unsurlarına ayırarak tetkik etme yoluna gitmemiştir (Yüksel, s. 153).

Kusurluluğun ikinci temel unsurunu oluşturan taksirin kasttan temel farkı, iradenin neticeye yönelik olmamasıdır. Kastta fail, neticeyi öngörür ve ister. Taksirde ise, fail neticeyi ya öngörmez ya da öngörür ancak onun gerçekleşmesini istemez²²⁸.

Modern hukuk doktrinde bilinçli ve bilinçsiz taksir olmak üzere iki tür taksir çeşidi vardır ve daha çok bilinçli taksirden söz edilmektedir. Türk Ceza Kanunu da sadece bilinçli taksiri tarif etmiştir. Kanunumuza göre, "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır (TCK m. 22/2)". Failin neticeyi öngörmeyip ancak öngörebilecek durumda olması halinde ise bilinçsiz taksir oluşmaktadır²²⁹. Bilinçli ve bilinçsiz taksir şu örneklerde daha iyi anlaşılmaktadır. Kişinin boş sandığı bir tabancayı ateşlemesi sonucu bir kimsenin ölümüne sebebiyet vermesi olayında bilinçsiz taksir vardır. Ancak, dolu bir tabancayı usta bir atıcı olduğuna güvenerek ateşleyip de taksir sonucu birinin ölümü veya yaralanmasına neden olan kişi ise bilinçli taksir ile hareket etmektedir²³⁰.

Suçun, kast veya taksirden hangisiyle işlendiği şu şekilde tespit edilmektedir. Öncelikle, neticenin öngörülebilir olup olmadığı hususu incelenecektir. Şayet netice objektif olarak öngörülebilir bir mahiyet arz ediyorsa, bundan sonra failin neticeyi öngörüp öngörmediği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Şayet fail, neticeyi öngörmemiş ancak öngörebilecek durumda bulunuyorsa *bilinçsiz taksirle* hareket etmiş demektir. Fail, şayet sonucu öngörmüşse bu durumda neticeyi isteyip istememesine bakılacaktır²³¹. Netice fail tarafından öngörülmeyle beraber, istenmemişse bu durumda *bilinçli taksir* vardır. Öngörülmeyle birlikte neticenin gerçekleşmesi de istenmişse, bu durumda *kasten öldürme* söz konusu olmaktadır.

Günümüz hukukunda, taksirle öldürme suçu incelenirken genelde sadece manevî unsura yer verildiği; maddî unsura değinilmediği görülmektedir. Bizler de, taksirle öldürmenin maddî unsuruyla ilgili olarak, herhangi bir hareketle bu suçun

²²⁸ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 395; Hakeri, s. 197.

²²⁹ Hakeri, s. 203.

²³⁰ Hakeri, s. 203.

²³¹ İçel, s. 255.

icra edilebildiğini, yani bu öldürme türünün serbest hareketli bir suç olduğunu ifade etmekle yetiniyoruz.

IV-MODERN İSLAM HUKUKU ESERLERİNDE ÖLDÜRME SUÇUNUN UNSURLARI

Hanefî mezhebinde suçun unsurları, modern hukukta olduğu gibi sistematik bir tarzda ele alınmamış, maddî ve manevî unsur kavramlarına yer verilmemiştir. Modern çağlarda ise, Hanefî doktrininin de içinde yer aldığı İslam hukuku günümüz hukuk anlayışıyla tetkik edilmeye ve suçla ilgili hususlar mukayeseli bir metotla ortaya konmaya başlanmıştır. Günümüz İslam hukuku eserlerinde, suçun unsurları modern hukuk perspektifiyle analiz edilmiş, maddî ve manevî unsur ayrımlarına yer verilmiştir. Dolayısıyla Hanefî doktrinde öldürme suçunun maddî ve manevî unsurlarını tespit edebilmek için öncelikle modern İslam hukukçularının bu konudaki eserlerinin tetkikine ihtiyaç duyulmaktadır.

İslam hukuku alanında Arap dilinde yazılan günümüz eserlerinde, suçun unsurları incelenirken *unsur* kavramını karşılamak üzere *rûkûn* teriminin kullanıldığı görülmektedir²³². 'Udeh ve Ebû Zehra, suçun unsurlarını, kanunî unsur (er-rûknü's-şer'î), maddî unsur (er-rûknü'l-maddî) ve manevî unsur (er-rûknü'l-edebî) olarak belirlemiştir²³³. Fethî b. Tayyib Hamâsî, İslam ceza hukukunun genel kısmına yer verdiği eserinde sadece maddî ve manevî unsuru zikretmiştir²³⁴. Avcı ve Aydın, kanunî unsur, maddî unsur, manevî unsur ve hukuka aykırılık unsuruna yer vermiştir²³⁵.

Özellikle Arap dilinde yazılan eserlerde, modern İslam hukukçularının günümüz hukukunda yer alan bütün unsurları değil; bazı suç unsurlarını incelediği görülmektedir. Bu araştırmacıların eserlerinde, İslam ceza hukukunun genel bölümünde unsurların ele alınış biçimi modern hukuk sistematığına benzemekle birlikte, ceza hukukunun özel kısmına gelindiğinde, yani her suç kendi içinde ele

²³² 'Udeh, I, 110; Behnesî, s. 85, 100, 116.

²³³ Ebû Zehra, s. 168-169; 'Udeh, I, 110.

²³⁴ Hamâsî, s. 281-295.

²³⁵ Aydın, s.188-206; Avcı, s. 32-70, 104-108, 115-117, 124-128, 139-140, 150-156, 164-74, 219-222, 233-244, 269-271, 312-317, 348-351, 366-376.

alınıp o suçla ilgili unsurlar incelendiğinde, yazarların belirlemiş olduğu unsurlar arasında önemli farklar ortaya çıkmaktadır. Hatta farklı yazarların aynı suç hakkında farklı unsurlar belirlediğini, unsurları ifade eden kavramları kullanımda da farklı bir metot takip ettiklerini görmekteyiz²³⁶.

Suçun dört unsurundan bahseden Aydın²³⁷, her bir suçu özel olarak incelerken, genelde dört unsuru isimleriyle ayrı ayrı belirtmek yerine, herhangi bir kavram zikretmeksizin bunları maddeler halinde sıralamıştır. Aynı şekilde 'Udeh, genel kısımda, suçun üç unsuruna yer verip bunları kanunî unsur (er-rüknü's-şer'î), maddî unsur (er-rüknü'l-maddî) ve manevî unsur (er-rüknü'l-edebî) şeklinde açıklamasına rağmen²³⁸, özel kısımda suçların her birinin unsurlarını zikrederken maddî unsur, manevî unsur, kanunî unsur kavramlarını kullanmamış, farklı isimlerle unsurları ele almış, ayrıca kanunî unsura özel ceza hukuku bölümünde hiç yer vermemiştir. Behnesî, hususî ceza hukukuna hasrettiği eserinde her bir suçun unsurlarını belirlerken sadece maddî ve manevî unsurdan bahsetmiştir²³⁹.

Çağdaş İslam hukukçuları öldürme türlerini teker teker ele alıp bunlara ait unsurları ayrı ayrı tespit etmişlerdir. 'Udeh'in eserinde '*amden öldürmenin* unsurları (rükünleri); öldürülmek istenen kişinin hayat sahibi olması, ölümün failin fiilinin

²³⁶ 'Udeh birçok suç çeşidinde farklı sayıda rükna yer vermiştir. Örneğin zina fiili ve bu fiilin icrasını kastetmek, zina suçuna ait iki rükün olarak karşımıza çıkmaktadır ('Udeh, II, 349). İçki içme suçunda ise, içme hareketi ile suç kastı (cezaî kast), bu suçun iki rükününü oluşturmaktadır ('Udeh, II, 498). Son iki suç çeşidinde müellif, suçun sadece maddî ve manevî unsuruna yer vermiştir. Zina isnadı suçunda ise, maddî ve manevî unsurun yanında mağdûrun muhsân olmasını da bir unsur olarak zikretmiştir ('Udeh, II, 461).

Behnesî, 'Udeh gibi, suçları tek tek analiz ederken farklı suç türleri için muhtelif sayıda unsur belirlemiştir. 'Udeh'in eserinde iki olarak zikrettiği zina suçuna ait unsurlar, Behnesî'nin eserinde üç olarak yer almıştır. Bunlar; suçun maddî unsurunu ifade eden cinsel ilişki eylemi, yani maddî fiil, suçun tarafları olan zânî ve zâniye ve manevî unsuru ifade eden cinâyet kastıdır. Behnesî'nin, 'Udeh'in zikretmiş olduğu iki unsura suç faillerini de eklediğini görmekteyiz (Behnesî, s. 102). Behnesî, bu üçlü unsur anlayışını zina suçu dışında, zina isnadı ve içki içme suçunda da ortaya koymuş ve bu suç çeşitlerinde de unsurları üç olarak zikretmiştir (Behnesî, s. 149, 182). 'Udeh ve Behnesî'nin eserlerinde zina isnadı suçunda rükün sayısının üç olarak belirlendiği, bunların içinde maddî ve manevî unsurun her iki yazar tarafından rükün olarak kabul edildiği görülmektedir. Ancak üçüncü rükün/unsur olarak, 'Udeh, mağdûrun muhsân olma şartını zikrederken, Behnesî ise suçun taraflarını unsur olarak ele almıştır. 'Udeh'in zina isnadı suçunda farklı olarak eklediği, mağdûrun muhsân olma vasfı ('Udeh, II, 473), Aydın'ın eserinde de zikredilmiştir (Aydın, s. 219). Diğer taraftan, mağdûrun muhsân (iffetli) olma vasfı, Avcı'nın eserinde, zina isnadı suçunun ön şartı olarak yer almıştır (Avcı, s. 215).

²³⁷ Aydın, s.188-206.

²³⁸ 'Udeh, I, 110.

²³⁹ Behnesî, s. 16, 64, 102, 121, 149, 171, 182, 191, 203, 212, 225, 234.

neticesinde gerçekleşmesi, failin öldürme kastı olarak belirlenmiştir²⁴⁰. Behnesî'nin yer verdiği 'amden öldürmenin unsurları, 'Udeh'in zikrettiği unsurların aynısıdır²⁴¹. Avcı'nın eserinde ise, 'amden öldürmenin unsurları modern hukuk sistematığına uygun olarak kanunî, maddî, manevî unsur ve hukuka aykırılık unsuru olarak belirlenmiştir.

Yukarıda adı geçen üç hukukçu da, 'amden öldürme türünde maddî unsurun muhtevası içinde, birçok öldürme eylemini analiz etmiş, bunun yanında ihmal suretiyle öldürme eylemlerine de yer vermiştir²⁴². Ayrıca, 'Udeh ve Avcı'nın unsurları incelerken İslam hukukunda önemli bir yer tutan mübâşeret-tesebbüb konusuna maddî unsurun içinde yer verdikleri görülmektedir²⁴³. Bunlara ek olarak, 'Udeh ve Avcı'nın manevî unsurun içinde olası kast, yanılma ve sapma gibi hususları incelediği görülmektedir²⁴⁴.

'Udeh, 'amden öldürme türünde olduğu gibi şibh-i 'amd yoluyla öldürmenin unsurlarını da üç olarak belirlemiştir. Ancak onun bu türde yer verdiği unsurlar, 'amden öldürme türündeki unsurlardan farklı kavramlarla ifade edilmiştir. 'Udeh'in eserinde şibh-i 'amd yoluyla öldürme suçunun unsurları, öldürme eyleminin fail tarafından işlenmesi, failin öldürme fiilini düşmanlık, saldırı ('udvân) kastıyla icra etmesi ve failin fiiliyle ölüm neticesi arasında sebebiyet alakasının bulunmasıdır²⁴⁵.

'Udeh'in iki farklı öldürme suçunda temel unsur olarak ele aldığı hususlar göz önüne alındığında, 'amden öldürme türünde sebebiyet alakasını zikretmediği, bu unsuru sadece şibh-i 'amd yoluyla öldürme suçunda incelediği düşünülebilir. Ancak 'amden öldürme türünün ikinci unsuru olan *öldürme eyleminin failin fiili neticesinde meydana gelmesi* başlığı altında sebebiyet alakasını da analiz etmiştir²⁴⁶. Bu husus, bazı hukukçuların unsurları tetkik ederken kullandıkları bazı kavramlarda kesin bir standardın bulunmadığını göstermektedir.

²⁴⁰ 'Udeh, II, 12.

²⁴¹ Behnesî, s. 197.

²⁴² Avcı, s. 34-38; 'Udeh, II, 57-74; Behnesî, s. 209-211.

²⁴³ 'Udeh, II, 36-46; Avcı, s. 38-39.

²⁴⁴ 'Udeh, II, 87-91; Avcı, s. 41-44.

²⁴⁵ 'Udeh, II, 95.

²⁴⁶ 'Udeh, II, 36-57.

Avcı'nın eserinde şibh-i 'amd yoluyla öldürme türüne ait unsurlar; 'amden öldürmede olduğu gibi modern hukuk sistemine uygun şekilde, kanunî unsur, maddî unsur, manevî unsur, hukuka aykırılık unsuru olarak tespit edilmiştir²⁴⁷.

Behnesî, şibh-i 'amd yoluyla öldürme ve hata ile öldürme suçlarını incelerken bu suçlara ait unsurlardan bahsetmemiş, bu iki öldürme türünü fıkıh eserlerinde yer verildiği şekliyle incelemiştir²⁴⁸.

'Udeh'in eserinde hata ile öldürmenin unsurları üç olarak tespit edilmiştir. Bunlar, maktûlün ölümüne yol açan fiil, hata unsuru ve fiille netice arasında sebebiyet alakasının bulunmasıdır²⁴⁹. Avcı ise, hata ile öldürmenin unsurlarını diğer öldürme türlerinde olduğu gibi kanunî unsur, maddî unsur, manevî unsur, hukuka aykırılık unsuru olarak tespit etmiştir²⁵⁰.

²⁴⁷ Avcı, s. 104-106.

²⁴⁸ Behnesî, s. 215-220.

²⁴⁹ 'Udeh, II, 108.

²⁵⁰ Avcı, s. 115-117.

BİRİNCİ BÖLÜM

SADECE HANEFÎ MEZHEBİNE ÖZGÜ OLMAYAN ÖLDÜRME TÜRLERİ

I-AMDEN ÖLDÜRME

A-'Amd ve İlgili Kavramlar

'Amd, sözlükte kastetmek, niyet etmek, bir şeye yönelmek, bir şeye destek olmak gibi anlamlara gelmektedir²⁵¹. Öldürme suçunun tetkik edildiği Hanefî eserlerinde 'amd, hatanın zıddı olarak belirtilmektedir²⁵². Kurân-ı Kerim'de, öldürme eylemlerinden bahseden ayetlerde yer alan "müte'ammid" kavramı²⁵³, *hata* ile gerçekleştirilen fiillerden farklı olarak kasıtlı öldürme eylemlerini ifade etmektedir. "Müte'ammid" kavramına Hanefî eserlerinde de rastlanmaktadır²⁵⁴. Ayrıca, hemen bütün Hanefî eserlerinde 'amden öldürmenin tanımında aynı kökten türeyen "te'ammede" kavramına yer verilmiştir. Yine aynı kökten gelen 'amdiyyet kavramı da Hanefî fıkıh eserlerinde yer yer zikredilmektedir²⁵⁵.

B-'Amd-Kasıt İlişkisi ve Kastla İlgili Kavramlar

Kasıt sözlükte, yolun düzgün olması ve bir şeye yönelmek gibi anlamlara gelmektedir²⁵⁶. Hanefî eserlerinde 'amd kavramının kasıt kavramı ile yakın ilişkisi göze çarpmaktadır. Birçok Hanefî eserinde 'amd, kasıt kavramıyla (العمد هو القصد) açıklanmıştır²⁵⁷. Diğer taraftan Hanefî metinlerinde, 'amdi kastın özel bir şekli olarak açıklayan ifadelerle de rastlanmaktadır.

Akıl hastası ve yaş küçüklüğü olan kişilerin öldürme fiillerinden dolayı, kefâret ödeme, miras ve vasiyetten mahrumiyet yaptırımına tabi olmadığını ifade ederken, Serahsî 'amdi kastın bir türü olarak ifade etmiştir. *Kastın* hayvanlarda da

²⁵¹ Fîrûzâbâdî, "'amd" maddesi; İbn Manzûr, "'amd" maddesi.

²⁵² Serahsî, XXVI, 94; Zeyle'î, VI, 139; Bâbertî, X, 207; Tûrî, VIII, 388.

²⁵³ Nisâ Sûresi, 93.

²⁵⁴ Tahâvî, *Müşkilü'l-Âsâr*, III, 138,192; Cessâs, *Ahkâm*, I, 195; Kâsânî, VII, 234; Mergînânî, IV, 158.

²⁵⁵ Serahsî, XXVI, 86; Kâsânî, VII, 234; Zeyle'î, VI, 98; Bâbertî, X, 206; İbn Hümâm, X, 211.

²⁵⁶ Fîrûzâbâdî, "*Kasd*" maddesi; İbn Manzûr, "*Kasd*" maddesi.

²⁵⁷ Mergînânî, IV, 158; Zeyle'î, VI, 97-98; Bâbertî, X, 205; İbn Hümâm, X, 205; İbn 'Âbidîn, VI, 527.

bulunduğuna değinen Serahsî, ancak hayvanların fiillerinin 'amdiyyet kavramıyla nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir²⁵⁸. Küçüklerin eyleminin de " 'amdiyyet" vasfından yoksun olduğuna vurgu yapan Serahsî²⁵⁹, hukuk kaidelerinin küçüklere uygulanamayacağını (غير صالح لبناء أحكام الشرع عليه), onların kastının kendi yararlarına olan hususlarda itibara alındığını, ancak zararlarına olan konularda dikkate alınmadığını açıklamıştır. Sonuç olarak Serahsî, 'amdi hukûken muteber kabul edilen *kasıt* olarak (أن العمد عبارة عن قصد معتبر في الأحكام شرعا) açıklamıştır²⁶⁰.

Akıl hastası ve yaşça küçük olan kişilerin öldürme fiillerinden dolayı, kefâret ödeme, miras ve vasiyetten mahrumiyet yaptırımına tabi olmadığını ifade eden diğer bir Hanefî hukukçusu Mergînânî ise, 'amdi kastın bir şekli olarak görmemiş, 'amdle kastın aynı şeyler olduğunu ifade etmiştir. 'Amdin bilme unsuruyla ilişkisine değinen (العمدية تترتب على العلم) Mergînânî, aklî melekeleri yerinde olmayan deli (عديم العقل) veya aklî melekeleri tam gelişmemiş (قاصر العقل) olan çocuktan *kasıtlı* bir eylem beklenemeyeceğini ve onların durumlarının uyku halindeki kimseye benzediğini belirtmiştir²⁶¹.

Hanefî eserlerinde kastın ele alındığı metinlerde sıklıkla yer verilen önemli bir kavram *sahih kast* kavramıdır. Bu metinlerde *sahih kast*la ehliyet sahibi kimselerin kastının ifade edildiği anlaşılmaktadır²⁶². Diğer taraftan Hanefî metinlerinde, baygın²⁶³, Sarhoş²⁶⁴, çocuk ve akıl hastalarında²⁶⁵ *sahih kast*ın bulunmadığı belirtilmiştir.

Günümüz hukukunda yer verilen birçok kast türünü Hanefî doktrininde göremediğimizi belirtmeliyiz. Modern hukukta öldürme suçu incelenirken genelde, doğrudan kast-olası kast ve genel-özel kast ayrımlarına değinilmiştir²⁶⁶. Günümüz hukukunda öldürme suçunun genel kastla icra edilebileceği, yani öldürme eyleminde

²⁵⁸ Serahsî, XXVI, 86-87.

²⁵⁹ Serahsî, XXVI, 86-87; Mergînânî, IV, 188-189.

²⁶⁰ Serahsî, XXVI, 86-87.

²⁶¹ Mergînânî, IV, 188-189; Tûrî, VIII, 388.

²⁶² Serahsî, VI, 177; Kâsânî, V, 45; Zeyle'î, V, 191.

²⁶³ Serahsî, VI, 178

²⁶⁴ Serahsî, VI, 177; Kâsânî, V, 45;

²⁶⁵ Serahsî, VI, 177; Kâsânî, V, 45

²⁶⁶ Tezcan, s. 128-132; Otacı, s. 449-450; Meran, s. 31; Yüksel, s. 29.

failin *özel kastla*, herhangi bir *sâikle* hareket etmesinin gerekmediği belirtilmiştir. Ancak failin herhangi bir *amaçla* hareket etmesi durumunda, öldürme fiili nitelikli bir hal almaktadır. Hanefî mezhebinde ise, failin belli bir *sâikle* gerçekleştirdiği öldürme eylemlerine değinilmemiştir. Dolayısıyla, Hanefî mezhebinde genel kast-özel kast ayrımının bulunmadığı söylenebilir.

Modern hukukta öldürme eyleminde kastla ilgili önemli bir diğer ayrım doğrudan kast-olası kast ayrımıdır²⁶⁷. Hanefî mezhebinde *olası kastı* ifade eden bir kavram bulunmamaktadır. Zuhaylî de, Hanefî doktrinde doğrudan kast-olası kast ayrımının olmadığına değinmiştir²⁶⁸.

C-'Amden Öldürme Kavramı

Günümüz İslam hukukçuları, modern hukukta yer alan "kasten öldürmeye" benzerliği dolayısıyla İslam hukukundaki *'amd* türüne dahil eylemleri *kasten öldürme* kavramıyla ifade etmişlerdir. Ancak ileriki sayfalarda değinileceği üzere, Hanefî mezhebinde *'amd* türünün modern hukukta mevcut *kasten öldürmeden* maddî ve manevî unsur açısından önemli oranda farklılık arz ettiği kanaatinde olduğumuzdan, bu türde zikredilen eylemleri modern hukuk kavramı olan *kasten öldürme* yerine *'amden öldürme* kavramıyla ifade edeceğiz.

D-'Amden Öldürme Türünün Maddî ve Manevî Unsurları

1- Maddî Unsurlar

a-Hareket Unsuru

Bu başlık altında, Hanefî doktrinde *'amden öldürme* türünde hareket unsurunun muhtevası belirlenecektir. Bunun için, öncelikle, modern hukuk ve modern İslam hukuku araştırmalarında hareket unsurunun içeriğinin tespiti gerekmektedir.

²⁶⁷ Önceki sayfalarda bu hususta bilgi verilmiştir (bkz. dipnot 210).

²⁶⁸ Zuhaylî, VII, 5659.

Modern hukukta, maddî unsurun içinde öldürme eylemiyle ilgili bazı hususlara, örneğin, suçta kullanılan vasıtalar ve eylemin icra şekliyle ilgili birtakım misallere yer verildiği görülmektedir²⁶⁹. Çağdaş İslam hukuku araştırmacılarının eserlerine baktığımızda da, 'amden öldürme suçunun maddî unsuru analiz edilirken, modern hukukta olduğu gibi suçun icra şekliyle ilgili birtakım örneklerle yer verildiği görülmektedir. Ayrıca, bu kitaplarda suçta kullanılan aletle ilgili detaylı açıklamalara değinilmiştir. Bunun yanında günümüz İslam hukuku metinlerinde, mübâşeret-tesebbüb ayırımına da yer verilmiştir²⁷⁰.

Modern hukuk metinleri ve çağdaş İslam hukukçularının eserleri incelendiğinde, suçta kullanılan araçlar ve hareketin icra şekli gibi özelliklerin öldürme suçunda maddî unsurun önemli bir parçasını oluşturduğu görülmektedir. Hareketten bağımsız olarak ele alınamayacak bu hususları, *özel unsurlar* olarak hareket unsuru içinde ele alma zorunluluğu doğmaktadır.

i-'Amden Öldürme Türünde Kullanılan Araçlar

aa-'Amden Öldürme Türünde Kullanılan Araçların Hanefî Literatüründe Analizi

Hanefî mezhebinde 'amd ve şibh-i 'amd yoluyla öldürmede, *eylemde kullanılan alet* üzerinde önemle durulmaktadır. Özellikle *eylemde kullanılan aletin niteliği*, 'amd ve şibh-i 'amd suçlarının ayırımında bir unsur olarak işlev görmektedir.

'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 fakihlerinin 'amden öldürme eylemlerinde kullanılan vasıta ile ilgili bu temel yaklaşımı, ilk dönem metinlerinden itibaren bütün eserlerde görülmektedir.

²⁶⁹ Tezcan, s. 122; Meran, s. 33.

²⁷⁰ Behnesî, s. 203-207; 'Udeh, II, 26-32, 36-41; Avcı, s. 32-39.

İmam Muhammed'in eserinde 'amden öldürme suçu silahla vurma kastı olarak açıklanmıştır (فأما العمد فهو ما تعمدت ضربه بالسلح)²⁷¹.

Tahâvî (321/933) 'amdin tarifinde vurma (darabe) kavramına yer vermemiş ve Hanefî hukukçularının görüşünü şu şekilde nakletmiştir: Ebû Hanîfe, 'amdi, failin silah veya onun işlevini gören yaralayıcı bir aletle 'amden öldürme eylemini icra etmesi olarak açıklamıştır (ما تعمده بالسلح او بماسواه مما يجرح فقتله به). İmâmeyn ise, öldürücü aletleri yaralayıcı niteliğe sahip olmasa dahi silah hükmünde kabul etmiş ve bu nitelikteki aletlerle icra edilen öldürme fiillerini 'amden öldürme türünde değerlendirmiştir (كل ما قتل به مما مثله يقتل و ان كان لا يجرح فهو كالسلح). Bu sebeple İmâmeyn, Ebû Hanîfe'nin aksine, büyük kütleli kaya parçası veya ağaçtan yapılmış bir vasıta ile gerçekleştirilen fiilleri de 'amden öldürme sınıfına dahil etmiştir²⁷².

Cessâs (370/981)²⁷³, 'amden öldürme hakkında Ebû Hanîfe'nin görüşünü destekleyen birtakım hadislerle yer vermiştir. Onun zikrettiği delillerden birincisi, Hz. Peygamberin *"kılıç dışındaki vasıtalarla gerçekleştirilen eylemlerin hata (hataü'l'amd, şibh-i 'amd) ile öldürme sınıfında yer alacağını"* belirten hadîsidir²⁷⁴. Serahsî, bu hadîsin metninde yer alan kılıçtan kastedilenin silah olduğunu, sahâbenin kılıç kavramını bu şekilde anladığını belirtmiştir. Ayrıca Serahsî savaş aletleri içinde en önemlisinin kılıç olduğunu ve bu aleti kullanan kişinin savaştan başka maksadının olmayacağını belirtmiştir²⁷⁵.

Cessâs'a göre, yukarıdaki paragrafta yer verilen hadiste, kılıç dışındaki aletlerle gerçekleştirilen eylemlerin hata (hataü'l'amd, şibh-i 'amd) kapsamına dahil edilmesi, İmâmeyn'in görüşünün aksine, büyük kütleli taş veya ağaçtan yapılmış aletlerle gerçekleştirilen eylemlerin 'amd türünde değil; şibh-i 'amd sınıfında yer aldığını göstermektedir. Nitekim Hz. Peygamberin (as) *"sopa veya kamçı ile gerçekleştirilen öldürme eylemlerini şibh-i 'amd olarak nitelendiren"* hadîsi²⁷⁶ de

²⁷¹ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 394.

²⁷² Tahâvî, *Muhtasar*, s. 232.

²⁷³ Cessâs, *Şerh*, III, 335-342.

²⁷⁴ 'Abdürrezzak, " 'Ukûl 1"; Beyhakî, "Nafakât 53", Dârekutnî, "Hudûd ve'd-Diyât 85".

²⁷⁵ Serahsî, XXVI, 122.

²⁷⁶ Nesâî, "Kasâme 33"; Ebû Dâvûd, "Diyât 19"; İbn Mâce, "Diyât 5"; Dârimî, "Diyât 22"; 'Abdürrezzak, " 'Ukûl 4".

buna işaret etmektedir. Ayrıca, Ebû Hanîfe'nin görüşünü destekleyen diğer bir delil, *Hüzeyl kabîlesinden kavga eden iki kadından birinin hamile olan diğerine taş atarak onun ve karnındaki bebeğinin ölümüne yol açması eyleminde, Hz. Peygamberin (as) çocuk için gurre²⁷⁷, kadın için ise diyete hükmettiğini²⁷⁸ belirten hadîs-i şeriftir²⁷⁹.*

Ebû Hanîfe'nin hangi tür eylemleri 'amd türüne dahil ettiği hususunda, Hanefî eserlerinde iki farklı görüşe yer verilmektedir. Bu görüşlerden birincisinde, Ebû Hanîfe, "yaralayıcı nitelikte bir aletin veya silahın" kullanıldığı eylemleri 'amden öldürme olarak değerlendirmiştir. Diğer görüşünde ise, Ebû Hanîfe, "demirden yapılmış vasitanın" kullanıldığı eylemleri 'amden öldürme olarak nitelendirmektedir. Hz. Peygamberin (as) *demirden yapılmış aletler dışında icra edilen öldürme eylemlerinden dolayı kısâs cezasının uygulanmayacağını* belirten hadîsinin²⁸⁰, Ebû Hanîfe'nin ikinci görüşü için delil olduğu belirtilmiştir²⁸¹.

Cessâs, Ebû Hanîfe'nin dayandığı delilleri sıralarken, *hamile bir kadının karnına çadır direğiyle vurularak kendisinin ve çocuğunun öldürülmesi eyleminde, Hz. Peygamberin (as) çocuk için gurre, kadın için ise diyete hükmettiğini* bildiren hadîse de yer vermiştir²⁸². Cessâs, çadır direğinin genelde öldürücü bir vasıta olduğunu, ancak hadiste de görüldüğü üzere, kısâs cezasını gerektirmediğini belirtmiştir²⁸³. Diğer taraftan Cessâs bu hadîsin hemen ardından, onun zıttı bir anlama sahip olan ve *"kavga eden iki kadından birinin hamile olana çadır direğiyle vurarak onun ve karnındaki bebeğinin ölümüne yol açtığı eylemde, Hz. Peygamber'in çocuk için gurre, kadın için kısâs cezasına hükmettiğini"* bildiren başka bir rivâyete²⁸⁴ de yer vermiştir.

Cessâs, yukarıda yer alan ve farklı anlamlar içeren iki hadîsi yorumlarken, kısâs cezasının uygulandığı eylemde kullanılan *direğin ucunda demir olması veya*

²⁷⁷ Gurre, anne karnındaki cenînin düşmesine sebep olan kimsenin ödeyeceği tazminatı ifade etmektedir.

²⁷⁸ Buhârî, "Tıp 45"; Müslim, "Diyât 11"; Beyhakî, "Diyât 3"; Ebû Dâvûd, "Diyât 39".

²⁷⁹ Cessâs, *Şerh*, III, 335-342.

²⁸⁰ Beyhakî, "Nafakât 77".

²⁸¹ Cessâs, *Şerh*, III, 335-342.

²⁸² Ebû Dâvûd, "Diyât 40"; Nesâî, "Kasâme 40".

²⁸³ Cessâs, *Şerh*, III, 335-342.

²⁸⁴ Ebû Dâvûd, "Diyât 21"; İbn Mâce, "Diyât 11"; Dârekutnî, "Hudûd ve'd-Diyât 15"; Nesâî, "Kasâme 11".

ucunun sivri olmasının ihtimal dahilinde bulunduğunu belirtmiştir. Diğer taraftan, yukarıda yer verilen iki hadîsin aynı eylem hakkında vârid olmasının da imkan dahilinde olduğunu belirten müellif, bu durumda, olaydan hemen sonra öldürme eylemini gerçekleştiren kadının maktûleye direk vurduğu şeklinde Hz. Peygambere (as) bilgi verilmiş olabileceğine değinmiştir. Bu haber üzerine Hz. Peygamber (as) diyete hükmetmiş olmalıdır. Cessâs, diyete hükmettikten sonra, suç failinin eylemde kullandığı direğin *sivri uçlu kısmıyla* kadının karnını yardığı şeklinde yeni bir bilgi verilmesi üzerine, Hz. Peygamberin (as) kısısa karar vermiş olabileceğini belirtmiştir²⁸⁵.

Ebû Hanîfe'nin görüşünü destekleyen delilleri sıralamaya devam eden Cessâs, büyük kütleli taş veya odundan yapılmış vasıtalarla gerçekleştirilen öldürme fiillerini, Hz. Ali'nin *şibhi 'amd* sınıfında değerlendirdiğine yer vermiştir²⁸⁶. Cessâs, Hz. Ali'nin sözünde yer alan *şibh-i 'amdin* bir hukuk terimi olduğunu, hukuk terimlerinin de ancak "tevkîfen (Hz. Peygamberden duyarak)" nakledileceğini, dolayısıyla Hz. Ali'nin bu görüşünü "tevkîfen" söylemiş olacağını belirtmiştir²⁸⁷.

Cessâs, Ebû Hanîfe'nin dışındaki hukukçuların kendi görüşlerini desteklemek üzere, ileri sürdükleri delilleri de zikretmiştir. Örneğin, büyük kütleli taş parçasıyla gerçekleştirilen eylemlerin 'amd türünde yer alacağını savunanlar, Hz. Peygamberin (as) *câriye bir kadının başını iki taşın arasında sıkıştırarak öldüren bir Yahudi'ye kisas uyguladığına* dair rivâyeti delil almışlardır²⁸⁸. Cessâs, bu hadîsin ihtilaf konusu olamayacağını; zira Yahudi şahsın *eylemde kullandığı taşın niteliğinin* belirtilmediğini, bu taşın *sivri uçlu* olmasının ihtimal dahilinde olduğunu belirtmiştir²⁸⁹.

Sadece *yaralayıcı bir aletle* öldürme eylemini icra eden faile kısıs cezası uygulanacağını kabul eden Ebû Hanîfe, diğer taraftan, insanların boğazını sıkarak

²⁸⁵ Cessâs, *Şerh*, III, 338.

²⁸⁶ İbn Ebî Şeybe, "Diyat, 4"; 'Abdürrezzak, " 'Ukûl 4".

²⁸⁷ Cessâs, *Şerh*, III, 338.

²⁸⁸ Buhârî, "Diyât 4"; Ebû Dâvûd, "Diyât 14"; Beyhakî, "Nafakât 76"; Müslim, "Kasâme 3"; İbn Ebî Şeybe, "Diyât 143".

²⁸⁹ Cessâs, *Şerh*, III, 341.

öldürme eylemini birden fazla icra eden veya hirâbe²⁹⁰ suçunda küçük bir sopayla birini öldüren suçlunun ölüm cezasına çarptırılacağı görüşünü savunmuştur. Cessâs, bu hükmün Ebû Hanîfe'nin kısâs hususundaki görüşüyle tezat teşkil etmediğini, zira buradaki ölüm cezalarının *had* olarak uygulandığını belirtmiştir²⁹¹. Cessâs'ın metni²⁹² her iki suça verilen cezanın *had* olarak tatbik edildiğini ifade etse de, gerçekte insanların boğazını sıkarak öldürme fiilini birden fazla icra eden faile ölüm cezasının, *had* olarak değil; *tazîr* yoluyla uygulandığı belirtilmelidir.

Ebû Hanîfe, organları ayırma hususunda silahtan daha etkili olduğu gerekçesiyle (تأثيرها في تفريق الاجزاء أكثر من تأثير السلاح) ateşi, öldürme eyleminde kullanan faile kısâs cezası uygulanacağı görüşündedir²⁹³. Cessâs, Ebû Hanîfe'nin görüşünü aktarırken 'amden öldürme eyleminde kullanılan aletin *organları birbirinden ayırma* niteliğine sahip olduğunu belirtmiştir. Kendisinden önceki eserlerde ise, 'amden öldürme eylemlerinde kullanılan aletin niteliği olarak yaralayıcı veya kesici olma vasfına yer verilmiştir. Aletin kesici niteliğiyle organları birbirinden ayırma özelliği aslında aynı şeylerdir. Ancak daha farklı bir kavramla ifade edilmiştir. Bu kavramı daha sonra 'amdin tarifinde Kudûrî'nin kullandığını görmekteyiz.

Kudûrî (428/1037), 'amden öldürmeyi, *organları parçalama hususunda silah veya onun işlevini gören bir aletle vurma kastı* olarak açıklamıştır (فالعمد ما تعمد (ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء). *Organları parçalayan bir aletten bahsetmiş olması Kudûrî'nin, Ebû Hanîfe'nin görüşünü tercih ettiğini göstermektedir. Ayrıca Kudûrî'nin konuyla ilgili olarak, ağaç ve taştan yapılmış kesici aletleri (muhadded) örnek vermesi de bu hususa işaret etmektedir*²⁹⁴.

Serahsî (483/1090) 'amden öldürmeyi, önceki metinlerde yer aldığı şekliyle, silahla vurma kastı (العمد فهو ما تعمدت ضربه بسلاح) olarak tanımladıktan sonra, 'amdi

²⁹⁰ Hirâbe, zor kullanmak suretiyle yol keserek veya başka şekillerde insanların mal ve canına tecavüz etme, kamu düzenini ihlal etme suçudur.

²⁹¹ Cessâs, *Şerh*, III, 342.

²⁹² Cessâs'ın metni şöyledir: " فان قيل فانت تقتل الخانق اذا كثر منه ذلك وقاطع الطريق اذا قتل بعضا قيل له انما قتلهم حدا " لا قودا

²⁹³ Cessâs, *Şerh*, III, 342.

²⁹⁴ Kudûrî, s. 184.

ayrıca öldürme ve hayatı yok etme kastı (العمد هو القتل وقصد إزهاق الحياة) olarak izah etmiştir. Serahsî, 'amden öldürme fiilinde *failin kastının, insan vücudunun iç ve dış kısmında (في الظاهر والباطن) etkili olan ve yaralayıcı niteliği bulunan silahla vurmak suretiyle ölüm neticesine yöneldiğini* ifade etmiştir (القصد إلى إزهاق الحياة بالضرب بالسلح) (الذي هو جرح عامل في الظاهر والباطن)²⁹⁵.

'Amden öldürme eylemiyle ilgili metinlerde "kast (قصد)" kavramına ilk yer veren Hanefî hukukçusu, tespit edebildiğimiz kadarıyla, Serahsî olmuştur. Aslında hata ile öldürme eyleminde "kastta hata" kavramına daha önce Cessâs yer vermiştir²⁹⁶. Ancak Serahsî'den önceki hukukçular, 'amden öldürmeyi tetkik ederlerken bu kavrama yer vermemişlerdir. Aynı şekilde, tespit edebildiğimiz kadarıyla 'amdi, *öldürme kastı* olarak açıklayan ilk Hanefî hukukçusu da Serahsî'dir. Aslında Serahsî, öncelikle 'amden öldürmeyi önceki metinlerde yer aldığı şekliyle "vurma kastıyla (تعمد ضربه)" tarif etmiştir. Ancak bu tanımdan sonra 'amdi ayrıntılarıyla izah ederken, onu "öldürme kastı" olarak ifade etmiştir. Serahsî'nin 'amdi "öldürme kastıyla" izah etmesinin Hanefî doktrini açısından önemli bir dönüm noktası olduğu kanaatindeyiz. Bunun yanında, şibh-i 'amdi de öldürme kastı bulunmayan eylemler olarak açıklayan Serahsî, böylece iki öldürme türünü manevî unsura göre ayırma tabi tutmuş olmaktadır. Bu husus, ileriki sayfalarda tetkik edilecektir²⁹⁷.

Serahsî, *yaralayıcı aletin niteliğini açıklarken, bedeninin iç ve dış kısmında (fizzâhiri velbâtını) etkili olma* vasfına yer vermiştir. Burada müellifin kastettiği husus; bir taraftan, *yaralayıcı bir vasıtanın* kullanılması sonucu bedeninin dış kısmında görülen yaranın oluşması, diğer taraftan failin eyleminin neticesinde meydana gelen, insan gözünün algılamadığı ölümün gerçekleşmesi, ruhun çıkmasıdır.

Serahsî'nin yukarıdaki paragrafta yer alan 'amd konusundaki ifadeleri, Ebû Hanîfe'nin bakış açısını yansıtmaktadır. Diğer taraftan müellif, 'amden öldürmeyle ilgili olarak İmâmeyn'in görüşlerine şu şekilde yer vermiştir. İmâmeyn'e göre, *öldürücü niteliği bulunan, insan bünyesinin dayanamayacağı ve ölüm neticesine hızlı*

²⁹⁵ Serahsî, XXVI, 59.

²⁹⁶ Cessâs, *Ahkâm*, II, 315.

²⁹⁷ Bkz. s. 69-70. Ayrıca bkz. s. 122-123.

ما لا تلبث ولا تطيق النفس احتماله في كونه مزهقا (bir şekilde yol açan aletlerin kullanılması) halinde, 'amden öldürme gerçekleşmektedir. Bu tür aletler, ölüm neticesine *dolaylı olarak yol açan kesici aletlere* kıyasla öldürme eyleminde daha etkilidir (ما الجرح وسيلة) (يكون عاملا بنفسه يكون أبلغ مما يكون عاملا بواسطة). Zira *yaralayıcı nitelikteki aletler*, yaranın ölümüne yol açması suretiyle, *dolaylı olarak* ölümü gerçekleştirmektedir (يتوسل بها الي ازهاق الروح). Buna karşılık, örneğin çadır direği veya değirmen taşı kullanarak icra edilen eylemlerde ise, ölüm neticesi *doğrudan gerçekleşmiş* olmaktadır²⁹⁸.

İmâmeyn, görüşlerini desteklemek üzere, kısâs âyetini delil almışlardır. Bu âyette *haksız olarak öldürülen maktûlün yakınlarına "sultân (yetki)" verildiği ifade edilmiştir*²⁹⁹. Âyette yer alan "sultân" kavramıyla, İmâmeyn'e göre, kısâsın uygulanması kastedilmiştir. Kısâsın uygulandığı öldürme eylemleri 'amden öldürme eylemleridir. İmâmeyn, bu âyetin ışığında, 'amden öldürme suçunda kullanılan *aletin yaralayıcı veya kesici nitelikte* olması gerektiğini ileri sürmenin kısâsın uygulanması hususunda nassa ziyade olacağını belirtmiştir³⁰⁰. Zira ayette öldürme eyleminden mutlak olarak bahsedilmiş, herhangi bir kayıt getirilmemiştir.

Kısâs âyetinin İmâmeyn'in görüşleri için delil olamayacağı kanaatindeyiz. Zira onlar, âyette herhangi bir aletten bahsedilmemesi nedeniyle, kısâsı gerektiren eylemlerde *yaralayıcı veya kesici nitelikte* vasıtaların kullanımını zorunlu kılmanın ayetle uyuşmayacağını belirtirken, kendi görüşleriyle çelişkiye düşmektedir. Zira İmâmeyn, küçük taş veya odun parçasıyla gerçekleştirilen eylemleri 'amd kapsamında kabul etmemekte, bu tür eylemler için kısâs cezasının uygulanamayacağını belirtmektedir. Oysa İmâmeyn'in ileri sürdüğü gerekçeden hareket edilirse, küçük taş veya sopanın kullanıldığı aletlerle icra edilen öldürme eylemleri için de kısâs cezasının uygulanması gerekmektedir. Ayrıca, Hanefî hukukçularının tümüne göre, *mübâşeret* yoluyla gerçekleştirilmeyen öldürme eylemlerinden dolayı faile kısâs yaptırımını uygulanmamaktadır. Bu durumda, kısâsın uygulanmasında İmâmeyn de nassa ziyade yapmış olmaktadır; çünkü onlar da,

²⁹⁸ Serahsî, XXVI, 122-123.

²⁹⁹ İsrâ Sûresi, 33.

³⁰⁰ Serahsî, XXVI, 122.

kısâsın uygulanması hususunda nassta belirtilmeyen birtakım şartlar ileri sürmüş olmaktadır.

İmâmeyn, görüşlerine delil olarak kısâs âyeti dışında, *bir câriyenin başını iki taşın arasında sıkıştırmak suretiyle öldüren Yahudi hakkında Hz. Peygamberin (as) aynı surette öldürülmesine karar verdiği*³⁰¹ belirten hadîsi zikretmişlerdir. Onlara göre, bu hadis, büyük kütleli kaya parçası veya odundan yapılmış aletlerle icra edilen eylemlerden dolayı, kısâs cezasının uygulanacağını göstermektedir³⁰².

İmâmeyn'in aksine *yaralayıcı veya kesici* (الآلة لا تجرح ولا تقطع) özelliği bulunmayan aletlerin kullanımı halinde, 'amden öldürme suçunun gerçekleşmeyeceğini ileri süren Ebû Hanîfe, görüşünü şu şekilde delillendirmektedir. 'Amden öldürme suçunun yaptırımını olan, kısâsın uygulanabilmesi için failde *kast tam anlamıyla* (عمد محض) var olmalıdır. Bu ise, öldürme eylemini failin öldürme aletiyle maktûlün bedenine yönelik *mübâşeret*en gerçekleştirmesi halinde (صفة التمحض أن يبائر) (القتل بآلته في محله) mümkün olmaktadır. Öldürme aleti *yaralayıcı alettir*. Zira yaralama, *insan bedeninin iç ve dış kısmında* (الجرح يعمل في نقض البنية ظاهرا وباطنا) *etkili olur* (yaralayıcı alet bedenin dışında görülen bir yara açtığı gibi, gözle görülmeyen ölüm neticesine de yol açmaktadır). Bunun dışında kullanılan aletler ise, sadece ölüme yol açmak suretiyle *insan bedeninin iç kısmında* (يدق بنقض البنية باطنا) gözle görülmeyen bir zarar meydana getirmektedir. Dolayısıyla insan vücuduna sadece bir yönden zarar veren eylemler, 'amdin varlığı hususunda şüphe doğurmaktadır. Şüphe de kısâsın uygulanmasına engel teşkil etmektedir³⁰³.

Ebû Hanîfe, insan vücudundan kanın çıkmasına yol açan (الفعل الجرح المؤثر في) *yaralayıcı fiille*, insan bedenine yönelik sadece *vurma şeklinde* icra edilen darbelerin (الفعل الذي يدق) farklı nitelikte olduğunu belirtmiştir³⁰⁴.

Haneî mezhebinde Ebû Hanîfe'nin bir eylemi 'amden öldürme kapsamında değerlendirmesinde neyi dikkate aldığı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

³⁰¹ Buhârî, "Diyât 4"; Ebû Dâvûd, "Diyât 14"; Beyhakî, "Nafakât 76"; Müslim, "Kasâme 3"; İbn Ebî Şeybe, "Diyât 143".

³⁰² Serahsî, XXVI, 122.

³⁰³ Serahsî, XXVI, 122-123.

³⁰⁴ Serahsî, XXVI, 122-123.

Birçok metinde, Ebû Hanîfe'nin eylemde kullanılan aletin *yaralayıcı veya delici* niteliğe sahip olmasını dikkate aldığı belirtilmiştir. Bazı eserlerde ise, Ebû Hanîfe'nin kullanılan aletin *demirden yapılmış* olmasını, fiilin 'amd kapsamında kabul edilmesinde temel ölçü kabul ettiği vurgulanmıştır. Zira ağaç ve taş gibi maddeler daha çok binaların yapımında kullanılmaktadır. Bunun aksine, binaları yıkmak için kullanılan mancınık gibi aletler ise demirden yapılmaktadır. Bundan dolayı, küçük de olsa demirden yapılmış bir aletle gerçekleştirilen öldürme fiilleri, örneğin bir kimsenin *hayatî organına* çuvaldız veya iğne batırılarak öldürülmesi 'amden öldürme olarak değerlendirilmektedir (لو غرزه بمسلة أو إبرة في مقتله). Demirden yapılmamış küçük bir aletle gerçekleştirilen öldürme eylemleri ise 'amden öldürme olarak nitelendirilemez. Öldürme suçunda kullanılan aletin *demirden olması* ölçü alındığında, demirden yapılmış fakat kesici veya delici olmayan bir cisimle (müskal)³⁰⁵ gerçekleştirilen öldürme eylemleri 'amden öldürme olarak kabul edilmektedir. Örneğin demirden yapılmış terazi kilosu veya demir direk vuruşu bir kimseyi öldüren faile kısâs cezası uygulanmalıdır³⁰⁶.

Serahsî, bir eylemin 'amd kapsamında değerlendirilmesi hususunda Ebû Hanîfe'nin görüşlerini (öldürme eyleminde demirden yapılmış veya kesici nitelikte bir vasitanın kullanımı) nasslarla delillendirme yoluna gitmiştir. Müellif, demirden yapılmış aletlerin öldürme eylemlerinde kullanımının nassla belirlendiğini ifade etmiştir. Serahsî, bu hususta, Kurân-ı Kerim'de "Biz demiri indirdik, onda müthiş bir güç vardır" anlamındaki âyeti³⁰⁷ zikretmiştir. Müellif, âyette zikredilen "be'sün şedîd (müthiş bir güç)" kavramıyla kastedilen hususun "öldürme" olduğu kanaatindedir. İslam hukukunda, hakkında nass bulunan konularda nassın lafzına itibar edilmektedir. Hakkında nass olmayan konularda ise, hüküm, nassın anlamıyla ilişkili olmak durumundadır (في غير المنصوص عليه فالحكم يتعلق بالمعنى). Dolayısıyla Ebû Hanîfe'nin 'amden öldürme eyleminde kullanılan aletin demirden yapılmış olması gerektiği şeklindeki görüşünü dikkate aldığımızda, ayette bunun açıkça ifade edildiği görülmektedir. Şayet mezhep imamının 'amden öldürmede kullanılan aracın *kesici*

³⁰⁵ Hanefî doktrininde "müskal" kavramıyla ilgili metinler bir bütün olarak tetkik edildiğinde, bununla kesici veya delici olmayan aletlerin kastedildiği anlaşılmaktadır (Kâsânî, VII, 234; Zebîdî, II, 120; İbn Hümâm, V, 428; Tûrî, VIII, 327).

³⁰⁶ Serahsî, XXVI, 122-123.

³⁰⁷ Hadid Sûresi, 25.

(*muhadded*) olması gerektiği görüşünü dikkate alırsak, bunun da nassın anlamıyla uyumluluk arz ettiğini görmekteyiz. Bu bağlamda sivriltilmiş sopa, çakmak taşı ve kamış kabuğu *kesici* aletlere örnek teşkil etmektedir. Aletin *kesici olması* itibara alındığında ise demirden olup olmamasının önemi bulunmamaktadır³⁰⁸.

Yukarıdaki paragrafta dikkat edilirse, Serahsî, herhangi bir eylemin 'amden öldürme olarak kabul edilmesi hususunda Ebû Hanîfe'den nakledilen iki kriterin de, (kullanılan aletin demirden olması veya kesici nitelikte olması) nassa dayandığını delillendirmiş olmaktadır. Bu delillendirmeyi yaparken müellif, daha önceki metinlerde yer verilen *kullanılan aletin "yaralayıcı" nitelikte* olmasını ifade eden "yecrahu (يجرح)" kavramını kullanmamıştır. Bunun yerine, Kurân-ı Kerim'de zikredilen ve Arap dilinde demiri ifade eden "el-hadîd (الحديد)" kavramıyla aynı kökten türeyen *kesici* anlamındaki "el-muhadded (المحدد)" terimine yer vermiştir. Böylece Ebû Hanîfe'nin görüşüne göre, 'amden öldürme eyleminde kullanılan aletin yaralayıcı nitelikte olması, Serahsî'nin metinleriyle nassın anlamına uygun bir mahiyet kazanmıştır. Ondan önceki eserlerde bu hususa işaret eden bir metne rastlanmamıştır.

Hanefî mezhebinde, öldürme eyleminde kullanılan vasıtaların, eylemlerin tasnifinde etkili olduğu bilinmektedir. Öldürme fiilleriyle bu fiillerde kullanılan araçlar arasındaki ilişkiyi Serahsî'nin şu şekilde ele aldığını görmekteyiz. Müellif, öldürme fiilinin ona özgü aletlerle tamam olacağını (الفعل لا يتم إلا بآلته) belirtmiştir. Bu sebeple öldürme eyleminde kullanılan aletin, 'amd kapsamındaki vasıtanın niteliğine sahip olmaması, fiilin 'amd türünde değerlendirilmesinde şüpheye yol açmaktadır (فبقصور في الآلة تتمكن شبهة النقصان في الفعل). Serahsî, bunun da kısâs cezasının tatbik edilmesini engelleyeceğini ifade etmiştir³⁰⁹.

Mergînânî (593/1197), "'amdi" kast kavramıyla izah etmiş (العمد هو القصد) ve kasta vakıf olunamayacağını, ancak onu gösteren bir delille kastın anlaşılacağını belirtmiştir. Bu delili de öldürücü nitelikte bir aletin kullanılması (استعمال الآلة القاتلة)

³⁰⁸ Serahsî, XXVI, 122-123.

³⁰⁹ Serahsî, XXVI, 122-123.

olarak açıklamıştır. Müellif, öldürücü niteliğe sahip bir aleti kullanan failin eyleminde "müte'ammid" olarak değerlendirileceğini ifade etmiştir³¹⁰.

Mergînânî, tespit edebildiğimiz kadarıyla, 'amdi doğrudan kast kavramıyla izah eden ilk Hanefî hukukçusudur. Ondan önceki hukukçulardan Serahsî, 'amdi öldürme kastı olarak izah etmiştir; ancak Serahsî, 'amdi doğrudan kastla açıklamamış, onu kastın bir türü olarak görmüştür. Bu hususa önceki sayfalarda işaret edilmiştir³¹¹.

Mergînânî'nin eseri üzerine şerh yazan müelliflerden İbn Hümâm (861/1457), hata ile öldürme fiillerinde de öldürücü alet kullanıldığından, Mergînânî'nin sadece öldürücü aletin kullanılmasını kastın varlığına delil saymasını eleştirmiştir. İbn Hümâm, mezhebe ait bazı eserlerde 'amden öldürmenin tarifinde "kast" lafzının zikredildiğini³¹², sırf öldürücü nitelikteki bir aletin kullanımını 'amdin göstergesi olarak kabul etme durumunda, "kasden (قصدًا)" kavramının tarifin içinde yer almasının gereksiz bir kullanım olacağını belirtmiştir. Bunun yanında Mergînânî'nin metninde³¹³ 'amdin tarifinde yer alan ve kastı belirten "mâ te'ammede (ماتعمد)" ifadesinin de gereksiz bir kullanım olacağına değinmiştir. Bu sebeple, Mergînânî'nin ifade ettiği gibi, öldürücü aletin kullanılması kastı gösteriyor olsaydı, 'amdin tarifi "*failin silah veya onun işlevini gören bir aletle vurma eylemini icra etmesi*" şeklinde metinlerde yer alacaktı. Buradan anlaşılmaktadır ki, 'amd, sadece öldürücü aletin kullanılması değil; bu nitelikteki aletin *kasten* kullanılmasını ifade etmektedir³¹⁴.

Mergînânî, kürekle icra edilen öldürme eyleminin hangi sınıfa dahil olacağı hususunu incelemiştir. Buna göre, küreğin demirden yapılmış kesici tarafıyla (بالحديد) maktûle vurursa faile kısâs cezası uygulanacaktır. Ancak ağaçtan yapılmış sapıyla vurması (أصابه بالعود) halinde, failin diyet ödeme sorumluluğu doğacaktır. Zira

³¹⁰ Mergînânî, IV, 158.

³¹¹ Bkz. s. 55-56.

³¹² İbn Hümâm, 'amdi, *organları parçalayıcı bir vasıtayla kasten vurma* (darabehû kasden bimâ yüferriku'l-eczâe [ضربه قصدًا بما يفرق الأجزاء]) şeklinde açıklamıştır.

³¹³ Mergînânî'nin metninde 'amdin tarifiyle ilgili olarak "fe'l-'amdü mâ teammede darbehû (فالعمد ما تعمد)" ifadesine yer verilmiştir. Bu metinde 'amd, vurma kastı olarak açıklanmıştır (Mergînânî, IV, 158).

³¹⁴ İbn Hümâm, X, 205.

demirin kesici kısmıyla (أصابه بحد الحديد) vurulması halinde, insan bedeni üzerinde yaralama söz konusu olduğundan kısâsı gerektiren sebep (maddî unsur) tam olarak gerçekleşmiş olmaktadır. Demirin kesici olmayan sırt kısmıyla (أصابه بظهر الحديد) vurulması akabinde ölüm neticesi gerçekleşirse, İmâmeyn'e göre, faile yine kısâs cezası gerekmektedir. Ebû Hanîfe'nin bu konudaki görüşü hakkında, iki farklı rivâyet nakledilmiştir. Birincisinde Ebû Hanîfe, suçta kullanılan aletin demirden yapılmış olmasına itibarla bu eylemde kısâsın gerekeceğini söylemiştir. Ebû Hanîfe'nin diğer görüşüne göre, kısâs cezası ancak yaralamanın gerçekleştiği öldürme eylemlerinde uygulanmaktadır. Mergînânî son görüşün daha doğru olduğunu açıklamıştır³¹⁵. Müellif, terazi kilolarının araç olarak kullanıldığı öldürme eylemlerinde de aynı görüş ayrılığının bulunduğunu belirtmiştir³¹⁶.

Serahsî ile başlayan 'amden öldürmenin manevî unsura ait kavramlarla izahının, Mergînânî'nin metinlerinde daha belirgin bir hal almaya başladığı görülmektedir. Önceki paragraflarda işaret edildiği üzere Mergînânî, 'amdi doğrudan kastla izah edip onu tam olarak tespit etmenin imkansız olduğunu belirtmiş ve kastın ancak onu gösteren bir delille anlaşılacağına değinmiştir. Kastı gösteren delil, öldürücü aletin kullanımudur. Mergînânî, böylece kasta merkezi bir konum kazandırmış olmaktadır. Eylemde kullanılan alet ise, kastın anlaşılmasında bir vasıta durumuna gelmiştir. Mergînânî bu yorumuyla 'amdi, manevî unsura dayalı bir öldürme türü olarak izah etmiş olmaktadır. Aslında Serahsî'den önceki Hanefî hukukçuları, bir öldürme eyleminin 'amden öldürme kapsamında yer alması için fiilde kullanılan aletin belli niteliklere sahip olması gerektiğine işaret etmişler ve kullanılan aletin niteliklerine göre eylemleri tasnif yoluna gitmişlerdir. İlk bakışta Mergînânî'nin metinleriyle önceki hukukçuların 'amdi değerlendirme şekli benzer gözükse de, kanaatimizce aralarında fark bulunmaktadır. Zira önceki hukukçular, 'amdi kast olarak izah etmemişlerdir. Ayrıca kasta vakıf olunamayacağını, eylemde kullanılan alet vasıtasıyla onun tespit edileceğine değinmemişlerdir. Yani Serahsî'den önceki Hanefî hukukçuları, kastı merkeze alıp onun tespitine dayanan bir anlayışla eylemleri tasnif yoluna gitmemişlerdir. Cessâs'ın kısâs cezasının uygulanmasında

³¹⁵ Mergînânî, IV, 163.

³¹⁶ Mergînânî, IV, 163.

temel ölçünün eylemde kullanılan alet olduğu, failin öldürme kastı olmadığını açıkça belirten ifadeleri bu noktaya önemli oranda ışık tutmaktadır³¹⁷. Buradan anlaşılmaktadır ki, ilk hukukçular eylemde kullanılan aletin niteliğini kastın tespiti için değil; doğrudan öldürme eylemlerinin tasnifi için bir ölçü olarak görmüşlerdir. Sonuç olarak, ilk dönem eserlerinde kastın yani manevî unsurun merkezî konumda olmadığı; eylemde kullanılan aletin niteliğinin yani maddî unsurun belirleyici olduğu anlaşılmaktadır.

Mergînânî ile aynı dönemde yaşayan Kâsânî (587/1191), 'amden öldürme suçunun tarifinde önceki hukukçuların zikrettiği "vurma kastı (تعمد الضرب)" ifadesini kullanmamış, "öldürme kastına (أن يقصد القتل)" yer vermiştir. Aslında müelliften önceki bazı hukukçular, 'amd ile şibh-i 'amdin ayrımını yaparken 'amden öldürme eylemlerinde failin *öldürme maksadıyla*, şibh-i 'amd yoluyla öldürmede *tedîp amacıyla* hareket ettiğine değinmişlerdir. Ancak Kâsânî dışındaki hukukçuların hemen hepsi, yine de 'amdin tarifinde "vurma kastı (تعمد الضرب)" kavramını kullanmışlardır. Kâsânî ise, 'amdi doğrudan *öldürme kastı* ile açıklamış ve diğer hukukçuların zikrettiği *vurma kastına* yer vermemiştir³¹⁸.

Kâsânî, 'amden öldürme suçunda kullanılan vasıtaları, önceki hukukçulara kıyasla daha ayrıntılı ve daha sistemli bir şekilde sunmuştur. Müellife göre, eyleme 'amden öldürme vasfını kazandıran aletler şunlardır³¹⁹:

A) Kesici veya delici (له حد أو طعن) özelliği bulunan, demirden yapılmış kılıç, bıçak, mızrak, tığ, iğne ve benzerî aletler,

B) İnsan vücudunu yaralama ve delme hususunda yukarıdaki maddede sıralanan aletler gibi işlev gören ateş, cam, inceltilmiş kamış kabuğu, sivri tarafı olmayan mızrak (الرمح الذي لا سنان له), vb. aletler,

C) Bakırdan yapılmış aletler,

³¹⁷ Cessâs, *Şerh*, I, 339.

³¹⁸ Kâsânî, VII, 233.

³¹⁹ Kâsânî, VII, 233.

D) Kesici ucu olmamakla beraber demirden yapılmış terazi kilosu ve baltanın sırt kısmı gibi aletler,

Kâsânî (d) şikkında zikredilen aletlerle icra edilen eylemlerin, Tahâvî'nin Ebû Hanîfe'den naklettiği rivâyete göre, 'amden öldürme kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Zira Tahâvî'nin rivâyetine göre, 'amden öldürme fiilinde dikkate alınan ölçü, eylemde kullanılan aletin *yaralayıcı* nitelikte olmasıdır. Buna karşılık, Zâhiru'r-Rivâye'de ise kastın belirlenmesinde temel ölçü, kullanılan aletin *demirden yapılmış* olmasıdır. Zâhiru'r-Rivâye'nin görüşü dikkate alındığında, son maddede zikredilen aletlerle icra edilen öldürme fiilleri, Ebû Hanîfe'ye göre 'amd kapsamında yer almaktadır³²⁰.

Kâsânî; bakır, tunç, kurşun, altın ve gümüş gibi madenlerin de demir hükmünde olduğunu ifade etmiştir³²¹. Buna göre, bir eylemin 'amd türüne dahil edilmesi hususunda, Ebû Hanîfe'nin kullanılan aletin demirden yapılmış olması şeklindeki görüşü dikkate alındığında, bu tür maddelerden yapılmış aletlerin kullanıldığı eylemler de 'amd kapsamında değerlendirilmelidir. Tunç, bakır gibi maddelerden yapılmış aletlerle icra edilen eylemlerin 'amd türüne dahil edilmesi, tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk dönem eserlerinde yer almayan, Kâsânî ve ondan sonraki eserlerde³²² bulunan bir görüştür.

Kâsânî, kesici veya delici olmayan bir cisimle (müskal)³²³ gerçekleştirilen öldürme eylemleri hususunda hukukçular arasındaki tartışmayı şu şekilde aktarmıştır. Müskalle vurarak öldürme eylemi Ebû Hanîfe'ye göre kısâs cezasını gerektirmemektedir. İmâmeyn ise, bununla gerçekleştirilen eylemin genel olarak ölüme yol açtığı gerekçesinden hareketle kısâs cezasına hükmetmiştir (أن الضرب بالمثل (مهلك عادة). Ebû Yusuf (182/798) ve İmam Muhammed (189/805) öldürme fiilinde kullanılması dolayısıyla, tıpkı kılıç gibi, müskalin de öldürme kastını gösteren bir vasıta olduğunu ifade etmişlerdir (استعماله دليل القصد إلى القتل)³²⁴. Ebû Hanîfe ise,

³²⁰ Kâsânî, VII, 233.

³²¹ Kâsânî, VII, 233.

³²² Örneğin bkz. İbn 'Âbidîn, VI, 527.

³²³ "Müskal" hakkında bilgi için bkz. dipnot 305.

³²⁴ Kâsânî, VII, 234.

müskalin öldürme eylemi için uygun bir alet olmadığını belirterek (آلة غير معدة للقتل), bu hususun kastın bulunmadığına delil teşkil ettiğini belirtmiştir. Zira her eyleme uygun bir alet bulunmaktadır. Öldürme eylemi için uygun olmayan bir aletin kullanılmış olması failde öldürme kastının bulunmadığını göstermektedir³²⁵.

Zeyle'î (743/1342), hukukçular arasındaki 'amd ve şibh-i 'amd ile ilgili tartışmayı aktarırken önceki metinlerde yer alan kavramları bir araya getirmiştir. İmâmeyn'e göre, öldürme yerine bedeninin herhangi bir bölgesine yönelik (إتلاف العضو) genelde öldürücü nitelikte olmayan bir aletle gerçekleştirilen eylemde kast unsuru eksik kalmaktadır (معنى العمدية يتقاصر). Ancak ölüm neticesini hızlı bir şekilde (استعمال آلة لا تلبث) gerçekleştiren büyük kütleli kaya parçası veya ağaçtan yapılmış bir vasitanın kullanılması halinde, kast unsuru tam olarak gerçekleşmektedir³²⁶. Ebû Hanîfe ise, büyük kütleli kaya parçası veya ağaçtan yapılmış bir vasitanın kullanımının 'amden öldürme eylemi için uygun bir delil olamayacağını; zira bu aletlerin öldürme eylemlerinde kullanılan aletler (لا مستعملة فيه) olmadığını, bu aletlerle kişinin gafletinden yararlanarak öldürme eyleminin gerçekleştirilemeyeceğini (لا يمكن القتل بها على غفلة منه) ve öldürme eylemlerinin genelde bu aletlerle icra edilmediğini (لا يقع القتل بها غالبا) ifade etmiştir. Ayrıca bu aletlerin öldürme eylemi için tahsis edilmemiş olduğunu (غير معد للقتل) ve insan bedeninin dış kısmında görünür şekilde zarar verme (لا صالح له لعدم نقص البنية ظاهرا) özelliğinin bulunmadığını, bundan dolayı, öldürme eylemine uygun olmadığını ifade etmiştir. Bunun aksine, küçük veya büyük kesici aletler ise insan bedeninin iç ve dış kısmına zarar verebildiğinden (صالح للقتل بتخريب البنية ظاهرا وباطنا), bu tür aletlerle icra edilen fiiller 'amd kapsamında yer almaktadır³²⁷.

Dikkat edilirse 'amden öldürme kapsamında kabul edilmeyen *öldürme vasıtalarıyla* ilgili olarak, Tahâvî'nin (321/933) yer verdiği genelde öldürücü nitelikte olmaması³²⁸, Serahsî'nin (483/1090) değindiği insan bedenine dıştan zarar vermemesi³²⁹, Mergînânî'nin (593/1197) bahsettiği kast unsurunda eksiklik

³²⁵ Kâsânî, VII, 234.

³²⁶ Zeyle'î, VI, 100.

³²⁷ Zeyle'î, VI, 100.

³²⁸ Tahâvî, *Muhtasar*, s. 232.

³²⁹ Serahsî, XXVI, 122-123.

bulunması ve öldürme eyleminde kullanılmaması³³⁰, Kâsânî'nin (587/1191) zikrettiği öldürme eylemine tahsis edilmemesi³³¹ gibi hususlar, bir bütünlük içinde Zeyle'î'nin metninde bir araya getirilmiştir. Aslında önceki hukukçuların zikretmiş olduğu kavramları kullanmak, sadece Zeyle'î'nin (743/1342) takip ettiği bir metot değildir. Bütün Hanefî hukukçuları, önceki eserlerde yer alan hukukî muhakeme ve kavramları eserlerine taşımışlar ve fıkıh tarihi boyunca mezhebin birikimini sonraki devirlere aktarmışlardır. Ancak önceki dönemlere ait metinlerin bir bütünlük içinde bir araya getirilmesi ve ilk dönemlerde yer verilen kavramlara sonraki dönem hukukçuları tarafından yapılan katkıların sistemli bir şekilde oturmaya başlaması sonraki dönem eserlerinde ortaya çıkmaktadır. Bu noktada Zeyle'î'nin eserinin önemli bir örnek teşkil ettiği kanaatindeyiz.

bb-Kasten Öldürme Türünde Kullanılan Araçlar

İslam hukukunda bir eylemin 'amden öldürme kapsamında yer almasında kullanılan aletin niteliği önemli bir rol oynamaktadır. Günümüz hukukunda da, bir eylemin kasten öldürme türüne dahil edilmesinde kullanılan aletin niteliği dikkate alınmaktadır. Ancak modern hukukta, özellikle Hanefî doktrininde olduğu gibi, öldürme suçunda kullanılan alet, tek başına bir eylemin hangi tasnif içinde yer alacağını belirleyemez. Bunun yerine, örneğin, modern hukukta kürekle gerçekleştirilen bir eylemde kullanılan aletin niteliği, darbenin yeri, sayısı ve mağdûrun raporuna göre *sanığın kastının öldürmeye yönelik* olup olmadığı tespit edilmektedir³³². 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 edilmektedir³³³. Burada iki hukuk sistemi arasındaki temel fark, modern hukukta öldürme eylemlerinin tasnifinde birçok kriterin dikkate alınmasına karşılık; Hanefî doktrininde suçta kullanılan aletin niteliğinin eylemin sınıflandırılmasında tek başına etkili olmasıdır.

³³⁰ Mergînânî, IV, 163.

³³¹ Kâsânî, VII, 234.

³³² Otacı, s. 220.

³³³ Mergînânî, IV, 163.

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 unsur maddî unsurdan çıkarma gibi yanlış bir metot olarak görülmüş ve tenkide maruz kalmıştır. Sadece suçun işleniş biçimine itibar ederek kastın belirlenmesini eleştiren hukukçular, bunun yanında, başka birtakım kriterlerin de göz önünde bulundurulması gerektiğini söylemişler ve failin suçu işlemekten önceki davranışları, taraflar arasındaki ilişkiler, failin suç işledikten sonraki davranışları gibi birtakım ölçülerin de kastın tespitinde dikkate alınması gerektiğini öne sürmüşlerdir³³⁴.

cc-Değerlendirme

Hanefî doktrinde, *suç eyleminde kullanılan vasıtanın niteliği* ilk dönemlerden itibaren bir failin hangi türde yer aldığını tespitinde büyük önem arz etmektedir. Diğer taraftan ilk metinlerde yer verilmeyen farklı araçlarla gerçekleştirilen birtakım öldürme eylemlerinin, sonraki dönem metinlerinde 'amd türüne dahil edildiği görülmektedir. Sonraki metinlerde yer verilen bu eylemlerin 'amden öldürme türüne dahil edilmesi, önceki metinlerde mevcut kriterler dikkate alınmak suretiyle yapılmıştır. Yani sonraki dönem hukukçuları tahrîc³³⁵ yoluyla birtakım öldürme eylemlerini 'amd sınıfına katmıştır.

Sonraki dönemlerde, ilk metinlerde zikredilmeyen birtakım araçlarla gerçekleştirilen eylem şekillerine yer verilerek 'amdin kapsamı genişletilmiştir. Bununla birlikte, öldürme fiilinde kullanılan aletin niteliği, eylemlerin tasnifinde ve cezaî mesuliyeti tayinde etkili olmaya devam etmiştir.

³³⁴ Erman/Özek, s. 24-26.

³³⁵ Tahrîc, mezhep imamlarından görüş aktarılmayan konularda, onların usul ve metotlarına göre hükümlere varılmasıdır.

ii-Eylemin Vurma Hareketiyle İcrâ Edilmesi

Haneîî metinlerinde 'amden öldürme suçunun tanımında yer alan "te'ammede'd-darbe (تعمد الضرب)" kavramı *vurma kastını* ifade eden, daha ziyade manevî unsurla ilgili bir terimdir. Diğer taraftan *vurma* kavramı suçun icra şeklini de ifade etmekte ve bu açıdan maddî unsurla da alakalı bulunmaktadır. Nitekim 'amden öldürme türünde Haneîî hukukçularının yer verdiği örnekler, genelde failin öldürücü veya yaralayıcı niteliği bulunan aleti mağdûra *vurmak* suretiyle gerçekleştirdiği eylemlerdir. Metinlerde, eylemde kullanılan aletin niteliği açıklanırken, eylemin icra şekli olarak *vurma hareketine* yer verilmektedir. Dolayısıyla *vurma hareketi*, 'amden öldürme suçunda yer alan birçok eylemin *icra şeklini gösteren ortak bir vasıf* durumundadır.

'Amdin tarifinde "*vurma hareketine*" yer verilmiş olmakla birlikte, Haneîî doktrininde '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. Sonuç olarak, hareketin *vurma şeklinde* icrası, 'amd sınıfındaki bütün eylemleri kapsamına alan bir unsur olarak düşünülemez. Bununla birlikte, *vurma hareketi*, 'amd türüne ait birçok fiilin *icra şeklini gösteren ortak bir nitelik* olarak görülebilir.

iii-Eylemin Mübâşeretle İcra Edilmesi

Haneîî mezhebinde, öldürme eyleminin maktûlün bedenine yönelik doğrudan icra edilmesi ve hareketle netice arasına başka vasıtaların girmemesi, 'amden öldürme suçunda bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. *Mübâşeret* kavramıyla ifade edilen bu unsur, ilk metinlerde kavram olarak bulunmasa da, Haneîî doktrininde sürekli olarak yer almıştır³³⁶. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, 'amden öldürmenin *tanımında*, Serahsî (483/1090) dışındaki hukukçuların *mübâşeret*

³³⁶ Mübâşeret teriminin özellikle tessebbüb kavramıyla birlikte metinlerde tetkik edildiği görülmektedir. Mübâşeret-tesebbüb ayrımını, kavramlar ekseninde, ilk olarak Cessâs incelemiştir. Cessâs'tan önce, mübâşeret-tesebbüb kavramları kullanılmaksızın, İmam Muhammed'in eserinde de bu ayrıma rastlamaktayız. Bu kavramlar ve bunlara dayalı ayrımın, özellikle, hayvanların yol açtığı öldürme eylemleriyle ilgili metinlerde karşımıza çıktığı görülmektedir (bkz. s. 161-162).

kavramına yer vermedikleri³³⁷; ancak eylemin 'amd kapsamında değerlendirilmesi için mübâşeret icra edilmiş olmasını *şart koştukları* görülmektedir.

Hanefî doktrinde mübâşeret unsuru, suçun oluşmasını sağlayan *şartlar* başlığı altında Kâsânî (587/1191) tarafından ele alınmıştır. Müellif, 'amden öldürme suçuna takdir edilen kısâs cezasının uygulanabilmesi için gerekli şartları sayarken, bu unsura yer vermiştir. Müellif, kısâsın uygulanacağı öldürme eyleminin mutlaka doğrudan icra edilmiş olması (mübâşeret) gerektiği üzerinde durmuştur. Şayet fiil, ölüme sebebiyet verme şeklinde gerçekleşirse (tesbîben) faile kısâs cezası uygulanmayacaktır³³⁸. Bu sebeple, yalan tanıklık sonucu ölüme neden olma, failin kazdığı kuyunun ölüme yol açması, aç ve susuz bırakarak öldürme eylemlerinde, failin doğrudan maktûlün bedenine yönelik gerçekleştirdiği bir hareket söz konusu olmadığından kısâs cezası uygulanmamaktadır. Bunun tek istisnası ikrâh altında gerçekleştirilen öldürme fiilleridir. Ölüm neticesine mübâşeret etki etmemiş olsa da, mükrihin kısâs ile cezalandırılmasının gerekçesi ve bu konudaki hukukî muhakemeye tessebbüben öldürme türünde değinilecektir.

Mübâşeret kavramı, Hanefî doktrinde yer alan 'amden öldürme suçunu modern hukukta mevcut kasten öldürme suçundan ayıran önemli unsurlardan biridir. Zira Hanefî mezhebinde, hareketin *mübâşeret* yoluyla gerçekleştirilmesi, öldürme eyleminin 'amd kapsamında kabul edilmesi hususunda zorunlu bir koşuldur. Bu husus, Hanefî ekolünde 'amden öldürmenin *serbest hareketli bir suç* olmadığını göstermektedir. Oysa modern hukukta "kastan öldürme" *serbest hareketli bir suç* olarak yer almaktadır. Yani herhangi bir hareketle bu suçun icra edilebildiği görülmektedir³³⁹. Gerçi günümüz İslam hukukçuları, İslam hukukunda yer alan "amden öldürme" suçunun da *serbest hareketli bir suç* olduğunu, ifade etmişlerdir³⁴⁰. Ancak günümüz İslam hukukçularının 'amden öldürme türü ile ilgili yaptıkları bu yorumun İslam hukuku için genel bir değerlendirme olduğu, dolayısıyla

³³⁷ Serahsî, XXVI, 122-123.

³³⁸ Kâsânî, VII, 239.

³³⁹ Yüksel, s. 11. Bunun karşılığında bağlı hareketli suç bulunmaktadır. Bağlı hareketli suç, suçun ancak belli hareketlerin yapılmasıyla işlenebilmesidir (Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 251).

³⁴⁰ Avcı, s. 32; 'Udeh, 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.

Hanefî mezhebi söz konusu olduğunda konunun farklı bir mahiyet arz ettiği kanaatindeyiz.

iv-Boğazı Sıkarak, Yüksekten Atarak ve Suda Boğarak Öldürme

aa-Boğazı Sıkarak ve Yüksekten Atarak Öldürme

Hanefî metinlerinde genelde birlikte ele alınan suda boğma, boğazı sıkma veya yüksek yerden atma suretiyle gerçekleştirilen öldürme fiillerinin, hangi türde yer alacağı hususu, Ebû Hanîfe (150/767) ile İmâmeyn arasında tartışma konusu olmuştur. Zikri geçen bu öldürme eylemlerinde, İmâmeyn'e göre, fail *mağdûrun yaşamayacağını biliyorsa* (manevî unsur), bu açıkça kastı gösterir ve faile kısâs cezası uygulanır³⁴¹. Şayet bu tür eylemlerden sonra kişinin yaşama ihtimali varsa (ترجي منه النجاة), bu tür fiiller, şibh-i 'amd yoluyla öldürme olarak değerlendirilmektedir. Diğer taraftan, Ebû Hanîfe'ye göre ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin, bu tür fiiller şibh-i 'amd türünde yer almaktadır³⁴².

Boğazı sıkarak veya yüksekten atarak öldürme eylemleri Hanefî eserlerinde özet olarak yer almakta ve bu fiillerle ilgili fazla bir ayrıntıya değinilmemektedir³⁴³. Ancak Hanefîlerin son dönem hukukçularından İbn 'Âbidîn (1252/1836) boğazı sıkarak öldürme eylemiyle ilgili farklı birtakım hususlara temas etmiştir. Müellife göre, boğazı sıkarak öldürme eylemi, ip veya tel gibi bir aletle icra edilebilmektedir. İbn Âbidîn, failin herhangi bir şahsı ölesiye kadar boğması halinde (إن دام على الخنق) 'amden öldürme suçunun oluşacağını; bunun aksine, kişinin normalde ölmeyecek kadar boğazının sıkılması sonucu ölüm neticesinin vuku bulması halinde ise 'amden öldürme suçunun gerçekleşmeyeceğini ifade etmiştir³⁴⁴.

³⁴¹ Serahsî, XXVI, 152-153.

³⁴² El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 6.

³⁴³ Serahsî, XXVI, 152-153; Kâsânî, VII, 234; Zeyle'î, VI, 101; İbn Nüceym, VIII, 333.

³⁴⁴ İbn 'Âbidîn, VI, 543. Hanbelî mezhebinde de, normal bir insanın öleceği kadar bir zaman diliminde, bir kimsenin boğazını sıkarak ölümüne neden olma, 'amden öldürme olarak kabul edilmektedir (Merdâvî, IX, 439; Buhûtî, Şerh, III, 256; İbn Kudâme, VIII, 210).

bb-Hanefî Mezhebinde Suda Boğarak Öldürme

Hanefî metinlerinde, genelde boğazı sıkarak veya yüksek yerden atarak öldürme eylemleriyle birlikte ele alınan suda boğarak öldürme fiillerinin hukukçular tarafından diğer iki eyleme oranla daha ayrıntılı şekilde incelendiği görülmektedir.

İmam Muhammed'in (189/805) eserinde, bir kimseyi çıkamayacağı ve kurtulamayacağı (إِذَا غَرِقَ (أَنَّهُ لَا يَخْرُجُ وَلَا يَنْفِلُ مِنَ الْمَاءِ), Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre diyet ödemekle sorumlu tutulmaktadır. İmâmeyn ise, bir kimseyi normalde hayatta kalmayacak biçimde suda boğan faile (إِذَا (جَاءَ مِنْ ذَلِكَ مَا لَا يَعِيشُ مِنْ مِثْلِهِ) kısâs tatbik edileceğini ifade etmiştir³⁴⁵. Cessâs'ın (370/981) eserinde, İmâmeyn'e göre, bir kimseyi suda boğarak (غَرِقَ) öldüren failin kısâs cezasına çarptırılmasının koşulu olarak, mağdûrun kurtulma imkanının bulunmamasına yer verilmiştir (لَا يُمْكِنُهُ الْخَلَاصُ مِنْهُ)³⁴⁶.

Serahsî (483/1090) suda boğarak öldürme eylemini daha ayrıntılı şekilde incelemiştir. Ebû Hanîfe'ye göre, bir kimseyi suda boğan (غَرِقَ) fail, böyle bir su birikintisinde, kişinin kurtulamayacağını bilse dahi (يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَنْقَلِبُ مِنْهُ), kendisine kısâs cezası tatbik edilemez. Diğer taraftan Ebû Yusuf (182/798) ve İmam Muhammed'e göre, suda boğarak öldürme eyleminde *mağdûrun yaşamayacağını bilmesi halinde* (يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَعِيشُ مِنْ مِثْلِهِ) faile kısâs cezası uygulanır. Bu şekilde gerçekleştirilen eylem, büyük kütleli kaya parçası veya ağaçtan yapılmış bir vasıtanın kullanıldığı öldürme eylemlerine benzetilmiştir³⁴⁷.

İmam Muhammed, Cessâs ve Serahsî'nin ele aldıkları suda boğarak öldürme eyleminde, mağdûrun öldürme eyleminden kurtulma imkanının olup olmaması hususuyla tam olarak neyi kastettikleri tarafımızdan anlaşılamamıştır. Sonraki dönem metinlerinde bununla ilgili birtakım hususlara temas edilmiştir. Bunlara ileriki sayfalarda temas edilecektir³⁴⁸.

³⁴⁵ Şeybânî, *Mebsût*, IV, 454.

³⁴⁶ Cessâs, *Ahkâm*, II, 323.

³⁴⁷ Serahsî, XXVI, 152-153.

³⁴⁸ Bkz. s. 80-81.

İmâmeyn, görüşlerini savunmak üzere, "suda boğarak öldüren kimseyi biz de boğarak öldürürüz, bir kimseyi yakarak öldüren kimseyi biz de yakarak öldürürüz" şeklinde rivâyet edilen hadîsi şerîfi³⁴⁹ delil almışlardır. Ebû Hanîfe ise, bu hadîsin merfû olarak rivâyetinin sâbit olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca mezhep imamına göre, suda boğmak suretiyle öldürme eyleminde faile kısâs cezası uygulanmama gerekçesi suyun silah gibi bir öldürme aleti olmamasıdır. Zira suda boğma eyleminde öldürme vasıtası olarak kullanılan suyun kesici veya delici aletlerin aksine, tıpkı taş veya sopa gibi organları birbirinden ayırma niteliği bulunmamaktadır. Diğer taraftan Ebû Hanîfe, suda boğarak öldürme fiilinde, mağdûrun ölümünde etkili olan suyu, soluğuyla içine çektiği (يجتذب الماء بنفسه), böylece kendi ölümünü adeta kolaylaştırdığı (فيكون كالمعين على نفسه) görüşündedir. Bu açıdan faile kısâs cezası uygulanmayacağı fikrini savunmuştur³⁵⁰.

Serahsî'nin metinleri incelendiğinde, hukukçuların suda boğmak suretiyle gerçekleştirilen öldürme eylemlerini öncelikle *suyun öldürme aracı olarak kullanılıp kullanılmadığı*, 'amden öldürme suçunda kullanılan aletlerle benzer özellikler taşıyıp taşımadığı' hususu üzerinden, yani maddî unsur açısından değerlendirdikleri görülmektedir. İmâmeyn, suda boğma hareketinin öldürücü nitelikte olduğunu dikkate alarak, böyle bir eylemin 'amd kapsamında yer alacağını ileri sürmüştür. Ebû Hanîfe ise, suyun organları parçalamada etkili bir vasıta olmadığı gerekçesiyle suda boğarak öldürme eylemini 'amd sınıfına dahil etmemiştir.

Suda boğarak öldürmede, Hanefî hukukçuları genel olarak maddî unsur üzerinde yoğunlaşmakla birlikte, İmâmeyn, modern hukukta olduğu gibi³⁵¹, mağdûrun yaşayıp yaşamayacağını failin öngörmesini, yani manevî unsuru da cezaî mesuliyetin tespitinde dikkate almıştır.

³⁴⁹ Beyhakî, "Nafakât 54".

³⁵⁰ Serahsî, XXVI, 152-153.

³⁵¹ Modern hukukta kişinin suda boğulmasına neden olan failin kusurluluk derecesi, onun neticeyi öngörme yeteneğine veya isteme durumuna göre tespit edilmektedir. Örneğin, bir kimseyi yaralamak için kovalayan failin, kurtulmak için göle giren mağdûru takibe devam ederek yüzme bilmediği için boğulmasına yol açması eyleminde, fail, mağdûrun yüzme bilmediğini öngörmesine rağmen takip hareketini devam ettirmiş ve ölüme neden olmuştur. *Olası kastla* öldürmeden sorumlu tutulmalıdır (Meran, s. 102). Başka bir olayda fail, yüzme bilmediğinin farkında olduğu arkadaşını sonradan kurtarma düşüncesi ile ve şaka olarak derin denize itiklemesinden sonra onu kurtaramadan arkadaşının ölmesi halinde, istemediği netice açısından *bilinçli taksirle* eylemi gerçekleştirdiği kabul edilmektedir (Meran, s. 129).

Suda boğarak öldürme (غرق) eylemini, sadece eylemde kullanılan vasıta, yani maddî unsur açısından inceleyen Mergînânî (593/1197), Serahsî'nin kavramlarından farklı terimlerle konuyu izah etmeye çalışmıştır. İmâmeyn'e göre, su öldürücü bir alettir ve öldürme eyleminde kullanılması kastı göstermektedir (استعمالها (غير معدة للقتل)). Ebû Hanîfe ise suyun öldürme eylemi için uygun bir araç (أمانة العمدية) olmadığını, zorluk teşkil ettiğinden genelde öldürme fiilinde kullanılmadığını (لا (مستعملة فيه لتعذر استعماله) belirtmiştir. Dolayısıyla öldürme eyleminde suyun araç olarak kullanımı, failde kastın bulunduğu hususunda şüpheye neden olmaktadır³⁵².

Sonraki dönem Hanefî eserlerinde suda boğma eyleminin farklı bir icra şekline temas edilmiştir. Buna göre, *bağlanarak denize atılan* (قبط رجلا وألقاه في البحر) *kişi*, atıldığı anda dibe batarak boğulursa, Ebû Hanîfe'ye göre, suya atılması (غرق) sebebiyle boğulmuş kabul edilir ve fail diyet ödemekle sorumlu tutulur. Ancak kişinin belli bir zaman yüzdükten sonra boğulması halinde ise, kişinin kendi aczinden (غرق بعجزه) dolayı boğulduğu kabul edilir ve fail diyet ödemekle sorumlu tutulamaz³⁵³.

Yukarıdaki paragrafta ele alınan iki boğulma eylemi arasındaki temel fark, ikinci örnekte failin fiiliyle netice arasına, mağdûrun hareketinin girmiş olmasıdır. Bu durumda, hukukçuların ölüm neticesiyle failin hareketi arasındaki illiyet bağının kesildiği kanaatinde olduklarını düşünmekteyiz. Hanefî doktrinde yer alan buna benzer birçok örnekte³⁵⁴, failin mesuliyetinin azaldığı ve cezasında indirime gidildiği

³⁵² Mergînânî, IV, 163.

³⁵³ Haskefî, VI, 544; Tûrî, VIII, 329.

³⁵⁴ Hanefî doktrinde, bu örneğe benzer çeşitli eylem şekillerine yer verilmiştir. Kişinin bağlanmak suretiyle yırtıcı bir hayvanın önüne atılıp onun tarafından parçalanarak öldürülmesinde (قبط رجلا وطرحه) (قدام اسد أو سبع), Ebû Hanîfe'ye göre, fail diyetle veya kısâs cezasıyla sorumlu tutulmaz. Ancak tazîr cezasına çarptırılır, dövülür ve tevbe edesiye kadar hapsedilir. Ebû Yusuf ise, ömür boyu hapsedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Bağdâdî, s. 190; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 6; Haskefî, VI, 544). Yukarıdaki paragrafta tetkik edilen eylemle bu eylem arasındaki benzerliğe dikkat edildiğinde, aslında elleri bağlanan bir kimsenin yırtıcı bir hayvanın önünden veya atıldığı denizden kurtulma imkanı ya hiç bulunmamaktadır ya da oldukça azdır. Ancak bununla birlikte, saldırgan hayvan tarafından öldürülmesi durumunda, Ebû Hanîfe'ye göre, failde kısâs cezası uygulanmamakta ve diyet sorumluluğu yüklenmemektedir. 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, ölüm neticesiyle failin eylemi arasına mağdûrun yüzme hareketi girmektedir. Bu durumda, failin kısâs veya diyet ödeme sorumluluğu bulunmamaktadır. Hanefî mezhebinde buna benzer başka örnekler de bulunmaktadır. Örneğin, bir kimsenin kuyuya düşme anında ölmesi halinde ölüm nedeni doğrudan kuyunun kazılmasına isnat

görülmektedir. Yani faile kısâs cezası yerine diyet ödeme sorumluluğu getirilmekte veya fail sadece tazîrle cezalandırılmaktadır.

İlk dönem metinlerinden sonra yazılan Hanefî metinlerinde suda boğarak öldürme eylemi, özellikle eylemin gerçekleştiği yerdeki *su miktarına* göre değerlendirilmiştir. Ancak *su miktarının* yanında diğer birtakım kriterler de dikkate alınmıştır. Buna göre, *su miktarının* genelde öldürmeyecek derecede az olduğu ve kişinin kurtulmasının beklendiği su birikintisinde (غرق إنسانا بالماء إن كان الماء قليلا لا يقتل) (منه غالبا ويرجى منه النجاة في الغالب) birini boğarak öldürme, bütün Hanefî hukukçularına göre şibh-i 'amd olarak kabul edilmektedir³⁵⁵. *Su miktarının çok olduğu* bir yerde (كان) (الماء عظيمًا) kişinin yüzmeyi iyi bilmesi, bağlanmamış olması (غير مشدود) ve kendisine ağırlık da takılmaması (لامثقل) gibi nedenlerle yüzerek kurtulması bekleniyorsa (يمكنه) (النجاة منه بالسباحة), böyle bir su birikintisinde kişinin boğularak ölmesi halinde (مات), mezhebin bütün hukukçularına göre şibh-i 'amd yoluyla öldürme gerçekleşmektedir. Diğer taraftan, İmâmeyn'e göre, kişinin kurtulması beklenmiyorsa (بحيث لا يمكنه النجاة) bu eylem 'amden öldürmedir. Ancak Ebû Hanîfe'ye göre, kişinin kurtulması beklenmiyor olsa da, bu eylem şibh-i 'amd olarak kabul edilir³⁵⁶.

Metinlerde, mağdûrun yüzerek kurtulma ihtimaline yer verilmesi, onun fail tarafından bizzat suyun içinde tutulmak suretiyle havasız bırakılarak öldürülmesinden ziyade; fail tarafından sadece suya atılmış olacağını zihne getirmektedir. Ancak suda boğarak öldürmenin tetkik edildiği yukarıdaki paragrafta atma (ألقى) fiili yerine; boğma (غرق) fiilinin zikredildiğini görmekteyiz. Diğer taraftan suyun az veya çokluğunun eylemin mahiyeti hususunda neden belirleyici

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 (Serahsi, XXVII, 14-15; Mergînânî, IV, 193). Hanefî mezhebinde yer alan diğer bir örnekte, herhangi bir şahsın üstüne zehirli yılan atıldığında, yılanın atılır atılmaz üzerine düştüğü kişiyi zehirleyerek öldürmesi durumunda, yılanı atan kişinin diyeti ödeme sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak yılan kişinin üzerine düştükten belli bir müddet sonra kişiyi sokacak olursa, yılanı atan kişi diyet ödemekle sorumlu tutulmamaktadır. Aynı şekilde, yola atılan akrep veya yılan gibi hayvanların atıldığı yerde bir kimseyi zehirlemesi durumunda o hayvanları yola atan fail diyet ödemekle sorumlu tutulmaktadır. Ama hayvan atılmış olduğu yerden farklı bir noktaya hareket ettikten sonra birini zehirleyecek olursa, failin diyet ödeme sorumluluğu bulunmamaktadır (İbn 'Âbidîn, VI, 559).

³⁵⁵ El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 5; Tûrî, VIII, 335.

³⁵⁶ İbn 'Âbidîn, VI, 543; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 5; Tûrî, VIII, 335.

olduğu tam olarak anlaşılamamaktadır. Zira herhangi bir kimse az miktardaki su birikintisinde dahi havasız bırakılarak öldürülebilmektedir. Bu durumda suyun az veya çok miktarda oluşunun dikkate alınması, birçok öldürme fiilinde olduğu gibi bize maddî unsurun etkisini hatırlatmaktadır. Yani burada *eylemin icra edildiği suç mahallinin*³⁵⁷ cezaî mesuliyetin tespitinde belirleyici olduğu düşünülebilir.

cc-Diğer Mezheplerde Suda Boğarak Öldürme

Hanefîlerin dışındaki mezheplerde suda boğarak öldürme, farklı açılardan ele alınmaktadır. Şâfi'î mezhebinde, yüzmeyi iyi bilse dahi, yüzerek kurtulamayacağı derinlikteki bir denize atılan kimsenin boğularak ölmesi durumunda, bu eylem 'amden öldürme olarak kabul edilmektedir. Bu mezhepte, suda boğma eyleminde birden çok sebebin etkili olması ayrıca incelenmiştir. Örneğin, kurtulması düşünülen bir su birikintisine atılan kişinin, daha sonra oluşan dalgaların veya çıkan rüzgarın yüzerek kurtulmasını engellemesi halinde, failin eylemi şibhi 'amd olarak nitelendirilmektedir. Ancak mağdûru suya atarken rüzgar veya dalganın olduğunu failin bilmesi halinde, 'amden öldürme eylemi gerçekleşmiş olmaktadır³⁵⁸. Böylece, Şâfi'î mezhebinde, suda boğarak öldürmede sebeplerin çokluğu halinde sebebiyet alakasının belirlenmesi yoluna gidilmiş ve bu noktada failin öngörme yeteneği değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Hanbelî mezhebinde, bir kimseyi kurtulamayacağı bir su birikintisine atarak ölmesine neden olan fail, 'amden öldürme suçunu işlemiş olmaktadır. Diğer taraftan, kurtulabileceği bir su birikintisine atılan kişi kendi iradesiyle orada durarak boğulursa, fail, kısâs veya diyetten sorumlu tutulmamaktadır³⁵⁹.

³⁵⁷ Hanefî doktrininde, öldürme suçu dışındaki birtakım suçlarda da suç mahalli cezaî mesuliyetin belirlenmesinde etkili olmuştur. Örneğin hirâbe suçunun şehir mahallinde gerçekleşmeyeceği ileri sürülmüştür (Tahâvî, 275-277; Cessâs, *Ahkâm*, II, 611; Serahsî, IX, 201; Kâsânî, VII, 92). Ayrıca hırsızlık suçunda, herhangi bir malın ancak korunmuş mahalden (hırz) alınması halinde faile el kesme cezasının uygulanacağı (Serahsî, IX, 156; Mergînânî, II, 123-124; Kasani, VII, 73-74) hükmü de suç mahalliyle ilgili bir değerlendirmedir.

³⁵⁸ Şirbînî, V, 219; Heytemî, VIII, 385-386; Remlî, VII, 256; Ensârî, IV, 5-6.

³⁵⁹ Merdâvî, IX, 438; Buhûfî, *Şerh*, III, 255; İbn Kudâme, VIII, 210.

dd-Değerlendirme

Hanefî mezhebinde, ilk dönem metinlerinde suda boğma eyleminin 'amden öldürme türü kapsamında kabul edilip edilmeyeceği hususu çoğunlukla suyun öldürücü nitelikte bir araç olup olmadığı ekseninde değerlendirilmiştir. Sonraki dönemlerde ise, eylemin gerçekleştirildiği suyun miktarı, suya atılan kişinin yüzmeyi bilmesi, bağlanmış olarak suya atılıp atılmadığı, kendisine bir ağırlık takılıp takılmadığı gibi birçok kriter, eylemin türünü belirlemede dikkate alınmıştır. Metinlerin gelişimiyle birlikte, eylemin 'amden öldürme kapsamında değerlendirilmesinde Ebû Hanîfe (150/767) ve İmâmeyn arasındaki temel görüş ayrılığı ise mevcudiyetini korumuştur. Dolayısıyla, eylemin 'amden öldürme türüne dahil olup olmadığı hususunda farklı kriterler, İmâmeyn'in bakış açısıyla değerlendirilmiştir. Zira her ne şekilde gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin suda boğarak öldürme, Ebû Hanîfe'ye göre şibh-i 'amd kapsamında yer almaktadır.

Suda boğarak öldürme eylemini değerlendirirken, ilk dönem eserlerinden farklı olarak sonraki dönem Hanefî metinlerinde birtakım ölçülere yer verilmesi, günümüz hukukunda kastın tespitinde birçok kriterin dikkate alınmasıyla benzerlik göstermektedir. Eylemlerin tasnifinde birçok kriterin dikkate alınması, maddî unsurun etkisinden bağımsız bir şekilde manevî unsurun tespitine imkan vermekte, böylece manevî unsuru ön plana çıkarmaktadır. Hanefî doktrininde ilk dönem metinlerinin aksine sonraki eserlerde manevî unsurun daha ön plana çıktığı, kavramlar ekseninde de müşâhede edilmektedir. Örneğin Cessâs (370/981), eylemin 'amden öldürme sınıfına dahil olmasının gerekçesi olarak, *suya atılan şahsın kurtulma imkanının olmamasını* (لا يمكنه الخلاص منه) zikretmiştir³⁶⁰. Serahsî (483/1090), *suya atılan şahsın kurtulamayacağını failin bilmesine* (يعلم أنه لا ينقلب منه) yer vermiştir³⁶¹. Dikkat edilirse, Serahsî'nin kullanmış olduğu kavram, kastın iki unsurundan bilme unsuruyla ilgilidir. Sonraki metinlerde, *suya atılan kişinin kurtuluşunun beklenmemesi* (لا ترجى منه النجاة بالسباحة في الغالب)³⁶² şeklinde yer alan

³⁶⁰ Cessâs, *Ahkâm*, II, 323.

³⁶¹ Serahsî, XXVI, 152-153.

³⁶² El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 5; Tûrî, VIII, 335.

gerekçe de, aynı şekilde manevî unsurla alakalıdır ve *failin ölüm neticesini öngörmesiyle* ilgilidir.

v-Hareket Unsurunda Hukukî Muhakemenin Gelişimi

Hanefî mezhebinde ilk dönem eserlerinde yer almayan birtakım öldürme eylemlerinin, sonraki metinlerde 'amd kapsamında tetkik edildiği görülmektedir. Örneğin, Hanefî mezhebinin ilk dönem metinlerinde göremediğimiz *ısırmak suretiyle* öldürme eylemi, sonraki dönem eserlerinde yer almıştır. Hanefî doktrininde, ısırmak suretiyle bir kimsenin öldürülmesinde kısâs cezasının uygulanmayacağını ifade eden hukukçuların yanında³⁶³, hayatî nitelikteki vücut bölgesinin ısırılarak kişinin öldürülmesini 'amd kapsamında değerlendiren görüşlere rastlanmaktadır³⁶⁴.

Isırarak öldürme eyleminin, özellikle bedenin hayatî bölgesine yönelik olması halinde 'amd kapsamında değerlendirilmesi, öldürme eylemlerinin tasnifinde sadece kullanılan vasıtaların değil; bunun haricindeki birtakım hususların da dikkate alındığını göstermektedir. Ancak ısırma eyleminde öldürme vasıtası olarak kullanılan dişlerin kesici veya delici nitelikte olduğu unutulmamalıdır. Bu nitelik, bir eylemin 'amd türüne dahil edilmesi hususunda eylemde kullanılan aletin kesici veya delici nitelikte olmasını şart koşan Ebû Hanîfe'nin görüşüyle uyushmaktadır. Dolayısıyla, sonraki dönem metinlerinde 'amd kapsamında yer verilen eylemler, mezhebin ilk eserlerinde 'amd türüyle ilgili zikredilen kriterlere uygunluk arz etmektedir. Sonuç olarak, sonraki hukukçuların burada zikredilen hukukî muhakemeye önceki hukukçuların görüşlerinden hareketle tahrîc yoluyla ulaştıkları anlaşılmaktadır.

Öldürme fiillerinin tasnifinde, *bedende isabet eden bölgenin* dikkate alınması, vücudun hayatî bölgesini ısırmak suretiyle öldürme eylemine yer veren İbn 'Âbidîn'den önceki eserlerde de yer almıştır. Örneğin iğne ve çuvaldızla gerçekleştirilen öldürme eylemlerinden bahsedilirken bu hususa değinilmiştir. Hanefî doktrininde iğnenin ancak vücudun hayatî bir bögesine batırılması durumunda *'amden öldürmenin* gerçekleşeceği belirtilmiştir (غرز بالابرة في المقتل). Çuvaldızın

³⁶³ El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 5.

³⁶⁴ İbn 'Âbidîn, VI, 528.

batırılmasında ise, bedenın hayatı bölgesine yönelik olma şartı aranmaksızın eylem 'amden öldürme olarak değerdendirilmiştir³⁶⁵.

Yukarıdaki paragraflarda yer verilen hususlar, Hanefî doktrinde modern hukukta olduğu gibi bütün eylemlerde, mağdûrun bedeninde isabet alan bölgenin dikkate alındığı şeklinde bir algıya neden olmamalıdır. Zira Hanefî doktrinde, örneğın, küçük bir sopanın mağdûrun başına vurulmasıyla vücudunda herhangi bir yere vurularak öldürölmesi arasında bir ayrıma gidilmemiş, küçük sopayla gerçekleştirilen fiillerin hepsi şibh-i 'amd olarak değerdendirilmiştir. Bunun nedeni, Hanefî doktrinde küçük sopanın *öldürücü nitelikte bir vasıta olarak görölmemesidir*. Zira bu mezhepte, asıl olarak kullanılan vasıtanın niteliğine bakılarak eylemin hangi türde yer aldığı tespit edilmektedir. Yani, Hanefî doktrinde, mağdûrun bedeninde isabet alan bölgenin dikkate alınması, kesici veya delici araçlarla icra edilen birkaç eyleme özgüdür.

Hanefî metinlerinde, 'amdle ilgili önceki eserlerde değinilmeyen; ancak sonraki metinlerde incelenen diğerd bir öldürme fiili, insanı öldürecek nitelikte ısıya sahip vasıtaların kullanıldığı öldürme eylemleridir. Örneğın, iple bağlanıp içinde kaynar su (ماء مغلي) bulunan bir kazana atılan kişinin o anda ölmesi halinde, bu eylem, 'amd kapsamında değerdendirilmektedir. Aynı şekilde içinde sıcak su bulunan kazana bir kimseyi atarak öldürme, 'amden öldürme olarak nitelendirilmektedir³⁶⁶.

Hanefî mezhebine ait ilk eserlerde yer almayan *sıcak su* ile öldürme eyleminin 'amd kapsamında değerdendirilmesi, sonraki dönem hukukçuları tarafından ortaya konmuş bağımsız bir içtihat olarak nitelendirilemez. Zira Ebû Hanîfe (150/767) dahil Hanefî hukukçuları ateşin bir vasıta olarak kullanıldığı öldürme fiillerini 'amd kapsamında değerdendirmişti³⁶⁷. Ayrıca, içinde ateş olmasa dahi kızgın fırında bir kimsenin yakılması, İmam Muhammed (189/805) tarafından 'amden öldürme olarak kabul edilmektedir³⁶⁸. İmam Muhammed'in görüşüne yer

³⁶⁵ Serahsî, XXVI, 122-123; Mevsilî, s. 500.

³⁶⁶ İbn 'Âbidîn, VI, 528; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 5.

³⁶⁷ Ebû Hanîfe, kan akıtmada (الفعل الجارح المؤثر في تسيل) yaralayıcı aletlerle benzer işlevi olan ateşin öldürme vasıtası olarak kullanıldığı eylemleri 'amd kapsamında değerdendirmişti (Serahsî, XXVI, 122-123).

³⁶⁸ Şeybânî, Câmiu's-Sagîr, s. 493.

veren sonraki dönem hukukçuları, bu görüşten hareket ederek, sıcak suyu da tıpkı sıcak fırın ve ateş gibi 'amden öldürme aracı olarak kabul etmişlerdir. Önceki metinlerde yer verilen birtakım hususlara kıyas yoluyla, sıcak suda insanın yakılmasını 'amd kapsamında değerlendiren sonraki dönem hukukçuları, *sıcak su* gibi öldürücü olan *soğuk* öldürme vasıtası olarak kullanıldığı eylemleri ise 'amd türüne dahil etmemişlerdir.

Kış gününde soğuk suya atılan kişinin ölmesi halinde faile, kısâs cezası yerine diyet ödeme sorumluluğu getirilmektedir. Aynı şekilde, bir kimsenin elbisesini soyarak onu soğukta bırakan veya bir kimseyi bağlayıp karın içine bırakarak ölümüne sebep olan failin diyet ödemesi gerekmektedir³⁶⁹.

Hanefî doktrinde, aslında öldürücü etkisi bakımından sıcak su veya fırın kadar etkili olan soğukta bırakma veya soğuk suyun içine atma eylemleri 'amd kapsamında değerlendirilmemiştir. Kanaatimizce bunun nedeni, sıcak suyun kıyas edileceği sıcak fırın veya ateş gibi bir vasıtanın önceki metinlerde yer alması, soğuk su veya soğuk havanın kıyas edileceği bir görüşün ise nakledilmemiş olmasıdır. Bunun sonucu olarak, sonraki Hanefî hukukçularının soğukta bırakarak veya soğuk suyun içine atarak öldürme eylemlerini, mezhep doktrinde benimsenmiş olan *tesebbüben öldürme fiillerinin 'amd türünde yer alamayacağı* ilkesinden hareketle değerlendirdikleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla soğukta bırakarak veya soğuk suyun içine atarak öldürme eylemlerinde fail sadece diyet ödemekle sorumlu kılınmıştır. Diğer taraftan öldürme türlerinin tespitinde eylemin mübâşeretle gerçekleştirilmesinin, yani maddî unsurun, Hanefî mezhebindeki kadar önem arz etmediği diğer mezheplerde ise, öldürme eyleminde sıcak veya soğuk vasıta olarak kullanılması arasında fark gözetilmemiştir³⁷⁰.

³⁶⁹ Haskefî, VI, 544; El-Fetâvâ'l-Hindîyye, VI, 6.

³⁷⁰ Örneğin, Şâfiî mezhebinde, kişiyi dayanamayacağı kadar soğuk veya sıcak bir yerde bırakarak öldürme eylemi, 'amd türüne dahil edilmektedir (Şirbîni, V, 215; Heytemî, VIII, 380-381; Remlî, VII, 251; Ensârî, IV, 4). Aynı şekilde, Hanbelî mezhebinde de, bir kimseyi şiddetli soğuk veya sıcakta bırakarak öldürme 'amd kapsamında yer almaktadır (Merdâvî, IX, 436-437; İbn Müflih, V, 622; Buhûtî, *Şerh*, III, 255). Diğer mezheplerin görüşlerinin modern hukukla paralellik arz ettiği görülmektedir. Nitekim suçun doğrudan bir araçla işlenmesi ile dolaylı araçlarla icra edilmesi arasında fark gözetilmeyen modern hukukta, kendisini koruma gücü bulunmayan bir kimseyi soğukta dışarıya bırakarak ölümüne neden olma kasten öldürme olarak nitelendirilmektedir (Meran, s. 31).

b-Netice Unsuru

Failin öldürme eyleminden dolayı cezalandırılabilmesi için hareketin ölüm neticesine yol açması gerekmektedir. Bu husus, modern hukukta ve Hanefî mezhebinde genel kural olarak kabul edilmiştir. Ancak Hanefî mezhebinde, neticenin bundan farklı bir yönü daha bulunmaktadır. O da, gerçekleştirilen eylemin 'amd türüne dahil olup olmadığının *neticeye göre belirlenmesidir*.

Netice unsurunun eylemin hangi türde yer alacağını belirleme özelliği, bilhassa, öldürme kastı olmaksızın icra edilen eylemin ölüm neticesine yol açması halinde karşımıza çıkmaktadır. Hanefî metinlerinde bu konuyla ilgili iki farklı öldürme fiiline yer verilmiştir. Bunlardan ilki, yaralama eyleminden sonra ölüm neticesinin gerçekleşmesidir. Bu fiile, mezhebin ilk metinlerinden itibaren yer verildiğinden, konuyla ilgili hukukî muhakemenin gelişimini asıl olarak bu örnek üzerinden inceleme imkanı bulunmaktadır. Öldürme kastı olmaksızın hareket eden failin ölüme yol açmasıyla ilgili ikinci örnek ise, tespit edebildiğimiz kadarıyla, mezhebin ilk eserlerinde yer almamakta, sonraki metinlerde karşımıza çıkmaktadır. Bu örnekte, fail bir kimsenin elini kesmek isterken, hata ile boynunu gövdesinden ayırarak onu öldürmektedir. Bu iki eylemde de, failin öldürme kastı bulunmamaktadır. Ancak eylemlerin ardından ölüm neticesi gerçekleştiğinde, bu fiiller 'amden öldürme olarak değerlendirilmekte ve faile ölüm cezası verilmektedir.

i-Yaralama Eyleminin Ardından Ölüm Neticesinin Gerçekleşmesi

Fail tarafından icra edilen yaralama fiilinin akabinde mağdûrun ölümü halinde, failin sorumluluğunun ne olacağı hususu Tahâvî'den (321/933) itibaren Hanefî eserlerinde incelenmiştir. Tahâvî, el veya ayak organlarını kesme kastıyla 'amden gerçekleştirilen eylemin neticesinde mağdûrun ölümü halinde, failin 'amden öldürmeden sorumlu tutulacağını belirtmiştir³⁷¹. Cessâs (370/981), bu hükmün

³⁷¹ Tahâvî, *Muhtasar*, s. 235.

gerekçesini, mezhep doktrinde kabul edilen *suç fiillerinin yol açtıkları neticeye göre değerlendirileceği* kuralına dayandırmıştır (حكم الجنایة معتبر بما ينتهي اليه)³⁷².

Eylemin yol açtığı neticeye göre değerlendirilmesi ilkesini farklı birtakım kavramlarla Cessâs'tan sonra birçok hukukçunun eserinde müşahade etmekteyiz. Örneğin Serahsî (483/1090)³⁷³ ve Zeyle'î³⁷⁴ (743/1342), *suçlarda neticelerin itibara alınacağını* (يعتبر في الجنایات مآلها), Mergînânî (593/1197) *yaralama eylemlerinde neticenin itibara alınacağını* açıklanmıştır (الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها)³⁷⁵.

Yukarıda görüldüğü üzere, Hanefî doktrinde, başlangıçta *öldürme kastı* olmasa dahi, eylemin akabinde ölüm neticesi gerçekleştiğinde, ortaya çıkan son neticeye göre hüküm verilmekte ve fail kısâsen ölüm cezasına çarptırılmaktadır. *Öldürme kastı* olmaksızın gerçekleşen eylemin 'amd kapsamında yer alması, 'amdin tarifinde de belirtildiği üzere, Hanefî hukukçularının 'amd türündeki eylemler için *vurma kastını* yeterli kabul etmeleriyle ilgilidir.

aa-"Sirâyet" Kavramı

Yaralama fiilinin yol açtığı neticeye göre, hangi suç kapsamında değerlendirileceği hususunda yapılan hukukî muhakeme birtakım kavramların eserlerde ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bunlardan en önemlisi, "sirâyet (سراية)" kavramıdır. Eserlerde bu kavramın farklı şekillerde ifade edildiğini görmekteyiz. Serahsî bu kavramı iki farklı şekilde, cinâyetin (السراية أثر الجنایة) ve fiilin neticesi (السراية أثر الفعل) olarak belirtmiştir³⁷⁶. Kâsânî (587/1191) ise, sirâyeti yaralama fiilinin neticesi (السراية أثر الجراحة) olarak açıklamıştır³⁷⁷. Hukukçuların tanımları arasında küçük farklılıklar olmakla birlikte hepsinin kastettiği hususların gerçekte aynı şeyler olduğu anlaşılmaktadır. Sirâyet, hareketin daha ağır neticeye yol açmasını ifade ettiğinden, *ağırlaşan netice* olarak düşünülebilir.

³⁷² Cessâs, *Şerh*, III, 348.

³⁷³ Serahsî, XXVI, 128.

³⁷⁴ Zeyle'î, VI, 119.

³⁷⁵ Mergînânî, IV, 188

³⁷⁶ Serahsî, XXVI, 101, 147.

³⁷⁷ Kâsânî, VII, 249.

Sirâyet kavramı ilk olarak Cessâs'ın eserinde karşımıza çıkmaktadır. Cessâs, müslüman bir kimsenin diğer bir müslüman şahıs tarafından elinin kesilmesinin akabinde, irtidât edip ölmesi halinde, maktûlün sadece elinin diyetinin tazmîn edileceğini belirtmiştir. Normalde ise, kişinin elinin kesilmesinin akabinde ölümü halinde, suç faili ölüm cezasına çarptırılmaktaydı. Cessâs, burada yer verilen hükmün gerekçesini açıklarken, kişinin irtidâd etmesi sonucu, yaralama eyleminin yol açtığı daha ağır neticeden (sirâyet) failin sorumluluğunun ortadan kalktığını belirtmiştir³⁷⁸.

Cessâs, bu kavrama irtidat suçuyla ilgili metinlerde yer vermiş olmakla beraber, dikkat edilirse, konu asıl olarak yaralama eylemindeki ağır neticeyle ilgilidir. Serahsî'nin eserinde ise, "sirâyet" kavramı, bizzat yaralama ve öldürme suçlarının zikredildiği metinlerde yer almıştır. Müellif, öldürmeye yönelik fiilin, yol açtığı ağır neticeyle tamamlanmış sayılacağını, mağdûrun yaralanıp daha sonra yaranın ölümüne sebep olması halinde³⁷⁹, failin öldürme eylemini bizzat gerçekleştirmiş olarak kabul edileceğini ileri sürmüştür³⁸⁰.

bb-Ağır Neticeli Eylemin Hukukî Mahiyeti

Haneffî hukukçuları ölümüne yol açan yaralama eyleminin, neticenin gerçekleşmesinden sonra mı, yoksa hareketin başlangıç anından itibaren mi öldürme eylemi olarak değerlendirileceğini incelemişlerdir.

Öldürme eylemini, *akabinde ölüm neticesinin gerçekleştiği yaralama* olarak açıklayan (القتل اسم لجرح يعقبه زهوق الروح) Serahsî (483/1090), yaralama sonucunda ölüm neticesi gerçekleştiğinde artık eylemin öldürme eylemi olarak ifade edileceğini, bu hususta, *"hareketin başlangıcında yaralama eyleminin daha sonra öldürme eyleminin gerçekleştiğinin"* düşünölemeyeceğini kesin bir şekilde ifade etmiştir³⁸¹.

Kâsânî (587/1191), ağır neticenin fail tarafından gerçekleştirilen suç eyleminin mahiyetini değiştirdiğini (حدوث السراية يوجب تغير الجناية) ve ölüm

³⁷⁸ Cessâs, *Şerh*, III, 352-353.

³⁷⁹ Serahsî yaralama eyleminin ölüm neticesine yol açmasını ifade etmek üzere "serâ ile'n-nefs (سرى إلى النفس)" kavramını kullanmıştır. Bu kavramın daha sonra birçok eserde yer aldığı görölmektedir (Kâsânî, VII, 307; Zeyle'î, VI, 118; Bâbertî, X, 251; İbn Hümâm, X, 255).

³⁸⁰ Serahsî, XXVI, 138.

³⁸¹ Serahsî, XXVI, 128.

neticesinden sonra artık yaralamadan bahsedilemeyeceğini, yapılan hareketin artık öldürme eylemi olduğunu ifade etmiştir³⁸². Müellifin yer verdiği "sirâyet, suçun hükmünü değiştirir" ifadesi, gerçekleştirilen yaralama eyleminin daha sonra öldürme eylemine dönüştüğünü imâ eder gözükmetedir. Dolayısıyla, ilk bakışta, Kâsânî'nin ölüm neticesine yol açan yaralama eylemini, Serahsî'nin aksine, başlangıç anından itibaren öldürme eylemi olarak düşünmediği kanaatine varılabilir. Ancak müellif eserinin başka bir yerinde, yaralama eylemiyle netice arasına başka bir fiilin girmemesi halinde, fiilin gerçekleştiği andan itibaren öldürme eylemi olarak kabul edileceğini (وقع قتلًا من حين وجوده) açıkça belirtmiştir³⁸³. Bu metinler, Kâsânî'nin ölüme yol açan yaralama eylemi hakkında Serahsî ile aynı görüşü paylaştığını göstermektedir. Bâbertî (786/1384) de, bu hususla ilgili olarak, "yaralama eyleminin yol açtığı ağır netice ile birlikte başlangıç anından itibaren öldürme eylemi olarak (القطع مع السراية يصير قتلًا من الابتداء)" değerlendirileceğini ifade etmiştir³⁸⁴.

Sonuç olarak, Hanefî mezhebinde ölüm neticesine yol açan yaralama eyleminin, hareketin yapıldığı andan itibaren öldürme eylemi olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

ii-Müessir Fiil Kastıyla İcrâ Edilen Eylemin 'Amden Öldürmeye Dönüşmesi

Hanefî doktrininde, başlangıçta *öldürme kastı bulunmamasına* rağmen, ölüm neticesinden dolayı failin ölüm cezasına çarptırıldığı farklı bir eylem şekli, hayatî olmayan vücut bölgesine yönelik yaralama kastıyla bir hareket icra edilirken hata ile hayatî organa isabet ederek ölüme yol açmadır. Daha önce incelenen, yaralama eyleminin ölüm neticesine yol açmasıyla ilgili hususlar, ilk dönem Hanefî metinlerinden itibaren yer almaktayken, burada sözü edilen eylem şekline, görebildiğimiz kadarıyla sadece sonraki dönem eserlerinde rastlanmaktadır.

Kâsânî (587/1191) ve Zeyle'î (743/1342), yukarıdaki paragrafta yer verilen eylemi, benzer ifadelerle şu şekilde açıklamaktadır. Fail, yaralama kastıyla vücudun

³⁸² Kâsânî, VII, 307.

³⁸³ Kâsânî, VII, 245, 248.

³⁸⁴ Bâbertî, X, 260.

herhangi bir organına yönelik olarak (قصد عضوا) eylemini icra ederken, hata ederek hayatî bir organa isabet ettirip (فأصاب عضوا آخر منه) ölüm neticesine yol açarsa, bu fiil 'amden öldürme kapsamında değerlendirilir³⁸⁵. Bâbertî (786/1384), önceki hukukçulardan farklı olarak, "insan vücudunda herhangi bir organ" kavramı yerine daha somut bir ifade kullanmış, failin kastettiği organı "el" olarak açıklamıştır. Buna göre, fail, bir kimsenin elini kesme kastıyla hareket ettikten sonra, hata ile aynı şahsın boynunu keserek mağdûru öldürürse (تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنقه فقتله), 'amden öldürmeden dolayı cezalandırılmaktadır. Diğer taraftan, fail şayet bir kişinin elini kesme kastıyla hareket ettikten sonra, üçüncü bir şahsın başını gövdesinden ayıracak olursa (أراد يد رجل فأصاب عنق غيره وأبانه) bu eylem *hata ile öldürme* kabul edilmektedir³⁸⁶.

Mergînânî (593/1197), *öldürme kastı bulunmayan* faile ölüm cezası uygulanmasının gerekçesini açıklarken, insan bedeninin bir bütün olarak değerlendirildiğine işaret etmiştir. Bu nedenle normalde hayatî olmayan bir organa yönelik yapılan hareket, ölüm neticesi gerçekleştiğinde insan vücudu bir bütün olarak değerlendirildiğinden, başlangıçtan itibaren öldürme kastıyla icra edilmiş bir hareket olarak kabul edilmektedir³⁸⁷. *Yaralama kastıyla* hareket eden fail, üçüncü bir şahsın başını gövdesinden ayırdığında ise, bu eylem, *hata ile öldürme* kabul edilmektedir. Dikkat edilirse, bu iki fiilde eylemi gerçekleştiren *failin kastı* dikkate alınmamakta ve fiilin hükmü neticenin gerçekleştiği mahalle, yani *maddî unsura* göre belirlenmektedir. Zira yukarıda yer verilen her iki eylemde de, suç failleri *öldürme kastıyla* hareket etmemekle birlikte, eylemlerin akabinde ölüm neticesi gerçekleşmektedir. Ancak her iki eylem, farklı öldürme türlerinde yer almaktadır. Herhangi bir kimseye yönelik icra edilen hareketin ardından farklı bir kimsenin öldürülmesi *hata ile öldürme* kabul edilirken, yaralama kastıyla hareket eden failin hata ile aynı şahsı öldürmesi halinde ise *'amden öldürme* gerçekleşmektedir.

Yukarıda zikredilen iki eylemin arasını ayırırken, hukukçuların neticenin gerçekleştiği mahalli, yani maddî unsuru dikkate aldıkları hususu, Zeyle'înin

³⁸⁵ Kâsânî, VII, 234.

³⁸⁶ Bâbertî, X, 214.

³⁸⁷ Mergînânî, IV, 159; Bâbertî, X, 411-412.

(743/1342) metinlerinde açık bir şekilde vurgulanmıştır. Zeyle'î'ye göre, suç faili, herhangi bir hedefe attığı nesnenin bir şahsa isabet etmesi halinde *fiilde hata* yapmış olmaktadır. Zira neticenin gerçekleştiği mahal farklılık arz etmektedir (اختلف المحل). Ancak fail, bir şahsın hayatî olmayan herhangi bir vücut bölgesine yönelik yaralama kastıyla hareketini icra ederken, hata ile aynı kimsenin hayatî bir organına isabet ettirmek suretiyle ölüme yol açarsa, kısâs cezasına çarptırılmaktadır. Zira bu eylemde (hareket ve netice aynı şahsa yönelik olarak icra edildiğinden) neticenin gerçekleştiği mahalde farklılık söz konusu değildir³⁸⁸.

Hanefî hukukçuları, hareketin yöneldiği mahalle isabet ettiği mahallin farklı olmasını, eylemin hata kapsamında değerlendirilmesinde bir ölçü olarak kabul etmişlerdir. Zira hata ile öldürme türünün *fiilde hata* kısmında, *hareketin yöneldiği hedefle neticenin gerçekleştiği hedef arasında farklılık* söz konusudur³⁸⁹. Bunun aksine, hareketin yöneldiği hedefle neticenin gerçekleştiği hedefin aynı olması halinde ise (örneğin, hareket ve netice aynı şahsa yönelik olarak gerçekleştiğinde), fiil 'amd kapsamında değerlendirilecektir. Zira böyle bir eylem, *hata ile öldürme* eylemlerine şeklen benzerlik göstermemektedir. Bu, Hanefî mezhebinde eylemin icra şekli, yani maddî unsur açısından birbirine benzer fiillerin aynı türde yer aldığını ortaya koymaktadır.

Bilindiği üzere, Hanefî doktrinde *öldürme kastı* bulunduğu halde büyük kütleli kaya parçası veya ağaçtan yapılmış bir vasıta ile gerçekleştirilen öldürme eylemlerinde faile, Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre kısâs cezası verilmemektedir. Buna karşılık, *öldürme kastı* olmaksızın icra edilen öldürme fiilleri dolayısıyla faile kısâs cezası uygulanması çelişki gibi görülebilmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki, Hanefî mezhebinde bir eylemin 'amden öldürme kapsamında yer almasında dikkate alınan en önemli kriter, eylemde kullanılan aletin niteliğidir. Bu bölümde yer verilen, yaralama eyleminin ölüme yol açması veya yaralama kastıyla hareket edilirken hayatî bir organa vurmak suretiyle kişinin öldürülmesi eylemlerinde, yaralayıcı veya delici aletin kullanılmış olması şarttır. Yaralayıcı veya delici aletin kullanımı da, bu

³⁸⁸ Zeyle'î, VI, 101

³⁸⁹ Hata ile öldürme konusunda geniş bilgi için bkz. s. 131-135.

eylemlerin 'amden öldürme kapsamında yer almasında en önemli gerekçeyi oluşturmuştur.

iii-Modern Hukukta Yaralamanın Ölüme Yol Açması

Modern hukukta cezaî mesuliyetin belirlenmesinde failin kastı temel ölçü alınmakta, ayrıca teşebbüs nazariyesi kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak, yaralama eylemleri, ölüm neticesine yol açtığına, Hanefî doktrininden farklı bir bakış açısıyla incelenmektedir.

Günümüz hukukunda, ölüm neticesi gerçekleşmediği takdirde, icra edilen fiilin kasten öldürmeye teşebbüs şeklinde mi, yoksa tamamlanmış müessir fiil şeklinde mi nitelendirileceği kastın tespitiyle mümkün olmaktadır. Failin kastı ölüm neticesini kapsamakta ise, ölüm neticesi gerçekleşmese dahi, fiil *kasten öldürmeye teşebbüs* sayılır. Ölüm neticesi gerçekleşmediği ve failce istenmediği takdirde icra edilen eylem, *tamamlanmış müessir fiil* olarak kabul edilir. Diğer taraftan, ölüm neticesi fail tarafından istenmedikçe, gerçekleştirilen hareket ölüme yol açsa dahi, fiil, *kasten öldürme* olarak nitelendirilemez; 765 sayılı TCK'nin yürürlükte olduğu dönemde bu eylem, *kastın aşılması suretiyle öldürme* olarak isimlendirilmekteydi³⁹⁰. 5237 sayılı TCK "*kastın aşılması suretiyle öldürme*" kavramına yer vermemiştir. Yeni ceza kanununda yaralama sonucu ölüm neticesinin gerçekleştiği fiiller, "*netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama*" başlığı altında düzenlenmiştir (md. 87/4)³⁹¹.

iv-Değerlendirme

Modern hukukla Hanefî mezhebinin ağırlaşan netice hakkındaki bakış açılarında belirgin bir farklılığın olduğu göze çarpmaktadır. Hanefî doktriniyle günümüz hukuku arasındaki bu temel farklılık, gerçekleştirilen eylemlerin kusurluluk açısından farklı türlerde yer almasına neden olmuştur. Hanefî mezhebinde, başlangıçta öldürme kastı olmasa da yaralayıcı veya delici bir aletle yaralama kastıyla icra edilen eylemin ardından ölüm neticesinin gerçekleşmesi halinde, eylem

³⁹⁰ Erman/Özek, s. 14; Meran, s. 34.

³⁹¹ "Netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama" ile *kastın aşılması suretiyle öldürme* suçu arasındaki mukayese için, bkz. s. 47-49.

'amden öldürme olarak kabul edilmekte ve fail kısıs cezasına çarptırılmaktadır. Zira Hanefî mezhebinde bir eylemin 'amden öldürme kapsamında yer almasında dikkate alınan en önemli kriter, eylemde kullanılan aletin niteliğidir. Yaralayıcı veya delici bir aletin kullanımı, sözü edilen eylemlerin 'amden öldürme kapsamında yer almasının gerekçesini oluşturmuştur.

Suç eyleminde kullanılan aracın niteliği, Hanefî doktrinde büyük önem arz ettiğinden, örneğin, hafif bir yaralama (الجرح اليسير) sonucu kişinin ölümü halinde dahi icra edilen eylem, 'amd kapsamında değerlendirilmektedir³⁹².

Günümüz hukukunda, basit tıbbî müdâhale ile giderilebilecek yaralama sonucu kişinin ölmesi halinde, illiyet bağı da gözetilerek fail, *taksirle öldürmeden* sorumlu tutulabilmektedir³⁹³. Modern hukukta böyle bir karara varılmasında etkili olan faktör, kastın tespiti üzerinde durulması ve eylemlerin failin kastına göre tasnif edilmesidir. Ayrıca, Hanefî mezhebinden farklı olarak, modern hukukta teşebbüs nazariyesinin kabul edilmiş olması da, eylemlerin tasnifinde farklılığa neden olmaktadır. Bundan dolayı, gerçekleşen eylem yaralama ile sonuçlansa dahi, failde öldürme kastının bulunması halinde *kasten öldürmeye teşebbüsten* bahsedilmektedir. Hanefî doktrinde ise, öldürme suçunda teşebbüs teorisi kabul edilmemekte; ayrıca failin kastı yerine maddî unsur ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle, yaralama fiilleri maddî unsurun bir kısmını oluşturan neticeye göre takdir edilmektedir.

c-Sebebiyet Alakası

Failin öldürme suçundan sorumlu olabilmesi için onun fiiliyle netice arasında sebebiyet alakasının bulunması gerekmektedir. Özellikle netice üzerinde birden çok hareketin etkili olduğu eylemlerde sebebiyet alakasının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu başlık altında, birden çok failin icra ettiği öldürme eylemlerinde netice üzerinde hangi hareketin etkili olduğu hususunda Hanefî hukukçularının değerlendirmeleri incelenecektir.

³⁹² Serahsî, XXVI, 125.

³⁹³ Otacı, s. 624.

i-Farklı Zamanlarda İcra Edilen Hareketlerin Ölüme Yol Açması

aa-Başlangıçtan İtibaren Haneî Metinlerinde Zikredilen Öldürme Eylemi

İlk dönemlerden itibaren Haneî doktrininde sebeplerin çokluğuyla ilgili yer verilen öldürme eylemi, Tahâvî'nin (321/933) eserinde şu şekilde incelenmektedir. Bir kimsenin iç organları dışarı çıkacak şekilde karın bölgesininin yarılmasından (شق (بطنه وأخرج أمعاءه) sonra, ikinci bir failin mağdûrun boynunu kılıçla koparması halinde (ضرب عنقه), ikinci faile kısâs cezası tatbik edilmektedir. Birinci fail ise, icra ettiği müessir fiilden dolayı takdir edilecek diyeti tazmînle sorumlu tutulmaktadır³⁹⁴.

Burada, ikinci failin yaptığı hareketin birinci failin hareketinin neticeyle olan bağlantısını kestiği anlaşılmaktadır. Ancak Tahâvî, bu hususa yer vermemiş, daha sonraki eserlerde temas edilmiştir.

Birinci yaralama eyleminin ardından bir gün veya belli bir vakit yaşadıktan sonra mağdûrun başka bir fail tarafından boynunun kılıçla koparılması halinde, ikinci fail öldürme suçundan sorumlu tutulmaktadır. Bu fiilde ilk fail, sadece takdir edilen diyeti öderken, kendisine kısâs cezası uygulanmamaktadır. Ancak kişinin hayatını ortadan kaldırmaya yönelik (اتي علي نفسه) ve onu can çekişme noktasına getiren bir eylemin ardından (لم يبق منها الا الاضطراب للموت) mağdûrun başka bir fail tarafından başının gövdesinden ayrılması halinde, ilk eylemi yapan şahıs öldürme eyleminden sorumlu tutulup kısâs cezasına çarptırılır, ikinci faile ise icra ettiği yaralama eylemine uygun bir ceza takdir edilir (يعاقب الثاني علي ما كان منه)³⁹⁵.

Tahâvî'nin eserinde yer alan, *mağdûrun iç organları dışarı çıkacak şekilde karın bölgesinin yarılması* eylemi, onun eserine şerh yazan Cessâs (370/981) tarafından, *ölüm neticesine götüren yaralama eylemi* şeklinde farklı bir kavramla (جراحة اشرف منها علي التلف) ifade edilmiştir³⁹⁶.

³⁹⁴ Tahâvî, *Muhtasar*, s. 234. Kâsânî, karnın yarılması dolayısıyla ödenmesi gereken erş miktarını diyetin üçte biri olarak açıklamıştır (Kâsânî, VII, 238-239).

³⁹⁵ Tahâvî, *Muhtasar*, s. 234.

³⁹⁶ Cessâs, *Şerh*, III, 348.

Kâsânî (587/1191), mağdûrun karnını yarmasına rağmen birinci faile kısâs cezası verilmeme gerekçesini açıklarken, karın bölgesinin dikilerek kişinin hayatını sürdürebileceğini; ancak başı koparılan şahsın yaşama ihtimalinin (لا يحتمل أن يعيش) olmadığını ifade etmiştir. Müellif, mağdûrun yaşama ihtimalinin olmadığı (لا يتوهم) ve onu can çekişme noktasına getiren (لم يبق معه إلا غمرات الموت والاضطراب) bir eylemin icrası halinde ise, birinci faile kısâs cezası uygulanacağını belirtmiştir. Bu durumda, sonradan mağdûrun boynunu koparan fail ise, diyet ödemekle sorumlu olmamaktadır. Zira ikinci fail, sanki ölü bir bedenin üzerinde eylemini icra etmiş olmaktadır. Bundan dolayı ikinci faile tazîr cezası uygulanmaktadır³⁹⁷.

Haskefî (1088/1677) ve İbn 'Âbidîn (1252/1836), yukarıda izah edilen örneği farklı birtakım kavramlarla ve meselenin farklı yönlerine işaret ederek incelemişlerdir. Haskefî, boynunun bir kısmı kesilen (قطع عنقه) ancak boğazının bir kısmı kesilmemiş olarak bırakılan (بقي من الحلقوم قليل) ve bununla birlikte canı çıkmamış durumda bulunan (فيه الروح) mağdûru üçüncü bir şahsın öldürmesi halinde ikinci faile kısâs cezası tatbik edilmeyeceğini; zira kişinin bu durumda hükmen ölü olarak (في حكم الميت) kabul edileceğini belirtmiştir. Diğer taraftan, şayet yaralanan şahıs henüz canı çıkmamakla birlikte ölecek haldeyken (في حالة النزاع) ikinci fail tarafından hayatına son verilirse, ikinci faile kısâs cezası uygulanmaktadır. İkinci fail, kendisi bir eylem gerçekleştirmediği takdirde, mağdûrun birinci eylemden dolayı öleceğini biliyor olsa da, hükmün aynı olduğu belirtilmiştir³⁹⁸.

İbn 'Âbidîn, Haskefî'nin metinlerini açıklarken, *ölecek halde olmayla* (في حالة النزاع) *can çekişme hali* (اضطراب الموت) arasındaki farka şu şekilde işaret etmiştir: Müellif, *ölecek halde bulunmanın* (النزاع) ölüm neticesi hakkında kesin bir mahiyete sahip olmadığını (غير متحقق), bu halde bulunan kişilerin bazen öleceği düşünülerek kendilerine ölü muâmelesi yapılmakla birlikte daha sonra bu şahısların uzun süre yaşayabildiklerini ifade etmiştir. Diğer taraftan karnı yarılan ve iç organları dışarı çıkan bir şahsın ise öleceği kesindir (يتحقق موته). Ancak bu şahıslar bir müddet yaşarlarsa, onların hayatta kalmaları dikkate alınır ve bundan sonra ikinci fail tarafından gerçekleştirilen eylemlerden dolayı ikinci faile ölüm cezası uygulanır.

³⁹⁷ Kâsânî, VII, 238-239

³⁹⁸ Haskefî, VI, 544-545.

Fakat karnı yarılan bir şahıs can çekişme aşamasına gelmişse artık onun yaşamasına (يضطرب اضطراب الموت) itibar edilmez ve hükmen ölü olarak kabul edilir³⁹⁹.

bb-Sonraki Dönem Hanefî Metinlerinde Yer Verilen Öldürme Eylemleri ve Hukukçuların Görüşleri

Önceki sayfalarda, Hanefî eserlerinin genelinde yer verilen birden fazla hareketin ölüm neticesine yol açmasıyla ilgili örnek üzerinden, failin cezaî mesuliyetinin hukukçular tarafından nasıl değerlendirildiği ortaya konmuştur. Bu örnek olayın ele alındığı metinlerde hukukçular arasında herhangi bir görüş ayrılığına yer verilmeksizin sebebiyet alakasının tespitine çalışılmıştır. Sonraki dönem eserlerinde ise, sebeplerin çokluğu konusunda başka birtakım öldürme fiillerine yer verildiği, bu eylemler hakkında Ebû Hanîfe (150/767) ve İmâmeyn'in görüşleri yanında, İmam Şâfi'î (204/820) ve İmam Züfer'in (158/774) değerlendirmelerine de değinildiği görülmektedir. Bu eserlerde, Ebû Hanîfe ve İmâmeyn'in yorumlarının zikri geçen diğer iki hukukçunun bakış açısından farklı olduğuna vurgu yapılmıştır. Bundan sonraki satırlarda, sonraki dönem metinlerinde yer verilen bu örnekler incelenecektir.

Hanefî doktrininde hukukçuların görüş ayrılığını yansıtan çok failli eylemlerden biri, başlangıçtan itibaren bu mezhepte yer alan örneğe bir açıdan benzemektedir. Buna göre, iki failden birincisinin herhangi bir kimsenin elini kesmesi; diğer failin ise yaralanmış olan şahsın başını gövdesinden ayırması durumunda, ikinci faile ölüm cezası, birinci faile ise el kesme cezası verilmektedir. Hanefî metinlerinde İmam Züfer ve İmam Şâfi'î'nin⁴⁰⁰ her iki faile de ölüm cezası

³⁹⁹ İbn 'Âbidîn VI, 544-545.

⁴⁰⁰ Yukarıdaki paragrafta, İmam Şâfi'î'ye isnât edilen "iki failden birincisinin herhangi bir kimsenin elini kesmesi; diğer failin ise yaralanmış olan şahsın başını gövdesinden ayırması durumunda, her iki faile de ölüm cezası verileceği" şeklindeki görüşe tezat teşkil eden bir hükme Şâfi'î eserlerinde yer verilmiştir. Şâfi'î mezhebinde, iki failden birisinin mağdûrun bedeni üzerinde öldürücü bir hareket, diğerinin ise öldürücü olmayan bir hareket icra etmesi halinde, öldürme suçundan öldürücü hareketi gerçekleştiren failin sorumlu tutulacağı (لو جرح احدهما و نكف الآخر فهو القاتل فعليه القصاص) belirtilmiştir (Heytemî, VIII, 392-393; Remlî, VII, 262; Ensârî, IV, 10). Ensârî, öldürücü olarak nitelendirdiği eylemleri; mağdûrun boğazını kesme, vücudunu ikiye ayırma, iç organlarını dışarı çıkarma şeklinde örneklendirmiştir (Ensârî, IV, 10). Ensârî'nin verdiği örneklerden anlaşıldığı kadarıyla, bir kimsenin elini kesme fiili öldürücü nitelikte değildir. Dolayısıyla böyle bir fiille bir kimsenin boğazını kesme şeklinde bir eylem bir araya geldiğinde, boğazı kesme eylemini gerçekleştiren fiili icra eden fail öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır.

uygulanacağı görüşünde olduğu nakledilmiştir. Onların bu konudaki gerekçesi, ölümün değişik zamanlarda icra edilen iki hareketin neticesinde gerçekleşmiş olmasıdır (لان الروح انزهت عقيب فعلهما فيكون مضافا الي فعل كل واحد منهما). Bu eylemi değerlendiren İmam Şâfi'î ve İmam Züfer'in faillerin gerçekleştirdiği eylemlerin mahiyet veya ağırlık derecesinin önem arz etmediği kanaatini taşıdıkları belirtilmiştir (لا معتبر بالتفاوت في صفة الفعل ولا في مقداره). Hanefî hukukçuları ise, iki ayrı fail tarafından gerçekleştirilen icra hareketlerinin neticeye etki bakımından farklı nitelikte olduklarına vurgu yapmışlardır. Zira bir kimsenin başının gövdesinden ayrılmasından sonra yaşama umudu kalmamakta ve ölüm neticesi kesin olarak gerçekleşmektedir. Oysa elin kesilmesinden dolayı faile ölüm cezasının uygulanabilmesi için, bu eylemin ardından ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerekmektedir⁴⁰¹.

Serahsî (483/1090), birden çok fail tarafından gerçekleştirilen farklı bir eylem şekline yer vermiştir. İki failden birinin herhangi bir şahsın bilekten elini; diğer failin ise mağdûrun dirsekten kolunu kesmesi halinde, Züfer dışındaki Hanefî hukukçularına göre ikinci faile ölüm cezası uygulanmaktadır. İmam Şâfi'î⁴⁰² ve Züfer ise iki faile de ölüm cezası uygulanacağı görüşündedir⁴⁰³. İmam Şâfi'î⁴⁰⁴ ve Züfer'in gerekçesi Hanefî metinlerinde şu şekilde açıklanmaktadır. Mağdûrun elinin kesilmesi onun bedenine acı vermektedir (يقطع يده حدث في البدن آلام). Daha sonra dirsekten kolun kesilmesi hareketi bu acıyı ortadan kaldırmamakta; daha da arttırmaktadır (يقطع الآخر (اليد من المرفق لا تنعدم تلك الآلام ، بل تزداد). Kişinin ard arda gelen bu acılardan korunma imkanı olmadığından, kendisine yönelik hareketlerin her birinin neticeyle olan ilişkisinin devam ettiği kabul edilmelidir (حصلت السراية لضعف الطبيعة عن دفع الآلام التي (توالت عليه). Diğer taraftan bu görüşü kabul etmeyen Hanefî hukukçuları ise, ikinci

⁴⁰¹ Serahsî, XXVI, 171.

⁴⁰² Şâfi'î eserlerinde bu hükmün gerekçesi, iki fiilin de ölüm neticesine sebep olması, yani neticenin iki fiille de ilişkili (li vücûdi's-sirâyeti minhümâ) olması şeklinde açıklanmıştır (Şirbînî, V, 226; Remlî, VII, 262).

⁴⁰³ Serahsî, XXVI, 170.

⁴⁰⁴ Şâfi'î mezhebinde, buna benzer başka bir yaralama eylemiyle ilgili olarak, bir kimsenin kolunun dirseğe kadar olan kısmının müessir fiil sonucu kesilmesinin akabinde başka bir failin aynı mağdûrun kolunu daha üst kısımdan kesmesi ve yaralanan şahsın daha sonra ölümü halinde her iki müessir fiili gerçekleştiren failler, yaralama eylemini kasten yapmaları halinde kısâs cezasına çarptırılırlar. Şâfi'î hukukçularından Ensârî, bu eylemle ilgili olarak birinci müessir fiilin ağır bir neticeye yol açtığını, böylece mağdûrun hissettiği acının arttığını, en temel organların bu acıyı hissettiğini, ikinci müessir fiilden dolayı mağdûrun bedenine yeni bir acının eklendiğini belirtmiştir (Ensârî, IV, 10).

Hanbelî mezhebi bu konuda Şâfi'î mezhebinin görüşünü paylaşmaktadır (Merdâvî, IX, 449; Buhûtî, Şerh, III, 260).

fiilin gerçekleşmesinin (dirsekten kolun kesilmesi) birinci fiilin (elin bilekten kesilmesi) neticeyle olan sebebiyet alakasını kestiğini, böylece birinci yaralamanın sanki iyileşmiş gibi kabul edileceğini belirtmişlerdir (فعل الثاني بمنزلة البرء في حق الأول) (تنقطع به سراية الفعل الأول فكأنه انقطع بالبرء). Zira fiilin icra edildiği vücut organı ortadan kalktığında, artık o organ üzerinde icra edilen eylemin herhangi bir etkisinden bahsedilemez. Ancak iki ayrı fail tarafından, farklı organlar üzerinde icra edilen iki değişik fiilde ise (örneğin, faillerden birinin mağdûrun elini, diğerinin ise mağdûrun ayağını kesmesi halinde), organlar yok olmadığından faillerin gerçekleştirdiği eylemlerin ölüm neticesi üzerinde etkili (أثر الفعل) olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda, ölüm neticesi iki faile de isnat edilecektir⁴⁰⁵.

Kâsânî (587/1191), Serahsî'nin zikrettiği örnekle benzerlik gösteren farklı bir meseleyi ele almıştır. İki failden biri, mağdûrun parmağını; diğeri ise aynı mağdûrun bilekten elini kestiğinde ve ölüm neticesi gerçekleştiğinde, Züfer dışındaki Hanefî hukukçularına göre, sadece ikinci faile ölüm cezası uygulanır. Züfer ise iki faile de ölüm cezası uygulanacağı görüşündedir. Kâsânî, İmam Züfer'in gerekçesini açıklarken, Serahsî'nin kullandığı kavramlara yer vermekle beraber, bunları biraz değiştirerek konuyu incelemiştir. Buna göre, yaralama hareketinin yol açtığı ağır netice değerlendirilirken mağdûrun müessir fiilden dolayı hissetmiş olduğu acı ve ızdırap dikkate alınmalıdır (السراية باعتبار الألم). Parmağın kesilmesi halinde, bu fiilin yol açtığı acı ve ızdırap mağdûr tarafından hissedilmiştir (اتصل المة بالنفس). Daha sonra ikinci eylemle (mağdûrun elinin bilekten kesilmesi), mağdûrun hissettiği acı daha da artmıştır (تكمال). Bu durumda ölüm neticesi iki fiile de isnat edilmelidir. Diğer Hanefî hukukçuları ise, ölüm neticesine yol açan hareketin, insan bünyesinin tahammül edemeyeceği acı ve ızdıraplara göre belirleneceğini ifade etmişlerdir (أن السراية باعتبار أن السراية باعترار) (الآلام المترادفة التي لا تتحملها النفس إلى أن يموت يمنع وصول الألم من) (الأصبع إلى النفس). Dolayısıyla birinci hareketin netice üzerindeki etkisi, yani bu hareketle netice arasındaki sebebiyet alakası kesilmiş olmaktadır (قطعا للسراية). Sonuç olarak, ölüm neticesi ile sadece elin kesilme eylemi arasında sebebiyet alakası

⁴⁰⁵ Serahsî, XXVI, 170

kalmaktadır (فبقيت السراية مضافة إلى قطع اليد). Bu da sadece ikinci failin kısâs cezasına çarptırılmasını gerektirmektedir⁴⁰⁶.

ii-Aynı Anda İcra Edilen Hareketlerle Gerçekleştirilen Öldürme Eylemleri

Hanefî doktrinde, aynı anda gerçekleştirilen yaralama fiilleriyle ard arda icra edilen (على التعاقب) yaralama eylemleri arasında cezaî sorumluluk açısından farklılık olduğu belirtilmiştir. Birbiri ardından gerçekleştirilen yaralama eylemlerinin (جراحات متعاقبة) akabinde, iki fâilden biri öldürücü nitelikte, diğeri ölüme yol açmayacak tarzda (جرحا مهلكا و جرحا غير مهلك) bir eylem icra etmişse, yalnızca öldürücü nitelikte yaralama eylemini gerçekleştiren fail kısâs cezasına çarptırılmaktadır⁴⁰⁷. Diğer taraftan, yaralama eylemini iki kişi aynı anda icra ederlerse, ikisi de öldürme suçunun faili olarak cezalandırılır. Aynı anda gerçekleştirilen eylemde, mağdûrun bedeni üzerinde faillerden birinin on bıçak darbesi icra etmesiyle diğer failin bir bıçak darbesinde bulunması arasında fark gözetilmez. Böyle bir hükme varılmasının gerekçesi, bazen on bıçak darbesine maruz kalan mağdûrun hayatta kalabilmesi, diğer taraftan tek bıçak darbesiyle dahi ölüm neticesinin gerçekleşebilmesidir⁴⁰⁸.

iii-Hanefî Mezhebinde Sebebiyet Alakası Konusunda Benimsenen Teoriler

Birden çok hareketin neticesinde gerçekleşen öldürme eylemlerinde, bu hareketlerden hangisinin netice üzerinde etkili olduğunu tespit hususunda çeşitli nedensellik teorileri ortaya çıkmıştır. Bu teoriler önceki sayfalarda⁴⁰⁹ açıklandığından bunların izahına tekrar değinilmeyecek, burada daha ziyade, Hanefî mezhebinde sebebiyet alakası hususunda benimsenen nazariyelerin tespitine çalışılacaktır.

Modern hukukçular, Mecelle'nin 90. maddesinde zikredilen "mübâşir zâmin olur, müsebbib zâmin olmaz" kaidesinden hareketle, eski hukukumuzda *son şart*

⁴⁰⁶ Kâsânî, VII, 304.

⁴⁰⁷ İbn 'Âbidîn, VI, 556-557.

⁴⁰⁸ Kâsânî, VII, 239; Zebîdî, II, 122; Bağdâdî, 171; İbn 'Âbidîn, VI, 556-557.

⁴⁰⁹ Bkz. s. 41-45.

teorisinin geçerli olduğunu söylemişlerdir⁴¹⁰. Bu teori, hukukta uzak değil yakın sebebi muteber kabul etmektedir. Buna göre diğer şartlara en son eklenen şart sebeptir. Bu nazariyede, doğrudan neticeye neden olan sebeple dolaylı olarak etkili olan sebebin birbirinden ayrıldığı ve ancak doğrudan sebebin netice üzerinde etkili olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten Hanefî mezhebinde, fiillerin doğrudan ve dolaylı olarak gerçekleştirilmesi arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu sebeple, tessebbüben gerçekleştirilen; yalan tanıklık yaparak, zehir sunarak, aç ve susuz bırakarak öldürme fiillerinde faile kısâs cezası uygulanmamaktadır. Son iki öldürme eyleminde Ebû Hanîfe (150/767) failin diyet ödeme sorumluluğunun bulunmadığını ifade etmiştir.

Hanefî mezhebinde birçok öldürme eyleminde⁴¹¹ sebebiyet alakası konusunda *son şart teorisinin* kurallarına göre hareket edildiği inkar edilemeyecek bir gerçektir. Bununla birlikte bu ekolde, son şart nazariyesinden başka sebebiyet alakası teorilerinin kabul edildiği kanaatindeyiz. Örneğin, failin bir kimseyi en fazla bir gün veya belli bir vakit yaşayacak derecede yaralamasından sonra ikinci bir failin aynı şahsın başını kılıçla kesmesi durumunda ikinci fail, ölüm neticesinden sorumlu tutulmakta ve kısâs cezasına çarptırılmaktadır. Birinci fail ise, yaralama diyetini ödemektedir. Ancak kişiyi 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 edilmemektedir⁴¹². Bu örnekte son şart teorisine göre değil; uygun sebep teorisine göre hüküm verildiği görülmektedir⁴¹³.

Hanefî doktrininde illiyet bağıını tespit noktasında son şart ve uygun sebep nazariyeleri haricinde *şart teorisinin* de dikkate alındığı kanaatindeyiz. Bu mezhepte,

⁴¹⁰ Dönmezer/Erman, I, 486-487; Kunter, s. 176.

⁴¹¹ Bkz. dipnot 354.

⁴¹² Tahâvî, *Muhatasar*, s. 234.

⁴¹³ Uygun sebep teorisine göre, neticenin oluşumunda tüm şartlar değil, en uygun şart etkilidir (İçel, s. 77; Dönmezer/Erman, I, 493; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 267). Buna göre, öncelikle neticeyi oluşturan bütün şartlar incelenmekte, daha sonra bunların içinde neticeyi meydana getirmeye genel ve somut olarak uygun olan, sebep olarak kabul edilmektedir (Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 267). Uygun sebep teorisini açıklayan modern hukuk eserlerinde, bu teoriye örnek olarak, yukarıdaki paragrafta Hanefî eserlerinde yer alan örneğin benzerine yer verilmiştir (Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 269).

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 faillerin gerçekleştirdikleri hareketlerin ağır veya hafif neticeler doğuracak olmasının öneminin bulunmadığı vurgulanmaktadır⁴¹⁴. 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 faile de ölüm cezası verilmesi gerektiğini ileri sürerken şart teorisine göre hareket etmiştir⁴¹⁵. Bu hükümlerde hukukçular, neticeye yol açan sebepler arasında bir ayrım yapmaksızın her şartı netice bakımından aynı değere sahip kabul etmektedir. Bu husus, *şart teorisinin* kriterlerine uymaktadır⁴¹⁶.

iv-Sebebiyet Alakası Bağlamında Metinlerde Ortaya Çıkan Bazı Kavramlar

aa-Te'âkub Kavramı

Hanefî doktrinde, sebebiyet alakası hususunda hukukçuların görüşlerinin anlaşılmasını sağlayan en önemli metinler, birden çok failin birbirini takip eden hareketlerinin yol açtığı öldürme eylemleriyle ilgilidir. Bu şekilde gerçekleşen öldürme fiillerinde, faillerin sorumluluğuna ilk dönem metinlerinden itibaren yer verildiği görülmektedir. Ancak birbirini takip eden hareketleri ifade etmek üzere kullanılan "te'âkub" kavramını ilk olarak Serahsî'nin (483/1090) eserinde görmekteyiz⁴¹⁷. Daha sonra bu kavrama, Kâsânî (587/1191) yer vermiştir. Kâsânî, birbirini takip eden hareketleri "ale't-te'âkub" kavramıyla ifade etmiş ve bu fiillerin, birden çok failin aynı anda gerçekleştirmiş olduğu öldürme fiillerinden (el-katlü ale'l-ictimâ) ayrı bir mahiyetinin olduğunu belirtmiştir⁴¹⁸. Hanefî mezhebinde Kâsânî'den önceki eserlerde de, birden çok fail tarafından gerçekleştirilen eylemlerin aynı anda icra edilmesi ile değişik zamanlarda gerçekleştirilmesi farklı hukukî görüşlere konu olmuştur. Ancak Kâsânî, bu iki eylem arasındaki farklılığı, önceki eserlerde yer

⁴¹⁴ İbn 'Âbidîn, VI, 556-557.

⁴¹⁵ Serahsî, XXVI, 170

⁴¹⁶ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 262; İçel, s. 72-73; Dönmezer/Erman, I, 477.

⁴¹⁷ Serahsî, XXVI, 127; 139.

⁴¹⁸ Kâsânî, VII, 238.

almayan birtakım kavramlarla vurgulamıştır. Kâsânî'den sonra, farklı failer tarafından birbiri ardınca gerçekleştirilen hareketleri ifade etmek üzere kullanılan "te'âkub" kavramı, birçok Hanefî eserinde yer almıştır⁴¹⁹.

bb-İnkîât'us-Sirâye Kavramı

Hanefî metinlerinde "sirâyet", hareketin ağır neticeye yol açmasını ifade etmektedir. Bu açıdan hareketin neticeyle olan ilişkisini de gösteren bir mahiyete sahiptir. Bilindiği üzere, hareket ile netice arasında sebebiyet ilişkisi kesildiğinde failin sorumluluğu kalmamaktadır. Hanefî metinlerinde, hareket ile netice arasındaki sebebiyet ilişkisinin kesilmesini ifade etmek üzere, "inkîât'us-sirâye (انقطاع السراية)" kavramı kullanılmıştır. Bu terime, Serahsî'den (483/1090)⁴²⁰ itibaren birçok eserde rastlanmaktadır⁴²¹.

v-Diğer Mezheplerde Sebeplerin Çokluğu Halinde Sebebiyet Alakası

Değişik zamanlarda farklı failer tarafından icra edilen eylemler hususunda Hanefî eserlerinde yer verilen hükümler, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde zikredilen görüşlerle paralellik göstermektedir. Şâfiî eserlerinde, bir kimsenin konuşma, görme ve hareket gibi hayatî belirtileri kalmayacak derecede yaralanmasından sonra, diğer bir failin aynı kişinin bedenine yönelik müessir fiil icra etmesi halinde, ilk hareketi gerçekleştiren fail, öldürme suçundan sorumlu olmaktadır. İkinci fail ise, tazîr cezasına çarptırılmaktadır. Ancak ölümcül olmayan yaralamadan sonra ikinci bir failin mağdûrun boynunu koparması halinde, ikinci faile kısıs cezası uygulanmaktadır. İlk eylemi gerçekleştiren faile ise, icra ettiği fiile uygun bir ceza verilmektedir⁴²². Hanbelî mezhebinde, suç faili, mağdûrda hayat belirtisi kalmayacak

⁴¹⁹ Zebîdî, II, 122; Zeyle'î, VI, 136; Bâbertî, X, 249.

⁴²⁰ Serahsî, yaralama hareketinden sonra yaralanan şahsın irtidat ederek ölümü halinde, maktûlün daha önce yapmış olduğu irtidâdın, failin hareketiyle bu hareketin yol açtığı ağır netice arasındaki sebebiyet alakasını kestiğini, (inkate'ati's-sirâyetü [انقطعت السراية]) dolayısıyla failin ölüm neticesinden sorumlu olmayacağını ifade etmiştir (Serahsî, X, 107; Kâsânî, VII, 253).

⁴²¹ Mergînânî, IV, 170; Kâsânî, V, 240; Zeyle'î, VI, 117; Bâbertî, X, 269.

⁴²² Şirbînî, V, 226; Heytemî, VIII, 392-393; Remlî, VII, 262.

tarzda müessir bir fiil icra ettikten sonra diğer bir failin mağdûrun boynunu koparması halinde birinci fail ölüm neticesinden mesul tutulmaktadır⁴²³.

Şâfiî mezhebinde aynı anda icra edilen eylemlerden hangisinin ölüm neticesinde etkili olduğu, fiillerin etki derecesine göre belirlenmektedir. Şayet her iki fail de, öldürücü nitelikte birtakım hareketler icra etmiş ve ölüm neticesi gerçekleşmişse, ölüm neticesinden ikisi de aynı oranda sorumlu tutulmaktadır. Aynı şekilde, her iki fail de öldürücü olmayan nitelikte, örneğin her ikisi de mağdûrun organlarını kesme gibi bir hareket icra ettikten sonra ölüm neticesi gerçekleşirse, her iki fail de öldürme suçundan sorumlu tutulmaktadır. Bu durumda, suç faillerinden birinin mağdûrun bedeni üzerinde bir adet yaralama; diğer failin yüz adet yaralama hareketinde bulunması dikkate alınmaz. Ancak iki failden birinin öldürücü, diğerinin ise bu nitelikte olmayan bir hareket icra etmesi halinde, öldürücü nitelikte hareketi icra eden fail öldürme suçundan sorumlu tutulmaktadır⁴²⁴.

Hanbelî mezhebinde, aynı anda icra edilen eylemlerde faillerden birinin bir adet, diğerinin yüz adet yaralayıcı eylem icra etmesi halinde, her iki fail de kısısın uygulanması veya diyetin ödenmesi hususunda aynı oranda mesul tutulmaktadır⁴²⁵.

2-Manevî Unsurlar

a-Hanefî Mezhebinde

Hanefî mezhebinde 'amdin tarifinde, ilk dönem metinlerinden itibaren "vurma kastına" yer verilmiştir⁴²⁶. Ancak bu kısımda yer alan eylemlerde failde *öldürme kastının* bulunduğu da sıklıkla değinilmiştir. Bu aşamada, Hanefî hukukçularının 'amden öldürme suçunda manevî unsur olarak aradıkları hususun ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

⁴²³ Merdâvî, IX, 450; Buhûtî, *Şerh*, III, 260.

⁴²⁴ Heytemî, VIII, 392-393; Remlî, VII, 262; Ensârî, IV, 10.

⁴²⁵ Merdâvî, IX, 449-451; Buhûtî, *Şerh*, III, 260-261.

⁴²⁶ Seybânî, *Mebsût*, IV, 394; Kudûrî, s. 184; Serahsî, XXVI, 59; Zeyle'î, VI, 97; Mergînânî, IV, 158; İbn 'Âbidîn, VI, 527.

Serahsî (483/1090), 'amdin tarifinde "vurma kastına" yer vermekle birlikte eserinin farklı bir yerinde 'amdi *öldürme kastı* olarak izah etmiştir⁴²⁷. Hanefî hukukçularından Kâsânî (587/1191) 'amdin tarifinde "vurma kastına" yer vermemiş, "öldürme kastı" (يقصد القتل) kavramını kullanmıştır⁴²⁸. Hanefî hukukçularından önemli bir kısmı öldürme fiillerini tasnif ederken, failde *öldürme kastının* bulunması halinde bu tür eylemlerin 'amd kapsamında yer alacağına işaret etmiştir⁴²⁹. Hanefî eserlerinde, özellikle 'amd ile şibh-i 'amd türleri ayrılırken, şibh-i 'amd türündeki eylemlerde failin tedîp maksadıyla; 'amden öldürmede ise failin *öldürme kastıyla* hareket ettiği vurgulanmıştır⁴³⁰.

Hanefî hukukçularının yukarıdaki paragrafta yer alan görüşleri, günümüz İslam hukuku araştırmacılarını Hanefî doktrinde *'amden öldürmenin kasten öldürme* ile aynı şeyler olduğu kanaatine sevk etmiştir. Nitekim bazı İslam hukuku araştırmacıları, Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre, bir fiilin *'amden öldürme* sayılabilmesi için failde *öldürme kastının* bulunması gerektiğini ifade etmiştir⁴³¹.

Günümüz İslam hukuku araştırmacılarının bu görüşlerinin tetkik edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira önceki satırlarda ifade edildiği üzere, Hanefî doktrinde 'amden öldürme izah edilirken bu sınıfta yer alan eylemlerde failin *öldürme kastı* ile hareket ettiğine değinilmiş olsa da, 'amdin tarifinde öldürme kastı yerine, sürekli olarak "vurma kastına" yer verilmiştir. Burada şu hususu vurgulamak gerekmektedir. Aslında, 'amden öldürme eyleminde failin *öldürme kastıyla* hareket ettiği görüşü, sonraki hukukçuların metinlerinde yer almıştır. İlk dönem hukukçularının 'amden öldürme eylemlerinin *öldürme kastıyla* gerçekleştirilmesi gerektiği şeklinde bir görüş benimsedikleri, kanaatimize göre, kesin bir şekilde ileri sürülemez. Zira örneğin, İmam Muhammed'in (189/805) eserinde *öldürme kastına* dair bir ifadeye rastlanmamıştır. Aksine müellif, 'amdle ilgili sadece *vurma kastına* yer vermiştir⁴³². Ayrıca ilk dönem müelliflerinden Cessâs, (370/981) kısâsın

⁴²⁷ Serahsî, XXVI, 59.

⁴²⁸ Kâsânî, VII, 233.

⁴²⁹ Bâbertî, X, 204; İbn Hümâm, X, 203; Tûrî, VIII, 327.

⁴³⁰ Mergînânî, VI, 159; Serahsî, XXVII, 77; Bâbertî, X, 205; .

⁴³¹ 'Udeh, II, 78; Köroğlu, s. 54.

⁴³² Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 394.

uygulanması hususunda belirleyici ölçünün *eylemde kullanılan aletler* olduğunu; failin *öldürme kastı* olmadığını açıkça ifade etmiştir (ان لئلا تثنيرا في وجوب القود وسقوطه) ⁴³³. Bilindiği üzere kısâs, sadece 'amd kapsamındaki eylemler için uygulanan bir cezadır. Dolayısıyla Cessâs'ın ifadelerinden 'amd kapsamında yer alan bir eylemde, Hanefî hukukçularına göre öldürme kastının mutlaka bulunması gerekmediği anlaşılmaktadır. İbn 'Âbidîn'in (1252/1836) görüşleri de, bu hususu desteklemektedir.

'Amdin tanımında "vurma kastından" (ان يتعمد الضرب) bahsedildiğini, *öldürme kastına* yer verilmediğini (ان يتعمد القتل) belirten İbn 'Âbidîn, dolayısıyla bu tür eylemlerde *öldürme kastının* şart olmadığını (لا يشترط في العمد قصد القتل), 'amd sınıfında aranan koşulun *vurma kastı* (قصد الضرب) olduğunu açıkça ifade etmiştir ⁴³⁴. Bununla ilgili olarak mezhep doktrininden iki örnek veren müellif, bu örneklerde *öldürme kastı olmamasına rağmen* suç faillerinin 'amden öldürmeden sorumlu tutulduklarına değinmiştir. Daha önceki sayfalarda değindiğimiz bu örneklerden biri, eli kesilen mağdûrun daha sonra ölümü halinde failin 'amden öldürmeden sorumlu tutulmasıdır. Yine *öldürme kastının olmadığı* diğer bir eylemde, kişinin elini kesmek isterken hata ile boynunu kesen fail, 'amden öldürmeden dolayı cezalandırılmaktadır ⁴³⁵.

İbn 'Âbidîn'in metinleri dikkate alındığında Hanefîlerin 'amden öldürme suçunda *öldürme kastını* şart koşmadıkları, *vurma kastını* yeterli gördükleri anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kabul edilmelidir ki, 'amd grubunda yer alan fiillerin çoğunda suç faili *öldürme kastıyla* hareket etmektedir. Ancak istisna teşkil etse de, failde öldürme kastının bulunmadığı birtakım fiillerin 'amd kapsamında yer alması, bu tür fiillerde *öldürme kastının* şart olmadığını göstermektedir. Sonuç olarak, Hanefî hukukçularının 'amd türündeki eylemler için *öldürme kastını* şart koştukları veya failin *ölüm neticesini de istemesi* gerektiği şeklindeki görüşlerin, 'amd kapsamındaki bütün eylemler göz önüne alındığında, isabetli olmadığı görülmektedir.

⁴³³ Cessâs, *Şerh*, I, 339.

⁴³⁴ İbn 'Âbidîn, VI, 527, 543.

⁴³⁵ Kâsânî, VII, 234; Mergînânî, IV, 159; Bâbertî, X, 411-412.

Failde *öldürme kastının bulunmadığı* birtakım eylemlerin 'amden öldürme kapsamında yer alması, manevî unsur konusunda bu öldürme türünün modern hukuktaki kasten öldürme⁴³⁶ suçundan farklılık arz ettiği kanaatini güçlendirmektedir. Ayrıca 'amden öldürmeyi, modern hukukta yer alan kasten öldürmeden ayıran diğer bir husus, failde *öldürme kastının bulunduğu* birtakım fiillerin 'amden öldürmenin dışında yer almasıdır. Bu nedenle, yalan tanıklık yaparak veya aç-susuz bırakarak öldürme gibi birtakım eylemlerde, failin *öldürme kastıyla* hareket ettiği belirgin olmasına rağmen, bu tür eylemler tessebbüben icra edildiğinden, faile kısâs cezası uygulanmamaktadır. Bu, 'amden öldürmede manevî unsurdan ziyade, maddî unsurun etkili olmasıyla ilgilidir.

Hanefî doktrininde, maddî unsurun ön plana çıkmasının bir sonucu olarak, 'amden öldürme eylemlerinde daha ziyade maddî unsurla ilgili kavram gelişimi analiz edilmiştir. Manevî unsurla ilgili birtakım hususlar ise, maddî unsurun incelendiği metinlerde tetkik edilmiş, manevî unsura ait bu hususlar manevî unsur kısmında ayrıca ele alınmamıştır. Böyle bir metot izlenmesinin nedeni, her iki unsurun aralarındaki güçlü ilişki dolayısıyla, onları bir bütün içinde analiz etmektir.

b-Diğer Mezheplerde

Hanefî doktrininde olduğu gibi, Şâfi'î ve Hanbelî mezhebinde de 'amd ve şibh-i 'amdin tanımları birbirine benzemekte ve birlikte ele alınmaktadır. Bu iki mezhebin görüşlerine özet olarak değineceğimizden, amd ve şibh-i amd türünün manevî unsurlarını birlikte analiz edeceğiz.

Şâfi'î doktrininde, 'amd, genelde öldürücü vasıtalarla (yaralayıcı olsun veya olmasın) failin eyleme ve şahsa yönelik kastı (قصد الفعل والشخص بما يقتل غالبا) olarak açıklanmıştır⁴³⁷. Şibh-i 'amd ise, genelde öldürücü olmayan bir vasıtayla failin eylem ve şahsa yönelik kastıdır (ان يقصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالبا). 'Amd ve şibh-i 'amdin

⁴³⁶ 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesinde kast, *suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi* şeklinde tarif edilmiştir. Bu tanım, kasten öldürmede failin öldürme kastıyla hareket etmesi gerektiğini göstermektedir. Tanımda yer alan bilme ve isteme insanın iç alemiyle ilgili yani manevî unsura özgü unsurlardır. 'Amden öldürmenin tanımında ise, daha ziyade maddî unsura ait kavramlar yer almıştır.

⁴³⁷ Şirbînî, V, 212; Heytemî, VIII, 376; Remlî, VII, 249-251; Ensârî, IV, 2.

tanımında, *şahsa yönelik kasta* yer verilme gerekçesi şöyle açıklanmıştır. Şayet fail, eylemde mağduru değil de, bir ağaca vurmaya kastetseydi, fiil hata ile öldürme olarak kabul edilecekti⁴³⁸. Böylece, 'amd ve şibh-i 'amdin tanımında *şahsa yönelik kasta* yer verilme gerekçesinin, hata ile öldürme eylemlerini tarifin dışında bırakmak olduğu anlaşılmaktadır.

Hanbeli ekolünde 'amd, genelde öldürücü vasıtalarla öldürülmesi suç sayılan insana yönelik kasıtlı eylemdir (ان يقصد من يعلمه ادميا معصوما بما يقتله غالبا)⁴³⁹. Şibh-i 'amd ise, genelde öldürücü olmayan bir vasıtayla suç işleme kastı (ان يقصد الجناية بما لا يقتل) (غالبا) olarak tanımlanmıştır⁴⁴⁰. Bazı metinlerde ise şibh-i 'amd eylemlerinde kullanılan vasitanın özelliğine yaralayıcı olmayan niteliği de eklenmiştir (ان يقصد ولم يجرحه بها) (جناية لا يقتل غالبا)⁴⁴¹. Buhûtî, failde öldürme kastı olmaz veya öldürme kastı olmakla birlikte, genelde öldürücü nitelikte olmayan bir aletle eylemini icra ederse faile kısâs cezası uygulanmayacağını belirtmiştir⁴⁴². İbn Kudâme 'amdi iki kısma ayırmıştır. Buna göre, kesici bir aletle vurma (ان يضربه بمحدد) veya kesici olmayan ancak genelde öldürücü olduğu düşünülen bir aletle vurma (القتل بغير المحدد مما يغلب الظن حصول الزهوق) şeklinde gerçekleşen eylemlerin 'amden öldürme kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir⁴⁴³.

Şâfiî ve Hanbelî mezhebinde 'amd ve şibh-i 'amdin tanımlarında manevî unsurun genelde aynı kaldığı; iki türün arasının, Hanefî ekolünde olduğu gibi, maddî unsura göre ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir.

Şâfiî ve Hanbelî mezhebinin 'amd ve şibh-i 'amd tanımları, öldürücü aletin kullanımı açısından İmâmeyn'in 'amd ve şibh-i 'amd tanımlarıyla benzerlik göstermektedir. Ancak aralarında belirgin farklar da bulunmaktadır. Örneğin, Hanefî doktrininde 'amd ve şibh-i 'amdin tanımında *kast* kavramına genelde yer verilmezken diğer iki ekolde *kastın*, tanımlarda genellikle yer aldığı görülmektedir. Ancak, tanımları İmâmeyn'in tanımlarıyla benzerlikler gösterse de, Şâfiî ve Hanbelî

⁴³⁸ Şirbînî, V, 212-213; Heytemî, VIII, 378; Remlî, VII, 249-251; Ensârî, IV, 2.

⁴³⁹ İbn Müflih, V, 622.

⁴⁴⁰ Merdâvî, IX, 445.

⁴⁴¹ İbn Müflih, V, 634; Buhûtî, *Şerh*, III, 258.

⁴⁴² Buhûtî, *Şerh*, III, 254.

⁴⁴³ İbn Kudâme, VIII, 208-209.

hukukçularının 'amd ve şibh-i 'amdi değerlendirme metodları kanaatimizce asıl olarak örnekler üzerinden anlaşılabilecektir.

Hanefî mezhebinde küçük taş veya odun parçasının kullanıldığı eylemler, ne şekilde icra edilirse edilsin şibh-i 'amd kapsamında yer alırken, Şâfi'î ve Hanbelî mezhebinde bu araçların kullanıldığı bazı eylemler 'amd sınıfına dahil edilmektedir. Şâfi'î mezhebinde, küçük taş veya odun parçasından yapılmış bir vasıtayla kişinin hayatî organına ard arda vurmak veya bir kimseye ard arda yumruk atmak suretiyle gerçekleştirilen eylemler, 'amden öldürme olarak kabul edilmektedir. Bu tür vasıtaları kullanmak suretiyle, zayıf bünyeli, hasta veya küçük birine yönelik olarak tek bir darbeyle icra edilen eylem de, 'amden öldürme olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁴. Hanbelî mezhebinde de aynı görüşler yer almaktadır⁴⁴⁵. Ayrıca Şâfi'î mezhebinde, hasta olduğunu bildiği bir kimseyi, onu öldürecek nitelikte bir darbeyle öldüren faile kısâs cezası uygulanacağı belirtilmiştir⁴⁴⁶. Burada yer verilen eylemlerde, Şâfi'î ve Hanbelî hukukçularının cezaî mesuliyeti tespit ederken sadece eylemde kullanılan vasitanın niteliğine odaklanmadıkları, bunun yanında farklı birtakım ölçüleri dikkate alarak failin sorumluluğunu belirlemeye çalıştıkları görülmektedir. Yani bu iki mezhepte, maddî unsurun yerine failin eylemdeki kastı, yani manevî unsur, eylemlerin tasnifinde, Hanefî doktrinine kıyasla ön plandadır. Özellikle Hanbelî ekolünde, cezai mesuliyetin tespitinde ve öldürme eylemlerinin tasnifinde manevî unsurun günümüz hukuk perspektifine yakın tarzda belirleyici olduğu görülmektedir. Örneğin, Hanefî mezhebinde tesebbüben öldürme kapsamında yer alan bazı eylemler, Hanbelî mezhebinde 'amden öldürme olarak nitelendirilmektedir. Hanefî doktrininde tesebbüben öldürme kapsamında değerlendirildiğinden bu eylemlere tesebbüben öldürme türü tetkik edilirken yer verilecektir.

Mâlikî ekolünde 'amden öldürme suçunda *vurma kastı* aranmaktadır, *öldürme kastı* şart değildir⁴⁴⁷. Mâlikî ekolü bu hususta Hanefî mezhebiyle benzerlik göstermektedir. Fail, öldürücü olsun olmasın herhangi bir vasıtayla, düşmanlık veya öfkeyle birine yönelik vurma kastıyla (قصد ضربا) icra ettiği eylemin akabinde,

⁴⁴⁴ Şirbînî, V, 214; Heytemî, VIII, 379; Remlî, VII, 250-251; Ensârî, IV, 3.

⁴⁴⁵ Merdâvî, IX, 436-437; İbn Müflih, V, 622; Buhûtî, *Şerh*, III, 255; İbn Kudâme, VIII, 210.

⁴⁴⁶ Şirbînî, V, 228; Heytemî, VIII, 380; Remlî, VII, 253.

⁴⁴⁷ Haraşî, VIII, 7; Desûkî, IV, 242.

mağdûrun ölmesi halinde, 'amden öldürmeden sorumlu tutulmaktadır. Böyle bir eylemde fail öldürme kastıyla hareket etmese de (وان لم يقصد قتلا) eylem 'amden öldürme olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁸. İmam Mâlik'e göre, tokat atma, yumrukla veya sopa ile vurma neticesinde mağdûrun ölümü gerçekleştiğinde, fiil 'amden öldürme olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁹. Mâlikî ekolünde failde öldürme kastının bulunmadığı birçok eylemin 'amd türüne dahil edilmesinde, bu mezhepte şibh-i 'amd türünün yer almaması⁴⁵⁰, öldürme eylemlerinin 'amd ve hata olarak iki kısımda incelenmesi önemli rol oynamıştır.

Failde öldürme kastının olmadığı bazı eylemlerin 'amd kapsamında yer aldığı Mâlikî mezhebinde, eylemlerin 'amd veya hata türünden hangisine dahil olacağı hususunda, belirleyici olanın manevî unsur, yani failin kastı olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla eylemlerin tasnifinde, kullanılan vasıtanın etkisinin diğer mezheplere oranla daha az dikkate alındığı görülmektedir. Örneğin, iki kişi oyun oynama maksadıyla birbirlerinin üstüne çıkma, karşılıklı olarak bir şeyler atma veya iki kişiden birinin diğerinin ayağını tutması gibi eylemlerin ardından birinin düşerek ölmesi halinde, bu eylem, hata ile öldürme sınıfında yer almaktadır. Ancak bu ve benzeri eylemler dövüş maksadıyla yapılırken ölüm neticesi meydana gelirse, 'amden öldürmeden bahsedilmektedir⁴⁵¹. Dikkat edilirse, diğer mezheplerin aksine eylemde kullanılan vasıtalar yerine; failin eylemdeki maksadına göre fiiller tasnif edilmektedir.

3-Değerlendirme

Haneî doktrinde 'amd, kendine özgü niteliklere sahip bir öldürme türüdür. 'Amden öldürme, modern hukukta yer alan kasten öldürmeyle benzerlikler göstermekle beraber aralarında maddî ve manevî unsur açısından önemli farklar bulunmaktadır.

⁴⁴⁸ Haraşî, VIII, 7; Desûkî, IV, 242-243.

⁴⁴⁹ Sehnûn, VI, 308; Abderî, VIII, 304.

⁴⁵⁰ Sehnûn, VI, 306.

⁴⁵¹ Sehnûn, VI, 308.

'Amden öldürmenin manevî unsur açısından en belirgin özelliği, bu kısma dahil 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 manevî unsura ait kavramlarla açıklanan kastın aksine, Hanefî hukukçuları 'amdin tarifinde daha ziyade maddî unsur ön plana çıkartmış, adeta 'amd kapsamında yer alan eylemlerin tasvirini yapmışlardır. 'Amdin tarifinde, hukukçuların farklı bakış açılarına göre, failin öldürücü veya yaralayıcı-delici bir aletle vurma kastıyla eylemi icra etmesi ve neticede ölümün gerçekleşmesi söz konusudur. Ancak bu öldürme türünde bazı eylemlerde, örneğin suda boğma veya bir uçuruma atma, belli bir aletle vurma eylemi gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla 'amdin tarifinin, kapsamındaki bütün örnekleri içermediği görülmektedir. Ancak tanımda yer alan *vurma kastı ifadesi*, 'amd sınıfında yer alan birçok eylemin icra şeklini tasvir etmekte, bu türdeki eylemlerin genelinin ortak özelliği olmaktadır.

Kasten öldürme suçunun aksine, 'amden öldürmenin daha ziyade maddî unsura, yani eylemin icra şekline göre belirlendiğinin bir göstergesi de, 'amd türüne dahil eylemlerin mübâşeret yoluyla icrasının şart koşulmasıdır. Bu nedenle failin *öldürme kastını* açıkça gösteren yalan tanıklık yaparak, aç-susuz bırakarak, zehirli yiyecek veya içecek sunarak öldürme gibi tessebbüben gerçekleştirilen eylemler 'amd kapsamında değerlendirilmemiştir.

Hanefî mezhebinde, öldürme eyleminde kullanılan alet, eylemin 'amd sınıfına dahil olup olmadığını belirleyen en önemli unsurdur. Aslında eylemde kullanılan aletin niteliği modern hukukta da, kastın tespitinde önemli bir konuma sahiptir; ancak Hanefî doktrininde olduğu gibi tek başına eylemin hangi türde yer alacağını belirlememektedir. Hanefî doktrininde ise kullanılan araç, eylemlerin tasnifinde en önemli ölçü durumundadır. Bu nedenle, örneğin, öldürücü niteliği olmadığı kabul edilen küçük sopayla icra edilen öldürme fiilleri, Hanefî hukukçuları tarafından 'amd kapsamına dahil edilmemiştir.

Özetlemek gerekirse, modern hukukta yer alan kasten öldürme tarifinde bilme ve isteme gibi manevî unsura ait kavramların ön plana çıktığı bir öldürme türü iken, 'amden öldürmenin tanımı daha ziyade öldürme eylemlerinin icra şeklini tasvir eden bir mahiyete sahiptir. Bu nedenle 'amdi, manevî unsurdan ziyade maddî unsurun kapsamını belirlediği bir tür olarak değerlendirmek kanaatimizce daha isabetli görülmektedir.

II-ŞİBH-İ AMD YOLUYLA ÖLDÜRME

A-Şibh-i 'Amd Türünün Maddî ve Manevî Unsurları

1- Manevî Unsurlar

İslam hukuku araştırmacıları, şibh-i 'amdi *kastın aşılması* kavramıyla ifade etmişlerdir. Ancak, kanaatimize göre, şibh-i 'amdi "kastın aşılması" kavramıyla ifade edebilmek için, her iki öldürme türünün unsurlar, özellikle manevî unsur açısından aynı niteliklere sahip olması gerekmektedir. Zira "şibh-i 'amd" ve "kastın aşılması" daha ziyade manevî unsuru ifade eden kavramlardır. Bu nedenle farklı iki hukuk sisteminde yer alan bu iki öldürme sınıfını özellikle manevî unsur açısından mukayese etmek istiyoruz.

a-Modern İslam Hukuku Eserlerinde Şibh-i 'Amd Türünün Manevî Unsurları

Modern İslam hukukçularından 'Udeh, 'amd ile şibh-i 'amdi genel kast-özel kast (kasd-i 'âm-kasd-i hâs) kavramları ekseninde ayrımı tabi tutmuştur. Müellif genel kastı, failin suç olduğunu bilerek eylemi icra etmesi olarak açıklamıştır⁴⁵². Müellife göre, vurma ve yaralama eylemlerinde fail *genel kastla* hareket etmektedir. Bundan dolayı, failin icra ettiği bu tür fiillerin hukûken yasaklanmış olduğunu bilmesi, *genel kastı* göstermesi açısından yeterlidir. Diğer taraftan, bazı suçlarda ise *genel kastın* yanında *özel kastın* da bulunması gerekmektedir. Yani bu tür suçlarda failin kastının aynı zamanda belli bir *neticeyi* kapsamaması lazımdır. Örneğin 'amden öldürme suçunda vurma veya yaralama hareketi yanında failin aynı zamanda *ölüm*

⁴⁵² 'Udeh'in metni şu şekildedir: "تعتمد الجاني ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظورا"

neticesini de istemesi gerekmektedir. Bundan dolayı, sadece *genel kastla* icra edilen fiiller, 'amden öldürme olarak nitelendirilemez; bunlar şibh-i 'amd kapsamında değerlendirilir⁴⁵³.

Günümüz İslam hukuku araştırmacılarından Esen, öldürme suçunda sadece *genel kastın* bulunduğu durumlarda *kastın aşılması suretiyle öldürme* suçunun oluşacağını belirtmiştir. Diğer taraftan, failin *öldürme kastının* da bulunması halinde *kasten öldürmenin* söz konusu olacağına değinmiştir⁴⁵⁴. Esen, kastın aşılması suretiyle öldürme ile şibh-i 'amdi, kasten öldürme ile 'amden öldürme suçunu ifade etmektedir.

'Udeh ve Esen, sadece hareketin istenmesi durumunda *genel kast*, ayrıca neticenin de istenmesi durumunda *özel kastın* söz konusu olacağına değinmişlerdir. Sadece *genel kastın* olduğu eylemleri, şibhi 'amd veya kastın aşılması; *genel kastın* yanında *özel kastın* da bulunduğu eylemleri ise 'amden veya kasten öldürme olarak nitelendirmişlerdir. Ancak belirtmek gerekir ki, modern ceza hukuku metinlerinde bu iki araştırmacının ele aldığı şekliyle, genel kast-özel kast ayrımı bulunmamaktadır. Önceki sayfalarda yer verildiği üzere, modern hukukçuların *özel kastla* ifade etmek istediği hususlar çok farklı şeylerdir ve bunlar sâik, amaç, maksat gibi kavramlarla ifade edilmektedir⁴⁵⁵. Aslında burada görüşlerine yer verilen iki müellif de, genel kast-özel kast ayrımı yaparken sâik konusuna değinmişlerdir. Ancak onlar, *genel kastın* neticeyi kapsamadığını; *özel kastın* ise neticeyi kapsamına aldığını belirtmişlerdir ki, modern hukukta bu şekilde *genel kast-özel kast* ayrımı bulunmamaktadır. Aksine, günümüz hukukunda *genel kastın* yeterli kabul edildiği kasten öldürme suçunda failin ölüm neticesini de istemesi gerekmektedir⁴⁵⁶. Dolayısıyla, modern hukukta *kasten öldürme ve kastın aşılması suretiyle öldürme* suçları genel kast-özel kast kavramları ekseninde ayrıma tabi tutulmamıştır.

Genel kast-özel kast ayrımı modern hukukla örtüşmeyen 'Udeh ve Esen'in şibhi 'amd ve 'amdi ölüm neticesinin istenmesine göre ayrıma tabi kılması, aynı

⁴⁵³ 'Udeh, I, 413-414, 421.

⁴⁵⁴ Esen, s. 170-171.

⁴⁵⁵ Bkz. dipnot 208.

⁴⁵⁶ Erman/Özek, s.17; Otacı, s. 418; Yüksel, s. 29.

şekilde tenkîde açıktır. Bunun yanında, birtakım hukukçuların 'amdi kasten öldürme, şibhi 'amdi ise kastın aşılması suretiyle öldürme olarak isimlendirmeleri de tartışılır bir mahiyet arz etmektedir. 'Udeh, failin kastının ölüm neticesini kapsamaması durumunda, Hanefîler'e göre, şibh-i 'amdin oluşacağını belirtmiştir⁴⁵⁷. Kastın aşılması kavramını şibh-i 'amdin yerine⁴⁵⁸ kullanan Avcı da, şibh-i 'amd kısmında kastın müessir fiile yönelik olması gerektiğini, kastın öldürmeye yönelik olması halinde kasten öldürme suçunun oluşacağını belirtmiştir⁴⁵⁹. Buna benzer görüşler, diğer araştırmacıların eserlerinde de görülmektedir⁴⁶⁰.

b-Şibh-i 'Amd ve Kastın Aşılması Kavramlarının Mukayesesi

Bu başlık altında günümüz İslam hukuku araştırmacılarının, aynı kabul ettikleri⁴⁶¹ *şibh-i 'amd ve kastın aşılması* suretiyle öldürme kavramlarını karşılaştırmalı olarak incelemek istiyoruz. Belirtmek gerekir ki, 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde yer verilen kastın aşılması suretiyle öldürme türü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu metninde yer almamaktadır. Yeni TCK'da zikredilen "netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama" kavramının kastın aşılması suretiyle öldürmeyle aynı şeyler olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır⁴⁶².

Kastın aşılması suretiyle gerçekleştirilen öldürme eylemlerinde fail ölüm neticesini istememektedir. Yani failin kastı, müessir fiili icra etmeye yöneliktir; ancak gerçekleştirdiği eylemin akabinde ölüm neticesi meydana gelmesi halinde, fail, ağır neticeden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Bununla birlikte, *kasten öldürmeye* oranla faile uygulanan ceza azalmaktadır.

Hanefî doktrininde yer alan *Şibh-i 'amd yoluyla öldürme* suçu ile *kastın aşılması suretiyle öldürme* türü arasındaki fark, kanaatimizce, iki noktada ön plana çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, *kastın aşılması suretiyle öldürme* suçunda *failin kastının ölüm neticesini kapsamamasına* rağmen, Hanefî doktrininde birçok *şibh-i*

⁴⁵⁷ 'Udeh, I, 421.

⁴⁵⁸ Avcı, s. 102

⁴⁵⁹ Avcı, s. 106.

⁴⁶⁰ Köroğlu, s. 54-57.

⁴⁶¹ Avcı, s. 102; Esen, s. 206; Köroğlu, s. 54-57.

⁴⁶² Bu konuda bilgi için bkz. s. 47-49.

'amd eyleminde failde öldürme kastı bulunmaktadır. İkinci farklılık, modern hukukta *kastın aşılması* kapsamında düşünülen bazı eylemlerin Hanefî hukukçuları tarafından, 'amden öldürme türüne dahil edilmesidir.

Kastın aşılması suretiyle öldürme türünde failin kastının ölüm neticesini kapsamaması önemli bir koşuldur. Bu koşul, şibh-i 'amd ve kastın aşılması türlerini birbirinden ayıran temel kriter durumundadır. Zira şibh-i 'amd türüne dahil birçok eylemde failin ölüm neticesini de istediğini açıkça gösteren örnekler mevcuttur. Örneğin, bir kimseyi *kurtulması asla beklenmeyen* (لا يرجي منه النجاة) bir uçuruma atan fail, Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre, şibh-i 'amd kapsamında bir eylem icra etmektedir⁴⁶³. Aynı şekilde, değirmen taşı veya ağaçtan yapılmış çadır direğiyle bir kimsenin öldürülmesi, mezhep imamına göre şibh-i 'amd türünde yer alan fiillerdendir⁴⁶⁴. Bu eylemlerde, kastın aşılmasında olduğu gibi failin ölüm neticesini istemediği, iddia edilemez. Ayrıca, küçük sopa veya taş parçasıyla icra edilen bütün öldürme eylemleri, Hanefî hukukçularına göre şibh-i 'amd kapsamında yer almaktadır. Küçük bir sopayla bir kimsenin başına çok şiddetli darbe indirerek birini öldüren failde *öldürme kastının* bulunmadığı ileri sürülemez.

Hanefî doktrinde şibh-i 'amd sınıfına dahil yukarıdaki eylemlerin modern hukuk terimi olan *kastın aşılması* kavramıyla ifadesi mümkün değildir. Zira bu tür eylemlerde failin *öldürme kastıyla* hareket ettiği görülmektedir. Şibh-i 'amdin tanımında Kâsânî'nin (587/1191) *öldürme kastına* yer vermesi (أن يقصد القتل) de, Hanefî doktrinde şibh-i 'amdin, *kastın aşılması* suretiyle öldürme türünden farklı olduğunu ortaya koymaktadır.

Şibh-i 'amd ile kastın aşılması türlerinin farklı hususlar olduğunu gösteren diğer bir özellik, modern hukukta *kastın aşılması suretiyle öldürme* sınıfında yer alan birtakım eylemlerin Hanefî doktrinde şibh-i 'amd değil; 'amden öldürme sınıfına dahil olmasıdır. Örneğin, yaralama kastıyla yapılan hareketin akabinde ölüm neticesinin gerçekleşmesi modern hukukta *kastın aşılması suretiyle öldürme*

⁴⁶³ Serahsî, XXVI, 152-153.

⁴⁶⁴ Serahsî, XXVI, 122-123.

kavramıyla ifade edilmektedir⁴⁶⁵. Çağdaş İslam hukukçularının bakış açısıyla bu eylemin *şibh-i 'amd* türüne dahil edilmesi beklenirdi. Ancak bu eylem, Hanefî doktrininde *'amden öldürme* sınıfına dahil edilmiştir. Bu da, *şibh-i 'amd ile kastın aşılması suretiyle öldürme* türlerinin farklılığını ortaya koyan başka bir özellik olmaktadır.

Yukarıdaki satırlar incelendiğinde, farklı hukuk sistemlerinde yer alan iki öldürme türü arasında önemli farklılıklar olduğu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte İslam hukuku araştırmacılarının *şibh-i 'amdi kastın aşılması* kavramıyla ifade etmelerinin nedenlerini tespit etmek gerekmektedir. Kanaatimizce günümüz İslam hukukçularını *şibh-i 'amd ile kastın aşılması* kavramlarını aynı şeyler olarak değerlendirmeye yönlendiren iki husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Hanefî doktrininde maddî ve manevî unsurun günümüz hukukundan farklı bir mahiyete sahip olduğunun, çağdaş İslam hukukçuları tarafından tam olarak fark edilmemiş olmasıdır. İkincisi ise, Hanefî eserlerinde *şibh-i 'amdi* açıklamak üzere yer verilen bazı kısmî ifadelerin, çağdaş İslam hukuku araştırmacıları tarafından genel değerlendirme olarak algılanmasıdır. Bundan sonraki başlıkta *şibh-i 'amd* türünde manevî unsur tespit edilmeye çalışılırken bu iki husus analiz edilecektir.

c-Hanefî Mezhebinde Şibh-i 'Amd Türünün Manevî Unsurları

Hanefî doktrininde *şibh-i 'amdin* tanımına baktığımızda manevî unsur, birçok hukukçu tarafından *vurma kastı* (تعمد الضرب) kavramıyla ifade edilirken⁴⁶⁶, Kâsânî (587/1191) *şibh-i 'amdin* tarifinde *öldürme kastına* (أن يقصد القتل) yer vermiştir⁴⁶⁷. Ancak belirtmek gerekir ki, *şibh-i 'amdin* tanımında *vurma kastına* yer veren hukukçular, *'amdin* tanımında da *vurma kastını* zikretmişlerdir. Aynı şekilde Kâsânî de her iki öldürme türünde *öldürme kastına* yer vermiştir. Dolayısıyla, tanımlardan hareketle söylenecek olursa, *şibh-i 'amd* türünde *manevî unsurun* *'amden* öldürmeyle tamamıyla aynı olduğunu görmekteyiz. *Şibh-i 'amdin* tanımının *'amdin* tanımından farklı yönü, manevî unsurla değil; eylemde kullanılan vasıtalarla yani *maddî unsurla* alakalıdır. Dolayısıyla fail tarafından gerçekleştirilen eylem, ölüm

⁴⁶⁵ Tahâvî, *Muhatarar*, s. 235; Serahsî, XXVI, 128; Kâsânî, VII, 307-311.

⁴⁶⁶ Şeybânî, *Mebsût*, IV, 394; Cessâs, *Ahkâm*, II, 316; Kudûrî, s. 184; Serahsî, XXVI, 64-65.

⁴⁶⁷ Kâsânî, VII, 233-234

neticesiyle sonuçlandığında kullanılan alete göre suç, ya 'amden öldürme ya da şibh-i 'amd yoluyla öldürme türüne dahil edilmektedir. Yani bu iki öldürme türünü ayırırken, hukukçular tarafından dikkate alınan *failin kastından* ziyade; *suçta kullanılan vasıtalar* olmaktadır. Nitekim Cessâs'ın (370/981) kısâsın uygulanıp uygulanmayacağını belirten ölçünün *eylemde kullanılan aletler* olduğu; failin *öldürme kastı* olmadığını ifade eden görüşü bu hususu açıkça belirtmektedir (ان لالة) ⁴⁶⁸. (تنتهرا في وجوب القود وسقوطه وان الحكم متعلق به دون القصد الي القتل

'Amd ve şibh-i 'amd türlerini ayırırken, hukukçular tarafından dikkate alınan ölçünün *suçta kullanılan vasıtalar* olduğu şeklindeki görüş, Cessâs'ın ifadelerinin yanında, bu iki öldürme türünün tanımından hareketle vardığımız bir sonuçtur. Ancak bu iki türün tanımını bir kenara bırakıp *ileri dönem* hukukçularının şibh-i 'amd konusunda yapmış oldukları izahlara baktığımızda, vardığımız sonuçla çelişir gözükken bazı metinlerle karşılaşmaktayız.

Serahsî (483/1090), şibh-i 'amdi tetkik ederken, failin vurma kastıyla hareket ettiğini, kendisinde öldürme kastı bulunmadığını, şibh-i 'amd eyleminde kullanılan vasıtaların öldürme eyleminde kullanılan araçlar değil; tedîp maksadıyla kullanılan vasıtalar olduğunu belirtmiştir⁴⁶⁹. Mergînânî (593/1197), şibh-i 'amd türündeki eylemlerde kullanılan araçlar, öldürme vasıtaları olmadığı için 'amd unsurunun bu tür eylemlerde eksik kaldığına değinmiştir (قصرت العمدية)⁴⁷⁰. Zeyle'î (743/1342), şibh-i 'amd ile ilgili fiillerde, failin kastının hareketi kapsadığını; ancak ölüm neticesini kapsamadığını (قصد الفعل لا القتل) ifade etmiştir.⁴⁷¹

Sonraki dönem Hanefî hukukçularının, ilk dönemlerden farklı bir şekilde şibh-i 'amdi değerlendirdikleri görülmektedir. Onların ifadeleri, kanaatimizce, günümüz araştırmacılarını Hanefî doktrininde modern hukukta olduğu gibi, kasten öldürme ve kastın aşılması suretiyle öldürme ayırımına benzer bir ayırım olduğu kanaatine sevk etmiş olmalıdır. Böylece onlar, 'amd ve şibh-i 'amd ayırımının kast ve kastın aşılması ayırımının benzeri olduğu sonucuna varmışlardır. Ancak kabul etmek

⁴⁶⁸ Cessâs, *Şerh*, I, 339.

⁴⁶⁹ Serahsî, XXVI, 64-65.

⁴⁷⁰ Mergînânî, IV, 159.

⁴⁷¹ Zeyle'î, VI, 100-101.

gerekir ki, ilk dönemlerden sonra gelen Hanefî hukukçularının 'amd ve şibh-i 'amd türlerini ayırırken yaptıkları izahlar, kısmî açıklamalardır. Yani 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. Diğer taraftan, şibh-i 'amd kapsamında yer alan eylemlerin çoğunda failin öldürme kastıyla hareket ettiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Hanefî doktrinde şibh-i 'amdin izahı konusunda yer verilen görüşlerin kısmî açıklamalar olduğu ve bu öldürme sınıfının kapsamındaki sadece birkaç fiil hakkında geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Bu izahları şibh-i 'amd hakkında genel bir ölçü olarak kabul edip şibh-i 'amdi kastın aşılması kavramıyla ifade etmek isabetli görülmemektedir.

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

d-Değerlendirme

'Amd ve şibh-i 'amd, tanımlar ve verilen örneklerden bağımsız olarak ele alındığında tamamıyla manevî unsurla ilgili kavramlar olarak telakki edilebilmektedir. Bu açıdan, modern hukukta yer alan kast ve kastın aşılması kavramlarıyla aralarında benzerlik kurulabilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, Hanefî doktrinde 'amden 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. Gerçekte, bu iki türde yer alan fiillerde manevî unsur olarak, failin *vurma kastıyla hareket etmesi* yeterli görülmekte ve eylemler *kullanılan vasıtalar*a göre 'amd veya şibh-i 'amd sınıfına dahil olmaktadır. 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 olduğu görülmektedir. Dolayısıyla Hanefî doktrininde 'amd ve şibh-i 'amd, günümüz İslam hukuku araştırmacılarının zannettiği gibi, kasten öldürme ve kastın aşılması suretiyle öldürme türlerinde olduğu gibi sırf manevî unsuru ifade eden kavramlar değildir. Manevî unsuru da içermekle birlikte, daha ziyade maddî unsurun kapsamını belirlediği öldürme türleri olmaktadır.

2-Maddî Unsurlar

Bütün öldürme türlerinde olduğu gibi, hareket, netice ve sebebiyet alakası şibh-i 'amd türünün temel maddî unsurlarını oluşturmaktadır. Bunun yanında, 'amden öldürme türüne benzer şekilde birtakım özel maddî unsurlar şibh-i 'amdin kapsamında yer almaktadır.

Hanefî eserlerinde şibh-i 'amd yoluyla öldürme suçu incelenirken, çeşitli aletlerin öldürme kastına işaret edip etmediği, bazı aletlerle gerçekleştirilen öldürme eylemlerinin şibh-i 'amd veya 'amd türünden hangisinin kapsamına girdiği hususlarına yer verilmektedir. Dolayısıyla, 'amden öldürme türünde olduğu gibi *eylemde kullanılan alet* üzerinde yoğun bir şekilde durulmaktadır. Bunun yanında, vurma kastı (teammede darbehû) ifadesi 'amdin tarifinde olduğu gibi şibh-i 'amdin tanımı içinde de yer almaktadır. Ancak 'amden öldürmenin aksine, *vurmak suretiyle eylemin icra edilmesi* ve *suçta kullanılan alet* gibi özel unsurlar, şibh-i 'amd türü için karakteristik bir mahiyet arz etmemektedir. Zira Hanefî doktrininde 'amden öldürme bilhassa Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre birtakım maddî şekil şartlarına (eylemde kullanılan aletin niteliği ve eylemin icra şekli hususunda) tabidir. Buna karşılık, şibh-i 'amd yoluyla öldürme eylemlerinin farklı icra şekilleriyle ve hemen her türlü aletle icra edilebileceği hukukçular tarafından kabul edilmiştir. Yani şibh-i 'amd türünün 'amden öldürmeye oranla daha *serbest hareketli bir suç*⁴⁷² olduğu düşünülebilir. Ancak şibh-i 'amd sınıfında yer alan eylemlerin de, 'amden öldürme fiillerinde

⁴⁷² Suçlar, yapılan hareketin şekline göre, serbest hareketli-bağlı hareketli suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Serbest hareketli suçlar, kanunda o suç için gerçekleşmesi istenen belli 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 çektilererek öldürme suçu (TCK m.82/1-b), bağlı hareketli bir suçtur (Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 251-2).

olduğu gibi mübâşeret yoluyla icra edilmesi şarttır. Yani mübâşeret, tesebbüben öldürme dışındaki bütün öldürme türlerinde bir unsur olarak kabul edilebilir. Bu açıdan şibh-i 'amdin tamamen *serbest hareketli* bir suç olarak nitelendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, bu öldürme türünde eylemin vurma kastıyla ve mübâşereten icra edilmesi koşuluyla her türlü vasıta ve araçla gerçekleştirilebildiği görülmektedir. Ancak şibh-i 'amd sınıfında yer alan eylemlerde kullanılan vasıtaların 'amd türüne özgü aletlerden olmaması gerekmektedir.

B-Şibh-i 'Amd Türünün Maddî ve Manevî Unsurlarıyla İlgili Hukukî Muhakemenin Gelişimi

İmam Muhammed (189/805), şibh-i 'amd yoluyla öldürmeyi sopa, kırbaç, taş gibi bir araçla vurma kastı olarak açıklamıştır (ما تعمدت ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر)⁴⁷³.

Tahavi'nin bu tanımı biraz değiştirdiğini ve Ebû Hanîfe'nin (150/767) görüşünü yansıtan tarifi de zikrettiğini görmekteyiz. Ebû Hanîfe'ye göre, şibh-i 'amd, öldürücü olsun olmasın kısâs cezasını gerektirmeyen bir aletle irade edilmiş ve tasarlanmış öldürme eylemidir (ما ارید وتعمد فاصيب به النفس بما لا قصاص فيه مما مثله يقتل ومما)⁴⁷⁴. Cessas, bu metinleri açıklarken kırbacın genelde öldürücü olmayan aletlerden olduğunu, büyük odun parçasının ise genelde öldürücü nitelikte bir alet olarak kabul edildiğini belirtmiştir⁴⁷⁵.

İmâmeyn, şibh-i 'amdi ölüm neticesini gerçekleştireceği düşünülen bir aletle öldürme eylemi olarak tanımlamıştır (ما اتي به علي النفس مما مثله غير موهوم منه القتل). İmâmeyn, bu tür fiillere; sopa veya kırbaçla vurmaya, ayrıca tokat veya yumruk atmayı örnek vermiştir. Ancak şibh-i 'amd kapsamında değerlendirilen bu tür eylemler, mağdûrun bedeni üzerinde ard arda darbeler şeklinde icra edilir ve bu darbelerin ölüm neticesini gerçekleştireceği düşünülürse (تكرر ذلك حتى يكون جملته موهوما)⁴⁷⁶. Ancak belirtmek (منها القتل), bu fiiller 'amden öldürme türüne dahil edilmektedir⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 395.

⁴⁷⁴ Tahâvî, *Muhtasar*, s. 233-234.

⁴⁷⁵ Cessâs, *Şerh*, I, 337.

⁴⁷⁶ Tahâvî, *Muhtasar*, s. 233-234.

gerekir ki, küçük sopa veya kırbaç gibi, öldürücü nitelikte kabul edilmeyen aletlerle *ard arda vurmak suretiyle icra edilen eylemlerin* İmâmeyn'e göre hangi türde yer alacağı hususunda, Hanefî metinlerde farklı ifadelere yer verilmektedir⁴⁷⁷.

Dikkat edilirse, İmam Muhammed'den itibaren birçok Hanefî hukukçusunun yer verdiği "teammede'd-darbe (vurma kastı)" ifadesini, Tahâvî, şibh-i 'amdin tanımında zikretmemiştir. Aynı zamanda Tahâvî, 'amdin tanımında da "vurma" anlamına gelen "darabe" kavramına yer vermemiştir. Bunun dışında Tahâvî, şibh-i 'amd ve 'amd türlerine özgü aletlerin niteliklerini açıklarken, ölüm neticesini gerçekleştireceği düşünülen (موهوما منها القتل) veya ölüm neticesini gerçekleştireceği düşünülmeyen (غير موهوم منه) ifadelerini kullanmıştır⁴⁷⁸. Tahâvî'nin 'amd ve şibh-i 'amdi açıklarken yer verdiği bu kavramlar, sonraki eserlerde bu iki öldürme türünün tanımında, tespit edebildiğimiz kadarıyla, yer almamıştır.

Tahâvî 'nin eserine yazmış olduğu şerhte, şibh-i 'amdi, sırf 'amd ve sırf hata olmayan (لا عمد محض ولا خطأ محض) bir öldürme türü şeklinde açıklayan Cessas, ahkâm konularını ele aldığı tefsîrinin bir bölümünde, hukukçuların farklı görüşlerine yer vermeksizin şibh-i 'amdi "sopa veya taş parçası gibi silah olarak kabul edilmeyen bir aletle vurma kastı" olarak açıklamıştır⁴⁷⁹. Tefsirinin başka bir yerinde Cessâs hukukçuların farklı görüşlerine göre konuyu ele almıştır. Ebû Hanîfe'ye göre, küçük veya büyük taş veya ağaçtan yapılmış bir vasıta ile icra edilen öldürme eylemleri şibh-i 'amd olarak kabul edilmektedir. İmâmeyn'e göre ise, genelde öldürücü olmayan tokat atma veya kırbaçla bir kez vurma, şibh-i 'amd yoluyla öldürme olarak değerlendirilmektedir. Ancak fail, bu tür hareketleri ard arda yapar ve bütün bu hareketler öldürücü bir mahiyet arz ederse, fiil 'amden öldürme türüne girmektedir⁴⁸⁰.

Ebû Hanîfe'ye göre, suçta kullanılan aletin öldürücü olup olmaması değil; kesici veya yaralayıcı olması, eylemlerin tasnifinde dikkate alınmaktadır. Örneğin, her ikisi de kesici ve yaralayıcı aletlerden olan büyük bıçak genelde öldürücü bir alet iken; küçük bıçak ise genelde öldürücü alet değildir. Ancak her iki aletle icra edilen

⁴⁷⁷ Bkz. s. 126.

⁴⁷⁸ Tahâvî, *Muhtasar*, s. 233-234.

⁴⁷⁹ Cessâs, *Şerh*, I, 340; Cessâs, *Ahkâm*, II, 316.

⁴⁸⁰ Cessâs, *Ahkâm*, II, 323.

fiillerin akabinde ölüm neticesi gerçekleştiğinde, faile kısâs cezası uygulanmaktadır. Yani bu tür fiiller, 'amd kapsamında yer almaktadır. Ebû Hanîfe tarafından şibh-i 'amd kapsamında değerlendirilen taş veya ağaçtan yapılmış aletlerin uç kısımlarının sivriltilmiş olması halinde, onlar da silah veya demirden yapılmış aletler olarak değerlendirilmekte (الحجر والعصا اذا كان لهما حد قد صارت في معنى الحديد) ve bu tür aletlerle icra edilen eylemler 'amd kapsamında yer almaktadır. Diğer taraftan, herhangi bir kimseye kırbaça vurulması veya tokat atılması sonucu ölüm neticesi gerçekleşse dahi faile kısâs cezası verilmemektedir. Sonuç olarak, faile kısâs tatbik edilip edilmeyeceği, suç eyleminde kullanılan alete göre tespit edilmekte; öldürmeye yönelik kastın bu konuda bir önemi bulunmamaktadır (ان لالة تنثيرا في وجوب القود)⁴⁸¹ (وسقوطه وان الحكم متعلق به دون القصد الي القتل).

Kudûrî (428/1037) şibh-i 'amdin tarifini Cessâs'ın tanımına benzer şekilde yapmıştır. Ebû Hanîfe'ye göre, şibh-i 'amd, silah olmayan veya silah yerine kullanılmayan bir aletle vurma kastıdır (أن يتعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى) (السلح). İmâmeyn'e göre şibh-i 'amd ise, genelde öldürmeyen bir aletle vurma kastıdır.⁴⁸²

Serahsî (483/1090), şibh-i 'amd yoluyla öldürmeyi, failin sopa, kamçı, taş gibi bir aletle veya eliyle mağdûra vurma kastı olarak açıklamıştır. Ona göre, şibh-i 'amd türündeki fiillerde iki anlam söz konusudur. Failin vurma kastı göz önüne alındığında 'amden öldürme gerçekleşmektedir (العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب). Failde öldürme kastının bulunmadığı itibara alınırsa hata ile öldürme söz konusu olmaktadır (معنى الخطأ باعتبار انعدام القصد منه إلى القتل). Zira şibh-i 'amd fiillerinde kullanılan aletler öldürme aletleri değil; mağdûru tedîp etme aletleridir (آلة الضرب) (إنما يقصد) (للتأديب دون القتل). Fail, her fiili ona uygun bir aletle gerçekleştirmeyi kasteder (كل فعل بآلته). Bu açıdan, herhangi bir eylemde tedîp amaçlı bir aletin kullanımı, failin öldürme kastının bulunmadığını göstermektedir (فاستعماله آلة التأديب دليل على أنه غير قاصد) (إلى القتل قاصدا). Şibh-i 'amd eyleminde, fail sadece vurma kastıyla hareket ettiğinden (إلى القتل

⁴⁸¹ Cessâs, *Şerh*, I, 339.

⁴⁸² Kudûrî, s. 184.

خطاً لشبه العمد) *sûreten kasta benzer hata* eylemi söz konusu olmaktadır (إلى الضرب صورة)⁴⁸³.

Serahsî, şibh-i 'amd fiillerinde faile kısıs cezası uygulanmamasını öldürme kastının bulunmamasıyla izah etmektedir (انعدام القصد إلى القتل). Öldürme kastı ile gerçekleştirilen eylemle öldürme kastı olmaksızın icra edilen eylemlerin (قتل مقصود) (وقتل غير مقصود) aynı türde yer alamayacağına vurgu yapan müellif, şibh-i 'amd yoluyla gerçekleştirilen eylemlerde şübhe olduğundan kısıs cezasının uygulanmayacağını ifade etmiştir⁴⁸⁴.

Serahsî'nin şibh-i 'amd yoluyla gerçekleştirilen öldürme eyleminde, failin öldürme kastının bulunmadığı şeklindeki yorumu, daha önce de belirttiğimiz gibi, şibh-i 'amd kapsamında sadece belli eylemler için yapılmış kısmî bir izahtır, yani şibh-i 'amd türünün bütününe kapsamamaktadır. Ayrıca, Serahsî'nin kullandığı kavramlar incelendiğinde, onun 'amd ve şibh-i 'amd ayrımını manevî unsura göre yaptığı görülmektedir. Ancak daha önceden değinildiği üzere, Cessâs'ın bu konuda ortaya koyduğu hukukî muhakeme daha farklıdır. Zira Cessâs, faile kısıs tatbik edilip edilmeyeceği hususunun suç eyleminde kullanılan alete göre tespit edildiğini; öldürmeye yönelik kastın bu konuda bir öneminin bulunmadığını açıkça vurgulamıştır (ان لالة تنثيرا في وجوب القود وسقوطه وان الحكم متعلق به دون القصد الي القتل)⁴⁸⁵. Bu tezde, Hanefî doktrinde öldürme türlerinin tespitinde maddî unsurun manevî unsura göre daha etkili olduğu kanaatine sık sık temas edilmektedir. Dolayısıyla, 'amd ve şibh-i 'amd ayrımında Cessâs'ın yorumunun Hanefî mezhebinin görüşünü daha isabetli yansıttığı kanaatindeyiz. Ancak Serahsî'den itibaren Hanefî metinlerinde 'amd ve şibh-i 'amd ayrımının Cessâs'ın kavramlarına göre değil; Serahsî'nin görüşüne paralel şekilde ele alındığı görülmektedir.

Mergînânî (593/1197), şibh-i 'amdi Ebû Yusuf (182/798) ve İmam Muhammed'e (189/805) göre, genelde öldürmeyen bir aletle *vurma kastı* olarak açıklamıştır. Genelde öldürücü olmayan küçük bir alet kullanıldığında *kast unsuru eksik kalmaktadır* (قصرت العمدية). Çünkü böyle bir aletle tedîp veya öldürmenin

⁴⁸³ Serahsî, XXVI, 64-65.

⁴⁸⁴ Serahsî, XXVI, 64-65.

⁴⁸⁵ Cessâs, *Şerh*, I, 339.

dışında bir şey amaçlanmaktadır. Genelde öldürücü niteliği bulunan aletlerle gerçekleştirilen fiillerde ise, *kast unsuru eksik değildir*. Bundan dolayı büyük kütleli taş veya odundan yapılmış bir vasıtayla gerçekleştirilen eylemlerde failin öldürme kastının bulunduğu kabul edilmelidir. Diğer taraftan, Hz. Peygamberin (as) "şibh-i 'amd, kırbaç ve sopa ile icra edilen eylemlerdir"⁴⁸⁶ şeklindeki hadîsi şerîfini delil alan Ebû Hanîfe, büyük kütleli taş veya odundan yapılmış bir vasıtayla gerçekleştirilen fiilleri de şibh-i 'amd kapsamında değerlendirmiştir. Zira mezhep imamına göre, öldürme fiiline uygun olmayan, bu fiil için kullanılmayan bir aleti, kişinin gafletinden yararlanarak (öldürülmek istenen şahıs böyle bir eyleme rıza göstermeyeceği için öldürme fiilini onun gafletinden yararlanarak gerçekleştirmek gerekmektedir) öldürmenin tasarlandığı bir eylemde kullanmak (لا يمكن استعمالها على) (غرة من المقصود قتله) mümkün değildir. Böyle bir durumda suçta kullanılan alete bakarak *kastın eksik kaldığı* düşünülmelidir⁴⁸⁷.

Mergînânî, daha önceki metinlerde yer almayan "*kastın eksik kalması*" kavramını literatüre eklemiştir. Kastla ilgili bu kavram, 'amd ve şibh-i 'amd türlerinin sonraki dönemlerde manevî unsur ekseninde ayrıma tabi tutulduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bunun ilk örneği, daha önce Serahsî'nin eserinde görülmektedir.

Kâsânî (587/1191), şibh-i 'amd eylemlerini Hanefî ve Şâfi'î hukukçularının görüşlerini birlikte ele alarak gruplandırmıştır. Müellife göre şibh-i 'amd sınıfında bulunan eylemler üç kısma ayrılmaktadır. Şibh-i 'amdin birinci kısmı, şibh-i 'amd olduğu hususunda hukukçuların ittifak ettiği eylemlerdir. Örneğin, failin öldürme kastıyla küçük sopa, küçük taş parçası veya tokat atmak suretiyle icra ettiği öldürme eylemleri şibh-i 'amd kısmında yer almaktadır (أن يقصد القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو) (لطة). Ve bu konuda hukukçular arasında fikir birliği vardır. Aynı şekilde genellikle ölüm neticesine yol açmayan kamçı gibi aletlerle bir veya iki darbe ile gerçekleştirilen, darbe sayısının ikiden fazla olmadığı (إذا ضرب ضربة أو ضربتين ، ولم)

⁴⁸⁶ Nesâî, "Kasâme 33"; Ebû Dâvûd, "Diyât 19"; İbn Mâce, "Diyât 5"; Dârimî, "Diyât 22"; 'Abdürrezzak, "Ukûl 4".

⁴⁸⁷ Mergînânî, IV, 159.

öldürme eylemleri de ittifakla⁴⁸⁸ şibh-i 'amd yoluyla öldürme olarak kabul edilmekte ve birinci kısma dahil olmaktadır⁴⁸⁹.

Kâsânî'ye göre, şibh-i 'amd eylemlerinin diğer iki kısmı, şibh-i 'amd olduğu hususunda farklı görüşlerin bulunduğu eylemlerdir. Bu iki kısımdan birincisi, Hanefî hukukçularının ittifakla şibh-i 'amd kabul ettiği; ancak İmam Şâfi'î tarafından⁴⁹⁰ 'amden öldürme olarak nitelendirilen küçük bir kırbaça arka arkaya öldüresiye kadar vurmak suretiyle gerçekleştirilen eylemlerdir (أن يضرب بالسوط الصغير ويوالي في الضربات) (إلى أن يموت). İkinci kısımda ise, genelde öldürücü niteliği bulunan ancak yaralayıcı ve delici özelliği bulunmayan (ولا طاعن) büyük kütleli kaya parçası veya ağaçtan yapılmış bir vasıta ile gerçekleştirilen öldürme eylemleri yer almaktadır. Bu eylemler Ebû Hanîfe'ye göre şibh-i 'amd olarak kabul edilirken, İmam Şâfi'î⁴⁹¹ ve İmâmeyn bu eylemlerin 'amden öldürme olduğu kanaatindedir⁴⁹².

Zeyle'î (743/1342), şibh-i 'amd türünde failin eylemi gerçekleştirme kastının bulunduğunu; ancak öldürme kastının bulunmadığını ifade etmiştir (قصد الفعل لا القتل). Dolayısıyla böyle bir durumda fiili dikkate aldığımızda 'amd, ölüm neticesini dikkate aldığımızda hata ile gerçekleştirilmiş bir eylem söz konusu (كان عمدا باعتبار نفس الفعل) (وخطأ باعتبار القتل) olmaktadır⁴⁹³. Yani müellife göre, failde hareketi gerçekleştirme kastı bulunduğundan, fiil 'amd kapsamında değerlendirilebilir; ancak failde öldürme kastı bulunmadığından ölüm neticesi açısından fail hata ile hareket etmiş kabul edilmelidir.

Zeyle'î'nin şibh-i 'amd konusundaki ifadeleri, modern hukukta yer alan kastın aşılması suretiyle öldürme suçunu izah eder bir niteliğe sahiptir. Ancak şibh-i 'amdle ilgili Hanefî metinlerinde yer verilen bu görüşler, daha önce de belirttiğimiz

⁴⁸⁸ Kâsânî'nin ittifakla şibh-i 'amd olduğunu belirttiği yukarıdaki eylemler hakkında, Şâfi'î mezhebinde farklı değerlendirmelere yer verilmektedir. Zira Şâfi'î mezhebinde, öldürücü olmayan birtakım araçların mağdûra yönelik tek darbeyle icra edilmesi, bazı durumlarda 'amd kapsamında yer alabilmektedir (bu konuda bilgi için bkz. s. 107-110).

⁴⁸⁹ Kâsânî, VII, 233-4.

⁴⁹⁰ Şirbînî, V, 214; Heytemî, VIII, 379; Remlî, VII, 250-251; Ensârî, IV, 3.

⁴⁹¹ Remlî, VII, 248; Heytemî, VIII, 377; Şirbînî, V, 212.

⁴⁹² Kâsânî, VII, 233-234.

⁴⁹³ Zeyle'î, VI, 100-101.

üzere, şibh-i 'amd türüne dahil bütün eylemleri kapsamına almamaktadır. Yani bu türe dahil sınırlı sayıdaki eylemler için, örneğin tokat atarak veya yumruk atarak öldürme gibi, getirilmiş kısmî izahlar durumundadır.

Bâbertî (786/1384), büyük kütleli ağaçtan yapılmış bir vasıta ile gerçekleştirilen öldürme eylemlerinin şibh-i 'amd türüne dahil olmadığını iddia eden Ebû Hanîfe'nin görüşünü, Hz. Peygamber'in (as) bir hadîsi çerçevesinde yorumlamaktadır. Ebû Hanîfe, "kırbaç ve sopa ile gerçekleştirilen eylemlerin şibh-i 'amd kapsamında yer aldığını" ifade eden hadîs-i şerifte⁴⁹⁴ geçen ve sopa anlamına gelen "el-asâ (العصا)" kavramının mutlak olarak yani genel anlamda kullanıldığı kanaatindedir. Dolayısıyla, bu kavram, küçük sopayı kapsamına aldığı gibi ağaçtan yapılmış büyük kütleli cisimleri de ihtiva etmektedir. Böylece, bu vasıtaların kullanıldığı eylemlerin hepsi şibh-i 'amd olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle İmâmeyn'in, küçük sopa ile gerçekleştirilen eylemleri şibh-i 'amd kabul ederken; büyük kütleli ağaçtan yapılmış vasıtaların kullanıldığı eylemleri ise 'amd türüne dahil etmesi hadisteki mutlak kullanımı iptal etmek anlamına gelmektedir⁴⁹⁵.

C- Bazı Şibh-i Amd Eylemleri

Şibh-i 'amd sınıfında birçok öldürme eylemi yer almaktadır. Kapsam itibarıyla en geniş öldürme türünün şibh-i 'amd olduğu ileri sürülebilir. Bu tezde, öldürme eylemlerinin teker teker analizinden ziyade öldürme türlerini bir bütün olarak inceleme metodu takip edildiğinden her eyleme araştırmamızda yer verilmeyecektir. Ancak bu öldürme türü kapsamında önem arz ettiğine inandığımız ve hukukçular arasında tartışma konusu olan iki farklı şibh-i 'amd eylemini burada tetkik etmek istiyoruz.

1-Ard Arda Darbelerle Gerçekleştirilen Öldürme Eylemleri

Haneî doktrininde, ard arda icra edilen hareketleri ifade etmek üzere farklı kavramlar kullanılmıştır. Tahâvî ve Cessâs *hareketlerin tekrarını* ifade etmek için

⁴⁹⁴ Nesâî, "Kasâme 33"; Ebû Dâvûd, "Diyât 19"; İbn Mâce, "Diyât 5"; Dârimî, "Diyât 22"; 'Abdürrezzak, " 'Ukûl 4". Hadîs metni şu şekilde yer almıştır: "قتيل خطأ العمد أو شبه العمد قتيل السوط والعصا"

⁴⁹⁵ Bâbertî, X, 211.

"kerrare (كرر)" kavramına yer verirken⁴⁹⁶, Serahsî "vâlâ (والى)" kavramını kullanmıştır. Aynı zamanda Serahsî bu kavramın farklı bir türevi olan "müvâlât (الموالات)" kavramını da ard arda icra edilen hareketler için kullanmış⁴⁹⁷ ve sonraki metinlerde bu terimin kullanımı yaygınlaşmıştır.

Hanefî doktrinde, küçük sopa veya kırbaç gibi öldürücü nitelikte olmayan aletlerle bir kere vurma, ayrıca tokat veya yumruk atma hareketini bir defa icra ederek öldürme, Hanefilere göre, şibh-i 'amd olarak değerlendirilmektedir. Diğer taraftan Ebû Hanîfe'ye göre şibh-i 'amd kapsamında ele alınan, küçük bir sopanın mağdûra *ard arda vurulması* suretiyle gerçekleştirilen öldürme eylemlerinin *Îmâmeyn'e göre* hangi sınıfta değerlendirildiği hususunda ilk dönem eserleriyle sonraki devir metinlerinde farklı görüşler yer almıştır. İlk dönem metinlerde, sopa ile sürekli vurma suretiyle gerçekleştirilen öldürme eylemlerinin *Îmâmeyn'e göre* 'amd kapsamında değerlendirildiği ifade edilirken⁴⁹⁸, sonraki dönem Hanefî hukukçuları, ard arda sopa ile gerçekleştirilen öldürme eylemlerinin *Îmâmeyn'e göre*, şibh-i 'amd kısmında yer aldığını belirtmiştir⁴⁹⁹. Bâbertî, bu konuda *Îmâmeyn'den* iki farklı görüş aktarıldığını vurgulayarak, Tahâvî'nin aksine, bazı Hanefî metinlerinde *Îmâmeyn'in* bu eylemi şibh-i 'amd olarak değerlendirdiğini belirtmiştir⁵⁰⁰.

Hanefî metinlerinde, ard arda darbelerle gerçekleştirilen öldürme eylemleriyle ilgili olarak *Îmâmeyn'in* görüşü hakkında yer verilen farklı hükümlere değindikten sonra, bu eylemlerinin şibh-i 'amd olarak değerlendirilmesi hususunda hukukçuların farklı gerekçelerine yer verebiliriz.

Serahsî, sopa veya kırbaç ard arda vurarak öldürme eyleminde, hareketler teker teker ele alındıklarında 'amden öldürme olarak nitelendirilmediklerini, bu nedenle, hareketlerinin bütününe de 'amden öldürme kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Ard arda gerçekleştirilen eylemlerin ölüm neticesine yol açmasını, hata ile failin birçok yaralama eylemini gerçekleştirmesine

⁴⁹⁶ Tahâvî, *Muhtasar*, s. 234; Cessâs, *Ahkâm*, II, 323.

⁴⁹⁷ Serahsî, XXVI, 124.

⁴⁹⁸ Tahâvî, *Muhtasar*, s. 233-234; Cessâs, *Ahkâm*, II, 323.

⁴⁹⁹ Mergînânî, IV, 163, Kâsânî, VII, 233-4; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 5.

⁵⁰⁰ Bâbertî, X, 210.

veya birden çok failin hata ile bir kimseyi öldürmesine benzetmiştir. Bunlara ek olarak, kısısı gerektiren ve kısısı gerektirmeyen iki farklı eylemin akabinde ölüm neticesi gerçekleşecek olduğunda faillere kısıs cezası uygulanmamaktadır. Buna kıyasla, her biri tek başına ele alındığında kısısı gerektirmeyen ard arda icra edilen eylemlerin bütünü için de kısıs cezasının uygulanmaması gerekmektedir⁵⁰¹.

Mergînânî (593/1197), Hanefî hukukçularının görüşlerini farklı bir bakış açısıyla gerekçelendirmiştir. Buna göre, ard arda vurma eylemini gerçekleştirirken failin sonradan öldürme kastıyla hareket etmiş olması ihtimal dahilindedir (اعتراه (القصد في خلال الضربات). Bu durumda, eylemin ilk kısmında fail öldürme kastı ile hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısıyla failin ilk kısmı diğer kısmından farklılaşmaktadır (فيعبري أول الفعل عنه). Böylece ard arda icra edilen hareketleri bir bütün olarak değerlendirmek imkansız hale gelmekte ve bu tür hareketlerin 'amdi ifade ettiği hususunda şüphe doğmaktadır. Şüphe de kısıs cezasını düşürmektedir⁵⁰².

Kâsânî (587/1191), Hanefî hukukçularının görüşlerini daha farklı bir perspektiften savunmuştur. Müellife göre, ölüm neticesinin birinci veya ikinci darbenin akabinde gerçekleşmiş olması muhtemeldir. Bu durumda, öldürücü olmayan bir aletle bir veya iki darbenin ölüm neticesine yol açması, faile kısıs cezasının uygulanması hususunda şüphe doğurur. Şüphe de kısısı düşürür⁵⁰³.

Diğer mezheplerin konuya dair görüşleri incelendiğinde, eylemlerin tasnifinde kullanılan aletin niteliği yanında başka hususların da dikkate alındığı görülmektedir⁵⁰⁴. Hanefî mezhebinin aksine, Hanbelî ve Şâfiî mezheplerinin konu hakkındaki değerlendirmelerinin modern hukuk perspektifine daha yakın olduğu görülmektedir. Nitekim modern hukukta sadece kullanılan aletin niteliği değil; bunun yanında darbelerin sayısı, şiddeti, isabet kaydettiği vücut bölgesi ve diğer birtakım hususlar kastın tespitinde dikkate alınmaktadır.

⁵⁰¹ Serahsî, XXVI, 124.

⁵⁰² Mergînânî, IV, 163; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 5.

⁵⁰³ Kâsânî, s. 234.

⁵⁰⁴ Bu konuda örnekler için bkz. s. 107-110.

Haneî hukukçularının şibh-i 'amd olarak nitelendirdiği birtakım eylemler, kastın tespitinde birçok kriterin dikkate alındığı modern hukukta, kasten öldürme kapsamında değerlendirilmiştir. Örneğin maktûlün baş bölgesine tekme ve yumrukla vurarak onu öldüren failin eylemi kasten öldürme kabul edilmiştir⁵⁰⁵. Yine birden çok kişinin sopa ile mağdûrun başına birçok kez vurması, ölüm neticesi gerçekleşmediğinde, *kasten öldürmeye teşebbüs* olarak kabul edilmiştir⁵⁰⁶. Modern hukukta öldürme eylemlerinde, sanıkların olay öncesi tavırları, olay sırasındaki hareket ve sözleri de dikkate alınmakta ve kastın belirlenmesinde bu unsurlara da itibar edilmektedir. Ayrıca mağdûrun aldığı yaranın niteliği de kastın belirlenmesinde önem arz etmektedir. 3 yaşındaki bebeğin karnına vurularak öldürülmesi eyleminde, bu yaştaki bir çocuğun böyle bir darbeye dayanamaması dolayısıyla ve diğer deliller de göz önünde bulundurularak kasten öldürmeye karar verilmiştir⁵⁰⁷.

Haneî doktrininde kullanılan aletin niteliğine göre kastın tespiti, modern hukukta manevî unsur maddî unsurdan çıkarmak gibi bir sonuca götürdüğünden eleştirilmiştir⁵⁰⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Haneî mezhebinde maddî unsur; manevî unsur belirlemenin ötesinde bir fonksiyon icra etmekte, manevî unsur gölgeleyerek failin mesuliyeti ve öldürme fiillerinin tasnifinde etkili bir şekilde ön plana çıkmaktadır. Bu, Haneî doktriniyle modern hukuku birbirinden ayıran temel nitelik durumundadır. Günümüz hukukunda ise, maddî unsurun fonksiyonu, manevî unsurun yani failin kastının tespitine yardımcı olmaktır. Failin kusurluluk derecesini ve ona verilecek cezayı belirleyen asıl faktör, manevî unsurdur.

2-Kişinin Boğazına Zehir Dökerek Öldürme

Haneî mezhebinde zehirleyerek öldürmenin iki farklı şekline yer verilmektedir. Bunlardan birincisi, failin zehirlemek istediği şahsa içinde zehir bulunan yiyecek veya içeceği sunarak ölümüne sebep olmasıdır. Bu eylem, Haneî

⁵⁰⁵ Otacı, s. 420.

⁵⁰⁶ Otacı, s. 221.

⁵⁰⁷ Otacı, s. 223.

⁵⁰⁸ Erman/Özek, s. 24-25.

doktrininde tessebbüben öldürme olarak kabul edilmektedir⁵⁰⁹. Bu öldürme şekline, tessebbüben öldürme suçunda değinilecektir. Zehirleme eyleminin ikinci şekli ise, herhangi bir şahsın boğazına zehir dökerek (أوجره) onu öldürmektir. Doğrudan icra edilen (mübâşeret) bu tür eylemlerin İmâmeyn tarafından hangi öldürme sınıfına dahil edildiği hususunda, Hanefî eserlerinde farklı görüşlere yer verilmiştir.

İmam Muhammed'in (189/805) eserinde, boğazına zehir dökerek birini öldüren failin diyetle sorumlu tutulacağı belirtilmiştir⁵¹⁰. Kâsânî (587/1191)⁵¹¹ ve Zeyle'î (743/1342)⁵¹² de aynı görüşe yer vermiştir. Zikri geçen hukukçular, bu eylemin hangi öldürme sınıfına dahil olduğu hususunda bir açıklamada bulunmamışlardır. Ancak yaptırım olarak diyetten bahsedilmesi, bu eylemin şibh-i 'amd kapsamında değerlendirildiğini göstermektedir. Nitekim sonraki hukukçulardan İbn 'Âbidîn, bu tür eylemlerin Ebû Hanîfe'ye göre şibh-i 'amd kapsamında yer aldığına değinmiştir⁵¹³.

Hanefî mezhebinde, kişinin boğazına zehir dökerek öldürmenin genel olarak şibh-i 'amd kapsamında yer aldığı ifade edilmekle birlikte, bazı eserlerde İmâmeyn'in bu tür eylemleri 'amd kapsamında kabul ettiği belirtilmiştir. Serahsî (483/1090), zehrin öldürücü olması ve mağdûru öldüreceğini failin bilmesi hâlinde (فأما إذا كان سما (ذعافا يعلم أنه يقتله لا محالة), İmâmeyn'e göre faile kısâs cezası uygulanacağını belirtmiştir. Bu eylem, ölüm neticesine hızla ulaştıran silâhlarla gerçekleştirilen öldürme eylemlerine benzemektedir (الفعل الذي لا يلبث)⁵¹⁴. İbn 'Âbidîn (1252/1836), İmâmeyn'in bu konudaki görüşünün, zehrin miktarına göre farklılık arz ettiğine değinmiştir. Buna göre, genelde öldürücü miktardaki zehri (مقدارا يقتل مثله غالبا) bir kimsenin boğazına dökerek öldürme, 'amden öldürme kabul edilmektedir. Öldürücü miktarda olmayan zehri boğaza dökerek öldürme ise, şibh-i 'amd kapsamında değerlendirilmektedir⁵¹⁵.

⁵⁰⁹ Mevsılî, s. 504-505; 'Udeh, II, 34.

⁵¹⁰ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 456.

⁵¹¹ Kâsânî, VII, 235.

⁵¹² Zeyle'î, VI, 100.

⁵¹³ İbn 'Âbidîn, VI, 542-543.

⁵¹⁴ Serahsî, XXVI, 153.

⁵¹⁵ İbn 'Âbidîn, VI, 542-543.

III-HATA İLE ÖLDÜRME

A-Hata ile Öldürme Türünün Maddî ve Manevî Unsurları

1-Maddî Unsurlar

Hata ile öldürme türünde, hareket ve netice gibi genel maddî unsurların yanında, ayrıca eylemin mübâşeret yoluyla gerçekleştirilmesi *özel maddî unsur* olarak yer almaktadır. Bundan dolayı, modern hukukta taksirle öldürme kapsamında değerlendirilen birçok eylem, Hanefî doktrininde tessebbüben icra edildiği gerekçesiyle hata ile öldürme türüne dahil edilmemiştir. Ayrıca, bu sınıftaki eylemlerin karakteristik özelliğini yansıtan önemli bir maddî unsur, hata ile öldürmenin tarifinde yer alan, failin kastettiği hedeften farklı bir hedefe isabet ettirmesidir.

İmam Muhammed (189/805), hata ile öldürmeyi, hata ile kastedilen hedeften farklı bir hedefe isabet ettirmek olarak açıklamıştır (ما أصبت مما كنت تعدت)⁵¹⁶. Sonraki dönemlerde yapılan tanımlar da bununla benzerlik göstermektedir⁵¹⁷. Bu tanım, istenilen hedefi tutturamama, hedefte yanılma niteliği taşıyan eylemleri ihtiva etmektedir. İlk eserlerde bu tanıma uygun olarak sadece ok atma fiilleri, hata ile öldürmeye dahil edilmiştir. Sonraki dönemlerde, ok atma hareketi dışında hata ile öldürme sınıfına dahil edilen diğer eylemler de tanımla uygunluk arz etmektedir. Örneğin, bir kimsenin elini kesmek isterken başka birinin boynunu kesen failin eyleminin hata türüne dahil edilmesi⁵¹⁸, failin kastettiği hedeften farklı bir hedefe isabet ettirmeyle ilgilidir.

Hata ile öldürmenin tanımı, 'amd ve şibh-i 'amdin tariflerinde olduğu gibi, modern hukuktaki taksirin⁵¹⁹ tarifiyle karşılaştırıldığında manevî unsurdan ziyade maddî unsuru, yani eylemin icra şeklini tasvir eden bir mahiyete sahip gözükmektedir. Nitekim önceki paragrafta değinildiği üzere, hata ile öldürme

⁵¹⁶ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 395.

⁵¹⁷ Tahâvî, *Muhtasar*, s. 232; İbn Hümâm, X, 213-214.

⁵¹⁸ Bâbertî, X, 214; Haskefî, VI, 530.

⁵¹⁹ Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir (TCK m. 22/2).

eylemlerinin genelde ok atma hareketiyle ilgili olması, ayrıca sonraki dönemlerde bu türün kapsamına dahil edilen eylemlerin de genelde ok atma hareketinin farklı icra şekillerini içermesi bu hususla ilgilidir. Dolayısıyla hata ile öldürmenin tanımı, kapsamına giren eylemlerin sınırlı kalmasına neden olmuştur. Zira hata ile öldürme, tıpkı 'amd gibi, manevî unsurdan ziyade maddî unsurla sınırları daraltılmış bir öldürme türüdür. Bunun aksine modern hukukta yer alan taksirle öldürme, manevî unsura ait kavramlarla soyut ve kapsamlı bir tanıma sahip bulunmaktadır. Taksirle öldürme, bu özelliğiyle birçok eylemi içinde barındırmaktadır. Hata ile öldürme ise; *hedefi tutturamama, istenen hedefte yanılma* ile ilgili sınırlı sayıda eylemleri ihtiva eden bir sınıf olarak kalmıştır.

2-Manevî Unsurlar

Hata ile öldürme suçunda genelde eylemlerin *taksirle* icra edildiği görülmektedir. Bunun yanında bazı eylemlerin kasten icra edilmiş olması da söz konusudur. Örneğin, failin bir kimseyi öldürme kastıyla attığı okun duvardan dönmek suretiyle bir şahsa saplanması, fail eylemini öldürme kastıyla icra etmiştir. Ancak bu eylem, hata ile öldürme kapsamında yer almaktadır⁵²⁰. Ayrıca bir kimseye atılan okun, kastedilen kişinin bedeninden geçmek suretiyle başka birini daha öldürmesi halinde, ikinci ölüm neticesinin *olası kastla* hatta *doğrudan kastla* icra edilmiş olması imkan dahilindedir. Ancak Hanefî eserlerinin genelinde, failin kastıyla ilgili ayrıntılara yer verilmeksizin ikinci netice açısından fiil, *hata ile öldürme* olarak kabul edilmiştir⁵²¹. Hanefî doktrininde sadece İbn 'Âbidîn (1252/1836), bu eylemde failin ikinci şahsı da *öldürme kastının* bulunması halinde ikinci eylemi de 'amd kapsamında değerlendirmiştir⁵²².

Hanefî doktrininde, bir kimsenin elini kesmek isterken başka birinin boynunu kesen şahsın eylemi *hata ile öldürme* olarak kabul edilmektedir⁵²³. Bu eylemin *olası kastla* icra edilmesi mümkündür. Örneğin bir kimsenin elinin hemen yakınında bulunan başka bir kimsenin boynunu keseceğini öngören; ancak olursa

⁵²⁰ Haskefî, VI, 531; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 3; İbn 'Âbidîn, VI, 530; Tûrî, VIII, 328-329.

⁵²¹ Kudûrî, s. 186; Mergînânî, IV, 169; Bâbertî, X, 247-248; İbn Hümâm, X, 247-248.

⁵²² İbn 'Âbidîn, VI, 559.

⁵²³ Bâbertî, X, 214; Haskefî, VI, 530.

olsun düşüncesiyle hareket eden failin bu durumda üçüncü şahsın boynunu kesmesi, 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. Bu eylemde, okun atıldıktan sonra okla hedefin arasına aniden giren bir şahsa isabet etmesi ihtimal dahilindedir. Bu durumda, ölüm neticesinde kaza ve tesadüften bahsetmek daha doğru gözükmektedir. Zira benzer fiiller, modern hukukta bu kapsamda değerlendirilmektedir⁵²⁴. Dolayısıyla, bazı hata ile öldürme eylemlerinde failin taksir derecesinde dahi kusurunun olmaması, kanaatimizce, ihtimal dahilindedir.

Buraya kadar genel hatlarıyla izah edildiği üzere, hata ile öldürme türünde yer alan eylemlerde manevî 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 doktrinde hata ile öldürme kapsamında yer almadığı görülmektedir. Bu açıdan hata ile öldürme, modern hukuktaki taksirle öldürmeden kapsam itibarıyla önemli ölçüde farklılık arz etmektedir.

B-Hata, Taksir ve İlgili Kavramlar

Modern hukukta *taksir* genelde tedbirsizliği, dikkatsizliği ifade etmektedir. Hanefî doktrinde de, *taksir* kavramı günümüz hukukunda yer verilen anlamda kullanılmıştır. Ancak öldürme fiillerinin incelendiği metinlerde bu kavrama nâdiren yer verilmiştir.

⁵²⁴ Örneğin, trafik kurallarına uygun bir şekilde seyrederken iki arabanın önünden aniden çıkan çocuğa çarpması halinde, sürücü taksirden dolayı dahi cezalandırılmamaktadır (Hakeri, s. 202).

Hanefî hukukçuları, hayvanın üzerinde bulunan eşyanın birinin üstüne düşerek ölümüne sebebiyet vermesi durumunda, hayvanı kontrol eden failin diyet ödeme sorumluluğunun bulunduğunu ifade etmişlerdir. Bunun gerekçesi, hayvanı önden çeken veya arkadan sevk eden şahısların, hayvan üzerindeki nesneyi sıkı bir şekilde bağlamada kusurlu davranmalarıdır (بتقصير منه)⁵²⁵. Aynı şekilde bir kısmı yol üzerinde bulunan evin çıkıntılı tarafının düşerek bir kimsenin ölümüne yol açmasında, ev sahibinin sorumluluğu, evin sağlam bir şekilde yapılmasındaki kusura dayandırılmıştır (لتقصيرهم في الإمساك)⁵²⁶. Ayrıca kasâme uygulamasında cesedin bulunduğu bölge halkının sorumluluğu gerekçelendirilirken, o yörenin sakinlerinin çevrenin kontrolü hususunda sorumluluklarını tam anlamıyla yerine getirmedikleri, bu konuda kusurlu davrandıkları ifade edilmiştir⁵²⁷.

Yukarıda taksir kavramının yer aldığı öldürme eylemleri hata ile öldürme kapsamında tetkik edilmemiştir. Taksir kavramı, Hanefî doktrinde hata ile öldürmeyle ilgili olarak, tespit edebildiğimiz kadarıyla sadece Serahsî'nin eserinde yer almaktadır. Serahsî (483/1090), hata ile öldürme eyleminde, failin tedbirli davranmada kusurunun bulunduğuna değinmiştir (تقصير منه في التحرز وذلك يتحقق من)⁵²⁸ (الخاطيء).

Öldürme suçunun ele alındığı Hanefî metinlerinde taksir kavramına nâdiren yer verildiği, bunun yanında bu kavramın farklı bir türevi olan kusur (قصور) teriminin, tespit edebildiğimiz kadarıyla, öldürme fiillerinin incelendiği Hanefî eserlerinde *tedbirsizlik* ve *dikkatsizlik* anlamında hiç kullanılmadığı görülmektedir. Kusur ve taksir kavramlarından ziyade, Hanefî doktrinde hata ile öldürme eylemlerinde failin tedbirsizlik ve dikkatsizliğini ifade etmek üzere, genelde *taharruz* ve *tesebbüt* terimleri kullanılmıştır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, tedbirsizlik ve dikkatsizliği ifade etmek üzere Hanefî doktrinde yer alan en önemli kavram "taharruz" terimidir ve hata ile öldürme eylemlerinde, bu kavramı ilk kullanan hukukçu Serahsî'dir. Serahsî, tedbir

⁵²⁵ Serahsî, XXVII, 4; Kâsânî, VII, 281; Zeyle'i, VI, 151.

⁵²⁶ Serahsî, XXVII, 7-8.

⁵²⁷ Kâsânî, VII, 290.

⁵²⁸ Serahsî, XXVII, 48.

hususunda ihmal göstermedikçe (ما لم يكن به تهاون في التحرز), hata ile öldürme eyleminin gerçekleşme oranının çok düşük olduğunu belirtmiş ve her ferdin tedbir hususunda yeterli derecede itina göstermesi gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla, tedbirsiz davranarak hata ile öldürme suçunu icra eden fail, gerçekleştirdiği eylemin neticesinden sorumlu (ملتزما بترك التحرز) tutulacaktır⁵²⁹.

Serahsî'nin tedbir ve dikkat yükümlülüğünü ifade etmek üzere kullandığı "teharruz (التحرز)" kavramının yerine Mergînânî (593/1197), "tesebbüt (التثبت)" kavramını kullanmıştır. Müellif, hata ile öldürme fiilinde, suç failinin gerçekte kastettiği hedefin dışında bir hedefi vururken gereken dikkat ve özeni göstermediğine işaret etmiştir (ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي)⁵³⁰.

Zeyle'î (743/1342), tedbirsizlik ve dikkatsizliği ifade eden iki kavrama da yer vermiştir. Müellif, hata ile hareket eden failin, tedbirsiz davrandığı (ترك التحرز) ve bu hususta yeterli özeni (المبالغة في التثبت) göstermediğini ifade etmiştir⁵³¹.

Hanefî hukukçularının *hata ile öldürme* türü hakkında getirdiği açıklamalar ve kullandığı kavramlar analiz edildiğinde, günümüz hukukunda yer alan *taksir* kavramıyla Hanefî doktrininde mevcut *hata* kavramı arasında büyük oranda benzerlik bulunduğu görülmektedir. Ancak her iki öldürme türünü bir bütün olarak kıyasladığımızda, önceki sayfalarda açıklandığı üzere⁵³², maddî ve manevî unsur açısından aralarında belirgin farklılığın olduğu ve *hata ile öldürmenin* kapsam itibarıyla *taksirle öldürmeye* oranla çok dar kaldığı görülmektedir.

C- Hata İle Öldürme Türünde Kavramların Gelişimi

İmam Muhammed (189/805), hata ile öldürmeyi yanlışlıkla, kastedilen hedeften farklı bir hedefe isabet ettirmek olarak açıklamıştır (ما أصبت مما كنت تعمدت) (غيره فأخطأت به)⁵³³. Hata ile öldürmeyi, failin istediği hedeften farklı bir hedefe isabet

⁵²⁹ Serahsî, XXVI, 67.

⁵³⁰ Mergînânî, IV, 159.

⁵³¹ Zeyle'î, VI, 101.

⁵³² Bkz. s. 131-133.

⁵³³ Şeybânî, *Mebûât*, IV, 395.

ettirmesi olarak (ما اصابه فقتله مما لم يردده وانما اراد غيره)⁵³⁴ açıklayan Tahâvî'nin (321/933) tarifi de, farklı kavramları içermekle birlikte aynı anlamı ifade etmektedir.

Haneî doktrinde öldürme türlerinin gelişimine önemli katkısı bulunan Cessâs (370/981), hata ile öldürmeyi iki kısma ayırmıştır. Bunlardan birincisi fiilde hatadır (خطأ في الفعل). Müellif, failin, müşrik bir şahsa veya bir kuşa attığı okla bir müslümanı öldürmesini bu kısma örnek olarak vermiştir. Hata ile öldürme türünün ikinci kısmı, kastta hatadır (خطأ في القصد). Müşriklerin giydiği elbiseye benzer elbise giydiği veya şirk ehlinin yaşadığı civarda bulunduğu için müşriklerden sanılarak bir müslümanın öldürülmesi, kastta hataya örnektir⁵³⁵.

Cessâs'ın tanımına yer vermeksizin hata ile öldürme eylemlerini zikrettiği görülmektedir. Sonraki dönem eserlerinde, tespit edebildiğimiz kadarıyla, bu metot takip edilmiş ve hata ile öldürmenin tanımına genelde yer verilmemiştir.

Kudûrî (428/1037), hata ile öldürmeyi Cessâs'ın metinlerine benzer şekilde iki kısma ayırmış, bunlarla ilgili örnekleri biraz farklı şekilde açıklamıştır. Müellif, fiilde hataya örnek olarak, belli bir hedefe atılan okun bir şahsa isabet edip onu öldürmesine yer vermiştir. Kastta hataya örnek olarak, failin av hayvanı sanarak bir insana ok atıp onu öldürmesini zikretmiştir⁵³⁶.

İki hata türü arasında şöyle bir fark bulunmaktadır. Birinci kısımda, atma eylemini icra eden şahıs, attığı hedeften tamamen farklı bir hedefi vurmaktadır. İkinci kısımda ise, şahıs attığı hedefi vurmaktadır; ancak onun vurmak istediği hedef isabet ettirdiği hedef değildir. Bu farklılığa sonraki dönem eserlerinden Serahsî'nin (483/1090) yer verdiği görülmektedir.

Cessâs ve Kudûrî'nin metinlerinde olduğu gibi, Serahsî, hata ile öldürmeyi iki kısma ayırmaktadır. Av hayvanına, belli bir hedefe veya öldürülmesi suç sayılmayan inkar ehlinen bir kimseye, failin attığı nesnenin müslüman bir kimseye isabet ederek onu öldürmesi; hata ile öldürmenin birinci kısmına girmektedir. Bu tür

⁵³⁴ Tahâvî, *Muhtasar*, s. 232.

⁵³⁵ Cessâs, *Ahkâm*, II, 315.

⁵³⁶ Kudûrî, s. 184.

eylemler, fiilde hata kapsamında yer almaktadır. Fiilde hatada, failin isabet ettirdiği şahsı vurma kastı bulunmamaktadır (انعدم منه القصد إلى المحل الذي أصاب). İkinci hata türünde ise, failin düşman veya av hayvanı zannederek attığı nesneyle müslüman olan bir kimseyi öldürmesi söz konusudur. Her ne kadar bu eylemde failin isabet ettirdiği hedefi, vurma kastı bulunsa da (قاصدا إلى المحل الذي أصابه), vurmak istediği hedef göz önüne alındığında, kastında hata yaptığı görülmektedir⁵³⁷.

Kâsânî'nin (587/1191) kastta hata kavramını biraz değiştirdiğini, bunun yerine failin zannında hata (في ظن الفاعل) ifadesini kullandığı görülmektedir. Müellif, failin müslüman olmadığını zannederek attığı nesneyle bir müslümanı öldürmesini hata ile öldürmenin bu kısmına örnek olarak zikretmiştir.⁵³⁸

Zeyle'î (743/1342), hata ile öldürme türünün ikinci kısmının *kastta hata* olarak isimlendirilmesini şöyle açıklamıştır. Bu kısımdaki eylemlerde fail kastettiği hedefe isabet ettirdiği için, yani hareketinin ardından farklı bir fiil ortaya çıkmadığı için failin *fiilde hata* yaptığı düşünülemez. Bunun aksine *fiilde hata* kısmında, neticenin gerçekleştiği hedefle başlangıçta fail tarafından vurulmak istenen hedef farklıdır (اختلف المحل). Ancak failin hayatî olmayan bir vücut bölgesine müessir fiil gerçekleştirmek isterken yanlışlıkla hayatî organa isabet ettirerek ölüme yol açması halinde, failin hedeflediği bölgeyle neticenin gerçekleştiği vücut bölgesinin farklı olduğu düşünülemez. Çünkü insan vücudu bir bütün olarak (جميع البدن منه كمثل) kabul edilmektedir. Failde de eylemi gerçekleştirme kastı bulunduğundan, tasarlanan hedef ile neticenin gerçekleştiği hedef farklı olmamakta (المحل لم يختلف لوجود قصد الفعل منه)⁵³⁹ ve bu eylem 'amden öldürme olarak nitelendirilmektedir. Ancak fail, bir kimsenin elini kesmek isterken farklı bir şahsın başını gövdesinden ayırırsa gerçekleştirdiği fiil, *hata ile öldürme* kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁴⁰.

Bir kimsenin elini kesme kastı güden failin, aynı kişinin veya üçüncü bir şahsın başını gövdesinden ayırması eylemlerinde, dikkat edilirse, manevî unsur ve netice aynıdır. Yani failde sadece müessir fiil kastı bulunmaktadır; bununla birlikte

⁵³⁷ Serahsî, XXVI, 66-67.

⁵³⁸ Kâsânî, VII, 234.

⁵³⁹ Zeyle'î, VI, 101

⁵⁴⁰ Bâbertî, X, 214; Haskefî, VI, 530.

her iki eylemde de ölüm neticesi gerçekleşmektedir. Dikkat edilirse, müessir fiilin yöneldiği şahıstan farklı birinin öldürülmesi, *fiilde hata* türündeki eylemlere şeklen benzerlik göstermektedir. Zira fail kastettiği hedeften farklı bir hedefe isabet etmiştir. Bunun aksine, müessir fiilin yöneldiği şahsın başı gövdesinden ayrılırsa, hareketle neticenin yöneldiği mahallin aynı olduğu kabul edilmektedir. Gerçi, el kesme kastıyla hareket edilirken kişinin boynu kesilmektedir. İlk bakışta isabet edilen bölge farklı olsa da, Hanefî hukukçuları insan vücudunun tamamını bir bütün olarak değerlendirdiğinden, hareketin kastedilen mahalle yönelik olduğu kabul edilmiştir. Dikkat edilirse, buradaki değerlendirmede yine maddî unsurun belirleyici olduğu görülmektedir. Zira paragrafın başında da ifade edildiği üzere, manevî unsur her iki eylemde de aynı kalmaktadır. Dolayısıyla fiillerden birinin 'amd kapsamına; diğerinin ise hata sınıfına dahil olmasında, etkili olan tamamıyla maddî unsurdur, yani eylemin yöneldiği kişinin aynı veya farklı şahıslar olmasıdır.

Yukarıdaki örnekte görüldüğü üzere, sonraki metinlerde ilk eserlerde yer verilmeyen birtakım fiillerin hata ile öldürme kapsamına dahil edildiği görülmektedir. Hata ile öldürme kapsamına alınan bu örneklerin tümü, Haskefî (1088/1677) tarafından bir araya getirilmiştir. Buna göre, failin bir hedefe veya av hayvanına atmış olduğu nesnenin insana isabet etmesi, bir hedefe attığı okun hedeften sekme veya hedefi geçme suretiyle birine isabet etmesi, bir kimseyi hedef aldıktan sonra başka birini vurması, bir şahsın eline vurma kastıyla hareket ettikten sonra başka bir şahsın boynunu gövdesinden ayırması, bir kişiye attığı okun önce duvara çarpıp daha sonra aynı kişiye saplanması eylemleri, hata ile öldürme kapsamında yer almaktadır⁵⁴¹.

D-Hata ile Öldürme Eylemlerinin Modern Hukuktaki Yeri

Hata ile öldürmenin modern hukukta yer alan taksirle öldürme suçundan belli açılardan farklılık arz ettiğine değinilmiştir. Bu noktada, hata ile öldürme kapsamına giren birtakım eylemlerin modern hukukta hangi sınıfta değerlendirildiği, modern hukukçuların bu tür öldürme fiillerini analiz ederken farklı bakış açılarının olup olmadığını tetkik etme ihtiyacı doğmaktadır.

⁵⁴¹ Haskefî, VI, 531.

1-Kastta Hata ve Fiilde Hata

Hanefî mezhebinde *kastta hata*, tespit edebildiğimiz kadarıyla, modern hukukta *fiilî hata* başlığı altında incelenmektedir. Bununla ilgili bir örneği, Yargıtay kararı eşliğinde analiz etmek istiyoruz. Failin sincap zannederek kardeşine ateş edip onu öldürmesi olayında, fail, suçun konusunda yanılığa düştüğü için *doğrudan kasttan*, olay mahallinde bir insan olduğunu öngörmediği anlaşıldığından *olası kast* veya *bilinçli taksir*ten dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak gerekli dikkat ve özeni göstermediğinden *taksirle öldürme* suçundan sorumlu olacaktır. Yargıtay'ın bu örnek olayla ilgili vermiş olduğu kararın son kısmı şu şekilde yer almaktadır⁵⁴².

".....Buna karşılık; sanık, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi ya da başka bir deyişle dikkat ve özen yükmlülüğüne aykırı hareket etmemiş olsaydı, kardeşinin ölümü şeklinde gerçekleşen neticeyi öngörebilirdi. Şu durumda; yorgun olarak eve gelip, aydınlık olan dış ort'amdan karanlık olan ev ortamına giren sanığın, sincaplarla ilgili olarak daha önceden meydana gelmiş olan olayların da etkisiyle, pencerenin önünde hareket eden canlıyı sincap zannedip, gerekli dikkat ve özeni göstermeden av tüfeği ile ateş etme suretiyle pencerenin önünde bulunan kardeşini vurmaktan ibaret eylemi 'taksirle öldürme' suçunu oluşturacaktır (CGK, 15.07.2008,192)."

Buna benzer başka bir örnekte, avcının çalılıkların arkasında kımıldamakta olan bir şeye av hayvanı zannıyla ateş ederek bir insanı vurması durumunda avcının gerekli dikkat ve özeni göstermemesi dolayısıyla kusurundan bahsedilmektedir⁵⁴³.

Hanefî mezhebinde "kastta hata" kısmına giren yukarıdaki örnekler, modern hukukta *fiilî hata* olarak nitelendirilmektedir. Hanefî hukukçularının "fiilde hata" kapsamında yer verdiği örnekleri ise, modern hukukta farklı kavramlarla ilişkilendirmek mümkündür. Modern hukukta "bilinçli taksirle" ilgili verilen birtakım örnekler, Hanefî doktrininde "fiilde hata" kısmında verilen örneklerle bir açıdan benzerlik göstermektedir. Örneğin, arkadaşının üzerine yüklenen bir domuzu vurmak için ateş eden bir şahsın arkadaşına isabet eden bir kurşunla onu vurması eyleminde,

⁵⁴² Hakeri, s. 322.

⁵⁴³ Dönmezer/Erman, II, 316.

fail neticeyi öngörmüş; ama istememiştir. Burada bilinçli taksir vardır⁵⁴⁴. Yine oğlunun başında bulunan bir elmaya ok atmak zorunda kalan şahsın elinin titremesi sonucu oğlunu vurması örneği de bilinçli taksire örnektir⁵⁴⁵.

Bilinçli taksirle ilgili verilen yukarıdaki iki örnekte failin gerçekte kastettiği hedeften farklı bir hedefi vurması söz konusu olmaktadır. Hanefî doktrininde yer verilen *fiilde hata* türünde de, failin kastettiğinden farklı bir hedefe isabet ettirmesi söz konusudur. Bu açıdan iki farklı hukuk sisteminde yer alan kavramlar arasında bir benzerlik görülmektedir. Bununla birlikte, "bilinçli taksirle" ilgili verilen bu iki örnekte vurulmak istenen hedefle vurulan hedef, failin gözünün önünde bulunmakta ve hedefte sapma meydana gelmekte ve *bilinçli taksirle* icra edilen bir eylem söz konusu olmaktadır. Hanefî doktrininde yer alan "fiilde hata" ile ilgili örneklerde ise, vurulmak istenen hedefle, vurulan hedefin failin görüş alanında bulunup bulunmadığına metinlerde değinilmemiştir. 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 tarifi 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 öngörerek gerçekleştirdiği bütün eylemler bilinçli taksir kapsamına dahil edilmektedir. 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 öngörülemez durumda ise, *kaza ve tesadüfün* bulunduğu bahsedilir⁵⁴⁶.

⁵⁴⁴ Hakeri, s. 204.

⁵⁴⁵ Dönmezer/Erman, II, 267.

⁵⁴⁶ Bu konuda örnek için bkz. dipnot 524.

Öngörme kavramı ekseninde, Hanefî doktrinde yer alan *fiilde hata* kapsamındaki eylemlerin modern hukukta hangi kısma dahil edileceğini tespate çalışabiliriz.

Fiilde hata ile ilgili eylemlerde 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 modern hukukta *bilinçli taksir* kapsamında bir eylem söz konusu olmaktadır. 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 söz konusu ise, *kaza ve tesadüften* bahsedilir ve modern hukukta faile ceza verme yoluna gidilmez. Hatta Hanefî doktrinde "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 kastının belirlenmesi gerekmektedir. 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 edilmiştir⁵⁴⁷. Bu açıdan değerlendirildiğinde, Hanefî doktrinde "fiilde hata" kavramının modern hukukta *olası kasta* ait eylemleri kapsamına alması da ihtimal dahilinde gözükmektedir.

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

⁵⁴⁷ Dönmezer/Erman, II, 234; Hakeri, s. 186.

2-Çok Neticeli Sapma

Modern hukukta, failin hareketiyle kastettiği netice dışında birtakım neticelerin meydana gelmesi halinde *çok neticeli sapma* söz konusu olmaktadır. Yargıtay, bu gibi eylemlerde *fikrî içtimâ*⁵⁴⁸ kuralını uygulamaktadır. Örneğin, failin bir kimseyi öldürme kastıyla silahından boşalttığı kurşunlardan birisinin oradan geçmekte olan bir kadını yaralaması durumunda, *fikrî içtimâ* kuralları bağlamında faile tek ceza verme yoluna gidilmiştir⁵⁴⁹. Ancak Yargıtay, çok neticeli hareketin oluşacağını *failin öngörmesi* halinde *fikrî içtimâ* hükümlerini uygulamamaktadır⁵⁵⁰. Yargıtay'ın değerlendirmesini eleştiren yazarlar bulunmaktadır⁵⁵¹. Ayrıca *fikrî içtimâ* hükmünün oluşabilmesi için, bir fiille birden fazla farklı suçun oluşması gerektiğini belirten yazarlar, failin hareketiyle iki ayrı ölüm neticesinin gerçekleşmesi durumunda *fikrî içtimâ* hükümlerinin tatbik edilemeyeceğini ifade etmişlerdir⁵⁵².

Hanefî doktrinde, *çok neticeli sapmaya* dair bir örnek, failin birini öldürme kastıyla attığı okla başka birini daha öldürmesi eyleminde görülmektedir.

Kudûrî (428/1037), failin öldürme kastıyla attığı okun hedeflenen şahsı geçerek başka birine saplanması (نفذ السهم منه الى اخر) halinde, birinci maktûl için kısâs cezasından, ikinci maktûl için diyet yaptırımından sorumlu tutulacağını ifade etmiştir⁵⁵³. Mergînânî (593/1197), bu eylemde birinci neticenin 'amden öldürme, ikinci neticenin ise hata ile öldürme suçunu oluşturduğunu belirtmiştir. *Fiilde hata* kapsamına giren ikinci eylem, failin av hayvanına atmış olduğu okun bir şahsa isabet etmesine benzetilmiştir. Böyle bir eylemde, Mergînânî'ye göre, *neticelerin çoğalması sebebiyle fiilin de çokluğu* söz konusu olmaktadır (الفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره)⁵⁵⁴.

⁵⁴⁸ 5237 sayılı TCK, fikrî içtimâ ile ilgili olarak, *işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır*, hükmüne yer vermiştir (m. 44).

⁵⁴⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 433.

⁵⁵⁰ Hakeri, s. 344.

⁵⁵¹ Hakeri, s. 344.

⁵⁵² Centel/Zafer/Çakmut, s. 433.

⁵⁵³ Kudûrî, s. 186.

⁵⁵⁴ Mergînânî, IV, 169. Bu hususu hemen hemen aynı ifadelerle Zeyle'î'nin eserinde de görmekteyiz (Zeyle'î, VI, 117).

Bâbertî (786/1384), *neticelerin çoğalması sebebiyle fiilin de çoğaldığı* şeklindeki görüşü eleştirmiştir. Bâbertî'ye göre, bu görüş, bir fiilin birbirine zıt iki fiil olarak düşünüldüğü anlamına gelir ki, bu isabetli değildir. Bâbertî, Mergînânî'nin "fiilin iki ayrı netice dolayısıyla birbirine zıt iki sıfat kazandığını" söylemesinin daha yerinde olacağına değinmiştir (أن الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة إلى أمرين). Zira iki ayrı neticeye yol açan eylem, birinci şahıs öldürülmek istendiğinden 'amden öldürme; ikinci şahıs öldürülmek istenmediği için hata ile öldürme olarak nitelendirilir⁵⁵⁵.

İbn Hümâm (861/1457), Bâbertî'nin görüşünü eleştirmiştir. Zira Mergînânî, bir fiilin hakikatte iki farklı fiil haline geldiğini iddia etmemiştir. İbn Hümâm'a göre Mergînânî, birbirine zıt vasıflar dolayısıyla fiilin mahiyet bakımından çokluğunu kastetmiştir⁵⁵⁶.

İbn 'Âbidîn (1252/1836), burada tetkik edilen çok neticeli eylemi, manevî unsur açısından incelemiştir. Ona göre, fail, ikinci şahsı da öldürme kastıyla hareket ederse, ikinci neticeden dolayı da 'amden öldürmeden sorumlu tutulmalıdır (لو قصدهما معا)⁵⁵⁷. İbn 'Âbidîn dışındaki Hanefî hukukçuları ise, failin kastına yer vermeksizin ikinci eylemi hata ile öldürme kapsamında değerlendirmişlerdir.

Modern hukukta, ikinci netice, failin öngörme ve istemesine göre tasnif edilmektedir. Eylemin başka neticeler doğuracağını fail kesin olarak biliyorsa, failin bu neticeler için de *doğrudan kastla* hareket ettiği kabul edilmektedir⁵⁵⁸. Örneğin, pencere camının arkasında bulunan bir şahsı öldürmek için sıkılan bir kurşunla kesin olarak camın da kırılacağı öngörülmüştür. Ve bu örnekte *doğrudan kast* söz konusudur⁵⁵⁹. Bu örnekte, failin gerçekleştirmek istediği netice ile bu neticeden doğan yan neticeler arasında bir zorunluluk bağının olduğundan bahsedilmiştir. Böyle bir eylemde failin bilmesi, eylemi istemesi şeklinde yorumlanmıştır. Failin bu yan neticeleri ayrıca istemiş olması aranmamaktadır⁵⁶⁰. Failin gerçekleştirmek

⁵⁵⁵ Bâbertî, X, 247-248.

⁵⁵⁶ İbn Hümâm, X, 247-248.

⁵⁵⁷ İbn 'Âbidîn, VI, 559.

⁵⁵⁸ İçel, s. 235; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 386; Hakeri, s. 186.

⁵⁵⁹ İçel, s. 234-235.

⁵⁶⁰ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 386; Hakeri, s. 186.

istediği neticenin yanında diğer neticelerin de oluşabileceğini öngörmesi halinde, *olası kast* söz konusu olmaktadır. Nitekim Yargıtay, bir traktörde bulunan birkaç kişiden birini öldürme kastıyla ateş eden failin öldürmek istediği kişiyle beraber, seken kurşunla yanındaki bir şahsı da öldürmesini *olası kastla* icra edilmiş öldürme eylemi olarak karara bağlamıştır⁵⁶¹.

Yukarda yer alan değerlendirmelerin ışığında, Hanefî doktrininde yer verilen *çok neticeli eylemi* yorumlayabiliriz. Şayet atılan okun bir kimseden geçerek başka birine saplanacağı hususunda failin kesin bir kanaati varsa ikinci ölüm neticesi, modern hukukta *doğrudan kastla* icra edilmiş öldürme eylemi olarak değerlendirilmektedir. Failin ikinci kişinin ölümünü isteyip istememesi önemli değildir. Şayet fail, attığı okla başka birini daha öldüreceğini öngörüyorsa, ikinci eylem açısından *olası kastla* hareket etmiş olmaktadır. Hanefî eserlerinde çok neticeli eylemde ayrıntılara girilmemiştir. Ancak tek okla öldürülen iki kişinin birbirine yakın olması veya en azından oka göre aynı hizâda olması, böyle bir neticenin gerçekleşebilmesi için kuvvetle muhtemel bir pozisyonudur. Bu durumda, failin attığı okla diğer kişiyi de öldüreceğini öngörmesi halinde, modern hukuk kavramıyla *olası kastla* icra edilen bir eylemden söz ediyoruz demektir⁵⁶².

Hanefî eserlerinde, modern hukukta olduğu gibi eylemler *bilme ve öngörme* kavramları ekseninde derin bir analize tabi tutulmamıştır. Bilme ve isteme manevî unsura ait kavramlardır. Hanefî doktrininde eylemlerin tasnifi ise, daha ziyade eylemin icra şekline göre, yani maddî unsura göre yapılmaktadır. Sonraki dönemlerde tespit edebildiğimiz kadarıyla sadece İbn 'Âbidîn, failin ikinci şahsı da öldürme kastıyla hareket etmesi halinde ikinci eylemin de 'amd kapsamında yer alacağına değinmiştir.

3-Nedensellik Bağına İlişkin Yanılma

Modern hukukta nedensellik bağına ilişkin yanılma, gerçekleştirilmek istenen suçun farklı bir tarzda gerçekleşmesini ifade etmektedir⁵⁶³. Failin neticeyi

⁵⁶¹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 388.

⁵⁶² Yüksel s. 31; Meran, s. 89.

⁵⁶³ Dönmezer/Erman, II, 336.

gerçekleştirmek istemesi ve neticenin faile isnat edilebilmesinin mümkün olduğu durumlarda nedensellik bağındaki yanılmanın önemli olmadığı vurgulanmıştır. Örneğin, bir kimse suda boğulmak üzere atıldıktan sonra başı köprüünün demirine çarparak ölüm neticesi gerçekleşecek olsa, nedensellik bağındaki yanılmanın bir önemi bulunmamaktadır⁵⁶⁴. Diğer taraftan, failin fiili ile netice arasındaki nedensellik ilişkisini kesecek derecede bir sapma söz konusu olduğunda ise, gerçekleşen neticeden fail sorumlu olmayacaktır. Örneğin, suç faili bir kimseyi yaraladıktan sonra, onun öldüğünü sanarak bir köprüünün altında bırakıp gitmektedir. Daha sonra yaralanan şahsın bir deprem neticesinde ölmesi halinde fail, sadece öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulabilmektedir⁵⁶⁵.

Nedensellik bağına ilişkin yanılma veya sapma kapsamında değerlendirilecek örnek bir eylem, Hanefî metinlerinde şu şekilde yer almaktadır. Bir kimseyi öldürme kastıyla atılan bir okun doğrudan o şahsa saplanmayıp bir duvara çarptıktan sonra hedefe isabet etmesi (رجل رمى إنساناً بسهم فأخطأ فأصاب السهم حائطاً ثم عاد) (السهم فأصاب ذلك الإنسان) halinde bu eylem hata ile öldürme kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁶⁶.

Haskefî (1088/1677), eylemin hata ile öldürme kabul edilmesindeki gerekçeyi şu şekilde açıklamıştır. Fail, okun duvara çarpması neticesinde hata yapmış olmaktadır (أخطأ في إصابة الحائط). Okun daha sonra duvardan geri dönmesi ise başka bir hareket (sebeb) olmaktadır (رجوعه سبب آخر). Netice (hüküm) de, son harekete (sebeb) isnat edildiğinden fail, hata ile öldürme kapsamında bir fiil gerçekleştirmiş kabul edilmektedir⁵⁶⁷.

Tûrî (1138/1726), yukarıda incelenen olayda, ok atma hareketi ile okun kişiye isabet etmesi arasına okun duvara çarpma hareketinin girdiğini (تخلل بين الرمي) (والإصابة الأخيرة إصابة الحائط) ve bunun ilk atma hareketi ile netice arasındaki sebebiyet alakasını kestiğini (قطع حكم الإصابة الأخيرة على الرمي السابق) ifade etmiştir⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ Hakeri, s. 326.

⁵⁶⁵ Dönmezer/Erman, II, 337-338.

⁵⁶⁶ El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 3.

⁵⁶⁷ İbn 'Âbidîn, VI, 530.

⁵⁶⁸ Tûrî, VIII, 328-329.

Haneîî metinlerinde yer alan bu örneği, nedensellik bağına ilişkin sapma başlığı altında incelememizin nedeni, Haneîî hukukçularının atılan okun duvardan döndükten sonra mağdûra saplanmasını sebebiyet alakası bağlamında ele almalarıdır. Yani onlara göre sözü edilen eylemde, ölüm neticesine yol açan duvardan dönme hareketi, failin eyleminden farklı bir sebep olarak ortaya çıkmakta ve farklı bir sebebiyet alakasının kurulmasına neden olmaktadır. Böylece atılan okun duvardan dönmesi, failin fiilinin neticeyle olan bağını kesmektedir. Bundan dolayı fail, hata ile öldürmeden sorumlu tutulmaktadır.

Haneîîlerin bakış açısıyla nedensellik bağında yanılma kapsamında değerlendirileceğini düşündüğümüz yukarıdaki eylemin, modern hukukta nedensellik bağında yanılma kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ise tetkike muhtaçtır. Zira modern hukukta, nedensellik bağında yanılmayla ilgili örneklerde failin gerçekleştirmek istediği fiilden farklı bir eylem ölüm neticesine yol açmaktadır. Ancak atılan okun duvardan dönerek mağdûra saplanmasında, failin yaptığı hareketle neticeye neden olan hareket farklı değerildir. Zira ölüm neticesi okun mağdûra isabet etmesi sonucu gerçekleşmiştir ki, failin kastettiği ve icra ettiği hareket de bundan ibarettir. Diğer taraftan böyle bir eylemde, failin usta atıcılığına güvenerek oku duvardan döndürmek suretiyle hedefine isabet ettirtmesi dahi söz konusu olabilir. Sonuç olarak, modern hukuka göre nedensellik bağında yanılma kapsamında değerlendirileceği hususu tartışmaya açık olsa da, atılan okun doğrudan değeril de; duvardan dönmek suretiyle mağdûra saplanmasında, duvardan dönme hareketi, Haneîî hukukçularına göre, fiilin 'amd yerine hata kapsamında değerlendirilmesinde etkili olmaktadır. Bu konuda modern hukukla Haneîî mezhebi arasındaki temel fark, modern hukukun failin mesuliyetini manevî unsura göre değerlendirme yoluna gitmesidir. Haneîî doktrininde konuyla ilgili örnekte ise, cezaî mesuliyet, manevî unsurdan bağımsız bir şekilde maddî unsura göre hükme bağlanmıştır. Yani failin *öldürme kastı* dikkate alınmaksızın okun duvardan dönerek hedefe isabet etmesine itibarla eylem hata ile öldürme kapsamında değerlendirilmiştir.

4-Hedefte Sapma

Belli bir hedefe atılan okun veya başka bir nesnenin farklı bir hedefe isabet etmesi, modern hukukta *hedefte sapma*⁵⁶⁹ olarak nitelendirilmektedir. A şahsını öldürmek isterken B şahsının öldürülmesi *hedefte sapmaya* örnektir. Günümüz hukukunda, failde başlangıçta öldürme kastı olduğundan bu şekilde gerçekleşen sapmanın cezai sorumluluğa bir etkisi söz konusu olmamakta, fail, kasten öldürmeden cezalandırılmaktadır⁵⁷⁰.

Hanefî mezhebinde *hata ile öldürmeye* ait tanım, ilk bakışta modern hukukta *hedefte sapmayla* benzerlik göstermektedir. Örneğin, İmam Muhammed (189/805), "hata ile öldürmeyi" *kişinin yanlışlıkla kastettiği şahıstan başka birini öldürmesi* şeklinde tarif etmiştir (ما أصبت مما كنت تعمدت غيره فأخطأت به)⁵⁷¹. Aynı tanımı, Serahsî'nin (483/1090) eserinde de görmekteyiz⁵⁷². Diğer Hanefî eserlerinde de, fiilde hata benzer şekilde tarif edilmekle birlikte⁵⁷³, Hanefî doktrininde hata ile öldürme kısmında verilen örnekler, modern hukuktaki *hedefte sapmadan* farklılık arz etmektedir. Zira Hanefî doktrininde fiilde hata ile ilgili eylemlerde, failde başlangıçta suç kastı bulunmamaktadır. Bu örneklerde, fail bir hayvanı veya öldürülmesi suç oluşturmayan bir kimseyi (örneğin, dinden çıkan bir kimseyi) öldürme kastıyla yaptığı hareketin ardından, öldürülmesi suç teşkil eden bir şahsı öldürmektedir⁵⁷⁴. Hanefî doktrininde yer alan hata ile öldürme fiillerinde, *başlangıçta suç kastı olmaksızın* gerçekleşen bir eylemin bulunduğu, modern hukukta yer alan hedefte sapma ile ilgili örneklerde ise *başlangıçta suç kastıyla hareket edildiği* ve bu açıdan aralarında fark bulunduğu görülmektedir.

⁵⁶⁹ Sapma ve yanlışla (hata) arasında şöyle bir fark söz konusu olmaktadır. Hatalı fiilde kusur failde bulunmaktadır. Failin dikkatli davranması söz konusu olsaydı, hata önlenebilirdi. Sapmada ise, netice failin elinden çıktıktan sonra meydana gelmekte, failin neticeyi önleyebilme imkanı olmamaktadır (Hakeri, s. 341). Hedefte sapma kapsamında gerçekleştirilen eylemler için bazı çağdaş İslam hukuku araştırmacıları, hata yerine sapma veya inhiraf anlamına gelen galat (غلط) kavramını kullanmışlardır (Dağcı, s. 80; Esen, s. 177).

⁵⁷⁰ Hakeri, s. 341-343; Dönmezer/Erman, II, 322-327.

⁵⁷¹ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 395.

⁵⁷² Serahsî, XXVI, 66.

⁵⁷³ Kâsânî, VII, 234; Haskefî, VI, 530.

⁵⁷⁴ Serahsî, XXVI, 66; Kâsânî, VII, 234; Haskefî, VI, 530.

Hanbelî mezhebinde, modern hukuk bakış açısıyla *hedefte sapma* kapsamında değerlendirilebilecek eylemlere yer verildiği görülmektedir. Bu mezhepte, öldürülmesi suç oluşturan şahsa atılan nesnenin farklı bir insanı öldürmesi eylemine yer verilmiş (أن يقصد رمي آدمي معصوم فيصيب غيره) ve bu eylem 'amd' kapsamında değerlendirilmiştir⁵⁷⁵. Hanbelî mezhebinde yer alan bu eylemi, modern hukukta hedefte sapma kapsamında değerlendirmek imkan dahilindedir. Ancak İbn Kudâme (620/1223), burada yer verilen fiili, mezhep içinde *hata ile öldürme* olarak nitelendiren hukukçuların da bulunduğuna değinmiştir⁵⁷⁶. Son görüş, hedefte sapmadan farklı bir bakış açısını ortaya koymaktadır.

E-Diğer Mezheplerde Hata ile Öldürmenin Maddî ve Manevî Unsurları

Şâfiî mezhebinde hata ile öldürmenin çeşitli tanımlarına yer verilmiştir. Bu tanımlardan birinde, fail öldürme eylemini kastetmez (örneğin düşerek birini öldürürse) veya eylemi kasteder ancak eylemde zarar gören şahıstan başkasını kastederse hata ile öldürme eylemi söz konusu olmaktadır⁵⁷⁷. Fail, öldürme eylemini de, eylemde zarar gören şahsı da kastetmiyorsa yine hata ile öldürmeden bahsedilmektedir. Ayrıca, fail bir ağacı hedef aldıktan sonra attığı okun farklı bir şahsa isabet etmesi söz konusu olursa hata ile öldürme gerçekleşmiş olmaktadır⁵⁷⁸.

Hanbelî ekolünde hata ile öldürme iki kısma ayrılarak incelenmiştir. Hata ile öldürmenin birinci türü, failin ava attığı bir okun insana isabet etmesidir. İkincisi, failin darulharb ülkesinde Müslüman olmayan bir şahıs zannederek bir müslümanı öldürmesi veya Müslüman olmayanların bulunduğu mahalle doğru fırlattığı öldürücü nesneyle Müslüman bir şahsı öldürmesidir⁵⁷⁹. Başka bir eserde hata ile öldürme, failin ava veya bir hedefe yönelik hareketinin ardından kastetmediği bir insana isabet ettirmesi olarak açıklanmıştır⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ Merdâvî, IX, 446, Buhûtî, *Şerh*, III, 259.

⁵⁷⁶ İbn Kudâme, VIII, 217.

⁵⁷⁷ Ensârî, IV, 2.

⁵⁷⁸ Heytemî, VIII, 377-378; Şirbînî, V, 212; Remlî, VII, 249-251.

⁵⁷⁹ Merdâvî, IX, 446-447; Buhûtî, III, 258-259; İbn Kudâme, VIII, 217.

⁵⁸⁰ İbn Müflih, V, 635.

Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde hata ile öldürmenin tanımları, Hanefî doktrininde yer alan hata ile öldürmenin tanımlarıyla benzerlik göstermektedir. Aynı zamanda Hanefî doktrininde olduğu gibi, diğer iki mezhepte de hata ile öldürme suçuyla ilgili verilen örneklerde ok atma hareketiyle icra edilen eylemler ön plana çıkmaktadır⁵⁸¹. Bununla birlikte Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde hata ile öldürmenin Hanefî ekolüne göre daha kapsamlı olduğu görülmektedir. Bunun nedeni, Hanefîlerin dışındaki İslam hukuku ekollerinde hata yerine geçen öldürme ve tesebbüben öldürme sınıflarının genelde kabul edilmemesidir⁵⁸². Böylece Hanefî mezhebinde bu iki türün kapsamında bulunan birçok eylem, Şâfiî ve Hanbelî mezhebinde hata ile öldürme kapsamında yer almıştır. Örneğin, birinin üzerine düşerek ölümüne sebebiyet verme, Şâfiî mezhebinde hata ile öldürme olarak kabul edilmektedir⁵⁸³. Uyku halindeki şahsın birinin üstüne düşerek ölüme neden olması, Hanbelî mezhebinde de genelde hata ile öldürme kapsamında yer almıştır⁵⁸⁴. Hanbelî mezhebinde, herhangi bir kimsenin öldürme kastı olmaksızın (لم يقصد جنائية) bir yere kuyu kazması, bıçağı yere dikine koyması veya taş parçasını oraya bırakması birinin ölümüne yol açarsa, bu eylem hata ile öldürme kabul edilmektedir⁵⁸⁵.

Şâfiî ve Hanbelî mezheplerinde hata ile öldürme kapsamında değerlendirilen birtakım eylemlerin Hanefî doktrininde farklı türlerde yer alması, Hanefî hukukçularının eylemleri icra şekline göre tasnif etmeleriyle ilgilidir. Buna göre, failin kastettiği hedefe isabet ettirememesi şeklinde gerçekleştirilen eylemler, hata ile öldürme kapsamında yer almaktadır. Örneğin, yolda kuyu kazarak birinin ölümüne sebebiyet verme, hata ile öldürmenin tanımına uygun bir eylem değildir. Bu açıdan hata ile öldürme kapsamına dahil edilmemiştir. Ayrıca bir kimsenin üstüne düşerek öldürme vb. birçok eylem, Hanefîlerin hata ile öldürme tanımına uymadığı için bunun dışında kalmıştır. Diğer mezheplerde ise hata ile öldürme türünde, Hanefîlerde olduğu kadar maddî unsur ön planda olmamıştır. Bundan dolayı, manevî unsur göz önüne alınarak failin hata ile gerçekleştirdiği eylemler bu kapsamda

⁵⁸¹ Remlî, VII, 250; Heytemî, VIII, 377; Şirbînî, V, 213; İbn Müflih, V, 635; Merdâvî, IX, 433.

⁵⁸² Bu hususta önemli bir istisna için bkz. dipnot 588.

⁵⁸³ Ensârî, IV, 3.

⁵⁸⁴ İbn Kudâme, VIII, 208; Merdâvî, IX, 493, Buhûtî, *Şerh*, III, 253.

⁵⁸⁵ Buhûtî, *Şerh*, III, 259-260; İbn Müflih, V, 635.

değerlendirilmiştir. Bu açıdan Haneî doktrinine kıyasla, diğer mezheplerde hata ile öldürmenin modern hukukta taksirle öldürmeye daha çok benzediği söylenebilir.

İslam hukuk doktrininde, kanaatimizce, hata ile öldürme türünde manevî unsurun daha ziyade ön plana çıktığı hukuk ekolü, öldürme suçunda şibh-i 'amd kısmına yer vermeyen Mâlikî mezhebidir⁵⁸⁶. Bu mezhepte, 'amd dışındaki birçok eylem hata ile öldürme kısmında yer almaktadır. Örneğin, iki kişi oyun oynama maksadıyla birbirlerinin üstüne çıkma, karşılıklı olarak bir şeyler atma veya bunlardan birinin diğerinin ayağını tutması gibi eylemlerin ardından o sırada birinin düşerek ölmesi halinde bu eylem, hata ile öldürme sınıfında yer almaktadır. Ancak bu eylemleri, iki kişi dövüş maksadıyla yaparken ölüm neticesi meydana gelirse, bu eylemler 'amden öldürme olarak kabul edilmektedir⁵⁸⁷. Bu örneklerde görüldüğü üzere, doğrudan failin eylemdeki kastına itibarla eylemlerin tasnifi yoluna gidildiği ve failde zarar verme kastı olmadığında bu eylemlerin hata ile öldürme kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

F-Değerlendirme

Haneî mezhebinin ilk dönemlerinde sadece ok atma fiillerine özgü olan hata ile öldürme, sonraki dönemlerde kapsam itibarıyla genişlemiş ve farklı birtakım eylemler bu kısma dahil edilmiştir. Ancak hata ile öldürme kısmında yer alan fiillerin yine de sayı itibarıyla çok az kaldığı görülmektedir. Bunun en önemli nedeni, diğer öldürme türlerinde olduğu gibi bu kısımda yer alan fiiller için belli şekil şartlarının getirilmiş olmasıdır. Sonuç olarak bu türün tanımı, hata ile öldürme sınıfında yer alan eylemlerin sayısını sınırlandırmıştır.

⁵⁸⁶ Sehnûn, VI, 306.

⁵⁸⁷ Sehnûn, VI, 308.

İKİNCİ BÖLÜM

HANEFÎ MEZHEBİNE ÖZGÜ ÖLDÜRME TÜRLERİ

Bu bölümde diğer mezheplerde yer almayan Hanefî doktrinde mevcut öldürme türlerine yer vereceğiz.

I-HATA YERİNE GEÇEN ÖLDÜRME

Hata yerine geçen öldürme, tespit edebildiğimiz kadarıyla, Hanbelî mezhebine ait bazı metinler⁵⁸⁸ hariç tutulursa, sadece Hanefî doktrine özgü bir öldürme türüdür.

A-Hata Yerine Geçen Öldürme Türünün Doğuşu ve Gelişimi

İlk dönem Hanefî eserlerinde öldürme türleri üçlü tasnife tabi tutulurken, bunların dışında farklı bir öldürme türüne ilk olarak Cessâs (370/981) yer vermiştir⁵⁸⁹. 'Amd, şibh-i 'amd ve hata ile öldürme türüne girmeyen farklı bir öldürme sınıfının mevcut olduğunu ifade eden Cessâs⁵⁹⁰, bunu hata benzeri (مثل الخطأ) olarak isimlendirmiş ve uyku halindeki şahsın bir çocuğun üzerine yuvarlanarak onu öldürmesini bu sınıfa örnek vermiştir⁵⁹¹. Cessâs, 'amden öldürmenin belli bir kastla işlendiğini (العمد ما قصد إليه بعينه), hata ile öldürme eyleminde dahi failin bir kastının bulunduğunu (الخطأ أيضا الفعل فيه مقصود), uyku halindeki şahsın ise kastının olmadığını, dolayısıyla onun fiilinin hata veya 'amd kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir⁵⁹².

Cessâs'ın *hata benzeri* (مثل الخطأ) olarak isimlendirdiği dördüncü öldürme türü daha sonraki hukukçular tarafından "*hata yerine geçen öldürme* (ما اجري مجر)

⁵⁸⁸ Hanbelî mezhebinde birtakım hukukçular *hata yerine geçen öldürme* türüne yer vermişlerdir. Bu öldürme sınıfına yer veren hukukçular, uyku halindeki kimsenin birinin üstüne düşerek öldürme eylemi gibi bazı fiilleri bu kısma örnek olarak zikretmişlerdir. Bununla birlikte diğer Hanbelî hukukçuları, *hata yerine geçen öldürmeye* yer vermemiş ve zikri geçen eylemlerin *hata ile öldürme* kapsamında yer alacağını belirtmişlerdir (İbn Kudâme, VIII, 208; Merdâvî, IX, 433, Buhûtî, *Şerh*, III, 253).

⁵⁸⁹ Cessâs, *Ahkâm*, II, 316.

⁵⁹⁰ Cessâs, *Ahkâm*, II, 316.

⁵⁹¹ Cessâs, *Ahkâm*, I, 54.

⁵⁹² Cessâs, *Ahkâm*, II, 316.

"(الخطأ)" kavramıyla ifade edilmiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, *bu* kavramı kullanan ilk Hanefî hukukçusu Kudûrî'dir (428/1037)⁵⁹³.

Serahsî (483/1090), hata yerine geçen öldürme türünde kendisinden sonraki Hanefî eserlerinde yer almayan şu örneği zikretmiştir. Buna göre, uyku halindeki bir şahsın elindeki nesneyle herhangi bir şahsa vurmak suretiyle onu öldürmesi (كان بيده شيء فضربه وهو نائم) hata yerine geçen öldürme kapsamında yer almaktadır⁵⁹⁴. Serahsî'nin zikretmiş olduğu bu örneğe, ilk önce İmam Muhammed'in eserinde yer verdiği görülmektedir⁵⁹⁵. Ancak Serahsî dışındaki Hanefî hukukçuları, bu örneği hata yerine geçen öldürme türüne dahil etmemiş, ayrıca tespit edebildiğimiz kadarıyla bu örneğe yer vermemişlerdir.

Kâsânî (587/1191), hata yerine geçen öldürme kavramını biraz değiştirmiş ve bu öldürme türünü ifade etmek üzere "hata anlamında öldürme (معنى القتل الخطأ)" kavramını kullanmıştır. Bu terimin benzerini Serahsî'nin eserinde de görmekteyiz. Nitekim Serahsî, hata yerine geçen öldürmenin hata anlamında (معنى الخطأ) olduğunu belirtmiştir⁵⁹⁶.

Kâsânî, hata yerine geçen öldürme türünü farklı bir kavramla ifade etmekle kalmamış, aynı zamanda bu türün muhtevasını da genişletmiş ve önceki hukukçuların bu kısımda ele almadığı birtakım öldürme eylemlerini hata yerine geçen öldürme kapsamında zikretmiştir⁵⁹⁷. Ayrıca Kâsânî, *tesebbuben öldürme* eylemlerini ayrı bir tür olarak zikretmeyip hata yerine geçen öldürme kapsamına dahil etmiştir. Ancak müellifin hata yerine geçen öldürmeyi iki kısma ayırdığı ve mübâşeret-tesebbüb ayırımına bu tür içinde yer verdiği görülmektedir.

Kâsânî, hata yerine geçen öldürmenin birinci kısmında, uyku halinde bir kimsenin başka birinin üzerine yuvarlanmak suretiyle onu öldürmesi gibi doğrudan icra edilen fiilleri (mübâşeret) incelemiştir. Bu tür fiilleri müellif her açıdan hata yerine geçen öldürme olarak değerlendirmiştir. Bu türdeki eylemlerde fail, eylemini

⁵⁹³ Kudûrî, s. 184.

⁵⁹⁴ Serahsî, XXVI, 104.

⁵⁹⁵ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 423.

⁵⁹⁶ Serahsî, XXVI, 104.

⁵⁹⁷ Kâsânî, VII, 271.

doğrudan icra ettiğinden hata yerine geçen öldürme fiilleri için tatbik edilen bütün müeyyidelerden sorumlu olmaktadır. Bunlar, kefâret ve diyet ödeme ile miras ve vasiyetten yoksun kılma yaptırımlarıdır. İkinci kısımda ise, hayvanın önden çekilmesi veya arkadan sürülmesi esnasında hayvanın sebebiyet verdiği öldürme eylemleri gibi tesebbüben işlenen fiiller bulunmaktadır. Bu tür fiiller, doğrudan ölüm neticesine yol açmadığından bir açıdan hata yerine geçen öldürme olarak kabul edilmektedir. Tesebbüben işlenmiş olduğundan bu tür eylemlerin failine kefâret ödeme, miras ve vasiyetten yoksun kılma cezaları verilmemektedir⁵⁹⁸.

Kâsânî, öldürme eylemlerini dörtlü tasnife tabi tutmuş ve tesebbüben öldürme eylemlerini hata yerine geçen öldürme sınıfına dahil etmiştir. Ancak bu tezde, Kâsânî'nin hata yerine geçen öldürme kısmında ele aldığı tesebbüben öldürme eylemleri, beşli tasnifi kabul eden hukukçuların metoduna uygun olarak tesebbüben öldürme türünde ele alınacaktır. Nitekim Kâsânî de onları tesebbüben gerçekleştirilen eylemler olarak kabul etmekte ve iki kısma ayırdığı hata yerine geçen öldürmenin ikinci bölümünde, diğer hata yerine geçen öldürme eylemlerinden farklı bir grupta tahlil etmektedir.

Kâsânî, hata yerine geçen öldürmenin birinci kısmına, uyku halinde öldürmenin dışında birtakım fiilleri dahil etmiştir. Onun bu kısımda yer verdiği örnekler; failin yüksekten düşerek birini öldürmesi, elde taşınan nesnenin düşerek birini öldürmesi ve binici veya terkide bulunan şahısların üzerinde bulundukları hayvanın birini çiğneyerek öldürmesi eylemleridir.

Kâsânî'nin uyku hali dışında hata yerine geçen öldürme kapsamına dahil ettiği öldürme eylemlerini, ondan önce aynı öldürme grubunda ele alan başka bir esere rastlanmamıştır. Müelliften sonra yazılan birtakım metinlerde ise, zikredilen eylemlerin bu tür içinde tetkik edildiği görülmektedir. Örneğin, üzerinde binicisi olan hayvanın birini çiğneyerek öldürmesi, Kâsânî'den sonraki birtakım eserlerde hata yerine geçen öldürme olarak zikredilmiştir⁵⁹⁹. Aynı şekilde, elde taşınan nesnenin düşerek birini öldürmesi, birtakım Hanefî eserlerinde hata yerine geçen öldürme

⁵⁹⁸ Kâsânî, VII, 271.

⁵⁹⁹ Kâsânî, VII, 271; Zebîdî, II, 121; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 3;

olarak nitelendirilmiştir⁶⁰⁰. Ancak son zikredilen eylemi hata ile öldürme kapsamında değerlendiren hukukçular da bulunmaktadır⁶⁰¹. Ayrıca, Kâsânî'nin hata yerine geçen öldürme kategeorisinde yer verdiği dört öldürme eylemini de, müellifin metoduna uygun şekilde aynı tür kapsamında inceleyen hukukçulara rastlanmaktadır⁶⁰².

B-Hata Yerine Geçen Öldürme Fiilleri

Bu kısımda, hata yerine geçen öldürme fiilleri teker teker analiz edilerek Hanefî metinlerinde zamanla ortaya çıkan gelişim seyri, her bir eylemde ayr ayrı tespit edilmeye çalışılacaktır. Hata yerine geçen öldürme eylemlerini teker teker analiz etmemizin nedeni, bu kısımda yer alan öldürme fiillerinin sayı bakımından sınırlı olmasıdır.

1-Uyku Halinde Öldürme

a-Hanefî Mezhebinde

Hanefî mezhebinde hata yerine geçen öldürme türünde bütün hukukçuların öncelikle zikrettiği eylem, uyku halindeki kişinin bir şahsın üzerine yuvarlanarak onu öldürmesidir.

Uyku halinde gerçekleştirilen öldürme eylemine ilk olarak İmam Muhammed (189/805) değinmiş; ancak müellif bu eylemi hata ile öldürme kapsamında incelemiştir. Burada, İmam Muhammed'in öldürme eylemlerini üçlü tasnife tabi tuttuğu unutulmamalıdır. Müellif, uyku halindeki bir kimsenin başka birinin üstüne düşerek veya uyku halindeyken elindeki bir nesneyle bir kimseye vurarak onu öldürmesi durumunda, hata ile öldürme suçunun oluşacağını belirtmiştir⁶⁰³.

Cessâs (370/981), uyku halinde öldürme eyleminden bahsederken İmam Muhammed'in yer verdiği "düşme" kavramı yerine, "yuvarlanma" kavramını kullanmıştır. Cessâs, aynı zamanda sözü edilen eylemi kendisinden önceki

⁶⁰⁰ Kâsânî, VII, 271; İbn Hümâm, X, 214; İbn 'Âbidîn, VI, 531.

⁶⁰¹ Tûrî, VIII, 334; Haskefî, VI, 530.

⁶⁰² İbn 'Âbidîn, VI, 531; El-Fetâvâ'l-Hindiyîye, VI, 3.

⁶⁰³ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 423.

hukukçulardan farklı bir türe yerleştirmiş ve bunu *hata benzeri* öldürme olarak ifade etmiştir⁶⁰⁴. Serahsî (483/1090), zikri geçen öldürme fiilini ele alırken eserinin bir yerinde Cessâs'ın kullandığı "yuvarlanma (انقلاب)" kavramına yer verirken⁶⁰⁵, başka bir yerde ise, İmam Muhammed'in zikrettiği "düşme (سقط)" kavramını kullanmıştır⁶⁰⁶.

b-Modern Hukukta

Uyku hali, günümüz ceza hukukunda kusurluluğun geçici nedenlerle kalkması bağlamında yer almaktadır. Türk ceza hukukunda, geçici nedenlerle kusur yeteneğinin kalkabileceği kabul edilmiştir (TCK, m.34/1)⁶⁰⁷. Hatta geçici nedenlerin varlığı halinde, devamlı bir tehlikelilik hali söz konusu olmadığından fail için tedbir sorumluluğu dahi düşünülmemektedir⁶⁰⁸. Ancak failin geçici bir nedenden dolayı kusur yeteneğinin ortadan kalktığına kabul edilebilmesi için, kişinin bu duruma kasten veya taksirle dahi sebebiyet vermemesi ve bu durumun kusur yeteneğini ortadan kaldırmış olması gerekmektedir⁶⁰⁹. Aksi takdirde, fail kusur yeteneğinin kalkmasına kendi kusurlu hareketi ile sebep olmuşsa, onda bu yeteneğin varlığı kabul edilmektedir. Örneğin, *"...uyumak üzere olan kimse, bu halde iken bir takım hareketler yapabileceğini ve kendisine hakim olamayacağını önceden düşünecek durumdadır. Bunun içindir ki, bir anne ufak çocuğunu koynuna alarak uykuya dalar ve bu halde iken çocuğu nefessiz bırakarak öldürürse taksirle adam öldürmeden sorumlu olur ve isnat yeteneğinin bulunmadığından söz edilemez. Keza, uykusunun gelmekte olduğunu anlayan kamyon şoförü, aracı yolun kenarına çekip durdurmayıp ihmal eder ve yoluna devam eder de direksiyon başında uykuya dalar ve bu halde iken birini ezerse, taksirle müessir fiil veya adam öldürmeden sorumlu olur ve isnat yeteneği var sayılır"*⁶¹⁰.

⁶⁰⁴ Cessâs, *Ahkâm*, I, 54.

⁶⁰⁵ Serahsî, XXVI, 68.

⁶⁰⁶ Serahsî, XXVI, 104.

⁶⁰⁷ Hakeri, s. 281.

⁶⁰⁸ Hakeri, s. 282; Önder, II, 254.

⁶⁰⁹ Hakeri, s. 282.

⁶¹⁰ Dönmezer/Erman, II, 185-6.

Modern hukukta uyku haliyle ilgili düzenlemeler incelendiğinde, Hanefî doktriniyle günümüz hukuk sistemi arasındaki en önemli farkın, modern hukukta uyku halinin kusur yeteneğini ortadan kaldıran bir mahiyet arz ettiğinin kabul edilmesidir. Ayrıca, uyku halindeki failin neden olduğu öldürme eylemleri Hanefî eserlerinde mutlak olarak yaptırıma tabi tutulurken, modern hukukta uyku halindeki failin eylemi, manevî unsura göre farklı yaptırımlara tabi olmaktadır. Diğer taraftan, günümüz hukukunda, uyku halindeki bazı eylemlerin tıpkı Hanefî mezhebinde olduğu gibi belli bir sorumluluğa tabi tutulması, iki hukuk sistemi arasındaki benzerlik arz eden yönü oluşturmaktadır. Yukarıda yer verildiği üzere, modern hukukta, bir annenin küçük çocuğunu koynuna alarak uykuya dalması ve çocuğun nefes alamayarak boğulup ölmesi *taksirle öldürme* kabul edilmektedir. Hanefî ekolünde de, Serahsî (483/1090) uyku halindeyken birini öldüren failin kefâret ödeme yaptırımıyla sorumlu tutulmasında, failin öldürme ihtimalinin bulunduğu yerde tedbirsiz davranarak uyumasını gerekçe göstermiştir (فلتركه التحرز في موضع يتوهم)⁶¹¹ (أن يصير قاتلا لإنسان في نومه بهذه الطريقة). Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, Hanefî doktrininde uyku hali mutlak olarak yaptırımlara tabi tutulurken, modern hukukta ise fail, sadece uykuya dalmasında kast veya taksiri olması halinde cezalandırılmaktadır. Yani Serahsî'nin ortaya koyduğu gerekçe, bütün uyku halindeki eylemleri kapsamına almamaktadır. Zira modern hukukta belirtildiği üzere, failin uyku halindeyken neden olduğu öldürme fiilinde, taksir veya kastının bulunmadığı durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin yanında kimsenin olmadığı bir yerde uyuyan şahıs, sonradan yanına gelen birinin üzerine yuvarlanarak onu öldürebilir. Bu durumda, uykuya dalmadan önce, sonradan gerçekleşecek öldürme eylemini öngörmesini beklemek olanaksızdır. Dolayısıyla, bu eylemde failin kast veya taksirinin olduğu düşünülemez. Ancak Hanefî doktrininde, manevî unsura göre ayrıma gitmeksizin, uyku halinde birinin üstüne düşerek öldürme eylemlerinin tamamı hata yerine geçen öldürme kapsamında değerlendirilmekte ve bu eylemlerin neticesinde fail; diyet sorumluluğu yanında kefâret ödeme, miras ve vasiyetten mahrumiyet cezasına çarptırılmaktadır.

⁶¹¹ Serahsî, XXVI, 104.

2-Üstüne Düşerek Birini Öldürme

Hata yerine geçen öldürme türünde ikinci sırada ele aldığımız bu eylem, ilk dönemlerde İmam Muhammed (189/805)⁶¹² ve Tahâvî'nin (321/933)⁶¹³ eserlerinde yer almıştır. Ancak bu eylemin hata yerine geçen öldürmeye dahil edilmesi ilk olarak Kâsânî'nin (587/1191) eserinde görülmektedir. Herhangi bir şahsın teras veya çatı gibi yüksek bir yerden, aşağıda bulunan birinin üstüne düşerek onu öldürmesi eyleminde, Kâsânî, ölüm neticesinin failin bedeninin ağırlığından kaynaklandığını (مات بثقله) ifade etmiştir. Müellif bu eylemde, öldürme fiili maktûlün bedenine yönelik doğrudan icra edildiğinden (mübâşeret) faile kefâret ödeme yaptırımını yanında, miras ve vasiyetten yoksun kılma cezasının uygulanacağını ifade etmiştir⁶¹⁴.

Hata yerine geçen öldürme kapsamında tetkik edilen birinci ve ikinci eylem arasındaki temel fark, birinci örnekte failin uyku halinde olması, yani bilincinin kapalı olmasıdır. İkinci örnekte ise, metinlerden anlaşıldığı kadarıyla failin bilinci açıktır, uyku halinde değildir. Ancak Hanefî mezhebinde bu iki eylem, kusurluluk açısından aynı kısımda değerlendirilmektedir.

3-Elde Taşınan Nesnenin Düşerek Birini Öldürmesi

Hanefî eserlerinde ilk dönemlerden itibaren bir kimsenin taşıdığı nesneyi birinin üstüne düşürerek onu öldürmesine dair çeşitli eylemlere yer verilmiştir.

İmam Muhammed (189/805), hayvanın üzerindeki nesnenin düşerek bir insana zarar vermesi veya hayvanın üstündeki nesnenin yere düştükten sonra ona takılan veya sürçen kişinin ölmesi halinde hayvanı kontrol eden şahsın tazminle sorumlu olacağını belirtmiştir.⁶¹⁵ Diğer taraftan Tahâvî (321/933), kişinin giydiği elbisenin düşerek zarara yol açması halinde, failin bu eylemin yol açtığı zararı tazminle sorumlu olmayacağını belirtmiştir⁶¹⁶.

⁶¹² Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 423.

⁶¹³ Tahâvî, *Muhatasar*, s. 251.

⁶¹⁴ Kâsânî, VII, 271.

⁶¹⁵ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 499.

⁶¹⁶ Tahâvî, *Muhatasar*, s. 250.

Cessâs (370/981), taşınan nesnenin düşmemesi için tedbir almanın zorunlu olduğunu, bu nedenle iple bağlanması gerektiğini belirtmiştir (حامل المتاع لا يحمل الا وهو)⁶¹⁷.
(متحفظ من سقوطه و من اجله يشده بالحبل

Serahsî (483/1090), İmam Muhammed gibi, binek hayvanının üzerinde taşınan eşya açısından konuyu incelemiştir. Müellif, böyle bir eşyanın ölüme neden olması durumunda, failin sorumluluğunu, bu tür neticeleri önleyebilecek tedbirler alma imkanıyla (مما يمكن التحرز عنه) gerekçelendirmiştir. Bu tür eylemlerde, nesnenin düşmesinin temel nedeni binicinin onu bağlamaması veya sağlam bir şekilde bağlamamasıdır. Bundan dolayı, bu tür eylemlerde binici, hayvanın üzerinde bulunan nesneyi eliyle yola atmış gibi (فكأنه ألقاه بيده على الطريق) değerlendirilmektedir⁶¹⁸.

Mergînânî (593/1197), hayvanın üzerindeki eşyanın bir şahsın üstüne düşmesi veya yere düştükten sonra ona takılması sonucu ölümü halinde, hayvanı kontrol eden şahsın diyetle sorumlu tutulacağını vurgulamıştır. Zira bu şekilde gerçekleşen tessebbüben öldürme eyleminde fail, haksız fiil icra etmektedir (müteaddî). Çünkü hayvanın üzerinde bulunan eşyayı bağlamayarak veya sıkı bağlamayarak kusur işlemiştir. Ancak kişinin giydiği elbisenin bir şahsın üstüne düşmesi veya yere düştükten sonra ona takılması sonucu ölümü halinde diyet ödeme sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira elbise, genelde insanın üzerine bağlanan bir nesne değildir. Diğer taraftan kişi, hayvanın üzerinde taşımış olduğu eşyaları ise korumak durumundadır. Zira kamuya ait bir yolu kullanmak, ancak yol emniyeti şartına riayetle mümkün olmaktadır⁶¹⁹. Diğer taraftan, İmam Muhammed, normalde giymediği bir elbiseyi giyerek (savaş zamanı dışında zırh giymek gibi) ölüme yol açan kişinin tıpkı nesneyi taşıyan şahıs gibi diyetle sorumlu olacağını belirtmiştir⁶²⁰.

⁶¹⁷ Cessâs, *Şerh*, II, 416.

⁶¹⁸ Serahsî, XXVI, 189-190.

⁶¹⁹ Mergînânî, IV, 200. Bâbertî, kişinin üstünde taşıdığı elbisenin bir kimsenin üstüne düşerek onu öldürmesinin mümkün olmadığını ifade ederken (Bâbertî, X, 317), İbn Hümâm, küçük bir çocuğun veya uyku halindeki yetişkin şahsın ağzını kapatacak ve onu nefessiz bırakacak şekilde bir elbisenin düşerek ölüm neticesine yol açmasının imkan dahilinde olduğunu belirtmiştir (İbn Hümâm, X, 317). Kâsânî, sadece yere düşen elbiseye takılan şahsın ölümüne yer vermiştir (bkz. s. 159). Bunun daha isabetli olduğu söylenebilir.

⁶²⁰ Mergînânî, IV, 194.

İlk dönem Hanefî metinlerinde, genelde hayvanın üzerindeki nesnenin düşerek birini öldürmesine yer verilmiştir. Bu eylemde, hayvanı kontrol eden şahıs, eylemi mübâşeretten değil; tessebbüben gerçekleştirmektedir. Diğer taraftan, burada asıl inceleme konumuz olan, kişinin elinde bulunan nesnenin düşerek birinin ölümüne yol açması ise, mübâşeretten gerçekleşen bir eylem şeklindedir. Bu ikinci eylemin hata yerine geçen öldürmeye dahil edilmesi, Kâsânî (587/1191) ile gerçekleşmiştir. Müellifin bu tür eylemleri detaylı şekilde incelediği ve failin sorumluluğu hususundaki gerekçelere de yer verdiğini görmekteyiz. Kâsânî'ye göre; kılıç, taş, odun veya tuğla parçası gibi bir nesneyi elinden düşürerek ölüm neticesine yol açan failin bu eylemi, hata yerine geçen öldürme kabul edilmektedir. Bu tür eylemlerde elde taşınan nesne, maktûlün bedenine ulaşmakta, eylem doğrudan icra edilmiş kabul edilmektedir (حصوله على سبيل المباشرة لوصول الآلة لبشرة المقتول). Dolayısıyla, bütün hata yerine geçen öldürme eylemlerinde olduğu gibi, faile yönelik kefâret ödeme, miras ve vasiyetten yoksun kılma yaptırımları söz konusu olmaktadır⁶²¹.

Kâsânî, kişinin giydiği elbise veya kuşandığı kılıcın yere düşmesi ve ona takılarak birinin ölümünü ise farklı değerlendirmiş ve bu eylemde failin sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Zira giyim-kuşam bir zarûrettir ve bunlar, ihtiyaç duyulan nesnelerdir. Bunların düşmemesi için tedbir almak imkansızdır. Buna bağlı kazaların vuku bulması genel bir durum arz ettiğinden faili bu tür zararlı neticelerin tazmîninden sorumlu tutmak doğru değildir⁶²².

Kişinin giymiş olduğu elbise vb. eşya ile taşımış olduğu nesnenin yol açtığı ölüm neticeleri arasında sorumluluk açısından temel fark *zarûret ilkesinde* yatmaktadır. Elbise giymeye duyulan ihtiyaca karşılık, birtakım nesnelerin taşınmasında zaruret bulunmamaktadır. Ayrıca taşınan nesnelerin düşmemesi için tedbir almak mümkündür (الاحتراز عن سقوط المحمول ممكن). Ancak normalde giyilmeyen

⁶²¹ Kâsânî, VII, 271.

⁶²² Kâsânî, VII, 271.

bir elbiseyi giyen (إن كان الذي لبسه مما لا يلبس عادة) ve bunun düşmesi sonucu ölüm neticesine yol açan fail ise tazmînattan sorumlu olacaktır⁶²³.

Kâsânî, elde taşınan nesnenin birinin üstüne düşerek onu öldürmesini, hata yerine geçen öldürme türüne dahil eden ilk hukukçudur. Bununla birlikte müellif, önceki hukukçuların yer verdiği, elde veya binek hayvanı üzerindeki nesnelerin düşerek ölüme yol açmasıyla ilgili kavramları kullanarak hukukî muhakeme yürütmüştür. Bundan dolayı, Kâsânî'den önceki eserlerde, asıl mevzumuz olmamakla birlikte, *binek hayvanının üzerinden düşen veya kişinin üzerinden düşen* nesnelerin yol açtığı öldürme eylemleriyle ilgili hukukçuların yer verdiği görüşlere de, temas edilmiştir.

Kâsânî'den sonraki eserlerde, kişinin elinde taşıdığı nesneyi düşürerek birini öldürmesi, bazı hukukçular tarafından hata ile öldürme türüne dahil edilmekle birlikte, genelde hata yerine geçen öldürme olarak değerlendirilmiştir⁶²⁴.

4-Üstünde Binicisi Olan Hayvanın Çığneyerek Birini Öldürmesi

a-Modern Hukuk ve İslam Hukukunda Konunun İncelenmesi

Cansız varlıkların ve hayvanların verdiği zararlar konusu, günümüz hukukunda çeşitli başlıklar altında ele alınmakta (örneğin dolaylı sorumluluk) ve genelde borçlar hukukunun muhtevası içinde incelenmektedir. Bunun yanında, trafikte arabasını dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde kullanarak ölüme sebebiyet veren sürücünün *taksirle öldürme* suçundan sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Yani konunun borçlar hukuku yanında, özellikle ölüm ve yaralanma gibi neticeler söz konusu olduğunda ceza hukukunu ilgilendiren yönü de bulunmaktadır.

İslam hukukçuları hayvanların ulaşım için kullanıldığı dönemlerde ortaya çıkan problemlere çözüm bulmaya çalışmışlar ve hayvanların yol açtığı zararların tazmîni hususunda bazı meseleleri incelemişlerdir. İslam hukukçularının konuya

⁶²³ Kâsânî, VII, 271.

⁶²⁴ Zebîdî, II, 121; İbn Hümâm, X, 214; Tûrî, VIII, 334; Haskefî, VI, 530-531; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 3.

bakış açısı, günümüz araştırmacıları tarafından çeşitli adlar altında, daha ziyade borçlar hukuku kapsamında ele alınmıştır⁶²⁵.

Hanefî hukukçuları ilk dönemlerde hayvanların ve cansız varlıkların neden olduğu zararların tazmîni konusunu, öldürme eylemlerinin akabinde ancak öldürme türlerinden bağımsız olarak incelemişlerdir. Hayvanların ve cansız varlıkların neden olduğu ölüm neticelerinden dolayı sorumluluk konusunun öldürme türlerine dahil edilmesi, sonraki dönemlerde söz konusu olmuştur.

Bir hayvanın üzerinde bulunan binicinin konumu, günümüz trafiğinde araba kullanan sürücünün konumuna kısmen benzemektedir. Modern hukukta trafikte araba kullanırken ölüme sebebiyet vermek; kasten öldürme, olası kastla ölüme neden olma, bilinçli veya bilinçsiz taksirle öldürme gibi farklı türlere girebilmektedir⁶²⁶. Bazı ölüm neticeleri ise, kaza ve tesadüf bağlamında değerlendirilmekte ve sürücüye hiçbir ceza verilmemektedir⁶²⁷. Hanefî mezhebinde üzerinde binici olan hayvanın çiğneyerek birini öldürmesi ise, modern hukuktan farklı olarak, ayrıntıya girilmeksizin hata yerine geçen öldürme olarak değerlendirilmektedir. Diğer taraftan Şâfi'î mezhebinde, binicinin öldürme kastıyla gerçekleştirmesi halinde, bu eylem 'amd kapsamında değerlendirilmiştir⁶²⁸.

b-Hanefî Mezhebinde Konunun Gelişim Seyri

Üstünde binici olan hayvanların yol açtığı öldürme eylemleri, İmam Muhammed'den (189/805) itibaren Hanefî mezhebinde ele alınmıştır. İmam Muhammed, hayvan üzerinde yolda giderken hayvanın ön veya arka ayaklarıyla bir insanı çiğnemesi halinde (فأوطأ إنساناً بيد أو رجل), failin diyet ve kefâret ödemekle sorumlu olduğunu belirtmiştir. Kefâretin ödenme gerekçesi, hayvanın üzerinde binici olarak bulunmasından dolayı, öldürme eyleminin bizzat fail tarafından gerçekleştirilmiş olarak kabul edilmesidir (بمنزلة الجناية بيد الرجل). Diğer taraftan, binici

⁶²⁵ Şen, bu konuyu "*İslam Hukukunda Tehlike Sorumluluğu ve Uygulama Alanları*" adlı doktora tezinde incelemiştir (Şen, s. 109-118). Bardakoğlu aynı meseleyi "*Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukukî Sorumluluğu*" adlı makalesinde ele almıştır (Bardakoğlu, "Hayvanın Verdiği Zararın Hukukî Sorumluluğu", s. 43-60).

⁶²⁶ Bkz. dipnot 210.

⁶²⁷ Bkz. dipnot 524.

⁶²⁸ Ensârî, IV, 3.

dışındaki şahısların kontrolündeki hayvanların çiğneyerek⁶²⁹ birini öldürmesi farklı değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Örneğin arkadan gelerek hayvanı sevk eden (sâik) veya hayvanı önden çeken (kâid) kimseler, kontrollerinde bulunan hayvanların bir kimseyi çiğneyerek öldürmesi durumunda sadece diyet ödemekle sorumlu tutulmakta; kefâret yaptırımına maruz kalmamaktadır. Ancak hayvanın üzerinde terkide bulunan (mürtedif) kimsenin konumu, binicinin konumuna benzerlik gösterdiğinden, o da kefâret ödemekle sorumlu tutulmaktadır⁶³⁰.

İmam Muhammed'in eserinde hayvanın üzerinde binici veya terkide bulunan şahıslarla hayvanı kontrol eden diğer kimselerin sorumluluğu farklı değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Bu hususun, sonraki devirlerde Hanefî doktrininde binici veya terkide bulunan şahısların üzerlerinde bulundukları hayvanların çiğneyerek öldürme eylemlerinin *hata yerine geçen öldürme* gibi farklı bir grupta yer almasında etkili olduğu kanaatindeyiz.

Cessâs (370/981), binici konumunda bulunan şahsın sorumluluğunun Hanefî doktrininde farklı değerlendirmeye tabi tutulmasındaki gerekçeyi detaylı şekilde açıklamıştır. Bu farklılığı, müellifin mübâşeret-tesebbüb kavramları ekseninde incelediği görülmektedir.

Cessâs'a göre, binicinin hayvanın üzerinde olması ve ağırlığı (أصابه من ثقل) dolayısıyla, hayvan bu eylemde adeta binicinin öldürme vasıtası (الراكب ومن حمله عليه) dolayısıyla, hayvan bu eylemde adeta binicinin öldürme vasıtası (كالالة في قتله) olmaktadır. Dolayısıyla binici, hayvanı tutup maktûlün üzerine atmış gibi kabul edilmektedir. Bu durumda, öldürme eylemi mübâşeretten gerçekleştiğinden fail kefâret ödemekle sorumlu tutulmaktadır. Ancak hayvanı arkadan sevk eden (sâik) şahsın kontrolündeki hayvanın çiğneyerek birini öldürmesinde, sâik öldürme

⁶²⁹ Hatâ yerine geçen öldürme kapsamında, binicinin üzerinde bulunduğu hayvanın birini *çiğneyerek öldürmesine* yer verilmiştir. Binicinin üzerinde bulunduğu hayvanın yol açtığı diğer öldürme eylemleri (çifte atarak, kuyruğunu çarparak, vb.) Hanefî doktrininde hata yerine geçen öldürmeye dahil edilmemiştir. Hayvanın çiğneyerek öldürmesi dışındaki ölüm neticelerinden dolayı binicinin kefâret ödemek zorunda olmadığı açıkça belirtilmiştir (Zebîdî, II, 136). Kâsânî, hayvanın birini çiğneyerek öldürmesi dışındaki ölüm neticelerinden dolayı binicinin kefâret ödeme, miras ve vasiyetten yoksun kılma cezalarından sorumlu olmadığını; zira hayvanın çiğneyerek öldürmesinin dışındaki eylemlerin mübâşeret yoluyla değil, tesebbübten gerçekleştiğini belirtmiştir (Kâsânî, VII, 271).

⁶³⁰ Şeybânî, *Mebûsût*, IV, 496-499.

eylemini mübâşeret icra etmediğinden, yolda kuyu kazarak ölüme sebebiyet veren fail gibi, kefâret ödemekle sorumlu tutulmamaktadır⁶³¹.

İmam Muhammed, binicinin durumuyla ilgili olarak, eylemin bizzat fail tarafından gerçekleştirilmiş olarak (بمنزلة الجنابة بيد الرجل) değerlendirileceğini belirtmiştir⁶³². Bu ifadenin Cessâs'ın eserinde mübâşeret kavramına dönüştüğünü görmekteyiz. Diğer taraftan, hayvanı arkadan sevk eden (sâik) veya önden çeken (kâid) kimselerin kontrolünde bulunan hayvanların çiğneyerek bir kimseyi öldürmeleri ise, Cessâs'ın eserinde "tesebbüb" kavramıyla ifade edilmiştir⁶³³.

Serahsî (483/1090), biniciyle, hayvanı önden çeken veya arkadan süren şahısların sorumluluğunu, Cessâs'ın eserinde olduğu gibi *mübâşeret ve tesebbüb* kavramları ekseninde izah etmeye çalışmıştır. Ancak müellifin konuyu daha detaylı ele aldığını görmekteyiz. Zira Cessâs sadece binici ile sürücüye yer verirken, Serahsî konunun muhtevasına hayvanı önden çeken ve terkide bulunan kimselerin sorumluluklarını da eklemiştir. Hayvanı önden çeken veya arkadan sevk eden failler (kâid ve sâik), ölüme sebebiyet vermiş olduklarından kefâret ödeme yaptırımıyla sorumlu olmamaktadır. Zira kefâret ödeme, doğrudan icra edilen öldürme eyleminin yaptırımıdır. Dolayısıyla, eylemi doğrudan gerçekleştirdiği kabul edilen binici ve terkide bulunan şahıslar ise, tıpkı uyku halinde yuvarlanmak suretiyle bir kimseyi öldüren fail gibi kefâret ödemekle sorumlu olmaktadır⁶³⁴.

Serahsî, binici ve terkide bulunan şahısların konumunu, uyku halinde ölüme yol açma fiiliyle kıyaslama yoluna gitmiştir. Bu mukayesenin Serahsî'den sonra gelen ve bu iki eylemi aynı kısımda ele alan Kâsânî için (587/1191) ilham kaynağı olduğu düşünülebilir.

Kâsânî'ye göre, binicinin üzerinde bulunduğu hayvanın ön veya arka ayaklarıyla çiğneyerek birini öldürmesinde hataya benzer bir durum söz konusu olduğundan ve eylem doğrudan icra edildiğinden *hata yerine geçen öldürme*

⁶³¹ Cessâs, *Şerh*, II, 416.

⁶³² Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 496.

⁶³³ Cessâs, *Şerh*, II, 416.

⁶³⁴ Serahsî, XXVI, 188-189.

gerçekleşmiş olmaktadır. Hayvanları kontrol eden diğer şahıslardan farklı olarak binicinin mübâşir konumunda bulunması, onun hayvanın üzerinde ağırlık yapmasıyla (ثقل الراكب على الدابة) açıklanmıştır. Böylece, binek hayvanı adeta binicinin öldürme eyleminde kullandığı bir alet gibi işlev görmekte (الدابة آلة له) ve ölüm neticesi binici olan faile isnat edilmektedir. Kâsânî'nin eylemin doğrudan icra edilmesiyle ilgili getirdiği izahlar, Cessâs'ın eserinde de yer almıştır. Ancak Kâsânî, Cessâs'ın değinmediği hayvanın terkisinde bulunan şahsın (radîf) sorumluluğuna da yer vermiştir. Hayvanın terkisinde bulunan şahıs, binici (râkib) gibi hayvanın üzerinde ağırlık yapmaktadır. Bu nedenle hayvan, terkide bulunan şahsın adeta bir öldürme aracı haline gelmektedir. Dolayısıyla, terkide bulunan şahıs, eylemi doğrudan gerçekleştirmekten sorumlu tutulmaktadır⁶³⁵.

Hayvanın çiğneyerek birini öldürmesi eyleminde terkide bulunan şahsın eylemle doğrudan (mübâşeret) ilişkili olduğu gerekçesiyle sorumlu tutulması, Serahsî'nin eserinde de yer almıştır. Ancak Serahsî, binicinin hayvan üzerinde ağırlık yapmasından dolayı, binek hayvanının binicinin elinde kullandığı bir öldürme aracı konumuna geldiğine değinmemiştir. Hayvanın, adeta binicinin eylemde kullandığı bir aracı olarak kabul edilmesi hususuna, Cessâs da değinmiştir. Kâsânî ise her iki müellifin zikrettiği kavramları bir araya getirerek hukukî muhakemeyi daha detaylı sunmuştur. Bunun yanında Kâsânî, eylemi doğrudan icra eden binicinin sorumluluğu hakkında önceki eserlerde yer verilen diyet ve kefaret ödeme yaptırımına, miras ve vasiyetten mahrumiyet cezasını eklemiştir.

Kâsânî, hayvanların yol açtığı öldürme eylemlerinde mübâşeret-tesebbüb ayrımını incelerken, ölüm neticesinin kişilere veya hayvanlara isnadına temas etmiştir. Buna göre, binicinin üzerinde bulunduğu hayvanın fiili, binici olan şahıs hayvanın üzerinde ağırlık yaptığından biniciye isnat edilmektedir (القتل الحاصل بثقلها) (مضافا إلى الراكب). Bu nedenle, bu fiiller mübâşeret icra edilmiş kabul edilmektedir. Diğer taraftan, hayvanı önden çeken veya arkadan süren kişilerin kontrolünde

⁶³⁵ Kâsânî, VII, 271.

bulunan hayvanların neden olduğu eylemler, hayvanlara isnat edilmektedir (فعل السوق (والقود يقرب الدابة من القتل). Bu fiillerde, fail tesebbüben sorumlu tutulmaktadır⁶³⁶.

Hayvanın terkisinde bulunan şahısların binici gibi ölüm neticesinden sorumlu tutulması önemli bir husustur. Aslında terkide bulunan şahsın hayvan üzerindeki kontrolü, hayvanı arkadan süren veya önden çeken şahsın kontrolü kadar olmayabilir⁶³⁷. Bununla birlikte, terkide bulunan şahsın binici gibi sorumlu tutulmasında maddî unsur etkili olmaktadır. Yani *hayvanın üzerinde ağırlık yapıyor olması* terkide bulunan kişinin sorumluluğunun belirlenmesinde temel etken olmuştur.

C-Hata Yerine Geçen Öldürme Türünde Uygulanan Ek Yaptırımlar

Tezde öldürme suçunda uygulanan ceza ve müeyyidelere mümkün olduğunca değinilmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, hukuk sistemlerinde, cezalar failin kusurluluk derecesine göre takdir edildiğinden kusurluluk ve ceza arasında güçlü bir ilişki bulunmaktadır. Dolayısıyla herhangi bir suç eylemi dolayısıyla uygulanan cezanın, o suçla ilgili failin kusurluluk derecesi hakkında hukukçuların bakış açısını ortaya koyduğu ve manevî unsurun aydınlanmasını sağladığı görülmektedir. Bu açıdan fıkıh kitaplarında, hata yerine geçen öldürme suçuna takdir edilen yaptırımların nelerden ibaret olduğunun belirlenmesi, kanaatimizce önem arz etmektedir.

Bu başlık altında, hata yerine geçen öldürme eylemleri dolayısıyla faile uygulanan ek yaptırımların üzerinde durulacaktır. Aslında ek yaptırımlar, tesebbüben öldürme türü hariç tutulursa genelde ('amden öldürme eylemlerinde kefarete ödeme yaptırımı uygulanmaz) bütün öldürme türlerinde uygulanmaktadır. Bu müeyyideleri, hata yerine geçen öldürme türünde özel olarak incelememizin nedeni, özellikle uyku halinde öldürme eylemi dolayısıyla faile ek yaptırımların uygulanma gerekçesi

⁶³⁶ Kâsânî, VII, 271.

⁶³⁷ Hanefî doktrininde verilen örnekte; hayvanın üzerinde binici ve terkide bir şahıs bulunsa, ayrıca bu hayvanın önünde onu çeken biri (kâid), arkasında da o hayvanı sevk eden biri (sâik) bulunsa, hayvanın birini çiğneyerek öldürmesi halinde, maktûlün diyeti dört şahsa eşit olarak taksim edilir. Bununla birlikte, binici ve terkide bulunan şahıs aynı zamanda kefarete ödemek zorundadır (Tûrî, VIII, 410; el-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 50). Bu örnekte, terkide bulunan şahsın hayvanın üzerindeki kontrolünün diğer üç failden daha az olduğunu söyleyebiliriz.

hususunda ortaya konan hukukî muhakemeye temas etmek ve bu bağlamda Hanefî doktrininde kusurluluk teorisinin özelliklerini açığa çıkarmaktır.

Hata yerine geçen öldürme eylemini icra eden failin mirastan mahrumiyet ve kefâret ödeme yaptırımlarına tabi olacağı, mezhebe ait ilk dönem eserlerinden itibaren vurgulanmıştır. İmam Muhammed (189/805), duvarın üstünden düşerek⁶³⁸ veya binicinin üzerinde bulunan hayvanın birini çiğneyerek yol açtığı öldürme eylemlerinden dolayı faillerin kefâret ödemekle sorumlu tutulacağını belirtmiştir⁶³⁹. Bu başlık altında yaptırım açısından asıl incelenecek olan öldürme fiili ise, Hanefî doktrininde hata yerine geçen öldürme türünün tipik örneği olan uyku halindeki şahsın yol açtığı öldürme eylemidir.

Uyku halindeki şahsın gerçekleştirdiği öldürme eyleminden dolayı, mirastan mahrum olmasının gerekçesi, tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk olarak Cessâs'ın (370/981) eserinde yer almaktadır⁶⁴⁰. Aynı gerekçeyi daha sonra Serahsî'nin (483/1090) eserinde de görmekteyiz. Serahsî'ye göre, failin uyku halinde olmasına rağmen mirastan mahrumiyet yaptırımına maruz kalmasının gerekçesi, bu eylemi gerçekleştiren şahsın mirasa ulaşma kastıyla gerçekte öyle olmadığı halde kendini uyku halinde göstererek mûrisini öldürmesinin ihtimal dahilinde olmasıdır (لَتَوْهَمُ أَنْ (يَكُونُ تَنَاقُصًا ، وَلَمْ يَكُنْ نَائِمًا حَقِيقَةً)⁶⁴¹.

Uyku halinde öldürme eylemini gerçekleştiren fail, mirastan mahrumiyet cezası yanında, tedbirsiz hareket ettiği için kefâret ödemekle de yükümlü olmaktadır. Failin kefâretle sorumlu tutulmasının nedeni, öldürme olasılığının bulunduğu yerde tedbirsiz davranarak uyumasıdır (فَلْتَرَكُهُ التَّحَرُّزَ فِي مَوْضِعٍ يَتَوَهَّمُ أَنْ يَصِيرَ قَاتِلًا لِلْإِنْسَانِ فِي نَوْمِهِ) (بهذه الطريقة)⁶⁴². Serahsî, hata ile öldürme eylemlerinde de tedbirsizliğin (فَلْتَرَكُهُ التَّحَرُّزَ) kefâret ödeme yaptırımının gerekçesi olduğunu ifade etmiştir⁶⁴³. Ancak hata ile öldürme eyleminde failin tedbirsizliği ile uyku halindeki şahsın tedbirsiz davranması farklı hususlardır. Zira hata ile öldürme fiilinde, eylem anında failin bilinci açıktır.

⁶³⁸ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 512.

⁶³⁹ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 496.

⁶⁴⁰ Cessâs, *Ahkâm*, I, 54.

⁶⁴¹ Serahsî, XXVI, 104; İbn 'Âbidîn, VI, 531.

⁶⁴² Serahsî, XXVI, 104; İbn 'Âbidîn, VI, 531.

⁶⁴³ Serahsî, XXVI, 104.

Uyku halindeki kişinin bilinci ise açık değildir. Dolayısıyla bir kimsenin uyumadan önce ölüme yol açması muhtemel bir yerde uykuya dalmasını tedbirsizlik olarak nitelendirmek, bütün uyku halleri için geçerli bir açıklama olamaz. Yani sözü edilen gerekçe, kısmî bir izah durumundadır. Zira bazen kişi uyku halinde hiçbir kasıt ve kusuru olmaksızın ölüme neden olabilir. Örneğin, fail hiçbir kimse yanında olmadığı halde uykuya dalıp yanına sonradan gelen bir kimsenin üzerine yuvarlanarak onu öldürebilir. Bu durumda, uyumadan önce olacakları öngörmesini kendisinden beklemek olanaksızdır. Zaten Serahsî de, kasıtlı veya kasıtsız bir davranış veya tedbirsizliğin uyku halindeki kimseden beklenemeyeceğine eserinin başka bir yerinde temas etmiştir (لا تصور للقصد من النائم حتى يتصور منه ترك القصد أو ترك التحرز)⁶⁴⁴.

Hata yerine geçen öldürme eylemi dolayısıyla kefarete ödeme ve mirastan mahrumiyet yaptırımının gerekçesi hakkındaki görüşleri aktardıktan sonra, genel bir değerlendirme yapmak istiyoruz. Kanaatimizce, Cessâs ve Serahsî'nin uyku halinde öldürme eylemini gerçekleştiren failin mirastan mahrumiyet yaptırımıyla sorumlu tutulması hususunda ileri sürdükleri gerekçe⁶⁴⁵, tesebbüben öldürme eylemleri göz önüne alındığında tenkîde açıktır. Zira bu iki hukukçu, uyku halindeki şahsın uyumadığı halde uykudaymış gibi davranarak eylemi gerçekleştirme ihtimalini, mirastan mahrumiyet için gerekçe olarak göstermiştir. Diğer taraftan, yalan tanıklık sonucu bir kimsenin ölümüne neden olan tanıkların bu eylemde kasten hareket etmiş oldukları; olasılığın ötesinde kesin bir şekilde görülmektedir. Buna rağmen yalan tanıklık yaparak mûrislerinin ölümüne sebebiyet vermeleri halinde, tanıklar mirastan mahrumiyet cezası ve kefarete ödemekle sorumlu tutulmamaktadır. Bunun gerekçesi, tanıkların eylemi mübâşeretle gerçekleştirmemiş olmalarıdır⁶⁴⁶. Kanaatimizce bu gerekçe, sözü edilen ek yaptırımların hata yerine geçen öldürme eylemlerinde uygulanmasının da temel nedenidir. Yani hata yerine geçen öldürme eylemleri mübâşeretle icra edildiklerinden, fail, ek yaptırımlara maruz kalmaktadır. Aslında eserinin birçok yerinde Serahsî, kefaretin mübâşeretle icra edilen öldürme fiilinin cezası olduğunu belirterek zikrettiğimiz görüşü teyit etmiştir⁶⁴⁷. Aynı zamanda,

⁶⁴⁴ Serahsî, XXVI, 66.

⁶⁴⁵ Cessâs, *Ahkâm*, I, 54; Serahsî, XXVI, 104.

⁶⁴⁶ Serahsî, XXVII, 6-7.

⁶⁴⁷ Serahsî, XXVI, 187; 189; 190; XXVII, 5; 9.

kefâret ödeme yaptırımının gerekçesinin eylemin mübâşeretle gerçekleştirilmesi olduğu hususuna, farklı bir meseleyle ilgili olarak Cessâs da değinmiştir.

Cessâs, binicinin üzerinde bulunan hayvanın bir kimseyi çiğneyerek öldürmesinde, failin kefâret ödeme yaptırımına tabi olmasının gerekçesini, eylemin mübâşeret yoluyla icra edilmesi olarak açıklamıştır. Kefâret ödemenin gerekçesi mübâşeret olduğundan, hayvanı arkadan süren şahsın (sâik) kontrolündeki hayvanın bir kimseyi çiğneyerek öldürmesinden dolayı, sâik kefâret ödemekten sorumlu olmamaktadır. Sâikin bu eylemdeki konumu, yolda kazdığı kuyuyla birinin ölümüne yol açan failin durumuna mukayese edilmiştir⁶⁴⁸. Burada sâikin ve kuyu kazın kimsenin eylemlerinin tessebbübten gerçekleştiğini belirtmek gerekir.

Hanefî doktrinde, maktûlün bedenine yönelik doğrudan icra edilen eylemler dolayısıyla failin kefâret ödeme yaptırımına tabi olacağı, İmam Muhammed'in (189/805) metinlerinde de mevcuttur. İmam Muhammed, bir duvarın üstünden bir kimsenin üzerine düşerek onu öldüren failin maktûlü kendi eliyle öldürmüş gibi değerlendirileceğini ve kendisine kefâret ödeme yaptırımı uygulanacağını belirtmiştir (وسقوطه هو عندنا بمنزلة قتله بيده وعليه الكفارة والدية)⁶⁴⁹. İmam Muhammed'in düşen kimsenin eylemini belirtmek üzere kullandığı "(bi-menzileti katlihî bi-yedihî)" ifadesi, daha sonra Kâsânî'nin (587/1191) eserinde "mübâşeret" kavramına dönüşmüştür. Kâsânî, yüksekten düşerek bir kimsenin öldürülmesi eyleminde, maktûlün ölümünün failin ağırlığı altında kalmasının sonucu gerçekleştiğini belirtmiştir. Bundan dolayı, öldürme eyleminin doğrudan icra edilmiş kabul edileceğini ve faile kefâret ödemenin yanında miras ve vasiyetten yoksun kılma cezasının uygulanacağını ifade etmiştir (وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية فلو جود)⁶⁵⁰. Ayrıca Kâsânî, hata yerine geçen öldürme eylemleri içinde yer alan, elinde taşıdığı nesnenin düşmesi sonucu ölüm neticesine yol açan failin aynı şekilde, kefâret ödeme, miras ve vasiyetten yoksun kılma yaptırımlarıyla sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Bunun gerekçesi, fiilin mübâşeretle gerçekleştirilmesidir. Fiilin mübâşeretle gerçekleştirildiğini ifade ederken, Kâsânî, failin eylemde

⁶⁴⁸ Cessâs, *Şerh*, III, 416.

⁶⁴⁹ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 512.

⁶⁵⁰ Kâsânî, VII, 271.

kullandığı aletin, maktûlün bedenine doğrudan temas ettiğine dikkat çekmiştir (حصوله)⁶⁵¹.
(على سبيل المباشرة لوصول الآلة لبشرة المقتول).

Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, uyku halindeki şahsın öldürme eyleminden dolayı mirastan mahrumiyet ve kefâret ödeme yaptırımlarından sorumlu olmasının gerekçesi, kanaatimizce, Serahsî ve diğer birtakım hukukçuların belirttiği gibi, tedbirsizlik veya uyku halinde olmadığı halde kendisini bu şekilde göstermesi gibi nedenler değildir. Hata yerine geçen öldürme fiilleri hakkında hukukçuların görüşleri bir bütün olarak incelendiğinde, hata yerine geçen öldürme eylemlerini gerçekleştiren faillerin mirastan mahrumiyet ve kefâret ödeme yaptırımına tabi olmalarının gerekçesinin bu fiillerin doğrudan gerçekleştirilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bu husus, birtakım hukukçuların eserlerinde açıkça belirtilmiştir⁶⁵². Ayrıca tesebbüben öldürme eylemlerinde zikri geçen iki yaptırımın uygulanmaması da, ifade ettiğimiz görüşü teyit etmektedir. Bu husus, mübâşeretin, yani maddî unsurun, failin mesuliyeti ve ona uygulanacak yaptırımları belirleyen en önemli faktör olduğunu göstermektedir. Bununla beraber, bazı sonraki dönem metinlerinde, hata yerine geçen öldürme türünde ek yaptırımların gerekçesi açıklanırken, Cessâs ve Serahsî'nin yer verdiği hususlar zikredilmeye devam etmiştir⁶⁵³.

D-Hata ile Öldürme ve Hata Yerine Geçen Öldürme Türlerinin Ayrımı

Hanefî mezhebinde birtakım hukukçular, hata yerine geçen öldürme türünde yer alan bazı eylemleri hata ile öldürme kapsamında incelemiştir. Birtakım eylemlerin hata ile öldürme kapsamında değerlendirilmesinde, ilk dönem Hanefî eserlerinde, öldürme suçunda üçlü sınıflandırmaya yer verilmesinin etkili olduğu kanaatindeyiz. Zebîdî'nin (800/1397), İmam Muhammed'in (189/805) öldürme türlerini üçlü tasnife tabi tuttuğunu, daha sonra Kudûrî'nin (428/1037) bunlara iki kısım ilave ettiğini, Kudûrî'nin zikretmiş olduğu son iki sınıfın gerçekte hata ile öldürme kısmına dahil olduğunu belirtmesi, bunu teyit etmektedir⁶⁵⁴. Bu değerlendirmeyi yapan Zebîdî, öldürme suçları hakkında beşli sınıflandırmayı kabul

⁶⁵¹ Kâsânî, VII, 271.

⁶⁵² Kâsânî, VII, 271; Zebîdî, II, 121; Zeyle'î, VI, 150.

⁶⁵³ İbn 'Âbidîn, VI, 531.

⁶⁵⁴ Zebîdî, II, 121.

etmekle beraber hata yerine geçen öldürme fiillerini de hata ile öldürme fiili olarak zikretmekten çekinmemiştir. Müellif, binicinin üzerinde bulunduğu hayvanın, uyku halindeki şahsın, yüksek bir yerden birinin üstüne düşen kişinin yol açtığı öldürme fiillerini doğrudan icra edilmiş hata ile öldürme fiilleri (خطأً بالمباشرة) olarak kabul etmiştir⁶⁵⁵.

Hata ile öldürme ve hata yerine geçen öldürme türlerine takdir edilen cezalar arasında bir farklılık bulunmaması, ilk dönem hukukçularının hata yerine geçen öldürmeden bahsetmemiş olması, sonraki dönemde bazı hukukçuların hata yerine geçen öldürme türünün hata ile öldürme hükmünde olduğunu belirtmesi, bu iki öldürme sınıfı arasında çok büyük bir farklılığın bulunmadığı izlenimini vermektedir. Buna karşın, hata yerine geçen öldürmeden ilk bahseden Cessâs'tan (370/981) itibaren genelde Hanefî hukukçuları, hata yerine geçen öldürmede kast ve hata gibi unsurların bulunmadığına işaret ederek bu iki tür arasında belirgin bir farklılığın olduğuna vurgu yapmışlardır⁶⁵⁶. Ayrıca bazı Hanefî hukukçularının bir eylemin hata ile öldürme ya da hata yerine geçen öldürme türünden hangisine dahil edileceği hususunu tartışmaları, onların bu iki öldürme türünü farklı kabul ettiklerini göstermektedir. Örneğin Serahsî (483/1090), uyku halindeki kimsenin düşerek birini öldürmesini, İmam Muhammed'in (189/805) hata ile öldürme kapsamında değerlendirdiğini zikretmiştir. Serahsî, bunun hüküm bakımından hata ile öldürme olarak kabul edilebileceğini; gerçekte hata ile öldürme eylemi olarak düşünülemeyeceğini; zira uyuyan kimsenin irade sahibi olmadığını (النائم ليس من أهل القصد أصلاً), ondan hata ile gerçekleştirilen bir eylem beklenemeyeceğini belirtmiştir⁶⁵⁷.

Hanefî doktrinde, bir eylemin hata ile öldürme ya da hata yerine geçen öldürme türünden hangisine dahil edileceği hususunda önemli bir tartışma, İbn Hümâm'ın (861/1457) eserinde yer almaktadır. İbn Hümâm, failin elindeki nesneyi düşürerek birinin ölümüne yol açmasını hata ile öldürme kapsamında kabul eden hukukçuların görüşünü eleştirmekte ve bu fiilin hata yerine geçen öldürme

⁶⁵⁵ Zebîdî, II, 121.

⁶⁵⁶ Cessâs, *Ahkâm*, II, 316; Bâbertî, X, 214.

⁶⁵⁷ Serahsî, XXVI, 104.

kapsamında yer aldığını belirtmektedir. Zira ona göre, hata ile öldürmede fail, fiilini *ihtiyârıyla* gerçekleştirmektedir (صدر فعل عنه باختياره). Diğer taraftan hata yerine geçen öldürme türünde, fail öldürme fiilini *ihtiyârıyla* gerçekleştirmemektedir. Örneğin, eldeki nesnenin düşerek birinin öldürülmesinde, öldürme eylemi failin *ihtiyârıyla* olmamaktadır. Burada düşme hareketi failin fiilidir; ancak bu fiil onun *ihtiyârı* ile gerçekleşmemektedir (وقع السقوط بفعله لا باختيار). Dolayısıyla bu fiil, tıpkı uyuyan şahsın birinin üstüne yuvarlanarak onu öldürmesinde olduğu gibi hata yerine geçen öldürme kapsamında değerlendirilmelidir⁶⁵⁸.

İbn Hümâm, "ihtiyâr" kavramını *hata ile öldürme ve hata yerine geçen öldürme* türlerini ayırmada temel ölçü olarak kullanmıştır. Buna göre, *hata ile öldürme eylemlerini* fail "ihtiyâr" etmekte, *hata yerine geçen öldürme* fiillerini ise "ihtiyâr" etmemektedir. Ancak *hata ile öldürmede* failin "ihtiyâr" ettiği şeyin fiilin hareket kısmı olduğu, netice olmadığına dikkat edilmelidir. Zira Hanefî eserlerinde, örneğin, belli bir hedefe atılan okun farklı bir şahsa isabet ederek onu öldürmesi, *hata ile öldürme* olarak kabul edilmektedir. Bu eylemde failin ölüm neticesini "ihtiyâr" ettiği düşünülemez. Ancak fail, ölüm neticesine yol açan ok atma hareketini "ihtiyârıyla" gerçekleştirmiştir. Bu husus dikkatle incelendiğinde, İbn Hümâm'ın iki öldürme türünü ayırmada kullandığı "ihtiyâr" kavramı anlaşılır olmaktadır. Zira *hata ile öldürmede* ölüm neticesine yol açan *son hareketle* failin gerçekleştirdiği *ilk hareket* aynıdır ve bu ok atma hareketidir. Fail başka bir hareket icra etmemiştir. Bu nedenle failin ok atma hareketini, "ihtiyârıyla" gerçekleştirdiği kabul edilmektedir. *Hata yerine geçen öldürme* fiillerinde ise, ölüm neticesine yol açan son hareketle, failin ondan önce gerçekleştirdiği hareket farklıdır. Failin *son hareketi* "ihtiyârıyla" yapmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, elde taşınan nesnenin düşerek birinin öldürülmesinde, ölüme yol açan nesnenin *düşmesidir*. Failin bundan önce yaptığı hareket ise, eldeki nesneyi *taşımadır*. Her ne kadar fail, *taşımaya* hareketini ihtiyâr etse de, ölüme yol açan *düşme* hareketini ihtiyâr etmemektedir. Hata yerine geçen öldürme kapsamında yer alan diğer bir eylem, uyku halinde düşerek öldürmedir. Bu eylemde, uyku halindeki şahsın hareketi *uyumadır*. Ölüm neticesine yol açan hareket ise, *düşmedir*. Bu eylemde, fail *düşme* hareketini ihtiyâr etmemektedir.

⁶⁵⁸ İbn Hümâm, X, 213-214.

İbn Hümâm'ın *hata ile öldürme ve hata yerine geçen öldürmeyi* ihtiyâr kavramına göre ayrımı, ilk bakışta onun bu ayrımı manevî unsura göre yaptığı izlenimi vermektedir. Ancak modern hukuk bakış açısıyla değerlendirildiğinde, Hanefî doktrininde *hata ile öldürme ve hata yerine geçen öldürme* kısmında yer alan bazı eylemler manevî unsur açısından farklılık göstermemektedir. Örneğin, bir nesneyi elinden düşüren şahısla bir kimseyi ağaç zannederek ona ok atan kimsenin hareketi *taksirli eylem* kısmına girmektedir. Zira her iki eylemin faili de, *ölüm neticesini istememekte* ve bu eylemler *netice öngörülme*yerek gerçekleştirilmektedir. Ayrıca günümüz hukukunda manevî unsur açısından değerlendirildiğinde, elde bulunan nesnenin düşmesi sonucu birinin öldürülmesi, uyku halinde öldürme eyleminin bulunduğu kısımda değil; ok atarak öldürme eyleminin bulunduğu kısımda değerlendirilmelidir. Zira uyku hali kişinin *bilinçli hareket* etmesinin söz konusu olmadığı, dolayısıyla *taksirli davranışın* failden beklenmediği bir durumdur⁶⁵⁹. Oysa eldeki nesnenin düşmesi sonucu birinin öldürülmesi eyleminde failin *taksiri* bulunmaktadır. Bu nedenle İbn Hümâm, hata ile öldürme ve hata yerine geçen öldürme türlerini ayırırken manevî unsura ait bir kavram kullansa da, onun ayrımında maddî unsurun etkili olduğu kanaatindeyiz. Zira İbn Hümâm, her iki öldürme türünde de ölüm neticesinin failin kusurundan kaynaklandığını dikkate almamaktadır (nesnenin elden düşerek ölüme neden olması veya ağaç zannederek birinin öldürülmesi fiilleri failin kusurundan kaynaklanmaktadır). Bunun yerine, ölüm neticesini gerçekleştiren son hareketle failin bir önceki hareketinin aynı şeyler olup olmadığını itibara almakta, yani maddî unsura odaklanmaktadır.

Hata ile öldürme ve hata yerine geçen öldürme türlerinin *ihtiyâr* kavramı ekseninde ayrımına, başka bir Hanefî hukukçusunun eserinde rastlayamadık. Bizler, her iki öldürme türünün tespiti ve ayrımında manevî unsurdan ziyade maddî unsurun etkili olduğu kanaatindeyiz. Zira hata ile öldürmenin tanımında⁶⁶⁰, "failin kastettiği hedeften farklı bir hedefe isabet ettirmesine" yer verilmiştir. Bu kısımda yer alan eylemler de tanımla uygunluk arz eden, genelde ok atma suretiyle icra edilen veya buna benzer eylemlerdir. Elde bulunan nesnenin düşerek ölüme yol açması ise, bu

⁶⁵⁹ Bâbertî, X, 214.

⁶⁶⁰ Bkz. s. 131-132.

tanıma uygunluk arz etmemekte, dolayısıyla bu kısma dahil edilmemektedir. Bu eylem, *hata yerine geçen öldürme* eylemlerine benzemektedir. Zira *hata yerine geçen öldürmede, maktûl bir ağırlığın altında kalmaktadır*⁶⁶¹. Eldeki nesnenin düşerek birini öldürmesinde da maktûl bir ağırlığın altında kalarak ölmektedir.

E-Hata Yerine Geçen Öldürme Türünün Maddî ve Manevî Unsurları

Tezin asıl konusu maddî ve manevî unsur olmakla beraber, bu konuya bölümün sonunda yer verilmektedir. Zira tespit edebildiğimiz kadarıyla, Hanefî doktrininde *hata yerine geçen öldürmenin* tanımına yer verilmemiştir. Dolayısıyla tanımına ulaşamadığımız bir öldürme türünde maddî ve manevî unsurun nelerden ibaret olduğunu, kapsamında yer alan fiillerin incelenmesinden sonra belirlemeyi daha uygun bulmaktayız. Ayrıca, buraya kadar yer verilen konuların unsurlardan bağımsız olduğu düşünülemez. Zira bunların bir kısmı unsurların anlaşılmasını sağlayan; diğer bir kısmı ise bizzat unsurların muhtevasına dahil hususlardır.

1-Maddî Unsurlar

Hata yerine geçen öldürme eylemlerinde hareket ve neticeden ibaret olan genel maddî unsurun yanında, ayrıca eylemin *mübâşeret* yoluyla gerçekleştirilmesi *özel maddî unsur* olarak yer almaktadır. Zira tesebbübün öldürme dışındaki bütün öldürme eylemleri *mübâşereten* gerçekleştirilmektedir.

Kanaatimize göre, hata yerine geçen öldürme eylemlerinin diğer bir ortak özelliği, *maktûlün herhangi bir şeyin ağırlığının altında kalarak ölmesidir*. Zira hata yerine geçen öldürme fiillerinin hepsinde, *maktûl bir şeyin ağırlığının altında kalarak ölmektedir*. Uyku halinde bir kimsenin üzerine yuvarlanarak, yukarıdan düşerek, elde bulunan nesnenin düşerek veya binici olan şahsın üzerinde bulunduğu hayvanın bir kimseyi çiğneyerek öldürmesinde maktûl hep bir ağırlığın altında kalmaktadır. Hanefî hukukçuları, hata yerine geçen öldürmeyi incelerken maktûlun ağırlığın altında kaldığına (مات بثقله) değinmişlerdir⁶⁶².

⁶⁶¹ Bkz. s. 173-174.

⁶⁶² Cessâs, *Şerh*, II, 416; Kâsânî, VII, 271.

Hata yerine geçen öldürme fiillerinin temel özelliğinin, *maktûl bir şeyin ağırlığının altında kalarak ölmesi* olduğu kanaatini destekleyen diğer bir husus, İmam Muhammed'in (189/805) yer verdiği, uyku halinde öldürmenin farklı bir icra şeklinin mezhebin diğer eserlerinde, bir istisna dışında zikredilmemesidir. İmam Muhammed, *uyku halindeki kimsenin elindeki herhangi bir araçla bir kimseyi öldürmesine* yer vermiştir⁶⁶³. Burada dikkat çekici husus, *uyku halindeki kimsenin düşerek birini öldürmesine*, hata ile öldürme kapsamında hemen bütün Hanefî eserlerinde yer verilirken, burada zikri geçen örneğin ise, tespit edebildiğimiz kadarıyla, Serahsî (483/1090)⁶⁶⁴ hariç hiçbir eserde yer almamasıdır. Mezhep doktrininin dayandığı temel bir metinde yer verilen ve uyku halindeki şahsın gerçekleştirdiği farklı bir eylem şekline, hata yerine geçen öldürme kapsamında yer verilmemesi önemli bir husustur. Zira *uyku halinde bir kimseyi belli bir araçla öldüren* fail, bu eylemi, diğer uyku halinde gerçekleştirilen eylem gibi bilinçsiz olarak icra etmektedir. Ancak bu eylem, hata yerine geçen öldürme kapsamında yer almamaktadır. Bunun nedeni, kanaatimizce, sözü edilen eylemin hata yerine geçen öldürme eylemlerine *şeklî açıdan benzerlik göstermemesidir*. Yani bu eylemde *maktûl bir şeyin ağırlığının altında kalmamaktadır*. Dolayısıyla Hanefî doktrininde, *bilincin açık olup olmaması* yani manevî unsur değil; *maktûlun bir şeyin ağırlığının altında kalması* yani maddî unsur, bu türe dahil eylemlerin tespitinde ön planda bulunmaktadır.

2-Manevî Unsurlar

Hata yerine geçen öldürme, *taksirli eylemlerin* yanında, günümüz hukukunda *taksirle* öldürme kapsamında yer almayan uyku halinde gerçekleştirilen öldürme fiillerini de ihtiva etmektedir. En azından failin *bilinci açık* olmadığından, bazı uyku halindeki öldürme eylemlerinde failin *kusurunun olmadığı* kabul edilmelidir. Diğer birtakım hata yerine geçen öldürme fiillerini de, failin *kusursuz* olarak gerçekleştirmesi ihtimal dahilindedir. Örneğin, binici olan şahsın yolda normal seyrinde giderken önüne aniden çıkan bir çocuğu ezerek öldürmesi, modern hukukta, *kaza ve tesadüfün* sonucu olarak değerlendirilir ve fail *taksirle öldürmeden*

⁶⁶³ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 423.

⁶⁶⁴ Serahsî, XXVI, 104.

dahi sorumlu tutulmaz⁶⁶⁵. Diğer taraftan böyle bir eylemin *olası kastla* hatta *doğrudan kastla* icra edilmiş olması da söz konusudur. Örneğin, binicinin yolun kalabalık olduğunu bilmesine rağmen atını hızlı bir şekilde sürmesi sonucu çığneyerek bir kimseyi öldürmesi halinde, modern hukuk bakış açısıyla *olası kastla öldürme* eylemi gerçekleşmiş olmaktadır⁶⁶⁶. Diğer taraftan, binici bir kimseyi gerçekte ezerek öldürmek de isteyebilir. Bu durumda *doğrudan kastla* öldürme söz konusu olmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, binicinin eylemi veya diğer hata yerine geçen öldürme eylemleri, Hanefî doktrininde manevî unsura göre farklı açılardan değerlendirilmemiştir. Diğer taraftan, Şâfi'î doktrininde binicinin üzerinde bulunduğu hayvanla bir kimseyi kasten çığneyerek öldürmesine değinilmiş ve bu eylem 'amd kapsamında değerlendirilmiştir⁶⁶⁷.

F-Değerlendirme

Hata yerine geçen öldürme, ilk dönemlerden sonra yazılan Hanefî eserlerinde yer alan bir öldürme türüdür. Hanefî eserlerinde ilk olarak, uyku halinde gerçekleştirilen öldürme eyleminin hata ile öldürmeden farklılığına vurgu yapılmış ve yeni bir öldürme türü ortaya çıkmıştır. Sonraki dönemlerde bu öldürme sınıfına başka birtakım öldürme eylemlerinin de dahil edilerek kapsamının biraz genişlediğini görmekteyiz. Ancak sonradan bu kısma dahil edilen eylemler, diğer öldürme türlerinde olduğu gibi, son derece sınırlı sayıda kalmıştır. Bunun nedeni, hata yerine geçen öldürme sınıfında yer alan eylemlerin belli şekil şartlarıyla sınırlandırılmış olmasıdır. Hata yerine geçen öldürmenin maddî unsuru izah edilirken değinildiği üzere, *mağdûrun belli bir şeyin ağırlığının altında kalarak ölmesi*, bu öldürme türünde yer alan eylemlerin temel özelliği durumundadır. Bu nitelikteki eylemler, birkaç adetten ibaret olduğundan hata yerine geçen öldürme türü, sınırlı sayıda birkaç eylemi ihtiva eden bir öldürme türü olarak kalmıştır.

⁶⁶⁵ Bkz. dipnot 524.

⁶⁶⁶ Bu konuda detaylı bilgi için, bkz. dipnot 210.

⁶⁶⁷ Ensârî, IV, 3.

II-TESEBBÜBEN ÖLDÜRME

Tesebbüben öldürme, eylemin mağdûrun bedenine yönelik doğrudan icra edilmemesi, dolaylı yollarla ölüm neticesine sebebiyet verilmesidir. Öldürme eylemlerinin mağdûrun bedenine yönelik doğrudan gerçekleştirilmesiyle (mübâşeret) tesebbüben icra edilmesi arasındaki ayrıma Hanefîlerin dışındaki İslam hukuku ekollerinde de rastlanmakla birlikte⁶⁶⁸, tesebbüben öldürme türünün mustakil olarak sadece Hanefî doktrininde yer aldığı görülmektedir.

Hanefî doktrininde, İmam Muhammed'den (189/805) itibaren öldürme eylemlerinin mübâşeret veya tesebbüben gerçekleştirilmesinin farklı değerlendirmelere tabi tutulduğu görülmektedir⁶⁶⁹. Ancak tesebbüben öldürme şeklinde farklı bir türe ilk temas eden Hanefî müellifi Cessâs (370/981) olmuştur. Müellif, ilk dönem Hanefî metinlerinde zikredilen türlerden ayrı bir öldürme sınıfının olduğunu belirtmiş ve failin kuyu kazarak birinin ölümüne neden olmasını bu kısma örnek vermiştir⁶⁷⁰. Örnek verdiği öldürme türünü isimlendirmemekle beraber, bunun eksenini oluşturan eylemin doğrudan veya sebebiyet verme yoluyla gerçekleştirilmesini ifade eden kavramları (mübâşeret-tesebbüb) da, ilk olarak Cessâs kullanmıştır⁶⁷¹. Böylece, ilk hukukçulardan itibaren mezhep doktrininde yer alan mübâşeret-tesebbüb ayrımı, Cessâs ile birlikte kavramsal bir mahiyet kazanmıştır. İleri dönem Hanefî eserlerinde mustakil bir öldürme türü olarak ortaya çıkan tesebbüben öldürmenin kavramlar çerçevesinde ilk olarak ifade edilmesi, Kudûrî (428/1037) tarafından yapılmıştır⁶⁷². Tesebbüben öldürme, Kudûrî'den sonraki eserlerde onun adlandırdığı şekliyle yer almıştır⁶⁷³.

⁶⁶⁸ Tesebbüben öldürme sınıfı hakkında diğer mezheplerin görüşlerine, bu kısımdaki eylemler analiz edilirken değinilecektir.

⁶⁶⁹ Hanefî doktrininde, hayvanın üzerinde binici olarak bulunan şahısla hayvanı önden çeken veya arkadan süren şahısların sorumluluğu mübâşeret-tesebbüb kavramları ekseninde ayrıma tabi tutulmuştur. Bu iki kavramı kullanmayan İmam Muhammed'in eserinde de, zikri geçen eylemlerin belli bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir (bkz. s. 161-163).

⁶⁷⁰ Cessâs, *Ahkâm*, II, 316.

⁶⁷¹ Hayvanın üzerinde binici olan şahısla hayvanı kontrol eden diğer kimselerin, hayvanın neden olduğu öldürme fiilinden dolayı sorumluluğunu izah ederken, Cessâs'ın mübâşeret ve tesebbüb kavramlarını kullandığına daha önce değinilmiştir (bkz. s. 161-163).

⁶⁷² Kudûrî, s. 184.

⁶⁷³ Kâsânî, VII, 233.

A-Tesebbüben Öldürme Eylemleri

1- Kuyu Kazarak Ölüme Sebebiyet Verme

a-Hanefî Mezhebinde

Hanefî metinlerinde tesebbüben öldürme konusunda en sık yer verilen örnek, kuyu kazarak ölüme sebebiyet vermedir. Bu öldürme eylemi, ilk dönem eserlerinde öldürme türlerine dahil edilmeksizin ele alınmıştır. Aslında kuyu kazarak ölüme sebebiyet verme, ilk eserlerde belli bir öldürme türüne dahil edilmemekle birlikte, bu eylem dolayısıyla failin kefâret ödemeyeceği hususu ise ilk metinlerde ele alınmıştır⁶⁷⁴.

Serahsî (483/1090), kazdığı kuyuya birinin düşerek ölümüne sebebiyet veren failin mesuliyetini, detaylı bir hukukî muhakemeye ortaya koymuştur. Buna göre, kuyuyu kazan kişi kuyuya düşerek ölen şahsı buraya atmış kabul edilmektedir. Zira kuyunun kazılması insanın yürümekte iken üzerine basmış olduğu toprağın bulunduğu yerden alınması anlamına gelmektedir. Böylece kuyu kazma fiili, herhangi bir şahsın oraya düşmesinin şartını oluşturmuştur. Böyle bir eylemde *sebepe* ise, kuyuya düşen şahsın yürüme hareketidir. Bu eylemde netice üzerinde yürüyen kişinin herhangi bir etkisi olmadığından (لا صنع), ölüm neticesi, yürüme eylemine isnat edilemez. *Hükmiün sebebe* dayandırılmadığı böyle durumlarda, mecâzen *şarta* (kuyunun kazılması) dayandırılması söz konusu olmaktadır (الحكم يضاف إلى الشرط مجازاً). Kuyuyu kazan fail, düşme eylemine neden olan kuyuyu kazdığı için haksız fiil icra etmiş olmaktadır (الحافر سبب لوقوعه وهو متعد). Çünkü yoldan geçenlere zarar veren bir eylem gerçekleştirmiş ve yolu gidilecek yer olmaktan çıkarmıştır⁶⁷⁵. Kâsânî (587/1191), kuyuyu kazan failin eyleminin haksız fiil olarak değerlendirilme gerekçesini izah ederken, kuyuya düşen şahsın kuyunun varlığını bilmeksizin onun üstünden geçerken kuyuya düştüğünü ve bundan dolayı ölüm neticesinin gerçekleştiğini ifade etmiştir⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 517.

⁶⁷⁵ Serahsî, XXVII, 14-15.

⁶⁷⁶ Kâsânî, VII, 274-275; Mevsilî, s. 504.

b-Diğer Mezheplerde

Hanefî hukukçuları, failin kazdığı kuyuyla ölüme sebebiyet vermesine genel olarak değinmiş, bu noktada ayrıntılara girmemiş, özellikle *failin kastı* açısından meseleyi incelememişlerdir. Diğer mezheplerde ise, konunun daha ayrıntılı ele alındığı görülmektedir.

Şâfi'î mezhebinde kuyu kazarak ölüme sebebiyet vermede failin mesuliyeti belirlenirken; failin kastıyla birlikte mağdûrun durumu da göz önüne alınmaktadır. *Temyiz yeteneği olmayan* belli bir şahsın (غير مميز بخصوصه) geçeceği yol üzerine kuyu kazarak üstünü örten ve kuyunun üstünden geçmesi için bu kimseyi çağıran fail, çağırdığı şahsın (في شخص معين) kuyuya düşerek ölmesi halinde, kısâsen ölüm cezasına çarptırılır. Diğer taraftan, belli bir kişinin değil de herhangi bir şahsın (من) düşmesi için kazılan kuyunun üstünün örtülmesi suretiyle, birinin ölümüne yol açan faile kısâs cezası tatbik edilemez. Zira böyle bir eylemde, failin belli bir kimseyi öldürme kastı olmadığından 'amden öldürme (لاتحقق العمدية مع عدم التعيين) gerçekleşmemektedir⁶⁷⁷. Şayet failin kuyunun üstünü örttükten sonra oradan geçmesi için çağırdığı kişi, *temyiz yeteneğine sahip* birisi olursa, gerçekleşen öldürme fiili şibh-i 'amd olarak kabul edilmektedir⁶⁷⁸. Ayrıca kuyuyu kazan şahıs, herhangi bir kimseyi oradan geçmesi için çağırmadığı veya kuyunun üstünün örtülü olmadığı durumda, bu kuyuya birinin düşerek ölümü halinde, kuyuyu kazan şahsın tazmîn sorumluluğu da bulunmamaktadır. Ancak bir kimsenin âmâ olması veya başka nedenden dolayı göremediği için kazılmış kuyunun içine düşerek ölümü gerçekleşirse, bu eylem şibh-i 'amd yoluyla öldürme olarak kabul edilmektedir⁶⁷⁹.

Hanbelî mezhebinde kuyu kazarak ölüme sebebiyet vermede failin mesuliyeti belirlenirken; failin suç işleme kastı yanında eylemin tesebbüben gerçekleştirilmesi hususu da dikkate alınmaktadır. Bir kimse evinin önüne kazdığı kuyunun üstünü örtüp birini evine gelmesi için çağırdığında, kuyunun üstünden geçen şahsın oraya düşerek ölmesi halinde, kuyuyu kazan şahıs kısâs cezasına çarptırılmaktadır. Ancak herhangi bir kimse kuyuyu kazan kişiden habersiz bir

⁶⁷⁷ Remlî, VII, 261; Heytemî, VIII, 393.

⁶⁷⁸ Remlî, VII, 261; Heytemî, VIII, 393; Ensârî, IV, 5

⁶⁷⁹ Ensârî, IV, 5.

şekilde veya kuyunun üstü açık olduğu halde oradan geçerken ölüm neticesi gerçekleşirse kuyuyu kazan faile kısıs cezası uygulanmamaktadır⁶⁸⁰. Aynı zamanda failin suç işleme kastıyla (قصد جنائية) bir yere kuyu kazması, bıçağı yere dikine koyması veya taş parçasını bırakması ölüm neticesine yol açarsa *şibh-i 'amd* kısmında bir eylem gerçekleştirmiş olmaktadır. Zira bir taraftan, failin kastı düşünüldüğünde bu eylemler *'amden öldürmeye* benzemektedir. Diğer taraftan, mübâşeretin olmaması dolayısıyla bu eylemler *hata ile öldürmeye* benzemektedir. Failin yaptığı bu hareketlerde suç işleme kastı bulunmuyorsa (لم يقصد جنائية), herhangi bir kimsenin ölümü halinde eylem *hata ile öldürme* olarak kabul edilmektedir⁶⁸¹.

Mâlikî mezhebinde kuyu kazarak ölüme sebebiyet vermede failin mesuliyeti belirlenirken; failin kastı yanında, kazılan kuyunun failin mülkiyetinde olması ve zaruret ilkesi de itibara alınmaktadır. *Zarar verme kastıyla* yolda veya kendi arazisinde kuyu kazan fail, kazdığı kuyuya *belli bir kimsenin* (شخص معين) düşerek ölmesini kastediyorsa, bu durumda kısıs cezasına çarptırılmaktadır. Ancak *zarar verme kastı* olmakla birlikte, *belli bir kimsenin ölümünü kastetmediği* durumda, herhangi bir kimsenin kuyuya düşerek ölmesi halinde diyet ödemekle sorumlu tutulmaktadır. Diğer taraftan, kişinin kendi evinde zarurî ihtiyacı dolayısıyla kazmış olduğu kuyuya bir kimsenin düşerek ölmesi halinde kuyuyu kazan kimsenin diyet ödeme sorumluluğu bulunmamaktadır⁶⁸².

Kuyu kazarak ölüme sebebiyet verme hususunda, Hanefî mezhebinde *failin kastına* değinilmeksizin, genel olarak bu tür eylemlerde diyete hükmedildiği, faile kısısın uygulanmadığı görülmektedir. Şâfi'î, Hanbelî ve Mâlikî mezhebinde ise, konu değişik açılardan daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmış ve bazı eylemler dolayısıyla faile ölüm cezası verme yoluna gidilmiştir. Bununla birlikte diğer mezheplerde de, kazılan kuyunun ölüme sebebiyet vermesi noktasında mübâşeret-tesebbüb ayrımını itibara alan hükümlere yer verildiği görülmektedir.

⁶⁸⁰ Merdâvî, IX, 445.

⁶⁸¹ Buhûtî, *Şerh*, III, 259-260.

⁶⁸² Haraşî, VIII, 8; Desûkî, IV, 243.

c-Ölümün Kuyuya Düşme Anında veya Sonradan Gerçekleşmesi

Hanefî metinlerinde, kazılan kuyuya düşen kimsenin düşme anında ölümü ile düştükten sonra kuyuda çeşitli nedenlerle ölümü farklı hükümlere tabi kılınmıştır. Kazılan kuyuya düşen kimsenin düşme anında ölmesi durumunda, kuyuyu kazan failin diyet ödeme sorumluluğunun bulunduğu bütün Hanefî hukukçuları tarafından kabul edilmiştir. Diğer taraftan, düşen şahsın kuyuda açlık veya üzüntü gibi psikolojik nedenlerden dolayı ölmesi halinde, Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre kuyuyu kazan failin herhangi bir mesuliyeti söz konusu olmamaktadır. Zira mağdûr kuyuya düşmesi sebebiyle ölürse, ölüm neticesi doğrudan kuyuyu kazan faile isnat edilir (يصير هلاكه مضافا إلى الحافر إذا هلك بسبب الوقوع). Bu durumda, kuyuyu kazan kişi, kuyuya düşen şahsı buraya atmış gibi kabul edilmektedir. Ancak mağdûrun kuyuda psikolojik nedenler (الغم الذي اثر في قلبه) veya açlık gibi bir sebepten dolayı ölümü gerçekleşirse, netice bu sebeplere isnat edilmelidir. Kazılan kuyuya düşen şahsın açlık veya psikolojik nedenlerden dolayı ölümünü ayrı ayrı değerlendiren Ebû Yusuf'a göre (182/798), mağdûrun kuyuda açlıktan ölmesi halinde, fail diyet ödemek zorunda değildir. Zira ölüme neden olan açlık, mağdûrun yemeğe ulaşamaması ve bundan dolayı midesinde hiçbir gıda maddesinin kalmamasından kaynaklanmaktadır. Ancak kuyuya düşen kişinin stres, kaygı, üzüntü (الغم) nedeniyle ölümü halinde, şahsın hissettiği kaygı, üzüntü, stresin tek nedeni onun kuyuya düşmesi olduğundan fail diyet ödemek zorundadır. İmam Muhammed (189/805) ise, açlık veya kaygı-üzüntünün tek nedeninin kuyuya düşme fiili olduğunu, dolayısıyla her iki durumda da kuyuyu kazan şahsın diyet ödemesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁸³.

Kâsânî (587/1191) kuyunun içine düştükten sonra çeşitli nedenlerle ölümü gerçekleşen maktûl hakkında, Ebû Hanîfe'nin görüşünü şu şekilde aktarmıştır. Müellif, kuyuya düşen kişinin hissettiği açlık ve üzüntünün faille ilgisinin bulunmadığını, bunların insan tabiatına özgü nitelikler olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, kuyu kazma fiiliyle bu iki husus arasında doğrudan bir alaka bulunmadığı gibi, dolaylı bir ilişki de söz konusu olamaz. Zira kuyu açlığın sebebi kesinlikle değildir; açlık başka bir nedenden kaynaklanmaktadır. Kuyu, üzüntü-

⁶⁸³ Serahsî, XXVII, 14-15; Mergînânî, IV, 193.

kaygının da kaynağı olamaz. Zira bu gibi psikolojik durumlar, kişiden kişiye değişmektedir. Kişilere göre değişen durumlar, kuyu kazma fiiline isnat edilemez. Kâsânî, İmam Muhammed'in görüşünü açıklarken, kuyunun mağdûru adeta yakalayıp bırakmayan bir mahiyetinin olduğunu, kuyuda kaldığı sürenin uzaması dolayısıyla kişinin açlık hissettiğini, kuyuya düşme nedeninin kuyu kazma fiili olduğunu ve ölümün de ona isnat edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kâsânî, bir kimseyi belli bir yerde hapsederek ölümüne neden olan failin durumunun da bu meseleyle benzerlik gösterdiğini ifade etmiştir⁶⁸⁴.

2-Aç ve Susuz Bırakarak Öldürme

a-Hanefî Hukukçularının Görüşleri

Aç ve susuz bırakarak öldürme eylemi hakkında, Hanefî hukukçuları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Belli bir yere hapsedip kapıyı kilitlemek suretiyle birinin ölümüne neden olan faile (حبسه في البيت فطبق عليه الباب), Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre kısâs cezası veya diyet yaptırımı uygulanmaz. Zira mağdûrun hapsedilmesi onun ölümünü gerektirmez; mağdûru öldüren şey açlıktır. Failin bu noktada herhangi bir etkisi söz konusu değildir. İmâmeyn ise böyle bir eylemde failin diyetle sorumlu olacağını belirtmiştir. Zira kişi haksız bir fiille mağdûrun ölümüne neden olmaktadır (مسبب لإتلافه على وجه متعدد فيه). Bu da, yolda kuyu kazarak birinin ölümüne yol açmaya benzemektedir⁶⁸⁵. Yolda kuyu kazarak birinin ölümüne sebebiyet veren fail, diyetle sorumlu tutulduğu gibi; burada zikredilen eylemi gerçekleştiren failin de diyet ödeme sorumluluğu bulunmaktadır.

Hanefî metinlerinde, aç ve susuz bırakarak öldürmenin farklı icra şekillerine yer verilmiştir. Örneğin, bir kimsenin üzerine çamurdan bir oda (طين على احد بيتا) yaparak açlık ve susuzluktan ölümüne neden olan fail, İmâmeyn'e göre diyet ödemek zorundadır. Kâsânî (587/1191), İmâmeyn'in bu meseledeki gerekçesini, mağdûrun hayatını devam ettirmek için gerekli gıdaya ulaşamaması olarak açıklamıştır. Böyle bir eylem, yolda kuyu kazarak ölüme sebebiyet verme fiiline benzemektedir. Bu görüşe karşı çıkan Ebû Hanîfe, kuyu kazarak ölüme sebebiyet vermeyle aç ve susuz

⁶⁸⁴ Kâsânî, VII, 274-275.

⁶⁸⁵ Serahsî, XXVI, 152-153; Kâsânî, VII, 274-275.

bırakarak öldürme arasında fark bulunduğuna işaret etmiş ve bu hususu şu şekilde izah etmiştir. Kişinin üzerine çamurdan oda yaparak öldürmede, ölüm neticesinde etkili olan açlık ve susuzluk olup çamurdan oda yapmak değildir. Ebû Hanîfe, kişinin aç ve susuz kalarak ölümünde failin etkisinin olmadığı görüşündedir. Ancak kuyu kazma, mağdûrun düşmesine (burada kişinin kuyuya düşme anında ölümü esas alınmaktadır) yol açan bir sebeptir ve bu sebep failin eylemidir. Dolayısıyla kuyu kazarak ölüme sebebiyet verme, tessebbüben öldürme kapsamında yer almakta ve fail diyet ödemekle sorumlu tutulmaktadır (أن الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالتطيين ، ولا صنع)⁶⁸⁶. (لأحد في الجوع والعطش ، بخلاف الحفر فإنه سبب للوقوع ، والحفر حصل من الحافر فكان قتلا تسيبها

İmâmeyn, kuyu kazarak ölüme sebebiyet vermeyle aç ve susuz bırakarak öldürme eylemlerini maddî unsur (her iki eylem de tessebbüben gerçekleşmekte, fail maktûlün bedeni üzerinde doğrudan öldürme eylemini icra etmemektedir) bakımından mukayese ederek her iki öldürme fiili arasında *şeklî bir benzerlik* kurmaktadır⁶⁸⁷. Aslında Hanefî mezhebinde genelde *şeklî benzerlikler* yoluyla eylemlerin tasnife tabi tutulduğu kanaatindeyiz. Bu iki eylemde maddî unsur bakımından benzerlik bulunmakla beraber, manevî unsur açısından büyük farklılık söz konusudur. Zira yolda kuyu kazın her şahsın bununla herhangi bir kimseyi öldürme maksadının olduğu kesin olarak iddia edilemez. Failin öldürme kastı olmaksızın yolda kuyu kazmış olması ihtimal dahilindedir. Nitekim bundan dolayı, kuyu kazarak ölüme sebebiyet verme, Hanefî doktrininde 'amd ve hata eylemlerinin altında bir kusurluluk derecesinde kabul edilmiştir⁶⁸⁸. Diğer taraftan, hapsedilen kimsenin açlık ve susuzluk sebebiyle ölümünde failin *öldürme kastı* açıktır. Bu eylemde failin, sadece mağdûru hapsedmeyi amaçladığı, öldürme kastının olmadığı iddia edilemez. Dolayısıyla, iki eylem arasında manevî unsur açısından önemli bir fark bulunmaktadır. Diğer taraftan Ebû Hanîfe de iki eylem arasındaki farka işaret etmiştir⁶⁸⁹. Ancak onun iki eylem arasındaki farktan bahsetmesinin nedeni, bir kimseyi aç ve susuz bırakarak öldüren failin diyet ödeme sorumluluğunun olmadığını

⁶⁸⁶ Kâsânî, VII, 235.

⁶⁸⁷ Kâsânî, VII, 235.

⁶⁸⁸ Serahsî, XXVII, 14-15; Kâsânî, VII, 274-275.

⁶⁸⁹ Kâsânî, VII, 235.

gerekçelendirmektir. Ebû Hanîfe, burada zikredilen eylemleri manevî unsur açısından değerlendirmemiştir.

Aç ve susuz bırakarak birini öldüren failin eylemiyle netice arasında, failin eylemi olmasaydı ölüm neticesi gerçekleşmeyecekti denilecek nitelikte, açık bir sebebiyet alakası bulunmaktadır. Buna rağmen Ebû Hanîfe, sözü edilen eylemde neticeyi, açlık ve susuzluğa bağlamak suretiyle failin diyetten sorumlu tutulmayacağı görüşünü benimsemiştir. Bu eylemde, manevî unsurun yani failin kastının göz ardı edildiği ve son şart nazariyesine⁶⁹⁰ göre hükme varıldığı görülmektedir. Kanaatimize göre, bu eylem hakkında verilen hükümde son şart teorisinin kusurlarından bir durum ortaya çıkmıştır. Zira neticeye yol açan son şart (açlık) sebebiyet açısından önemli değildir. Hukukî açıdan ondan önce gelen şart (failin maktûlü hapsetmesi) daha ziyade önem arz etmektedir. Nitekim modern hukukta sebeplerin bütünü bir arada doğru bir şekilde tetkik etmeden sadece sebeplerin sonuncusuna değer verdiği için son şart teorisi eleştiriye maruz kalmıştır⁶⁹¹.

b-Aç ve Susuz Bırakarak Öldürme Eyleminin Farklı Bir Şekli Hakkında İmam Muhammed'in Görüşünün Tespiti

Aç ve susuz bırakarak öldürme eyleminde failin mesuliyeti hususunda Ebû Hanîfe (150/767) ile İmâmeyn arasındaki görüş farklılığına yukarıda değinilmiş, bu tür eylemlerde İmâmeyn'in faili diyetle sorumlu tuttuğu ifade edilmiştir. Ancak birtakım Hanefî metinlerinde, aç ve susuz bırakarak öldürmenin değişik bir şekli konusunda İmam Muhammed'e (189/805) ait farklı bir görüşe yer verilmektedir. Örneğin, Haskefî (1088/1677), bir kimsenin diri olarak toprağa gömülerek öldürülmesi (دفنه حيا) halinde, İmam Muhammed'in faile kısıs cezası verileceği görüşünde olduğunu nakletmiştir⁶⁹².

Haskefî'nin zikrettiği *diri olarak toprağa gömme eyleminin* (دفنه حيا), aç ve susuz bırakarak öldürmenin farklı bir şekli olduğu kanaatindeyiz. İbn 'Âbidîn

⁶⁹⁰ Hanefî mezhebinde, genelde *son şart teorisine* göre failin sorumluluğu belirlenmektedir. *Son şart teorisi*, neticeye neden olan sebeplerin içinde sadece sonuncusunu itibara alan bir sebebiyet nazariyesidir.

⁶⁹¹ Dönmezer/Erman, I, 486-487.

⁶⁹² Haskefî, VI, 543.

(1252/1836), kişinin *bir yere hapsedilmek suretiyle öldürülmesi ile* buradaki eylem arasındaki farkı şöyle izah etmiştir. Bir yere *hapsedilmek suretiyle kişinin ölümünde* açlık ve susuzluk etkili olmaktadır. Zira gıda insanın ihtiyacıdır (لوازم الانسان). Oysa *kişinin toprağa gömülerek öldürülmesinde* ise, onun hissettiği üzüntü, kaygı gibi psikolojik nedenler etkili olmuştur (الغم). Üzüntü, kaygı hali ise, açlık ve susuzluğun aksine insanda sürekli mevcut olan ve ondan ayrılmayan nitelikler değildir. Bundan dolayı, buradaki ölüm neticesinde failin etkisinin bulunduğu kabul edilerek ölüm neticesi faile isnat edilmelidir⁶⁹³.

İbn 'Âbidîn'in *diri olarak toprağa gömülen* kişinin psikolojik nedenlerle öldüğünü ileri sürmesi kanaatimizce tartışmaya açıktır. Zira *bir yere hapsedilen kimsenin ölümünde* de aynı gerekçeler etkili olabilir. Ayrıca *diri olarak toprağa gömülen* şahsın psikolojik nedenlerle ölmeyip açlıktan ölmesi de mümkündür. Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, Haskefî ve İbn 'Âbidîn'in yer verdiği *diri olarak toprağa gömme eyleminin*, daha önce Kâsânî (587/1191) tarafından zikredilen, *üzerine çamurdan oda yapmak suretiyle* (طين علي انسان بيتا) *birini öldürme* eylemiyle şekli açıdan önemli bir farkının olmadığı görülmektedir. Ayrıca *çamurdan oda içine kapatılan* mağdûrun hissettiği psikolojik halin *diri olarak toprağa gömülen* kişiden farklı olmayacağı kanaatindeyiz. *Çamurdan oda içinde bırakarak* bir kimseyi öldürmenin yaptırımını ise, İmâmeyn tarafından *diyet ödeme* olarak belirtilmiştir⁶⁹⁴.

Haskefî ve İbn 'Âbidîn'in yer verdiği *diri olarak toprağa gömme eylemini* (دفنه حيا), Tûrî (1138/1726) *diri olarak mezara atma* (لقاء حيا في قبر) şeklinde ifade etmiştir. Tûrî'nin kullandığı ifadeyi başka bir Hanefî eserinde de görmekteyiz⁶⁹⁵. Ancak Tûrî'nin eserinde, bu konuda İmam Muhammed'e ait iki farklı görüşe yer verilmiştir. Bu görüşlerden birincisinde İmam Muhammed, failin diyet ödemesi gerektiğini ifade ederken, diğer görüşünde bu eylemi 'amd kapsamında değerlendirdiğinden failin kısâs cezasına çarptırılacağını ifade etmiştir⁶⁹⁶.

⁶⁹³ İbn 'Âbidîn, VI, 543.

⁶⁹⁴ Kâsânî, VII, 235.

⁶⁹⁵ El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 6.

⁶⁹⁶ Tûrî, VIII, 336.

Hanefî metinlerinden anlaşıldığı kadarıyla, bir kimseyi hapsedip onu aç ve susuz bırakarak ölümüne sebebiyet verme eyleminde, İmam Muhammed'in Ebû Yusuf ile aynı görüşü paylaştığı ve faili diyetle sorumlu tuttuğu görülmektedir. Ancak aç ve susuz bırakarak öldürmenin farklı şekilleri olan, diri olarak toprağa gömme veya diri olarak mezara atma eylemlerinin İmam Muhammed tarafından nasıl değerlendirildiği konusunda farklı rivayetler bulunmaktadır.

c-Modern Hukukta ve Diğer Mezheplerde Aç ve Susuz Bırakarak Öldürme

Modern hukukta, aç ve susuz bırakarak ölüme yol açan fail, ihmal suretiyle kasten öldürme suçunu gerçekleştirmiş olmaktadır⁶⁹⁷.

Hanefîlerin dışındaki mezheplerde aç ve susuz bırakarak öldürme, cezaî sorumluluk açısından modern hukukla benzer hükümler ihtiva etmektedir. Şâfiî mezhebinde, herhangi bir kimsenin normalde dayanamayacağı kadar bir zaman diliminde aç ve susuz bırakılarak öldürülmesi, 'amden öldürme kabul edilmektedir. Kişinin ne kadar sürede açlık ve susuzluktan ölümünün gerçekleşeceği ise, eyleme maruz kalan mağdûrun durumuna göre tespit edilmektedir⁶⁹⁸. Hanbelî mezhebi hukukçuları da, aynı görüşe sahiptir⁶⁹⁹. Malîkî mezhebinde de, aç ve susuz bırakarak öldürme 'amd kapsamında kabul edilmektedir⁷⁰⁰.

Diğer mezheplerin aç ve susuz bırakarak öldürme eyleminde mübâşeret-tesebbüb ayırımına itibar etmediği görülmektedir. Dolayısıyla Hanefîler dışındaki hukuk ekollerinin, aç ve susuz bırakarak öldürmede eylemin icra şeklinden, yani maddî unsurdan ziyade; failin kastını, yani manevî unsuru cezaî mesuliyetin tespitinde dikkate aldıkları görülmektedir.

⁶⁹⁷ Meran, s. 30-31.

⁶⁹⁸ Şirbînî, V, 215; Heytemî, VIII, 380-381; Remlî, VII, 251; Ensârî, IV, 4.

⁶⁹⁹ Merdâvî, IX, 439; Buhûtî, *Şerh*, III, 255; İbn Kudâme, VIII, 211.

⁷⁰⁰ Abderî, VIII, 304; Haraşî, VIII, 7; Desûkî, IV, 242.

3-Zehirleyerek Öldürme

a-Hanefî Mezhebinde

Hanefî doktrinde, zehirleyerek öldürmenin iki farklı şekline yer verilmiş ve bu iki eylem farklı hükümlere tabi kılınmıştır. Bunlardan birincisi, mağdûrun boğazına failin kendi eliyle zehir dökerek onu öldürmesidir. Zehirleyerek öldürmenin diğer şekli, zehirli yiyecek veya içecek sunulan mağdûrun zehri içme veya yemesi sonucu zehirlenerek ölmesidir. Bu başlık altında analiz edilecek olan, tesebbüben öldürme kapsamında yer alan son eylem şeklidir. Önceki eylem şekli, şibh-i 'amd kapsamında incelenmiştir⁷⁰¹.

Şeybânî'nin eserinde, kişinin kendisine sunulan zehri içerek ölmesi durumunda (لو كان أعطاه إياه فشربه هو), ona zehri sunan failin diyet ödeme sorumluluğunun bulunmadığı açıkça ifade edilmiştir⁷⁰². Bu hükmün gerekçesini açıklarken Serahsî (483/1090), sunulan zehri içen mağdûrun (إذا دفعه إليه حتى شرب بنفسه) kendi iradesiyle hareket etmiş olduğundan, kendisini öldürmüş gibi değerlendireceğini ve failin diyetle sorumlu tutulmayacağını belirtmiştir (الشارب). Müellife göre, mağdûra zehirli yiyecek veya içeceği sunan fail, verdiği şeyin içinde zehir bulunduğunu söyleyerek maktûlü *aldatmış* "garrahû (غره)" olmakla birlikte, *aldatma fiili* yüzünden fail tazmînle sorumlu tutulamaz⁷⁰³. Serahsî, zehirleyerek öldürme eyleminde Hanefî ekolünün görüşünü şu hadîs-i şerifle delillendirmektedir: Hz. Peygamberin (as) bulunduğu bir yemek sofrasında, Yahudi bir kadının sunmuş olduğu zehirli yiyecek, sahâbîlerden Bîşr b. Berâ'yı öldürdüğünde, Hz. Peygamber (as) yemeğe zehri koyan kadını diyetle sorumlu kılmamıştır⁷⁰⁴.

Hadis literatüründe, Bîşr b. Berâ'nın zehirlenerek öldürülmesiyle ilgili rivâyetlerin farklılık arz ettiği görülmektedir. Birtakım rivâyetlerde Hz. Peygamberin (as) kendisini zehirmek isteyen Yahudi kadını öldürmediği⁷⁰⁵; farklı birtakım

⁷⁰¹ Bkz. s. 129.

⁷⁰² Şeybânî, *Mebûsût*, IV, 456.

⁷⁰³ Serahsî, XXVI, 155.

⁷⁰⁴ Buhârî, "Hibe 28"; Ebû Dâvûd, "Diyât 6"; Beyhakî, "Nafakât 56"; Müslim, "Diyât 3".

⁷⁰⁵ Buhârî, "Hibe 28"; Ebû Dâvûd, "Diyât 6"; Beyhakî, "Nafakât 56"; Müslim, "Diyât 3".

rivâyetlerde ise öldürülmesini emrettiği nakledilmiştir⁷⁰⁶. Beyhakî'nin rivâyetinde ise, önce öldürtmeyip daha sonra Bısr b. Berâ'nın ölmesi üzerine kadının öldürülmesini emrettiği belirtilmiştir⁷⁰⁷.

Haskefî (1088/1677), sunulan zehri kişinin kendisinin içmesi sonucu ölümü gerçekleştiğinde, ona zehri sunan şahsa kısâs veya diyet yaptırımının uygulanamayacağını, ancak failin hapis ve tazirle cezalandırılacağını belirtmiştir⁷⁰⁸. Kâsânî ise, suç failinin tazîr edileceğini, dövüleceğini ve tedîp edileceğini ifade etmiştir⁷⁰⁹.

Hanefî doktrinde, mağdûrun sunulan zehri kendisinin içmesi halinde ona zehri sunan failin diyet ödeme sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu eylemde failin öldürme kastının yani manevî unsurun göz ardı edildiği görülmektedir. Bunun yerine, Hanefî mezhebinin karakteristik özelliği olan maddî unsura göre sorumluluğun tespiti cihetine gidilmiştir. Sonuç olarak, zehirlemek suretiyle öldürmede maddî unsurun yani eylemin, tessebbüben icra edilmiş olması, doğrudan gerçekleştirilmemiş olması, failin kısâs ile cezalandırılmaktan korunmasını sağladığı gibi, diyet ödeme sorumluluğundan da muaf tutulmasına neden olmaktadır.

Zehirlemek suretiyle öldürmenin tessebbüben icra edilmiş bir fiil olduğunu, tespit edebildiğimiz kadarıyla, ilk önce Mevsîlî (683/1284) zikretmiştir. Müellif, zehir sunarak (سقاء) birini öldüren failin, ölüme sebebiyet verdiğini, eylemi mübâşeretle gerçekleştirmedeğini belirtmiştir⁷¹⁰.

Zehirle öldürme fiili hakkında Hanefîlerin görüşleri incelendiğinde, bu ekolde *eylemin icra şeklinin* çok önem arz ettiği ve sorumluluğun buna göre belirlendiği görülmektedir. Zira önceki sayfalarda analiz edilen⁷¹¹, bir kimsenin *boğazına zehir dökme* ile kişinin *kendisine sunulan zehri içmesi* eylemleri *failin kastı* açısından farklılık göstermemektedir. Burada farklı bir sorumluluk halinin ortaya

⁷⁰⁶ Ebû Dâvûd, "Diyât 6"; Dârekutnî, "Hudûd ve'd-Diyât 15; Beyhakî, "Nafakât 56".

⁷⁰⁷ Beyhakî, "Nafakât 56".

⁷⁰⁸ Haskefî, VI, 542.

⁷⁰⁹ Kâsânî, VII, 235.

⁷¹⁰ Mevsîlî, s. 504-505. Modern İslam hukuku araştırmacılarından 'Udeh de, zehirlemek suretiyle ölüme sebebiyet vermenin tessebbüben öldürme kapsamında yer aldığına değinmiştir ('Udeh, II, 34).

⁷¹¹ Bkz. s. 129.

çıkmasında belirleyici olan *eylemin icra şekli* olmuştur. Yani Hanefî hukukçuları, eylemleri belli bir tasnife tabi tutarken *şeklî benzerliklerden* hareketle mukayese yoluna gitmişlerdir. Örneğin Mevsilî, kendisine sunulan (دفعه اليه) zehri içen mağdûrun ölümünü kazılmış kuyuya kendini atan kişinin durumuna benzetmektedir⁷¹². Dolayısıyla, kendisini kuyuya atan şahsın ölümünde kuyuyu kazan kimsenin sorumluluğu olmadığı gibi, sunulan zehri kendi iradesiyle içen şahsın ölümünde de, zehirli yiyeceği ona sunan failin diyet sorumluluğu bulunmamaktadır.

Mevsilî'nin yolda kazılmış kuyuyla kişiye sunulan zehri öldürme fonksiyonu açısından mukayese ettiği görülmektedir. Aslında, kazılmış kuyu ve maktûle sunulan zehir, ölüme sebebiyet vermeleri açısından benzerlik göstermektedir. Diğer taraftan burada zikredilen her iki eylem arasında manevî unsur açısından büyük farklılık bulunmaktadır.

Her iki eylemde *manevî unsur* açısından farklılığı, hem fail hem de maktûl açısından ayrı ayrı değerlendirmek mümkündür. Maktûl açısından düşünülecek olursa, sadece zehirlenmek istenen kimsenin kendisine sunulan şeyin zehir olduğunu bilmesi ve buna rağmen içmesi halinde bu eylem, kazılan kuyuya atlayan şahsın durumuna benzetilebilir. Çünkü sadece bu durumda kişinin kendisini öldürmek istediğinden bahsedilebilir. Oysa Hanefî eserlerinde zehirlenmek istenen kişinin kendisine sunulan şeyin zehir olduğunu *bilip bilmemesinin öneminin bulunmadığı* açıkça vurgulanmıştır⁷¹³. Bu durumda, kendisine sunulan şeyin zehir olduğunu bilmeyerek içen bir kimsenin kazılmış kuyuya atlayan şahısla kıyaslanarak, kendisini öldürmüş kabul edilmesi isabetli gözükmemektedir. Diğer taraftan, her iki eylemde de failin kastı açısından önemli bir farklılık bulunmaktadır. Zehirle öldürmede, failin *öldürme kastı* açıkça görülmektedir. Diğer taraftan, kuyu kazma eylemini gerçekleştiren failin bu eylemi yaparken herhangi bir kimseyi *öldürme kastı* bulunmayabilir. Bu durumda, kuyuyu kazan kimse, en fazla *taksirle öldürmeden* sorumlu tutulabilir. Görüldüğü üzere, manevî unsur açısından tamamıyla farklı türlerde yer alması gereken eylemlerin, *şeklî açıdan* aralarında benzerlik kurulmak

⁷¹² Mevsilî, s. 504-505.

⁷¹³ Tûrî, VIII, 335-336; İbn 'Âbidîn, VI, 542-543.

suretiyle aynı öldürme türünde yer alması, Hanefî metinlerinde *maddî unsurun* etkisini bir kez daha göz önüne getirmektedir.

b-Modern Hukukta ve Diğer Mezheplerde

Günümüz hukukunda, zehirleyerek öldürmenin farklı şekillerde gerçekleştirilmesi, suçun *kasten* işlenmiş olmasına mani değildir. Özellikle Eski Türk ceza kanununda, zehirlemek suretiyle öldürme *kasten öldürme suçunun ağırlaştırılmış şeklini* oluşturmaktaydı. Yani Hanefî mezhebinin aksine böyle bir eylemde failin cezasının indirilmesi⁷¹⁴ (Hanefî mezhebinde zehir sunarak birini öldüren failin diyet ödeme sorumluluğu bulunmamaktadır) söz konusu olmadığı gibi, ayrıca bu eylem şekli, nitelikli bir öldürme olarak kabul edilmekte ve faile daha ağır bir cezaî müeyyide uygulanmaktaydı⁷¹⁵. Yeni TCK ise, zehirlemek suretiyle öldürmeyi nitelikli hal olarak görmemiştir; bu durumda zehirleyerek öldürme, kasten icra edilen bir suç olduğundan 5237 sayılı TCK'nın 81. maddesinde düzenlenen basit kasten öldürme suçu kapsamında değerlendirilecektir.

Hanefîler dışındaki mezheplerin zehirleyerek öldürme konusundaki bakışını değerlendirdiğimizde, Hanbelî⁷¹⁶ ve Mâlikî⁷¹⁷ mezhebinin modern hukukla paralel hükümlere yer verdikleri görülmektedir. Bu mezheplerde, zehirleyerek öldürme eylemlerinde mübâşeret-tesebbüb ayrımına itibar edilmemiş, bir kimseye zehirli yiyecek veya içecek sunarak ölüme sebebiyet veren faile kısâs cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan, Şâfi'î mezhebinde kısmen mübâşeret-tesebbüb ayrımının itibara alındığı görülmektedir. Şâfi'î mezhebinde bir kimseye zorla zehir içirerek onu öldüren faile kısâs cezası verilmektedir. Diğer taraftan, yiyecek veya içeceğine zehir karıştırarak bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren failin sorumluluğu noktasında farklı görüşler bulunmaktadır. Böyle bir eylemi gerçekleştiren failin kısâs cezasına çarptırılacağı şeklinde bir görüşe yer verildiği gibi, bu eylemde failin sadece diyet ödemekle yükümlü olacağı da ileri sürülmüştür. Ayrıca bu tür eylemlerde, faile

⁷¹⁴ Kâsânî, VII, 235; İbn 'Âbidîn, VI, 542-543.

⁷¹⁵ 765 sayılı eski TCK'nın 449. maddesinde, öldürme suçunun nitelikli halleri sayılırken zehirleyerek öldürme suçuna da yer verilmiştir.

⁷¹⁶ Merdâvî, IX, 440; Buhûtî, *Şerh*, III, 255; İbn Kudâme, VIII, 212.

⁷¹⁷ Haraşî, VIII, 9; Desûkî, IV, 244.

her iki yaptırımın da uygulanmayacağı şeklinde hukukî görüşlere, Şâfi'î metinlerinde rastlanmaktadır⁷¹⁸. Diğer taraftan zehir sunularak öldürülen kişinin çocuk veya akıl hastası olması halinde, bunlara zehirli yiyecek veya içeceği sunarak ölümlerine sebebiyet veren faile kısâs cezası uygulanacağı, bu eylemlerin 'amd kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir⁷¹⁹.

Şâfi'î mezhebinde maktûlün algılayış kâbiliyetine göre farklı hükümlere varıldığı görülmektedir. Oysa modern hukukta, cezaî mesuliyetin belirlenmesinde eyleme maruz kalan mağdûrdan ziyade, eylemi gerçekleştiren failin icra ettiği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilmesi veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmiş olması dikkate alınmaktadır.

4-Yalan Tanıklık Yaparak Ölüme Sebebiyet Verme

a-Hanefî Mezhebinde

Hanefî mezhebinde, kısâs cezasını gerektiren bir davada tanıkların, ölüm cezası tatbik edildikten sonra tanıklıktan vazgeçmeleri halinde, kendilerine kısâs cezası uygulanmamakta; maktûlün diyetini ödemeleri gerekmektedir⁷²⁰.

Hanefîler, kısâs davasında yalan tanıklık yaptıklarını ikrâr eden şahısların sadece diyetle sorumlu olacakları hususundaki görüşlerini şöyle gerekçelendirmişlerdir. Kısâs davasında tanıklar, öldürme fiilinin *sebebi* konumundadır. *Sebepe*, yola kuyu kazarak ölüme yol açma fiilinde olduğu gibi kısâsı gerektirmez. Zira kısâs cezasında, eşitlik aranmaktadır. Oysa doğrudan icra edilen fiillerle (mübâşeret) tessebbüben gerçekleştirilen fiiller arasında bir eşitlik söz konusu değildir. Kısâs cezası, öldürülecek kimsenin bedenine yönelik, doğrudan bir araç kullanılarak icra edilmektedir. Dolayısıyla kısâs cezası uygulanacak öldürme eyleminin de, aynı şekilde mübâşeretle gerçekleştirilmiş bir öldürme eylemi olması gerekmektedir. Diğer taraftan, eylemi doğrudan icra eden fail (mübâşir), kendi iradesiyle hareket etmektedir (muhtâr). Nitekim tanıkların yalan tanıklıkta

⁷¹⁸ Şîrbînî, V, 218; Heytemî, VIII, 383; Remlî, VII, 254-255; Ensârî, IV, 4-5.

⁷¹⁹ Şîrbînî, V, 218; Heytemî, VIII, 383; Remlî, VII, 254-255; Ensârî, IV, 4-5.

⁷²⁰ Şeybânî, *Mebûsât*, IV, 489.

bulundukları davada, gerçek mübâşir, kısâs cezasının uygulanmasını talep eden ve bu noktada kendi iradesiyle hareket eden maktûlün yakınıdır, yani tanık değildir. Dolayısıyla tanıklara kısâs cezası verme yoluna gidilemez. Ayrıca Hanefiler, İmam Şâfi'nin (204/820) ileri sürdüğü, tanıkların yalan beyanlarıyla yargıcı masum bir kimse hakkında ölüm cezası vermeye zorladıkları (ikrâh) için, kendilerine kısâs cezası uygulanacağı şeklindeki görüşünü eleştirmişlerdir⁷²¹. Hanefî hukukçuları, Allah korkusundan dolayı yargıcın herhangi bir zorlamanın etkisinde kalarak hüküm vermesinin imkansız olduğunu, bu nedenle şahitlerin *hükmen* de olsa mübâşir olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmişlerdir⁷²².

Mergînânî (593/1197), tanıkların tanıklığı sonucu gerçekleşen ölümden, mübâşereten veya tesebbüben öldürmeden bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Ona göre, tanıkların tanıklık yapması, ikrâh olayında olduğu gibi ölüme sebebiyet vermemektedir. Zira maktûl yakınlarının af veya kısâsı seçme iradesi bulunmaktadır. Burada maktûl yakınlarının iradesi kısâsın uygulanmasında etkili olmakta ve bu da ölüm neticesinin tanıklara isnat edilmesi noktasında illiyet bağını kesmektedir (*الفعل الاختياري مما يقطع النسبة*). Sonuçta kısâsın uygulanmasında şüphe ortaya çıkmaktadır, şüphe durumunda da, kısâs cezası düşmektedir⁷²³.

İbn Hümâm (861/1457), Mergînânî'nin *yalan tanıklıkta bulunan tanıkların ölüm neticesinde tesebbüben dahi etkilerinin olmadığı*, şeklindeki görüşünü yorumlarken, yalan tanıklık sonucu öldürme eylemini kazılan kuyunun ölüme yol açmasıyla mukayese etmiştir. Buna göre, kazılmış kuyuya herhangi bir kimsenin üçüncü bir şahsı iterek ölümüne sebebiyet vermesi, kuyuyu kazana nispet edilmemektedir. Zira kuyuya herhangi birini iten failin icra ettiği eylem, kuyuyu kazan şahsın fiilinin neticeyle olan sebebiyet alakasını kesmektedir. Zira mübâşirin (kuyuya iten) yanında müsebbibin (kuyuyu kazan) mesuliyeti söz konusu olamaz. Aynı şekilde yalan tanıklıkla ölüme sebebiyet verme eyleminde Mergînânî, maktûlün

⁷²¹ Şirbînî, V, 216; Ensârî, IV, 4; Heytemî, VIII, 382; Remlî, VII, 253-254.

⁷²² Serahsî, XXVI, 181-183.

⁷²³ Mergînânî, III, 134.

yakınlarının kısısı talep etmelerinin ölüm neticesiyle tanıkların beyanları arasındaki sebebiyet ilişkisini kestiğine işaret etmiştir⁷²⁴.

Yukarıdaki paragrafta yer verilen, İbn Hümâm'ın tanıkların durumunu kuyu kazma fiiliyle kıyaslamasında *manevî unsurun* göz ardı edildiği görülmektedir. Zira yolda kuyu kazın şahsın *öldürme kastıyla* fiilini icra ettiği ileri sürülemez. Diğer taraftan yalan tanıklık sonucu ölüm sebebiyet veren faillerin *öldürme kastı* açıktır. Ayrıca, üçüncü şahsın kazılan kuyuya mağdûru itmesiyle yalan tanıklıktan sonra maktûl yakınlarının kısısa karar vermesi ve hakim bu kararı alması çok farklı şeylerdir. Birini kuyuya iten şahıs, öldürme kastıyla veya en azından müessir fiil kastıyla hareket etmekte ve *haksız fiil* icra etmektedir. Diğer taraftan hakim tanık beyanları doğrultusunda ölüm cezasına hükmetmesi *görevin ifası*; maktûl yakınlarının kısıs talebi ise *hakkin kullanılması* olarak düşünülmelidir. Sonuç olarak, İbn Hümâm'ın eylemleri birbirleriyle kıyas ederken aralarındaki şekli benzerliği dikkate aldığı; failin kastı, yani manevî unsur açısından farklılığı ise göz ardı ettiği kanaatindeyiz.

İbn Hümâm, Hanefî mezhebinin yalan tanıklıkla ölüm sebebiyet verme hususundaki görüşünü açıklarken, İmam Şâfi'nin⁷²⁵ ikrâh meselesiyle şahitlikten rucû arasında benzerlik kurmasını eleştirmiştir. İbn Hümâm'a göre, zorlayarak öldürmede (ikrâh), zorlanan şahsın *ihtiyârı* mevcuttur; ancak *iradesi* ikrâhtan dolayı *fâsit* duruma düşmektedir. Oysa yalan tanıklık yaparak ölüm sebebiyet vermede, maktûlün yakınları *sahîh bir ihtiyâra* sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla şahitlikten rucû meselesinin, ikrâhtan farklı değerlendirilmesi gerekmektedir⁷²⁶. Bu görüşüyle İbn Hümâm, kısıs cezasını uygulatan maktûlün yakınlarıyla mükrehin iradesini, yani manevî unsuru dikkate almakta ve her iki eylemde manevî unsurun farklılığına vurgu yapmaktadır. Ancak müellif, her iki eylemde geri planda kalmakla birlikte, öldürme eyleminin gerçekleşmesinde asıl belirleyici olan *mükrih ve tanıkların kastını* ise mukayese yoluna gitmemiştir. Oysa mükrih ve tanıkların her ikisinde *öldürme kastı*

⁷²⁴ İbn Hümâm, VII, 494-495.

⁷²⁵ Şirbînî, V, 216; Heytemî, VIII, 382; Remlî, VII, 253-254; Ensârî, IV, 4.

⁷²⁶ İbn Hümâm, VII, 494-495.

bulunmakta ve cezaî mesuliyetin tayini açısından önem arz eden husus bu olmaktadır.

Dikkat edilirse, yalan tanıklık sonucu öldürmede, diğer tesebbüben öldürme eylemlerinde olduğu gibi, son şart teorisine göre hareket edilmekte ve ölüm neticesine yol açan son sebep ekseninde mesuliyetin tespitine çalışılmaktadır.

b-Diğer Mezheplerde

Yalan tanıklık yaparak ölüme sebebiyet veren tanıkların sorumluluğu konusunda Mâlikî mezhebi, Hanefî mezhebiyle aynı görüşü paylaşmaktadır. Mâlikî ekolünde yalan tanıklık sonucu ölüm cezasına çarptırılan masum kişinin diyetini tanıkların ödemek zorunda olduğu belirtilmektedir. Ancak Mâlikî ekolünde Eşheb (204/819), yalan tanıklıkta bulunarak bir kimsenin öldürülmesine neden olan tanıkların kısâs cezasına çarptırılacağını ileri sürmüştür⁷²⁷. Ölüm cezası tatbik edildikten sonra tanıklıktan vazgeçilmesi durumunda, İmam Şâfi'î (204/820), tanıkları yargııcı ölüm cezası vermeye zorlayan kişiler (mükrih) olarak kabul etmiş ve kendilerine kısâs cezasının tatbik edileceğini ifade etmiştir⁷²⁸. Hanbelî mezhebinde de, yalan tanıklık sonucu ölüme sebebiyet verme, 'amden öldürme kabul edilmektedir⁷²⁹. Hanbelî mezhebi, bu konuda hırsızlık davasında yalan tanıklık yaparak bir kimsenin elinin kesilmesine neden olan ve sonra tanıklıktan dönen kimseler hakkında, Hz. Ali'nin (ra) söylediği "bunu kasten yaptığınızı bilseydim ellerinizi keserdim"⁷³⁰ sözünü delil almışlardır.

5-Zor Kullanarak Ölüme Sebebiyet Verme

5237 sayılı TCK'da ikrâh konusu, "cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit" başlığı altında incelenmiş ve burada yer alan 28. maddede "*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır*" ifadelerine yer verilerek konu izah

⁷²⁷ Haraşî, IX, 221; Desûkî, IV, 207; İbn Hümâm, IX, 492.

⁷²⁸ Şirbînî, V, 216; Ensârî, IV, 4; Heytemî, VIII, 382; Remlî, VII, 253-254.

⁷²⁹ Merdâvî, IX, 441; Buhûtî, Şerh, III, 257; İbn Kudâme, VIII, 213.

⁷³⁰ Beyhakî, "Şehâdet 90".

edilmiştir. Madde metninde kişinin "*karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehditten*" bahsedilmiş olması, her tehdit altında suç işlemenin mazûr görülmeyeceğini ortaya koymaktadır. Bu hükme paralel olarak, ceza kanununun tehdit suçunu düzenleyen 106. maddesinde, tehdidin iki farklı derecesi hakkında değişik yaptırımların söz konusu olduğu görülmektedir⁷³¹.

Modern hukukta olduğu gibi, Hanefî hukukçuları da ikrâhı zor kullanma ölçüsüne göre kısımlara ayırmışlar, böylece mülcî ve gayr-i mülcî⁷³² şeklinde iki farklı ikrâh türü belirlemişlerdir. Dolayısıyla her ikrâhın değil; özellikle öldürme suçu söz konusu olduğunda sadece mülcî ikrâhın failin fiilleri üzerinde etkili olduğu kabul edilmiştir. Örneğin kişinin hapsedilmek veya bağlanmakla tehdit edilmesi halinde mülcî ikrâh gerçekleşmemektedir. Ancak öldürme veya bir organına zarar verme şeklindeki tehdit ise, mülcî ikrâh olarak kabul edilmektedir⁷³³. Serahsî (483/1090), mülcî ikrâhta mükrehin ihtiyârının fâsit olduğunu söylemiştir. Dolayısıyla, ikrâh altında öldürme eylemi gerçekleştiğinde ölüm neticesi, mülcî ikrâh ile failin ihtiyârını fâsit kılan ve onu öldürme eylemine yönlendiren mükrihe, isnat edilecektir⁷³⁴. Bu durumda fiili icra eden aslî faile kısâs, diyet veya kefâret ödeme gibi yaptırımlar uygulanmayacaktır. Diğer taraftan, herhangi bir kimse hapisle tehdit edilmesi sonucu öldürme eylemini gerçekleştirirse kendisine kısâs cezası uygulanacaktır. Zira hapsedilme tehdidiyle ikrâh-ı mülcî gerçekleşmemektedir.

Hanefî hukukçuları, ikrâhın kimler tarafından gerçekleştirileceğini incelemişlerdir. Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre ikrâh sadece yaptığı tehdidi uygulama

⁷³¹ 5237 sayılı TCK'nin 106. maddesinin metni şu şekildedir: "Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdûrun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur".

⁷³² İkrâh-ı mülcî, kişiyi ölümle veya bir organını kesmekle tehdit ederek istemediği bir eylemi yapmaya zorlamaktır. Buna tam ikrah da denir. İkrâh-ı gayr-i mülcî, öldürme veya bir organı yok etme tehdidini içermeksizin, kişiyi dövmek, hapsedmek veya bir kısım malını telef etmekle tehdit ederek bir eylemi yapmaya zorlamadır. Buna nakıs ikrah da denir.

⁷³³ Serahsî, XXIV, 48-49.

⁷³⁴ Serahsî, XXIV, 73-74.

kudretine sahip devlet başkanı tarafından gerçekleştirilebilir. İmâmeyn ise ikrâhın diğer kimseler tarafından da icra edilebileceği kanaatindedir⁷³⁵.

Hanefî mezhebinde, tessebbüben öldürme eylemlerinde faile kısâs cezası uygulanmaması, genel kural olarak kabul edilmiş; ancak bir kimseyi öldürme eylemine zorlayan failin durumu bu noktada istisna olarak değerlendirilmiştir. Kâsânî (587/1191), ölüme sebebiyet vermek ile öldürme fiilini bizzat icra etmenin Hanefî doktrininde farklı değerlendirildiğini belirtmiştir. Zira ölüme sebebiyet verme manen öldürmedir; fakat şeklen (sureten) öldürme değildir. Öldürme fiilini mübâşeretle icra etmek, hem şeklen (sureten) hem manen gerçekleştirilen bir öldürme eylemidir. Ancak ikrâh altında gerçekleştirilen eylemlerde, öldürmeye zorlama farklı değerlendirmeye tabidir; çünkü bu fiil doğrudan işlenmiş kabul edilmektedir. Zira ikrâh sonucu zorlanan fail, adeta bu fiili icraya onu sevk eden failin (mükrih) eylemde kullandığı bir alet durumuna gelmiştir. Nitekim fiil de, aleti kullanan şahsın bir eylemi olarak değerlendirilir, eylemde kullanılan aletin fiili olarak düşünülemez⁷³⁶. Mevsîlî, öldürme eylemine zorlanan mükrehin, onu eyleme zorlayan mükrihin elinde kullandığı bir alet durumuna geldiğinden, mükrehin fiilinin gerçekte mükrihe isnat edileceğini, bu açıdan mükrihin hukukî açıdan mübâşir olarak değerlendirileceğini belirtmiştir⁷³⁷.

Hanefî hukukçuları, ikrâh altında gerçekleştirilen öldürme eylemlerinde eyleme zorlayan (mükrih) ve eyleme zorlanan (mükrehin) faillerin cezaî mesuliyeti hakkında farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e (189/805) göre, tam ikrâh söz konusu ise, aslî faili (mükreh) eyleme zorlayan ferî faile (mükrih) kısâs, eyleme zorlanan faile ise tazîr cezası verilir. Nâkıs ikrâhta ise, mükreh olan şahsa kısâs cezası uygulanmaktadır. Zira böyle bir zorlama mağdûrun ihtiyârını ortadan kaldırmamaktadır. Hanefî hukukçularından İmam Züfer (158/774), öldürme eylemini gerçekleştiren mükreh olduğundan, sadece eyleme zorlanan şahsa kısâs cezası uygulanacağını söylemiştir. Ebû Yusuf (182/798) ise, eyleme zorlayan şahsın gerçek katil olmadığını, ölüme sebebiyet veren kişi durumunda olduğunu,

⁷³⁵ Kâsânî, VII, 176

⁷³⁶ Kâsânî, VII, 240; Mevsîlî, s. 500.

⁷³⁷ Mevsîlî, s. 500.

öldürme eylemini icra eden mükrehin dahi kısâs cezasına çarptırılmadığı göz önüne alındığında, ölüme sebebiyet veren mükrihin de kısâsla cezalandırılmaması gerektiğini ifade etmiştir. İmam Şâfi'î (204/820) ise, eyleme zorlayan kişi ölüme sebebiyet verdiğiinden (müsebbib), eylemi gerçekleştiren fail ise eylemi bizzat icra ettiğinden (mübâşir) ikisine de kısâs cezası verilmesi gerektiği görüşündedir⁷³⁸. İmam Şâfi'î'nin görüşü⁷³⁹ Hanbelî⁷⁴⁰ ve Mâlikî mezhebince de benimsenmiştir⁷⁴¹.

6-Hayvanları Vasıta Kılarak Öldürme

a-Hanefî Mezhebinde

Hanefî doktrinde, binicinin kontrolündeki hayvanın çiğneyerek birini öldürmesiyle, hayvanı arkadan süren veya önden çeken şahısların kontrolündeki hayvanların çiğneyerek birini öldürmeleri farklı değerlendirilmiş; binicinin eylemi hata yerine geçen öldürme; diğerleri ise tesebbüben öldürme kapsamına dahil edilmiştir⁷⁴². Bu eylemlerde, metinlerden anladığımız kadarıyla, failde öldürme kastı bulunmamaktadır. Bu başlık altında, daha ziyade *öldürme kastı güden* failin hayvanları *vasıta* olarak kullandığı öldürme fiilleri analiz edilecektir.

Ebû Hanîfe'ye göre, bir kimseyi bağlayıp saldırgan hayvanın önüne atarak öldürülmesine sebep olan fail diyetle veya kısâs cezasıyla sorumlu tutulmamaktadır. Bunun yerine tazîr cezasına çarptırılır, dövülür ve tevbe edesiye kadar hapsedilir. Ebû Yusuf ise, ömür boyu hapsedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁷⁴³.

Eylemin oluş biçimine büyük önem veren Hanefî hukukçuları, saldırgan hayvanla gerçekleştirilen farklı bir eylem şeklinde, cezaî mesuliyeti şu şekilde tespit etmişlerdir. Buna göre, kapalı mekanda bulunan bir şahsın yanına saldırgan bir hayvanı bırakarak üzerlerine kapıyı kilitleyen fail, saldırgan hayvanın o kimseyi öldürmesi halinde, kısâs veya diyetle sorumlu tutulmamaktadır. Eve kapatılan şahsın yanına bırakılan yılan veya akrep gibi zehirli hayvanların bu kimseyi zehirleyerek

⁷³⁸ Kâsânî, VII, 180-181; Serahsî, XXIV, 72-74; Zeyle'î, V, 187.

⁷³⁹ Şirbînî, V, 221; Heytemî, VIII, 388-389; Remlî, VII, 258; Ensârî, IV, 7.

⁷⁴⁰ Merdâvî, IX, 453, Buhûtî, *Şerh*, III, 262; İbn Kudâme, VIII, 213.

⁷⁴¹ Haraşî, VIII, 9, Desûkî, IV, 246.

⁷⁴² Bkz. s. 161-165.

⁷⁴³ Bağdâdî, s. 190; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 6; Haskefî, VI, 544.

öldürmesi halinde yine aynı hüküm söz konusudur. Ancak bu eylemler, yaşı küçük birine karşı icra edildiğinde ise, failin diyet ödemesi gerekmektedir⁷⁴⁴.

Yetişkin şahısla, yaşça küçük birine karşı işlenen eylemler arasında fark gözetilme nedeni, anladığımız kadarıyla, küçüklerin kendini koruma imkanının daha az olmasıdır. Aynı zamanda yetişkin şahsın bağlanarak saldırgan hayvanın önüne bırakılması durumunda, Ebû Yusuf'un faile ömür boyu hapis cezası uygulanacağını belirtmesinde⁷⁴⁵, bağlı olan şahsın kendisini korumaktan aciz olmasının etkili olduğu kanaatindeyiz. Diğer taraftan, bir evde saldırgan hayvan ile baş başa bırakılan yetişkinin kendisini ne derece koruyacağı tartışmaya açıktır. Ancak Hanefî hukukçuları ittifakla, bu eylemi icra eden failin kısâs cezası veya diyet ödemekle sorumlu tutulmadığını belirtmiştir.

Hayvanların öldürme vasıtası olarak kullanıldığı farklı bir eylem şekli, herhangi bir kimsenin üzerine zehirli hayvan atarak ölümüne sebebiyet vermektir. Böyle bir eylemde, failin diyet ödeme sorumluluğunun bulunduğu belirtilmiştir. Akrep veya yılan gibi zehirli bir hayvanı kişinin üzerine atma hareketiyle ölüm neticesi arasına hayvanın kişiyi sokarak zehirlenmesinin girmesi, atma hareketiyle netice arasındaki sebebiyet alakasını kesmemektedir. Akrep veya yılanın sokması; kazılan kuyuya doğru bir kimsenin yürümesine benzetilmiştir. Kişinin kuyuya doğru yürüme fiili, kuyuyu kazan şahsın tessebbüben sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı gibi, akrep veya yılan gibi hayvanların kişiyi sokarak öldürmesi de, bu tür zehirli hayvanları maktûlün üzerine atan failin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır⁷⁴⁶.

Hanefî eserlerinde, bir kimsenin üzerine zehirli bir hayvanı atma fiilinde, hayvanın kişiyi sokma hareketinin failin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı belirtilmiş olmakla birlikte, hayvanın atılma vakti ve atıldığı yer failin sorumluluğunu etkilemektedir. Örneğin, bir kimse üzerine düşen akrep veya yılanı üstünden savuşturmak isterken (دفعها عن نفسه) başka birinin üzerine attığında, zehirli hayvanın diğer kimseyi öldürmesi durumunda, sadece zehirlenme eyleminin atılma anında olması halinde (ان لسعته مع سقوطها فوراً), zehirli hayvanı üzerinden savuşturan

⁷⁴⁴ El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 6.

⁷⁴⁵ Bağdâdî, s. 190; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 6; Haskefî, VI, 544.

⁷⁴⁶ Serahsî, XXVII, 5.

kişi diyet 6demek zorunda kalmaktadır. Atıldıktan belli bir zaman sonra hayvanın diğer kişiyi sokması halinde ise, onu 6st6nden savuşturan kişinin tazm6n sorumluluğu bulunmamaktadır⁷⁴⁷. Aynı şekilde, yola atılan akrep veya yılan gibi hayvanların atıldığı yerde bir kimseyi zehirlemesi durumunda o hayvanları yola atan fail diyetle sorumlu tutulmaktadır. Ancak zehirli hayvan, atılmış olduğu yerden farklı bir noktaya hareket ettikten sonra birini zehirleyecek olursa, hayvanı yola atan kimsenin tazm6n sorumluluğu s6z konusu deđildir⁷⁴⁸.

Hanefi mezhebinde hayvanların 6ld6rme aracı olarak kullanıldığı eylemler incelendiğinde, hukuk6uların vardığı h6k6mler ilk bakışta şaşırtıcı gelebilmektedir. 6rneğin, bir kimseyi saldırgan bir hayvanla aynı yere kapatarak 6l6m6ne neden olan fail diyetle sorumlu tutulmazken; yola bir akrep atarak herhangi bir kimsenin o akrep tarafından zehirlenerek 6l6m6ne neden olan fail ise diyetten sorumlu olmaktadır. Kanaatimize g6re, b6t6n bu eylemlerde hukuk6uların m6b6şeret-tesebb6b ayrımı 6zerinde 6nemle durdukları, ceza6 mesuliyeti belirlerken failin doğrudan neticeyle olan ilişkisine yoğunlaştıkları ve 6l6m neticesini son hareketle ilişkilendirdikleri g6r6lmektedir. Yola atılan akrep yer değiştirdikten sonra birini zehirleyecek olsa, onu yola atan kimsenin sorumluluğu bulunmamaktadır. Zehirli hayvanın yerini değiştirme hareketi, failin 6l6m neticesiyle doğrudan ilişkisini kesmektedir. Diğer taraftan, saldırgan hayvanla aynı yere kapatılan kimse, yola bırakılan veya 6zerine atılan akrebin zehirlemesine maruz kalan kişiyle kıyaslandığında daha zor durumda g6z6kmektedir. Ancak bir kimseyi saldırgan hayvanla aynı yere kapatarak 6ld6ren fail diyetle sorumlu tutulmamaktadır. Metinlerden anlaşıldığı kadarıyla bunun gerek6esi, saldırgan hayvanın 6ld6rme fiiliyle failin makt6l6 odaya kapatma eylemi arasında, diğer eylemlerde olduğu kadar doğrudan bir ilişkinin s6z konusu olmamasıdır. Hukuk6ulara g6re bu eylemlerde, şahsı hayvanla başbaşa bırakan failin eylemiyle 6l6m neticesi arasındaki ilişkiyi, hayvanın 6ld6r6c6 hareketinin keştiği anlaşılmaktadır. Buna paralel şekilde, birinin zehirli akrep veya yılanlarla aynı yere kapatıldıktan sonra hayvanlar tarafından sokulması durumunda, fail diyetten sorumlu olmamaktadır.

⁷⁴⁷ Haskefi, VI, 559.

⁷⁴⁸ K6s6ni, VII, 273; Bağd6di, s. 191; İbn 'Abid6n, VI, 559.

b-Diğer Mezheplerde

Hayvanların vasıta olarak kullanıldığı öldürme eylemleri hakkında, Hanefî doktrininden farklı hükümlere yer veren diğer mezheplerde zaman zaman mübâşeret-tesebbüb ayırımına rastlanabilmektedir.

Şâfi'î mezhebinde, hayvanların vasıta olarak kullanıldığı öldürme eylemlerini iki kısımda tahlil edebiliriz. Birinci kısımda zehirli hayvanlarla gerçekleştirilen öldürme eylemlerini incelemek istiyoruz. Şâfi'î mezhebinde, örneğin, üzerine zehirli yılan veya akrep atarak herhangi bir kimsenin öldürülmesi, *diyet yaptırımı* gerektirmemektedir. Aynı şekilde, bir kimseyi bağlayarak akrep ve yılanların bulunduğu yere bırakıp hayvanlar tarafından zehirlenerek öldürülmesine neden olan fail, *kısâs veya diyetten* sorumlu tutulmamaktadır. Zira bu eylemlerde fail, hayvanları mağdûru sokması için zorlamış değildir. Gerçekte hayvanlar, kendi ihtiyârlarıyla o kişiyi öldürmüşlerdir (لم يلجنها إلى قتله بل هي قتلته باختيارها فهو كالممسك مع) (القاتل). Burada fail, birisi tarafından öldürülmek istenen mağdûru tutan kişiye benzetilmiştir. Maktûlün bırakılmış olduğu yerin geniş veya dar bir alan olmasının da hüküm üzerinde etkisi bulunmamaktadır⁷⁴⁹. Diğer taraftan, akrep veya yılan gibi öldürücü nitelikte zehirli hayvana bizzat zehirlettirerek (أنهشه حية أو ألدغه عقربا) birinin öldürülmesine sebep olan fail, 'amden öldürmeden sorumlu tutulmaktadır. Şayet, bu hayvanların zehri öldürücü değilse, bu eylem *şibh-i 'amd* olarak kabul edilmektedir⁷⁵⁰.

Şâfi'î mezhebinde zehirli hayvanlarla gerçekleştirilen eylemler farklı açılardan değerlendirilmektedir. Faile ölüm cezası verilen eylemlerde, öldürülmek istenen kimsenin zehirli hayvanlar tarafından bizzat zehirlettirilerek öldürülmesinin ne şekilde gerçekleştirileceği metinlerde izah edilmemiştir. Böyle bir eylemde fail, zehirli hayvanı eliyle tutarak mağdûrun derisine hayvanın zehrinin bizzat temas etmesini sağlayabilir. Bu hareket, ölüm neticesinde daha etkili gözükmektedir. Ancak faile diyet yaptırımının dahi uygulanmadığı, birinin üzerine zehirli bir hayvanın atılması veya bağlı olarak zehirli hayvanların bulunduğu yere bırakılarak

⁷⁴⁹ Şâfi, VI, 46; Ensârî, IV, 9-10; Heytemî, VIII, 391-392.

⁷⁵⁰ Şâfi, VI, 46; Ensârî, IV, 9-10; Heytemî, VIII, 391-392.

öldürülmesi eylemleriyle, faile kısıs cezasının uygulandığı eylemler arasında önemli derecede yaptırım farkının olması tam olarak anlaşılamamaktadır. Özellikle bağlı olarak zehirli hayvanların bulunduğu yere bırakılan mağdûrun öldürülmesinde, kanaatimizce ölüm neticesinde etkili bir hareket icra edilmekte ve failde öldürme kastı bulunmaktadır. Kanaatimize göre, bu eylemlerde failin kastından ziyade eylemin icra şekli ön plana çıkarılmış, mübâşeret-tesebbüb ayırımına göre hüküm verilmiştir. Bağlı olarak zehirli hayvanların bulunduğu yere bırakılan kimsenin ölümünde failin bırakma eylemi ölüm neticesine sebep olmaktadır; ancak hayvanların zehirlemesi, mağdûr üzerinde doğrudan gerçekleşen eylemdir ve ölüm neticesinde asıl belirleyici olan hususun bu olduğu kabul edilmiştir. Bu eylemlerde, hayvanların kendi ihtiyarlarıyla öldürme eylemini gerçekleştirdiklerine vurgu yapılmış; kısıs cezasının uygulandığı eylemlerden farklı olarak bu tür eylemlerde, failin hayvanları ölüm neticesine zorlayıcı bir hareketinin olmadığı belirtilmiştir⁷⁵¹.

Zehirli hayvanlarla gerçekleştirilen eylemlerde, Hanefî doktrinde olduğu gibi, Şâfi'î ekolünde de mübâşeret-tesebbüb ayırımının etkili olduğu; ancak her iki hukuk ekolünde farklı hükümlere varıldığı görülmektedir. Örneğin, Hanefî doktrinde birinin üzerine zehirli hayvan atılarak öldürülmesinden dolayı diyet yaptırımı uygulanırken⁷⁵², Şâfi'î mezhebinde bu yaptırım söz konusu olmamaktadır⁷⁵³. Diğer taraftan, mağdûrun hayvanlar tarafından bizzat zehirletirilmesi halinde, Şâfi'î mezhebinde kısıs yaptırımı uygulanmaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Hanefî doktrinde ise hayvanların vasıta kılındığı öldürme eylemlerinden dolayı kısıs cezası uygulanmamaktadır.

Hayvanların öldürme vasıtası olarak kullanıldığı eylemlerin ikinci kısmında, *saldırgan hayvanlarla* gerçekleştirilen öldürme fiillerini inceleyeceğiz. Şâfi'î mezhebinde bu eylemlerin bir kısmında faile *kısıs cezası* tatbik edilirken, bir kısmında ise bu ceza uygulanmamaktadır. Faile *kısıs cezasının* uygulandığı eylemler şunlardır: Mağdûru kaplan, aslan veya kurt gibi yırtıcı hayvanlar için hedef hâline getirerek öldürülmesine sebep olan (*لو عرضه لافتراس سبع يقتل غالبا كالأسد والنمر والذئب*)

⁷⁵¹ Şâfi, VI, 46; Ensârî, IV, 9-10; Heytemî, VIII, 391-392.

⁷⁵² Serahsî, XXVII, 5.

⁷⁵³ Şâfi, VI, 46; Ensârî, IV, 9-10; Heytemî, VIII, 391-392.

(وهدفه له حتى صار السبع كالمضطر إلى قتله) faile *kısâs cezası* uygulanmaktadır⁷⁵⁴. Aynı şekilde, bir kimseyi tutarak saldırgan, yırtıcı bir hayvanın hücumuna maruz bırakan faile *kısâs cezası* verilmektedir⁷⁵⁵. Ayrıca, bir kimseyi dar bir yerde yırtıcı bir hayvanla baş başa bırakarak ölümüne sebebiyet verme, '*amden öldürme* olarak kabul edilmektedir⁷⁵⁶.

Şâfiî mezhebinde saldırgan hayvanlarla gerçekleştirilen ve faile *kısâs* cezasının uygulanmadığı eylemler şunlardır: Bir kimsenin üzerine doğru, yılan, aslan, köpek, tilki gibi bir hayvanı salan fail bu hayvanların neden olduğu öldürme fiilleri dolayısıyla *kısâs veya diyetten* sorumlu tutulamaz. Zira bu hayvanların bir kısmı insandan kaçmakta, bir kısmından ise kişinin kendisi kaçarak kurtulmaktadır. Yılan gibi genelde öldürmeyen bir hayvanı veya yırtıcı hayvanı geniş çölde kişinin üzerine salan veya saldırgan hayvanların yaşadığı bir yerde veya geniş bir alanda onların önüne, herhangi bir kimseyi bağlı veya bağlanmamış olarak bırakan fail için *kısâs cezası veya diyet ödeme sorumluluğu* bulunmamaktadır. Bu tür eylemlerde, maktûlün yaşının küçük olması halinde, failin diyet ödeme sorumluluğu bulunmaktadır. Diğer taraftan, yaşça küçük olanların dar alanda veya bir kuyunun içinde, yırtıcı hayvanla baş başa bırakılarak öldürülmesi halinde, faile *kısâs cezası* uygulanmaktadır⁷⁵⁷.

Şâfiî mezhebiyle ilgili yukarıda yer verilen ve faile *kısâs* cezasının uygulanmadığı birçok örnek, Hanbelî mezhebinde '*amd* kapsamında değerlendirilmektedir. İbn Kudâme (620/1223), hayvanların vasıta olarak kullanıldığı eylemlerde Şâfiî hukukçularının verdiği birtakım hükümleri eleştirirken, örneğin, eli bağlı olarak yırtıcı bir aslanın önüne bırakılan bir insandan, aslan gibi yırtıcı bir hayvanın korkup kaçmasını beklemenin imkansız olduğunu ifade etmekte ve böyle bir eylemin '*amd kapsamında* yer alacağını belirtmektedir. Aynı şekilde dar bir yerde yılanların yanına bırakılan kişiden yılanların korkarak kaçmasından ziyade, bu

⁷⁵⁴ Ensârî, IV, 9-10.

⁷⁵⁵ Şirbînî, V, 220; Heytemî, VIII, 386-387; Remlî, VII, 257; Ensârî, IV, 6.

⁷⁵⁶ Ensârî, IV, 9-10; Heytemî, VIII, 386-387.

⁷⁵⁷ Şâfiî, VI, 46; Ensârî, IV, 9-10.

hayvanların insanı sokarak kendisini savunmasının bekleneceğini, dolayısıyla böyle bir eylemin de '*amd*' türüne dahil olduğunu ifade etmiştir⁷⁵⁸.

Hanbelî mezhebinde, bir kimseyi aslan veya kaplanların bulunduğu bir yere bırakarak bu hayvanlar tarafından öldürülmesine neden olan fail, '*amden öldürmeden*' sorumlu tutulmaktadır. Bağlanmış bir kimsenin açık bir alanda yırtıcı hayvanların önüne bırakılarak veya dar alanda yılanlarla birlikte bırakılarak öldürülmesi '*amden öldürme*' kabul edilmektedir. Bir kimseyi tutarak, onun genelde öldürücü nitelikte zehri bulunan akrep veya yılan tarafından ısırılarak (أنهشه حية أو ألدغه عقرباً) ölümüne neden olan fail, '*amden öldürmeden*' sorumlu tutulmaktadır. Şayet, bu hayvanların zehri genelde öldürücü değilse, bu hususta Hanbelî mezhebinde iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisinde bu eylem *şibh-i 'amd*' kabul edilmektedir. Diğerinde ise bu fiil '*amd* kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁵⁹.

Hayvanların vasıta olarak kullanıldığı öldürme eylemlerinde failin cezaî sorumluluğu noktasında, Mâlikî mezhebinin Hanbelî mezhebine yakın görüşler benimsediği görülmektedir. Örneğin, bir kimsenin üzerine yılan atarak o şahsın hayvan tarafından zehirlenerek ölmesine sebebiyet veren faile, Mâlikî ekolünde *ölüm cezası* verilmektedir⁷⁶⁰.

Hayvanların vasıta olarak kullanıldığı öldürme fiilleriyle ilgili olarak Hanbelî ve Mâlikî mezhebinin mübâşeret-tesebbüb ayrımına itibar etmediği görülmektedir. Şâfiî mezhebinde ise, bu ayrımın etkisinin olduğu anlaşılmaktadır.

B- Kusurluluk Açısından Tesebbüben Öldürme Eylemleri

Haneî doktrininde, bazı öldürme türlerinde birtakım örnekler ön plana çıkmaktadır. Örneğin, uyku halinde öldürme eylemi, hata yerine geçen öldürme türünde tipik örnek konumundadır. Aynı şekilde kuyu kazarak ölüme sebebiyet verme, tesebbüben öldürme türünde öne çıkan örnektir. Bu nedenle, tesebbüben

⁷⁵⁸ İbn Kudâme, VIII, 211.

⁷⁵⁹ Merdâvî, IX, 437-438; Buhûtî, *Şerh*, III, 255; İbn Kudâme, VIII, 211.

⁷⁶⁰ Haraşî, VIII, 9; Desûkî, IV, 244.

öldürme türünde failin kusurluluğu, failin kazdığı kuyunun ölüme sebebiyet vermesi bağlamında, hukukî görüşler ışığında tespit edilmeye çalışılacaktır.

Hanefî metinlerinde, tesebbüben öldürme eylemlerinin 'amd ve hata türlerinden farklı olduğu belirtilmiş (القتل العمد بهذا الطريق لا يتحقق فكذلك الخطأ)⁷⁶¹, bu fiillerden dolayı failin sorumluluğu diğer öldürme türlerinden farklı değerlendirmeye tabi kılınmıştır⁷⁶². Hukukçular, örneğin, kuyu kazarak ölüme sebebiyet vermede, failin sorumluluğunu hata ile öldürme eylemini gerçekleştiren şahsın sorumluluğundan daha aşağı derecede (دون المخطئ) kabul etmiştir. Bunun gerekçesi olarak, kuyuyu kazan failin fiilinin toprak parçasıyla ilişkili olduğu, hata ile öldürmede ise failin eyleminin maktûlle ilişkili bulunduğu belirtilmiştir (فعل المخطئ) (اتصل بالمتلف وفعل الحافر اتصل بالأرض)⁷⁶³. Kuyu kazarak ölüme sebebiyet verme, gerçek anlamda öldürme eylemi olarak kabul edilmediğinden, kuyuyu kazan şahsın kâtil olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir. Zira bir kimse kuyuya düşmeden önce orayı kazan failin ölmüş olması ihtimal dahilindedir. Bu durumda, ölen bir kimsenin kâtil olarak vasıflandırılmasının imkansız olduğu vurgulanmıştır⁷⁶⁴.

Kusurluluk açısından en alt derecede kabul edilen tesebbüben öldürme eylemlerinde, kefâret ödeme, miras ve vasiyetten mahrumiyet gibi ek yaptırımlar tatbik edilmemektedir. Bunun gerekçeleri eserlerde farklı kavramlarla izah edilmiştir.

Serahsî (483/1090), kuyu kazarak birinin ölümüne sebebiyet veren failin eylemini doğrudan icra etmemesi sebebiyle kefâret ödemesinin gerekmediğini belirtmiştir⁷⁶⁵. Tesebbüben öldürme fiillerinde mirastan mahrumiyet yaptırımı da uygulanmamaktadır. Mirastan mahrumiyet cezasının uygulanma nedeni, failin mirasa bir an önce ulaşma maksadıyla mûrisini öldürme ihtimalidir. Bu husus, 'amd türünde açıkça anlaşılmaktadır. Hata ile işlenen fiillerde ise, failin öldürme kastı bulunmakla birlikte, eylemde *hata ile hareket ediyor* izlenimi vermesinin ihtimal dahilinde

⁷⁶¹ Bu metinler göz önüne alındığında, 'Udeh'in failin öldürme kastıyla gerçekleştirdiği tesebbüben öldürme eylemlerinin Ebû Hanîfe'ye (150/767) göre 'amd kapsamında değerlendirildiği şeklindeki görüşünün Hanefî mezhebinin bakış açısını yansıtmadığı görülmektedir ('Udeh, II, 38-39). Zira Hanefî doktrininde tesebbüben öldürme 'amd türünden farklı bir öldürme türü olarak yer almaktadır.

⁷⁶² Serahsî, XXVII, 14-15; Kâsânî, VII, 274-275.

⁷⁶³ Serahsî, XXVII, 14-15; Kâsânî, VII, 274-275.

⁷⁶⁴ Serahsî, XXVII, 6.

⁷⁶⁵ Serahsî, XXVII, 14-15; Kâsânî, VII, 274-275.

olmasıdır (أن يكون الخطأ أظهر من نفسه وهو قاصد إلى ذلك). Yolda kazılan kuyunun ölüme sebebiyet vermesinde ise, zikredilen hususlar söz konusu olmadığından faile mirastan mahrumiyet yaptırımı uygulanmamaktadır⁷⁶⁶.

Kâsânî (587/1191), kuyu kazarak ölüme sebebiyet veren failin kefâret ödeme ve mirastan mahrumiyetle cezalandırılmamasını şöyle açıklamıştır: Buna göre, kuyu kazarak ölüme sebebiyet verme, gerçek anlamda bir öldürme eylemi değildir; ancak diyet ödeme söz konusu olduğunda öldürme eylemi olarak kabul edilmektedir. Kuyu kazarak ölüme sebebiyet verme, gerçek anlamda bir öldürme eylemi olmadığından, fail kefâret ödeme yaptırımından muaf tutulmuştur. Zira örneğin, hata ile öldürmede kefâret ödemenin mantığı şöyle açıklanabilir: Fail, bir insanı öldürmesine rağmen kısâs cezasından kurtulmaktadır. Bundan dolayı, hayatta kalma nimetine şükür olarak, faile kefâret ödeme sorumluluğu yüklenmektedir. Ancak bu yaptırım, failin tam anlamıyla bir öldürme eylemini gerçekleştirmesi halinde uygulanır. Oysa tesebbüben öldürme, tam anlamıyla bir öldürme eylemi olarak kabul edilmediğinden failin kefâret ödeme sorumluluğu bulunmamaktadır. Aynı gerekçeyle, faile miras ve vasiyetten mahrumiyet yaptırımı da uygulanmaz⁷⁶⁷.

Mevsîlî (683/1284), mirasçısının kuyuya düşeceğini bilmeyeceği için failin mirastan mahrumiyet cezasına çarptırılmayacağını; hata ile öldürme eyleminde ise, failin öldürme kastıyla hareket etmesinin ihtimal dahilinde olduğundan, failin mirastan yoksun kılma yaptırımına tabi tutulacağını ileri sürmüştür⁷⁶⁸.

Tesebbüben öldürme eylemlerinden dolayı fail kefâret ödeme ve mirastan mahrumiyet gibi ek yaptırımlara maruz kalmamaktadır. Diğer taraftan, hata ile öldürme eylemini icra eden fail ise kefâret ödeme ve mirastan mahrumiyet yaptırımına tabi tutulmaktadır. Bu yaptırımlar, ilk başta hata ile öldürme eyleminde failin kusurluluğunun cezalandırıldığını göstermektedir. Kusur yeteneği olmayan küçüklerin ve akıl hastası şahısların, icra ettikleri öldürme eylemleri dolayısıyla

⁷⁶⁶ Serahsî, XXVII, 6.

⁷⁶⁷ Kâsânî, VII, 274-5.

⁷⁶⁸ Mevsîlî, s. 505.

kefâret ödeme ve mirastan yoksun kılma yaptırımıyla mesul olmaması da, bu hükümle paralellik arz etmektedir⁷⁶⁹.

Küçüklerin ve akıl hastası olan kimselerin, öldürme suçu dolayısıyla ek yaptırımlara tabi tutulmaması şu şekilde açıklanmıştır. Öldürme suçunda failin sorumlu tutulduğu ek yaptırımlar, hukuk sistemi tarafından yasaklanmış öldürme fiilinin cezasıdır (جزاء قتل محظور). Herhangi bir yasağın ihlâlinin hata kapsamında değerlendirilmesi, ancak dinî emirlerle mükellef akıl sahibi insanlar tarafından icra edildiğinde söz konusu olmaktadır. Diğer taraftan kusur yeteneği bulunmadığından küçüklerin fiilleri, hata ile nitelendirilemez (فعل الصبي لا يوصف بذلك فالخطأ شرعاً بينى على) (الخطاب)⁷⁷⁰ Bu nedenle onların öldürme suçunda ek yaptırımlarla sorumlu tutulmasının dayanağı kalmamaktadır.

Yukarıda yer verilen görüşler ilk bakışta, Hanefî doktrininde ek yaptırımların kusurluluğa yani manevî unsura göre belirlendiği izlenimini doğurmaktadır. Ancak meselenin böyle olmadığı, ek yaptırımların uygulanmasında failin kusurluluğunun yani manevî unsurun değil; mübâşeret-tesebbüb ayrımının yani maddî unsurun etkili olduğu daha önce hata yerine geçen öldürme türünde ek yaptırımların uygulanma gerekçesi anlatılırken ifade edilmiştir⁷⁷¹. Buna rağmen hukukçuların kuyu kazarak ölüme sebebiyet verme eylemini temel alarak, ek yaptırımların uygulanmama gerekçesini failin kusurluluğunun azlığıyla açıklaması, tesebbübten öldürme hakkında kısmî bir izah olarak düşünülebilir. Zira failin sorumluluğunun hata ile öldürme türünden daha aşağı derecede kabul edilerek ek yaptırımlardan muaf tutulması, *failin öldürme kastı bulunmaksızın* yolda kuyu kazarak veya yola taş bırakarak ölüme sebebiyet verdiği tesebbübten öldürme eylemleri için isabetli görülebilir. Ancak yalan tanıklık sonucu ölüme sebebiyet verme gibi failin *öldürme kastının bulunduğu* tesebbübten öldürme fiillerinde ek yaptırımların uygulanmaması, kusurluluğa dair kavramlarla izah edilemez. Bunun

⁷⁶⁹ Cessâs, *Ahkâm*, I, 54; El-Fetâvâ'l-Hindiyye, VI, 4.

⁷⁷⁰ Serahsî, XXVII, 6.

⁷⁷¹ Bkz. s. 165-169.

gerekçesi, daha önce vurgulandığı üzere, tanıkların öldürme eylemini doğrudan icra etmemeleridir⁷⁷².

Hanefî doktrinde öldürme eylemine uygulanan yaptırımların gerekçesi olarak kusurluluğa dayalı izahların kısmî kalmasında en önemli etken, mezhepte maddî unsurun etkili olmasıdır. Maddî unsurun etkili olması, özellikle, şekli benzerliklere dayalı mukayeseleri ön plana çıkarmıştır. Tesebbüben öldürme kapsamında manevî unsur açısından farklı; eylem şekli açısından benzer (tesebbüben icra edilen) fiillerin yer alması bunu göstermektedir. Cezaî mesuliyetin izahında da, manevî unsur açısından farklılık arz eden eylemler, şekli benzerlikler yoluyla mukayese edilmektedir. Örneğin, yalan tanıklık sonucu ölüme sebebiyet verme, hakim kendi mûrisini kısâsla cezalandırmasına benzetilmiştir. Mûrisini kısâs ile cezalandıran hakim, mirastan yoksun kılma cezasına çarptırılmamaktadır. Zira hakim, kısâs cezasına karar vermekle kâtil sıfatını kazanmamaktadır. Buna kıyasla yalan beyanda bulunarak birinin ölümün neden olan tanıkların da, aynı şekilde mirastan mahrumiyet cezasına çarptırılmayacağı belirtilmiştir⁷⁷³. Ancak mahkemede hüküm vererek bir kimsenin ölümüne neden olan hakim durumuyla yalan tanıklık sonucu bir kimsenin ölümüne neden olan failin mukayese edilmesi, Hanefî hukukçularının *eylemlerin benzerliğinden hareketle mesuliyeti tayin ettiklerini* göstermektedir. Gerçekte her iki eylem arasında önemli farklar bulunmaktadır. Hakimin ölüm kararını vermesi, görevin ifasıyken tanıkların yalan beyanda bulunarak ölüm neticesine sebebiyet vermeleri haksız fiildir.

C-Tesebbüben Öldürme ve Son Şart Teorisi

Son şart teorisi, sebebiyet alakası konusunda son sebebe itibar eden bir nazariyedir. Modern hukukta, Yargıtay'ın birçok kararında bu teoriyi benimsediği ifade edilmiştir⁷⁷⁴. 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 fiil girmesine itibarla failin silahı bırakma fiili ile ölüm neticesi arasında bir

⁷⁷² Bkz. s. 165-169.

⁷⁷³ Serahsî, XXVII, 6-7.

⁷⁷⁴ Dönmezer/Erman, I, 487.

sebebiyet alakası kurulmamaktadır⁷⁷⁵. Aynı şekilde, Yargıtay, başboş bırakılmış olan köpeğin bir şahsı ısırması neticesiyle başboş bırakma fiili arasında illiyet bağının olmadığına karar vermiştir⁷⁷⁶.

Yukarıdaki paragrafta yer alan son örnekle ilgili modern hukukta varılan hükmün benzerini, Hanefî mezhebinde de görmekteyiz. Hanefî metinlerinde, kendisine ait bir köpeği salıveren failin o hayvanın cana veya mala vermiş olduğu zararı tazmînle yükümlü olmadığı ifade edilmiştir⁷⁷⁷.

Yukarıda yer verilen örneklerde, iki farklı hukuk sisteminin, son şart teorisini uygulamak suretiyle mesuliyetin tespitinde benzer sonuçlara vardığı görülmektedir. Ancak Hanefî mezhebinde tesebbüben öldürme türünde bazı örneklerde, mesuliyetin tespitinde son şart teorisi uygulanırken manevî unsur ikinci planda kalmakta ve günümüz hukukundan tamamıyla farklı sonuçlara ulaşılmaktadır.

Failin *öldürme kastıyla* gerçekleştirdiği birçok tesebbüben öldürme eyleminde, failin eylemi olmasaydı ölüm neticesi gerçekleşmeyecekti denilecek nitelikte failin fiiliyle netice arasında kesin bir illiyet bağı bulunmaktadır. Ancak bu eylemlerde failin öldürme fiilini maktûlün bedenine yönelik doğrudan icra etmediği gerekçesiyle, fail kısıs cezasından hatta diyet yaptırımından muaf tutulmaktadır. Bu noktada, modern hukukta son şart teorisinin zafiyetine vurgu yapan eleştirilere yer verme ihtiyacı doğmaktadır.

Modern hukuk doktrininde, 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 edebilir. Ayrıca sebeplerin hangisinin dolaylı hangisinin doğrudan etkili olduğunu tespit etmenin zor olduğu ifade edilmiştir. Bu teoriye göre, önceki sebebi ortaya koyan kimse, sorumluluktan

⁷⁷⁵ Kunter, s. 177; Dönmezer/Erman, I, 487.

⁷⁷⁶ Kunter, s. 177.

⁷⁷⁷ Tahâvî, *Muhatasar*, s. 251; Haskefi, VI, 607.

tamamıyla kurtulmaktadır. Oysa sebeplerin bütünü bir arada doğru bir şekilde tetkik etmeden sadece sonuncusuna değer vermek isabetli görülmemektedir⁷⁷⁸.

Hanefî mezhebinde manevî unsurun ihmal edilerek mesuliyetin, neticeye doğrudan sebebiyet veren son koşula göre belirlendiği bazı örnekler göz önüne alındığında, modern hukukta son şart teorisi hakkında getirilen bu eleştirilere katılmaktayız.

D-Tesebbüben Öldürmenin Maddî ve Manevî Unsurları

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, hata yerine geçen öldürme gibi, tesebbüben öldürme de Hanefî eserlerinde tanımlanmamıştır. Bu nedenle, bu kısımda yer alan eylemleri genel olarak analiz ettikten sonra, maddî ve manevî unsurların tespitininin isabetli olacağı kanaatine varılmıştır.

Tesebbüben öldürme suçunda genel maddî unsurların dışında ayırt edici maddî unsur, eylemin tesebbüben gerçekleştirilmesidir. Bu sınıfta yer alan eylemlerde, failin mağdûrun bedenine yönelik doğrudan hareketle eylemini gerçekleştirmemiş olması gerekmektedir. Şayet eylem, mağdûrun vücuduna yönelik doğrudan hareketle icra edilirse (mübâşereten), bu tesebbüben öldürme olarak nitelendirilemez.

Tesebbüben öldürme türünde manevî unsur, diğer öldürme türlerinde olduğu gibi taksirden kasta kadar farklılıklar gösterebilmektedir. Yolda kuyu kazarak veya taş bırakarak birinin ölümüne sebebiyet verme eylemlerinde, failin *öldürme kastı* mevcut değilse, bu tür eylemlerde failin kusurluluğu taksirin hafif şeklini oluşturmaktadır. Aslında, failin yolda kuyu kazarak birini *öldürmek istemesi* imkan dahilindedir. Ancak Hanefî hukukçuları, diğer mezheplerin aksine⁷⁷⁹, ayrıntılara girmeksizin kazılan kuyunun ölümüne sebebiyet vermesini tesebbüben öldürme kapsamında değerlendirmiştir. Diğer taraftan, yalan tanıklık yaparak, zehirleyerek veya aç-susuz bırakarak öldürme eylemlerinde ise fail *doğrudan kastla öldürme* hareketini icra etmektedir.

⁷⁷⁸ Dönmezer/Erman, I, 486-487.

⁷⁷⁹ Bkz. s. 178-179.

E-Değerlendirme

Tesebbüben öldürme, İslam hukuk ekolleri içinde, farklı bir öldürme türü olarak sadece Hanefî mezhebinde yer almaktadır. Mezhebin ilk dönem metinlerinde görülmeyen tesebbüben öldürme, ayrı bir tür olarak ilk defa Cessâs'ın eserinde zikredilmiştir. Daha sonra Kudûrî tarafından bu öldürme türünün isimlendirilmesi yapılmıştır. Ancak bu öldürme sınıfında yer alan fiillerin mesuliyet açısından farklılığına ilk dönem metinlerinden itibaren işaret edilmiştir. Sonraki eserlerde bu farklılık, ayrı bir öldürme türü olarak ortaya çıkmıştır.

İlk dönem metinlerinde, tesebbüben öldürme kapsamında kuyu kazarak veya yola taş bırakarak birinin ölümüne sebebiyet verme şeklinde birtakım örneklerle yer verildiği görülmektedir. Sonraki eserlerde, tesebbüben öldürmenin kapsamına farklı birtakım eylemlerin dahil edildiği görülmektedir. Tesebbüben öldürme kapsamında yer alan bütün bu eylemler incelendiğinde maddî unsur açısından benzerlik göstermekle birlikte (eylemlerin hepsi tesebbüben icra edilmektedir), manevî unsur açısından aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

SONUÇ

Bu tezde, Hicrî 4-9. asırlar Hanefî furû fıkıh literatürü özelinde öldürme suçunun maddî ve manevî unsurlarıyla ilgili kavramların gelişimi ele alınmış; çalışmada modern hukuk ve modern İslam hukuku eserlerinden yararlanıldığı gibi makul ölçüler içinde modern hukuk metodundan da istifade edilmiştir. Bunun yanında Hanefî doktrininde maddî ve manevî unsurların daha iyi anlaşılması için modern hukuk doktrininde ve diğer mezhep metinlerinde maddî ve manevî unsurlarla mukayeseler yapmaya gayret edilmiştir.

Herhangi bir eylemin suç niteliği kazanabilmesi için bulunması gerekli temel yapıtaşları suçun unsurlarını oluşturmaktadır. Suçun unsurlarının sayısı ve bunlara ilişkin kavramlar hususunda günümüz Türk ceza hukuk doktrininde farklı değerlendirmeler olmakla birlikte maddî ve manevî unsur, bunların içinde ön plana çıkmaktadır. Maddî unsur, suç eylemini, suçun dış dünyaya yansıyan yönünü ifade ederken; manevî unsur, failin iç dünyası, suçu işleme iradesiyle ilgili bir husustur. Günümüz hukukunda maddî ve manevî unsur, ağırlık derecesine göre çeşitli kısımlara ayrılan öldürme türlerinde ayrı ayrı analiz edilmektedir.

Modern hukukta kamu hukuku karakterine sahip öldürme suçundan farklı olarak İslam hukukunda öldürme suçunun haksız fiil olarak telakki edildiği yorumları yapılmıştır. Mağdûr yakınlarına kısısı af yetkisinin verilmesi, birçok öldürme eyleminden dolayı failin diyet ödeme yaptırımıyla sorumlu tutulması, diyet ödemeye âkilenin iştiraki gibi birtakım hususlar bu kanaati destekler mahiyettedir. Diğer taraftan, öldürme suçunda kısıs cezasının uygulanması, kefarete ödeme, miras ve vasiyetten mahrumiyet yaptırımları, tazîr cezasının uygulanması gibi birtakım hususlar, öldürme eylemlerinin suç olarak değerlendirildiğini göstermektedir. Ayrıca İslam hukukunda öldürme suçu, günümüz hukukunda olduğu gibi, failin mesuliyetine göre çeşitli türlere ayrılarak incelenmiştir.

İlk dönem Hanefî metinleriyle Şâfi'î ve Hanbelî mezhebinde yer verilen ve modern hukukta mevcut öldürme türlerine benzerlik arz eden üç öldürme türü; 'amden öldürme, şibh-i 'amd yoluyla öldürme ve hata ile öldürmedir. Sonraki Hanefî

eserlerinde, bu üç sınıfa hata yerine geçen öldürme ve tesebbüben öldürme türleri eklenerek öldürme eylemleri beşli tasnife tabi tutulmuştur. Mâlikî mezhebinde ise sadece 'amden öldürme ve hata ile öldürme yer almaktadır.

Hanefî hukukçuları, 'amd ve şibh-i 'amd türlerini birlikte incelemişlerdir. Ebû Hanîfe'ye göre kesici veya delici bir aletle vurma kastı 'amdi; kesici veya delici olmayan aletlerle vurma kastı ise şibh-i 'amdi ifade etmektedir. İmâameyn ise öldürücü vasıtalarla vurma kastıyla icra edilen öldürme eylemlerini 'amd kapsamında kabul ederken, öldürücü olmayan vasıtalarla vurma kastıyla gerçekleştirilen öldürme eylemlerini şibh-i 'amd kapsamına dahil etmişlerdir.

Hanefî hukukçularının 'amd ve şibh-i 'amd konusundaki değerlendirmeleri, Hanefî doktrininde eylemde kullanılan aletin niteliğinin bir unsur olarak kabul edildiğini göstermektedir. Ayrıca eylemin icra şekli de, kanaatimize göre, bir unsur olarak yer almaktadır. Zira mağdurun bedenine yönelik doğrudan icra edilmeyen, dolaylı yollardan ölüm neticesine sebep olan eylemler, tesebbüben öldürme kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla tesebbüben öldürme dışındaki öldürme türlerinde failin eylemini mağdurun bedenine yönelik doğrudan icra etmesi, yani mübâşeret bir unsur olarak işlev görmektedir. Ancak eylemde kullanılan aletin niteliği, bütün Hanefî eserlerinde dikkate alınırken, mübâşeret unsuruna sadece Serahsî 'amdin tanımında yer vermiş, ayrıca Kâsânî, 'amden öldürmenin şartları içinde bunu zikretmiştir. Mübâşeret ve eylemde kullanılan aletin niteliği, genel unsurların dışında özel maddî unsurlar olarak değerlendirilebilir.

'Amd ve şibh-i 'amd türlerinin her ikisinin tanımında da vurma kastına yer verilmesi bu iki türün manevî unsur açısından benzerlik gösterdiğini ortaya koymaktadır. Nitekim her iki öldürme sınıfının ayrımı, manevî unsurdan ziyade maddî unsura, yani eylemde kullanılan aletlerin niteliğine göre yapılmaktadır. Hukukçuların görüş farklılıkları da manevî unsur noktasında değil; eylemde kullanılan aletlerin niteliği üzerinde olmaktadır. Bu açıdan 'amd ve şibh-i 'amd türleri, günümüz hukukunda yer alan ve ayrımları manevî unsura göre yapılan kasten öldürme ve kastın aşılması suretiyle öldürme türlerinden farklılık arz etmektedir. Modern hukukta öldürme kastıyla icra edilen öldürme eylemleri kasten öldürme;

yaralama kastıyla gerçekleştirilen eylemin akabinde ölüm neticesinin gerçekleşmesi kastın aşılması suretiyle öldürme olarak nitelendirilmiştir.

'Amd ve şibh-i 'amdin kapsamı içinde, ilk devir eserlerinde yer almayan farklı aletlerle icra edilen öldürme eylemleri sonraki dönem Hanefî metinlerinde yer almıştır. Örneğin tunç, bakır gibi maddelerden yapılmış araçlarla icra edilen öldürme eylemlerine yer verilmiş ve bu aletlerle gerçekleştirilen öldürme fiilleri 'amd kapsamına dahil edilmiştir. Ayrıca sonraki eserlerde, kaynar suya atılarak bir kimsenin öldürülmesi 'amd kapsamına dahil edilirken, bir kimseyi soğukta bırakarak öldürme şibh-i 'amd kapsamında değerlendirilmiştir.

Hanefî eserlerinde yer verilen üçüncü öldürme türü hata ile öldürmedir. "Failin kastettiği hedeften farklı bir hedefe isabet ettirmesi" şeklinde tanımlanan hata ile öldürme, Cessâs'tan itibaren fiilde hata ve kastta hata şeklinde iki kısma ayrılarak incelenmiştir. Cessâs'tan sonraki eserlerde, farklı eylemler katılarak hata ile öldürmenin kapsamı genişletilmiştir.

İlk dönem Hanefî eserlerinde görülen üçlü taksim, sonraki dönem metinlerinde beşli sınıflandırmaya dönüşmüştür. Öldürme eylemlerinin beşli tasnifine ilk değinen Cessâs olmuş, ilk dönem metinlerinde yer almayan son iki öldürme türünün; hata yerine geçen öldürme ve tesebbüben öldürme şeklinde kavramlaştırılması Kudûrî tarafından gerçekleştirilmiştir.

Hanefî hukukçuları, uyku halindeki failin gerçekleştirdiği öldürme fiilinin hata veya 'amd ile nitelendirilemeyeceğini, bu nedenle onun hata yerine geçen öldürme sınıfında yer alacağını belirtmişlerdir. Bilincinin kapalı olması sebebiyle, uyku halindeki şahsın gerçekleştirdiği öldürme eyleminin farklı bir kısımda değerlendirilmesi isabetli gözükmektedir. Ancak birtakım eylemler ekleyerek bu türün kapsamını genişleten Kâsânî'nin yer verdiği üç öldürme fiilinde de failin bilincinin açık olduğu, uyku halinde olmadığı görülmektedir. Bilinci açık olan failin üstüne düşerek birini öldürmesi, binicinin üzerinde bulunduğu hayvanın birini çiğneyerek öldürmesi, elde taşınan nesnenin düşerek birini öldürmesi, Kâsânî tarafından bu kısma dahil edilen eylemlerdir. Kâsânî'den sonraki birçok hukukçu da,

bu eylemleri aynı öldürme türünde değerlendirmiştir. Örneklerden anlaşıldığı üzere, bu kısımda yer alan eylemlerin ortak niteliği, failin uyku halinde olması değildir. Kanaatimize göre, bu kısımdaki eylemlerin ortak niteliği, müelliflerce açık bir şekilde ifade edilmemekle birlikte, failin mesuliyetini açıklarken kullandıkları kavramlardan da anlaşıldığı üzere, maktûlün bir şeyin ağırlığının altında kalarak ölmesidir (مات بثقله). Uyku halinde bir kimsenin üzerine yuvarlanarak, yukarıdan düşerek, elde bulunan nesneyi düşürerek veya binici olan şahsın üzerinde bulunduğu hayvanın bir kimseyi çiğneyerek öldürmesinde maktûl bir ağırlığın altında kalmaktadır. Yani diğer öldürme türlerinde olduğu gibi, maddî unsur (eylemin icra şekli), bu öldürme türünün şekillenmesinde etkili olmuştur.

İlk dönem Hanefî metinlerinde yer almayıp sonraki eserlerde görülen diğer bir öldürme türü, tesebbüben öldürmedir. Tesebbüben öldürme, failin öldürme eylemini maktûlün bedenine yönelik doğrudan icra etmemesi, dolaylı yollarla ölüm neticesine sebebiyet vermesidir. Tesebbüben öldürme, failin mesuliyetinin en hafif olduğu öldürme türü olarak değerlendirilmiş; bu kısımdaki eylemlerden dolayı faile kefâret ödeme, miras ve vasiyetten mahrumiyet yaptırımını uygulanmamıştır. Birtakım tesebbüben öldürme eylemlerinden dolayı failin diyet ödeme sorumluluğu da bulunmamaktadır. Hanefî doktrininde, ilk dönemlerden itibaren öldürme eyleminin mübâşeret ve tesebbüb şeklinde icrası farklı değerlendirmelere tabi tutulmakla birlikte; bu tür eylemleri birbirinden ayırmak üzere mübâşeret ve tesebbüb kavramlarını ilk kullanan ve tesebbüben öldürme türüne ilk işaret eden Cessâs olmuştur. Tesebbüben öldürmeden bahseden ilk eserlerde, sadece failin yolda kazdığı kuyunun veya yola bıraktığı taşın sebep olduğu öldürme eylemlerine yer verilirken, sonraki eserlerde zehirleyerek, yalan tanıklık yaparak, aç ve susuz bırakarak öldürme, vb. eylemler bu kısımda ele alınmıştır. Bu türdeki eylemler, manevî unsur açısından taksirden kasta farklılık arz etmekle birlikte, hepsinin ortak niteliği failin öldürme eylemini tesebbüben gerçekleştirmesidir.

Tesebbüben öldürmede son harekete itibar edildiği, dolayısıyla son şart teorisine göre mesuliyeti belirleme yoluna gidildiği anlaşılmaktadır. Nitekim Hanefî hukukçularının aç bırakarak öldürme eyleminde ölüm neticesini açlığa

dayandırmaları, yalan tanıklıkla ölüme sebebiyet verme eyleminde ölüm neticesinde hakimın kararının ve maktûl yakınlarının kısâs talebinin etkili olduğunu belirtmeleri, onların son şartta failin mesuliyetini tespit noktasında büyük önem verdiklerini göstermektedir. Ancak bu değerlendirmelerde, kanaatimizce, son şart teorisinin zayıf yönü ön plana çıkmaktadır. Zira bu örneklerde, neticeye yol açan son şartlar sebebiyet açısından önemli gözükmemektedir. Hukukî açıdan önce gelen şartlar, yani failin öldürme kastıyla hareketini icra etmesi, daha önemlidir. Aynı zamanda modern hukukta sebeplerin bütünü bir arada doğru bir şekilde tetkik etmeden sadece sebeplerin sonuncusuna değer verdiği için son şart teorisi eleştiriye maruz kalmıştır. Failin kastının ihmal edilerek son şartta göre mesuliyetin belirlendiği bazı *tesebbüben* öldürme eylemleri göz önüne alındığında bu yoruma katılmaktayız.

Hanefî doktrinde öldürme eylemlerinin tasnifinde maddî unsurun etkili olması, herhangi bir öldürme türü altında 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 dayalı cezaî mesuliyet teorisinin zayıf kaldığı ileri sürülebilir. Diğer taraftan, kronolojik olarak Hanefîlerden sonra gelen mezhep doktrinlerinde öldürme suçunda maddî unsurun etkisi azalmış ve manevî unsur ön plana çıkmıştır.

Mâlikî mezhebi istisna edilirse, Ebû Hanîfe'den sonra gelen hukukçuların öldürme suçunu incelerken, tedricî olarak, manevî unsuru daha ziyade ön plana çıkardıkları görülmektedir. Örneğin 'amden öldürme Ebû Hanîfe tarafından sadece kesici veya delici aletlerle gerçekleştirilen eylemlere özgü kılınmıştır. İmâmeyn ise, öldürücü nitelikteki her tür vasıtayla icra edilen eylemi 'amd kapsamına dahil etmiş ve eylemde kullanılan aletin kesici veya delici olması gibi maddî unsura itibar etmemiştir. Ancak İmâmeyn mezhep doktrinine paralel olarak, failde öldürme kastının bulunduğu, aç ve susuz bırakarak öldürme, zehirleyerek öldürme gibi birçok *tesebbüben* öldürme eyleminde faile kısâs cezasının uygulanmayacağı kanaatini belirtmiştir. Maddî unsur kapsamında değerlendirdiğimiz *tesebbüb-mübâşeret* ayrımının etkisi, Şâfi'î mezhebinde Hanefî ekolüne göre daha az olmuştur. Bu nedenle, Hanefî ekolünde kısâs cezasını gerektirmeyen yalan tanıklık yaparak ölüme

sebebiyet verme, aç ve susuz bırakarak öldürme gibi birtakım eylemler Şâfiî doktrinde 'amd kapsamında kabul edilmiştir. Hanbelî mezhebinde ise manevî unsur, öldürme türlerinin tespitinde diğer iki mezhebe oranla daha etkili olmuştur. Şâfiî mezhebinde faile kısâsın uygulanmadığı zehir sunarak öldürme, bazı hayvanları vasıta kılarak öldürme gibi birtakım tessebbüben öldürme eylemleriyle ilgili olarak faile kısâs cezasının uygulanacağı Hanbelî ekolünde kabul edilmiştir. Mâlikî ekolü bu açıdan diğer mezheplerden farklılık arz etmektedir. Kurucu imamı, Ebû Hanîfe ile yaklaşık aynı dönemde yaşayan ve şibh-i 'amd türüne yer vermeyen Mâlikî ekolünde, eylemlerin tasnifinde manevî unsur, kanaatimizce, diğer mezheplere oranla daha belirleyici olmuştur. Ancak bu ekolde, şibh-i 'amd türüne yer verilmemesi nedeniyle failde öldürme kastının bulunmadığı bazı eylemler 'amd kapsamında yer almıştır.

Hanefî doktrinde öldürme türlerinin şekillenmesinde maddî unsurun daha etkili olduğu göze çarparken, Serahsî'den itibaren öldürme türlerinin ve failin mesuliyetinin manevî unsura ait kavramlarla izah edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Hanefîler'in bu şekilde tavır almasında, cezaî mesuliyeti kusurluluk temeline dayandırma fikri ve diğer mezhep metinlerinde manevî unsurun nispeten daha ön planda olmasının etkili olduğu düşünülebilir. En azından kronolojik olarak Hanefîlerden sonra gelen mezheplerde öldürme suçunda manevî unsurun ön plana çıkmasıyla sonraki dönem Hanefî eserlerinde, öldürme türlerinin manevî unsura ait kavramlarla izaha çalışılması arasındaki benzerlik göze çarpmaktadır.

İlk dönemlerden sonra yazılan Hanefî eserlerinde öldürme türlerinin ve failin mesuliyetinin manevî unsura ait kavramlarla açıklanması, bütün eylemleri kapsamayan kısmî izahlar olarak kalmıştır. Örneğin, Serahsî'den itibaren, 'amden öldürme eylemlerinde failde öldürme kastının bulunduğu, şibh-i 'amd eylemlerinde ise failin tedip maksadıyla hareket ettiği belirtilmiştir. Ancak kabul edilmelidir ki, şibh-i 'amd eylemlerinin tedip maksadıyla icrası, sadece küçük sopa vb. öldürücü olmayan vasıtalarla maktûlün hayatî olmayan vücut bölgesine vurulması sonucu gerçekleşen ölüm neticeleri gibi belli sayıdaki eylemler için söz konusu olabilmektedir. Diğer taraftan birçok şibh-i 'amd eyleminde failin öldürme kastıyla

hareket ettiği açıkça görölmektedir. Ayrıca failde öldürme kastının bulunmadığı birtakım öldürme eylemleri 'amden öldürme kapsamında yer almıştır.

İlk dönemden sonra yazılan Hanefî metinlerinde failin öldürme eylemlerindeki mesuliyeti manevî unsura ait kavramlarla izah edilirken, bu yorumların ilk hukukçuların bakış açısını ne derece yansıttığı tartışmaya açıktır. Zira örneğin Cessâs, kısâsın uygulanması konusunda temel ölçünün eylemde kullanılan aletin niteliğı olduğunu; öldürme kastı olmadığını açıkça ifade etmiştir. Hanefî bakış açısını daha doğru yansıttığını düşündüğümüz bu görüş, 'amd ve şibh-i 'amd ayrımlarını manevî unsura göre açıklayan Serahsî ve ondan sonraki hukukçuların fikirleriyle farklılık göstermektedir. Dolayısıyla sonraki dönem metinlerinde görölen, Ebû Hanîfe veya İmâmeyn'in 'amden öldürme eylemlerinde failde öldürme kastının bulunduğı, şibh-i 'amd eylemlerinde ise failin tedip maksadıyla hareket ettiğı şeklinde görüş benimsediğini iddia etmek kanaatimizce doğru gözükmemektedir.

Hanefî mezhebinde maddî unsurun etkili olmasının önemli bir sonucu, somut kavramların ön plana çıkması, soyut ve genel kavramların arka planda kalmasıdır. Bundan dolayı kavramların ve öldürme türlerinin kapsam itibarıyla nispeten daraldığı görölmektedir. Zira kavramlar ve tanımlar, soyut olduğı 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 öngörölmeyerek 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 doktrininde ise failin öldürme kastının bulunduğı her eylem, 'amd kapsamına dahil edilmemiş; failin taksirinin bulunduğı bütün eylemler de, hata ile öldürme kapsamında yer almamıştır. Sonraki dönemlerde 'amd ve hata türlerinin muhtevası bazı örneklerle genişletilmiş olsa da, bu iki kısmın temel karakteri değişmemiş, 'amd ve hata ile öldürme, belli icra şekline sahip eylemleri içeren somut öldürme türleri olarak kalmıştır.

Haneî doktrindeki öldürme türlerinde maddî unsurun ön plana çıkması, öldürme eylemlerinin tasnifinde manevî unsurun belirleyici olduğu modern hukuka ait kavramlarla bu öldürme türlerini isimlendirmeyi tartışılır hale getirmektedir. Dolayısıyla, modern İslam hukuku araştırmacılarının 'amdi kasten öldürme, şibh-i 'amdi kastın aşılması sûretiyle öldürme, hatâ ile öldürmeyi taksîrle öldürme kavramıyla ifade etmeleri, kanaatimizce, isabetli gözükmemektedir.

Haneî doktrininde mübâşeret-tesebbüb ayrımına yer veren metinlerde herhangi bir nassa atıf yapılmamıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla nasslarda yer almayan bu ayrımın mezhep doktrininde etkili olması ile Haneî doktrininde maddî unsurun kastı tespitten öte eylemin niteliğini ve failin cezaî mesuliyetini belirleyen temel ölçü olarak ön plana çıkmasındaki temel saikler daha ileri araştırmalarla ortaya konabilir.

BİBLİYOGRAFYA

'Abderî, Ebû Abdillâh İbnü'l-Hâc Muhammed b. Yûsuf el-Fâsî, *et-Tâc ve'l-İklîl li-Muhtasarı Halîl*, y.y., Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, t.y.

'Abdürrezzâk, Ebû Bekr 'Abdürrezzâk b. Hemmâm es-San'ânî, *el-Musannef*, Habîburrahmân 'Azamî (thk.), 2. bs., Beyrût: el-Meclisü'l-İlmî, 1983.

Acar, H. İbrahim, "Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 14, 1999.

Acar, H. İbrahim, "*İslam Borçlar Hukukunda İradeyi Sakatlayan Sebepler II-İkrah*", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 18, Erzurum, 2002.

Akbulut, İlhan, "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 52, Sayı: 1, 2003, s. 167-181.

Akdemir, Salih, "İslam Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Kasdın Aşılması Meselesi Üzerine Bir Tetkik", *İslamî Araştırmalar*, Sayı: 2, Ekim 1986, s. 22-27.

Akşit, Mustafa Cevat, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esaslar*, İstanbul, 1976.

Aktan, Hamza, *İslam Ceza Hukukunda Ölüm Cezası ve İnfaz Usulleri*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, 2004).

Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.

Anderson, J. N. D., "Homicide in Islamic Law", *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, 1951, PP. 811-828.

Arı, Abdüsselam, "İslam Hukukunda Saik ve Hukukî İşlemlere Etkisi", *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: II, Yıl: 2000, s. 203-220.

Arslan, Adem, *İlk Devir İslam Ceza Hukukunda Had Cezalarının İnfazı*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Harran Üniversitesi SBE, 2005).

Arslan, Hüseyin, *İslam Hukukunda Suça Teşebbüs*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2006).

Artuk, M. Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitapevi, 2008.

Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatının Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1999.

'Avvâ, Muhammed Selîm, "Çağdaş Oryantalist Çalışmalarda İslam Hukuk Sistemi: Oryantalist N. J. Coulson'un Yöntemi Üzerine Bir İnceleme", Ali İhsan Pala (çev.), *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 5, 2005, s. 297-334.

Avcı, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul: Bilişim Basın Yayın Letekdif Şirketi, 2004.

Aydın, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1995.

Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd, *el-'Înâye Şerhu'l-Hidâye*, y.y., Matba'atü Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1389/1970 (Birlikte: İbn Hümâm, Kemâleddîn Muhammed b. 'Abdülvehid b. 'Abdülhamîd, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*/ Sadî Çelebî, Sadullah b. 'Îsâ, *Hâşiye 'ale'l-'Înâye*).

el-Bağdadi, Ebû Muhammed Gıyâseddîn Gânim b. Muhammed Gânim, *Mecma'ud-Damânât fî Mezhebi'l-İmami'l-Azam Ebî Hanîfe en-Nu'mân*, Beyrût: Binâyetü'l-Îmân, 1407/1987.

Bardakoğlu, Ali, "Mukayeseli Hukukta Hayvanın Verdiği Zararın Hukukî Sorumluluğu", *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı 6, 1989, s. 43-60.

Bardakoglu, Ali, "Had" *DIA*, XIV, 547-551.

Bardakoglu, Ali, "Hak" *DIA*, XV, 139-151.

Bardakoglu, Ali, "Hapis" *DIA*, XVI, 54-64.

Bardakoglu, Ali, “Ceza” *DIA*, VII, 470-478.

Bardakoglu, Ali, “Diyet” *DIA*, IX, 473-478.

Bardakoglu, Ali, “Katil” *DIA*, XXV, 45-48.

Bardakoglu, Ali, “Eşkiya” *DIA*, XI, 463-466.

Bassiouni, Cherif, "İslam Hukukunda Kısâsı Gerektiren Suçlar", Nasi Aslan (çev.), *Çorum Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1 (Ocak-Haziran 2003).

Baçoğlu, Tuncay, *Hicrî Beşinci Asır Fıkıh Usûlü Eserlerinde İllet Tartışmaları*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2001)

Behnesî, Ahmed Fethî, *El-Cerâim fî'l-Fıkhi'l-İslamî*, 6. bs. Beyrût: Dâru's-Şurûk, 1983.

Beroje, Sahip, *İslam Ceza Hukukunda Beyine Külfeti ve İspata Hakim Esaslar*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1999).

Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyin b. 'Ali, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Beyrût: Dârü'l-Ma'rife, t.y.

Boynukalın, Mehmet, “Suç” *DIA*, XX XVII, 453-457.

Boynukalın, Mehmet, *İslam Hukukunda Zina Suçu ve Cezası*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1995).

Buhârî, Ebû Abdullah Muhammed b. İsmâîl, *el-Câmi'us-Sahîh*, İstanbul: Dârü't-Tıbbâ'atî'l-'Âmire, 1315.

Buhûtî, Şeyh Mansûr b. Yûnus b. Selâhiddîn el-Hanbelî, *Keşşâfü'l-Kinâ 'an Metni'l-İknâ'*, Beyrût: Dâru'l-Fikr, 1402/1982.

Buhûtî, Şeyh Mansûr b. Yûnus b. Selâhaddîn el-Hanbelî Buhûtî, *Şerhu Müntehe'l-İrâdât*, y.y., t.y.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. bs., İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008.

Cessâs, Ebû Bekir Ahmed b. Ali er-Râzî el-Hanefî, *Ahkâmu'l-Kur'an*, (I-III), y.y., Dâru'l-Fikr, t.y.

Cessâs, Ebû Bekir Ahmed b. 'Ali er-Râzî el-Hanefî, *Tahkiku'l-Cüzü's-Sâlis min Şerhi Muhtasari't-Tahâvî li'l-Cessâs*, Muhammed 'Abdullah Han (thk.), y.y., Câmi'atü Ümmi'l-Kurâ, 1415.

Cehata, Chafik, *"Hukuk Mantığı ve İslam Hukuku"*, İbrahim Kafî Dönmez (çev.), *İslam Tetkikleri Dergisi*, c. VIII, Cüz: 1-4, 1984, s. 71-88.

Cehata, Chafik, *Theorie Generale de l'Obligation en Droit Musulman Hanefite*, Paris: Editions Siray, 1969.

Coulson, Noel J., *A History of Islamic Law*, Edinburgh: Edinburgh University, 1978.

Çalışkan, İbrahim, "İslam Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", *Ankara Üniversitesi İlahiyet Fakültesi Dergisi*, XXXI, Ankara, 1989.

Çolak, Abdullah, "İslam Ceza Hukukunda Meşrû Müdâfaa", *Ekev Akademi Dergisi*, Sayı: 19, Yıl:8 (Bahar 2004).

Dağcı, Şamil, "Kısâs" *DIA*, XXV, 488-495.

Dağcı, Şamil, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1996.

Dalgın, Nihat, "Cezai Sorumlulukta Kast", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 10, Samsun, 1998.

Dârekutnî, Ebü'l-Hasan 'Ali b. Ömer b. Ahmed, *Sünenü'd-Dârekutnî*, 'Abdullah Hâşim Yemânî Medenî (thk.), Medîne: Dâru'l-Mehâsin, 1966.

Dârimî, Ebû Muhammed Abdullah b. Abdurrahmân b. Fazl, *Sünenü'd-Dârimî*, Fevvâz Ahmed Zümerlî, Hâlid es-Seb'î 'Âlemî (thk), Beyrût: Dâru'l-Kitâbi'l-'Arabî, 1987.

Dede, Cöngi, *Siyasetname Tercümesi*, Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, c. IV, İstanbul, 1992.

Desûkî, Ebû Abdullah Şemseddîn Muhammed b. Ahmed, *Hâşiyetü'd-Desûkî 'alâ Şerhi'l-Kebîr*, Beyrût: Dâru'l-Fikr, 1230/1815.

Dönmez, İbrahim Kafî, "Sebep", *DIA*, XXXVI, 244-248.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 10. bs., İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1986.

Dönmezer, Sulhi, "Maddî Sebebiyet Alakası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c. IX, sayı 1-2, s. 85-119.

Duman, Soner, *Şâfiî'nin Kıyas Anlayışı*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2007).

Ebû Dâvûd, Süleymân b. Eş'as b. İshâk el-Ezdî es-Sicistânî, *Kitâbü's-Sünen = Sünenü Ebû Davud*, Muhammed 'Avvâme (thk.), Cidde: Dâru'l-Kıble li's-Sekâfeti'l-İslâmiyye, 1998/1419.

Ebû Hanîfe, Nu'mân b. Sâbit, *İmam-ı Azamın Beş Eseri*, Mustafa Öz (çev.), İstanbul, 1981.

Ebû Ruhayye, Macid Muhammed, *"İslam'da Malî Tâzir Cezası"*, Nihat Dalgın (çev.), *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 11, 1999.

Ebû Yûsuf, Ya'kûb b. İbrâhîm b. Habîb, *Kitâbü'l-Âsâr*, Ebû'l-Vefâ (thk.), Beyrût: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1355.

Ebû Zehra, Muhammed b. Ahmed b. Mustafâ Muhammed, *El-Cerîme ve'l-'Ukûbe fi'l-Fikhi'l-İslamî*, Kâhire: Dâru'l-Fikri'l-'Arabî, 1976.

Efe, Metin, *Çocukların Cezai Sorumluluğu*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2008).

Elashshab, Ahmed, *The Criminal Liability in Law and Islamic law*, Benghazi: National Publishing House, 1994.

Ensârî, Ebû Yahyâ Zeynüddîn Zekerîyyâ b. Muhammed b. Ahmed, *Esne'l-Metâlib Şerhu Ravzi't-Tâlib*, y.y., Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, t.y.

Erbay, Celal, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1999.

Erem, Faruk, *Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. bs., Ankara, 1971.

Ergin, Sami, *İslam Hukukunda Tazîr Suçları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi SBE, 2007).

Erman, Sahir, *Sahtekarlık Suçları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1987.

Erman, Sahir/Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul: Dünya Yayıncılık, 1994.

Ersoy, Sedye, *İslam Hukukunda Terörle İlgili Suçlar ve Cezaları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi SBE, 2007).

Erturhan, Sabri, "Usulcülere Göre Bir Hükmün Birden Çok İletle Ta'lili", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı:5, 2005, s. 95-124.

Erturhan, Sabri, "İslam Hukukunda Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi (In Dubio Pro Reo)", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. VI, Sayı: 2, 2002, s. 179-205.

Esen, Hüseyin, *İslam'da Suç ve Ceza "İslam Hukukunda Cezaî Sorumluluk"*, İzmir: Çağlayan Matbaası, 2006.

El-Fetâvâ'l-Hindiyye, Burhanpurlu Şeyh Nizâm ve Diğerleri, Bulak: Matba'âtü'l-Kübrâ'l-Emîriyye, 1310.

Fîrûzâbâdî, Ebû't-Tâhir Mecdüddîn Muhammed b. Ya'kûb b. Muhammed, *el-Kâmûsü'l-Mûhît*, 4. bs., Mısır: Matba'atü Dârü'l-Memûn, 1938/1357.

Gazzâlî, Ebû Hâmid Huccetü'l-İslâm Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfâ min İlmi'l-'Usûl*, Muhammed 'Abdüsselâm 'Abdüşşâkî (thk.), Beyrût: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1413.

Gül, Mutlu, *İslam Hukukunda Kapkaç*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi SBE, 2006).

Güleç, Hasan, "İslam Hukukuna Göre Suçta Tekerrür", *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 5, İzmir, 1989.

Güleç, Hasan, "İslam Hukukuna Göre İkrâh", *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1987, sayı: 4 [Prof. Dr. Ömer Yiğitbaşı'na Armağan], s. 129-142.

Hacak, Hasan, *İslam Hukukunda İrtifak Hakları Ve İlgili Kavramların Gelişimi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1993).

Hacak, Hasan, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2000).

Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

Hallaq, Wael B., "The Logic of Legal Reasoning in Religious and Non-Religious Cultures: The Case of Islamic Law and the Common Law", *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam*, s. 79-96.

Hallaq, Wael B., "Non-Analogical Arguments in Sunnî Juridical Qiyas", *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam*, s. 286-306.

Hallaq, Wael B., "Logic, Formal Arguments and Formalization of Arguments in Sunnî Jurisprudence", *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam*, s. 315-358.

Hallaq, Wael B., "On Inductive Corroboration, Probability, and Certainty in Sunnî Legal Thought", *Law and Legal Theory in Classical and Medieval Islam*, s. 3-31.

Hamâsî, Fethî b. Tayyib, *el-Fikhü'l-Cinâiyyi'l-Islâmî: el-Kismü'l-'Âm*, Beyrût: Dâru Kuteybe, 2004/1425.

Haraşî, Ebû Abdullah Muhammed b. Abdullah el-Mâlikî, *Şerhu Muhtasar-ı Halîl li'l-Haraşî*, Beyrût: Dâru Sâdır, t.y.

Haskefî, 'Alâeddîn Muhammed b. 'Ali b. Muhammed Dımaşkî, *Dürrü'l-Muhtâr*, y.y., Matba'atü Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1386/1966 (Birlikte: İbn 'Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer, *Reddü'l-Muhtâr*).

Heyd, Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford, 1973.

Heyd, Uriel, "Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat", S. Eroğlu (çev.), *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. XXVI, 1983.

Heytemî, Ebü'l-Abbâs Şehâbeddîn Ahmed İbn Hacer, *Tuhfetü'l-Muhtâc bi-Şerhi'l-Minhâc*, Dâru İhyâ't-Türâsi'l-'Arabî, t.y.

Homma, H., *Structural Characteristics of Islamic Penal Law*, Niigata: Institute of Middle Eastern Studies, 1986.

Honig, Richard, "İllyet Nazariyesine Dair", M. Yavuz Ahadan (çev.), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, c. 2, Sayı: 5-6, 1936, s. 169-189.

Husarî, Ahmed, *es-Siyâsetü'l-Cezâiyye*, Beyrût, 1993.

Hüsnî, Ahmed el-Cündî, *Cerîmetü's-Serika beyne'l-Kânûni'l-Vaz'î ve's-Şer'i'ati'l-İslamî*, Kâhire: Dâru'n-Nehzati'l-'Arabiyye, 1985.

İbn 'Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer, *Reddû'l-Muhtâr*, y.y., Matba'atu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1386/1966 (Birlikte: Haskefî, 'Alâeddîn Muhammed b. 'Ali b. Muhammed Dîmaşkî, *Dürrü'l-Muhtâr*).

İbn Ebî Şeybe, Ebû Bekr 'Abdullah b. Muhammed b. İbrâhîm, *el-Kitâbü'l-Musannefi'l-Ehâdis ve'l-Âsâr*, Kemâl Yûsuf el-Hût (haz), Beyrût: Dârü't-Tâc, 1989.

İbn Ferhûn, Ebü'l-Vefâ Burhâneddîn İbrâhîm b. 'Ali b. Muhammed, *Tebisiratü'l-Hükkâm fî 'Usûli'l-Akziye ve Menâhici'l-Ahkâm*, Beyrût: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1883.

İbn Hümâm, Kemâleddîn Muhammed b. 'Abdülvâhid b. 'Abdülhamîd, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, y.y., Matba'atu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1389/1970 (Birlikte: Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd, *el-'Înâye Şerhu'l-Hidâye*/Sa'dî Çelebî, Sadullah b. 'Îsâ, *Hâşiye 'ale'l-'Înâye*).

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn 'Abdullah b. Ahmed, *el-Mugnî*, Beyrût: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, t.y.

İbn Mâce, Ebû 'Abdullah Muhammed b. Yezîd er-Rebe'î el-Kazvînî, *Sünenü İbn Mâce*, Delhi: el-Matbau'n-Nizâmî, 1905.

İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem b. 'Ali el-Ensârî, *Lisânü'l-'Arab*, Beyrût: Dâru Sadır, t.y.

İbn Müflih, Ebû Abdullah Şemseddîn Muhammed, *Kitâbü'l-Fürû*, Beyrût: 'Âlemü'l-Kütüb, 1388/1967.

İbn Nüceym, Zeynuddîn el-Mısrî, *el Bahru'r-Râik Şerhü Kenzi'd-Dekâik* Kâhire: el-Matba'atü'l-İlmiyye, 1311 (Birlikte: Tûrî, Muhammed b. Hüseyin, *Tekmilatü Bahri'r-Râik*/ İbn 'Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer, *Minhatü'l-Hâlik 'ale'l-Bahri'r-Râik*).

İçel, Kayıhan/ Sokullu-Akıncı, Füsün/ Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoglu, Fatih S./ Ünver, Yener, *Suç Teorisi, Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler, Suçun Yapısal Unsurları, Suçun Özel Oluşum Biçimleri*, 3. bs., İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2004.

İçli, Salih, *İslam Hukuk Doktrinde İkra ve Öldürmede İkraın Sonuçları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi SBE, 2007).

Kahveci, Nuri, "İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyyet Bağını Kesen Sebepler", *Konya Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 10 (2007), s. 91-111.

Karagülmez, Ali, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Suça Teşebbüs Konusunun İncelenmesi", *Polis Bilimleri Dergisi*, c. VI, sayı 3-4, 2004, s. 45-70.

Karaman, Hayreddin, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, I-II-III, İstanbul: Ensar Neşriyat, 1998-1999.

Karaman, Hayreddin, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1989.

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2001.

Karlı, Ümit, *Mezheplere Göre Ceza Ehliyeti ve Günümüz Hukukuyla Mukayesesi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, 2007).

Kâsânî, Ebû Bekr Alâeddin Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Hanefî, *Bedâi'us-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*, Beyrût: Dâru'l-Kitâbi'l-'Arabî, 2. bs., 1402/1982.

Kılıçoğlu, Ahmet, "Haksız Fiilden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medenî Hukuk İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXIX, sayı: 3-4, 1972, s.185-226.

Koca, Ferhat, *İslam Hukuk Metodolojinde Tahsis*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1993).

Kocar, Yasin, *İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Kaldıran veya Azaltan Nedenler*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2007).

Koşum, Adnan, "İslam Hukukunda Ölüm Cezası", *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı: 5, 1998, s. 113-147.

Köroğlu, Mehmet, *İslam Ceza Hukukunda Ölüm Cezası ve İnfaz Usulleri*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, 2004).

Kudûrî, Ebü'l-Hüseyin Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed, *Muhtasaru'l-Kudûrî*, Kâmil Muhammed 'Uveydâ (thk.), Beyrût: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1997/1418.

Kunter, Nurullah, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954.

Qadrî, Muhammad Tâhir, *Punishments in İslam Their Classification & Philosophy*, Doctoral Thesis: Punjab University, Lahore, 1984.

Liv, Cemil, *İslam Muhakeme Usûlünde Şahitlikten Dönmenin Kararlara Etkisi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2006).

Malekian, Farhad, *The Concept Of Islamic International Criminal Law: A Comparative Study*, London: Graham & Trotman / Martinus Nijhoff, 1994.

Maydânî, Riyâd, "İslam Ceza Hukukunun Genel Prensipleri", Şamil Dağcı (çev.), *İslami Araştırmalar Dergisi*, c. 4, sayı: 1 (Ocak 1990).

Meran, Necati, *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

Merdâvî, Ebü'l-Hasan 'Alâeddîn 'Ali b. Süleymân b. Ahmed, *el-İnsâf fî Ma'rifeti'r-Râcih mine'l-Hilâf alâ Mezhebi'l-İmâmi'l-Mübeccel Ahmed b. Hanbel*, Beyrût: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, 1377/1958.

Mergînânî, Ebü'l-Hasan Burhâneddîn 'Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, İstanbul: Kahraman Yayınları, 1986.

Meron, Yakov, "The Development Of Legal Thought İn Hanafî Texts", *Islamic Law and Legal Theory*, Aldershot: Dartmouth, 1996, pp. 329-375.

Messick, Brinkley, "Intent and Expression in Islamic Legal Acts", *Islamic Law and Society*, Volume 8, Number 2, 2001, pp. 151-178.

Mevsılî, Ebü'l-Fazl Mecdüddîn 'Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd, *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, 'Ali 'Abdülhâmid Ebü'l-Hayr, Muhammed Vehbî Süleymân (thk.), 1998/1419, Beyrût: Dârü'l-Hayr.

Mutçalı, Serdar, *Arapça-Türkçe Sözlük*, İstanbul: Dağarcık Yayınları, 1995.

Müslim, Ebü'l-Hüseyn el-Kuşeyrî en-Nisâbûrî Müslim b. el-Haccâc, *Sahîhu Müslim*, Muhammed Fuâd 'Abdûlbâkî (thk), Kâhire: Dâru İhyâi'l-Kütübî'l-'Arabîyye, 1955/1374-1956/1375.

Nesâî, Ebû Abdurrahmân Ahmed b. Ali b. Şu'ayb, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, 'Abdulgaffâr Süleymân Bündârî, Ebû 'Abdullah Seyyid b. Kesrevî b. Hasan (thk.), Beyrût: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1991/1411.

Orum, Fatih, "Fıkıh Usûlü Eserlerinde Fıkıh Kıyas Örneklerinin Bu Eserlerde Çerçevesi Çizilen Fıkıh Kıyas Anlayışından Hareketle Değerlendirilmesi", *İslam Hukuku Arastırmaları Dergisi*, sayı:13, s. 261-294.

Otacı, Cengiz, *Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

Ozansü, Mehmet Cemil, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2007).

Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1992.

Özen, Sükrü, "İnfaz" *DİA*, XXII, 290-292.

Özer, Salih, "Günahların Affında ve Cezaların Düşmesinde Tövbenin Etkisi", *Bilimname*, XIV, 2008/1, 79-107.

Özkaya, Mustafa, *İslam Ceza Hukukunda Pişmanlık Ve Cezalara Etkisi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi SBE, 2007).

Parlar, Ali/ Demirel, Güleç, *Açıklamalı İçtihatlı Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.

Remlî, Şemseddîn Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî, *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, Beyrût: Dâru'l-Fıkr, 1404/1984 (Birlikte: Şebrâmellisî, Ebû'z-Ziyâ Nûruddin Ali, *Hâşiye alâ Nihâyeti'l-Muhtâc/ Magribî*, Ahmed b. 'Abdürrezzâk b. Muhammed, *Hâşiye alâ Nihâyeti'l-Muhtâc*).

Salman, Yüksel, *İslam Ceza Hukukunda Cezayı Düşüren Haller*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1993).

Sehnûn, Abdüsselâm b. Sa'îd Tenûhî, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, t.y.

Semerkindî, Ebû Bekr 'Alâeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, Beyrût: Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1405/1984.

Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl, *el-Mebsût*, Kâhire: Matbaatü's-Sa'âde, 1324-1331.

Shabbir, Mohammad, *Outlines of Criminal Law and Justice in Islam*, Petaling Jaya: International Law Book Services, 2002.

Shaban, Fekri M.E.M., *İslam Hukukunda Hirâbe (Eşkiyalık) Suçu*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2002).

Songur, Haluk, "İslam Ceza Hukuku Üzerine-Genel Kısım Özel Kısım Ayrımı ve Belirlenmiş Suçlar Bakımından Cezaların Taksimi-", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 1, 2003, s. 187-195.

Şa'bân, Zekiyyüddîn, *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkıh)*, İbrahim Kafi Dönmez (çev.), Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1999.

Şafak, Ali, *Mezheblerarası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku*, Erzurum: Atatürk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi Yayınları, 1977.

Şâfi'î, Ebû Abdullah Muhammed b. İdrîs, *Kitâbü'l-Üm*, Dâru'l-Ma'rife, t.y.

Şahin, Osman, "İslam Hukuk Terminolojisinin Oluşumu ve İlgili Literatür", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 13, 2009, s. 131-162.

Şâzelî, Hasan Ali, "Cinâyet" *DIA*, VIII, 14-15.

Şâzelî, Hasan Ali, "Cirâh" *DIA*, VIII, 24-25.

Şekerci, Osman, *İslam Ceza Hukukunda Tazîr Suçları Ve Cezaları*, İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, t.y.

Şen, Yusuf, *İslam Hukukunda Tehlike Sorumluluğu ve Uygulama Alanları*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2007).

Şeybânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Hasan b. Ferkad el-Hanefî, *Mebsût*, Ebû'l-Vefâ el-Efgânî (thk.), Karaçi: İdâretü'l-Kurân ve'l-'Ulûmi'l-İslâmiyye, t.y.

Şeybânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Hasan b. Ferkad el-Hanefî, *Câmi'u's-Sagîr ve Şerhuhü'n-Nâfi'ul-Kebîr*, Beyrût: 'Âlemü'l-Kütüb, 1406.

Şirbînî, Şemseddîn Hatîb Muhammed b. Ahmed Kâhirî, *Mugni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Me'ânî Elfâzi'l-Minhâc*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, t.y.

Tahâvî, Ebû Cafer Ahmed b. Muhammed b. Selâmet el-Ezdî, *Muhtasarü't-Tahâvî*, Ebû'l-Vefâ el-Efgânî (thk.), Kâhire: Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, 1370.

Tanyıldız, Sadık, *İslam Hukukunda Sarhoşluğun Ceza Ehliyetine Etkisi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi SBE, 2007).

Tarablusî, Ebü'l-Hasan Alâeddîn Ali B. Halîl, *Mu'înü'l-Hükkâm fî mâ Yeteradedü beyne'l-Hasmeyni mine'l-Ahkâm*, 2. bs. Kâhire: Mustafâ el-Bâbî el-Halebî, 1973.

Taştan, Osman, "İslam Hukukunda Literalizm: Anahatlarıyla Mukayeseli Bir Analiz", *İslami Araştırmalar*, c. IX, sayı: 1-2-3-4, 1998, s. 144-156.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre es-Sülemî, *el-Câmi'us-Sahîh*, Ahmed Muhammed Şâkir (thk.), y.y., el-Mektebetü'l-İslâmiyye, t.y.

Tiyek, Sait Ramazân, *İslam Ceza Hukukunda Kast Unsuru*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncü Yıl Üniversitesi SBE, 2008).

Tûrî, Muhammed b. Hüseyin, *Tekmiletü Bahri'r-Râik*, VIII. c., Kâhire: el-Matba'atü'l-İlmiyye, 1311 (Birlikte: İbn Nüceym, Zeynuddîn el-Mısırî, *el Bahru'r-Râik Şerhü Kenzi'd-Dekâik*/ İbn 'Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer, *Minhatü'l-Hâlik ale'l-Bahri'r-Râik*).

Türcan, Talip, "Ölüm Cezası", *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı: 5, 1998.

'Udeh, Abdülkâdir, *Et-Teşrî'ul-Cinâiyyi'l-İslâmî: Mukârenen li-Kânûni'l-Vaz'î*, 1373/1954, 3. bs., Kâhire: Dârü't-Türâs, 1977.

Uslu, Kamil, *Noel J. Coulson'un İslam Hukuku Hakkındaki İddiaları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 1997).

Uzunpostalcı, Mustafa, "İslam Hukuku Açısından Ehliyet", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 8, 2006, s. 149-182.

Uzunpostalcı, Mustafa, "İslam Hukukunda Ehliyeti Daraltan veya Ortadan Kaldıran Sebepler", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 9, 2007, s. 67-100.

Ünalın, Abdulkerim, *İslam Ceza Hukukunda Kısâs*, Diyarbakır, 2000.

Üsrüşenî, Ebü'l-Feth Mecdüddîn Muhammed b. el-Hüseyn b. Ahmed, Câmî'u Ahkâmî's-Sigâr, Mahmûd Abdurrahmân Abdülmünim, Ebû Musâb Bedrî (thk.), Kâhire: Dâru'l-Fâzile, 1994.

Yanagihashi, Hiroyuki, "The Doctrinal Development Of 'Marad Al-Mawt' in the Formative Period of Islamic Law", *Islamic Law and Society*, 5 (1998), 326–358.

Yaran, Rahmi, "Kefâret", *DIA*, XXV, 179-182.

Yasar, Ahmet, "İslam Ceza Hukukunun Hedef ve İlkeleri Açısından İdamı Gerektiren Suçlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı: 9.

Yiğit, Yaşar, *İslam Ceza Hukukunda Cezaların Yürürlüğü*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi SBE, 1998).

Yüksel, Turgut, *Yaralama, İntihara Yönlendirme, İşkence ve Eziyet Suçları*, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2007.

Zeydân, 'Abdülkerîm, "Akitlerde ve Hukukî İşlemlerde Kasdın Rolü", Ali Bardakoğlu (çev.), *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı:3, 1986.

Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletuhû*, 2. bs. Dimaşk: Dâru'l-Fikr, 1985.

Zebîdî, Ebû Bekr b. 'Ali b. Muhammed el-Haddâd, *el-Cevheretü'n-Neyyire alâ Muhtasari'l-Kudûrî*, y.y., Dâru'l-Hayriyye, t.y.

Zeyle'î, Fahreddin Osman b. 'Ali b. Mihcen, Tebyînu'l-Hakâyık Şerhu Kenzi'd-Dekâik, Bulak: Matba'atü'l-Kübra'l-Emîriyye; 1314 (Birlikte: Şelebî, Şihâbüddîn Ahmed, *Hâşiye 'alâ Kenzi'd-Dekâik*).