

AFGAN CEZA HUKUKUNUN KAYNAKLARI*

Mehtarkhan KHWAJAMİR**

Özet: Bugünkü Afganistan coğrafyasında İslam'dan önce Zerdüştlük, Budizm ve Hinduizm gibi dinler hâkim iken o dinlere ait bazı kanunların da var olduğu bilinmektedir. VII. asırdan itibaren İslam dininin bu topraklarda yayılmaya başlamasıyla beraber söz konusu dinlerin yerini İslam alırken, o dinlere ait hukukun yerini de İslam hukuku almış, günümüze kadar da yargı sisteminde hâlâ İslam hukuku hâkim olmaya devam etmiştir. İlk dönemlerde diğer İslam dünyasında olduğu gibi Afganistan'da da yargıda fıkıh kitapları tek kaynak idi. 1919 tarihinden günümüze kadar çıkartılan bütün ta'zir cezalarını içeren düzenlemelerde; had, kısas ve diyetle ilgili suçların Hanefi fıkıhına göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ceza hukukunun kanunlaştırılmasından itibaren de hiçbir kanunun İslam hukukuna aykırı olamayacağı anayasalarda belirtilmiştir. Teorikte had, kısas ve diyetle ilgili suç ve cezalarda Hanefi fıkıhına göre hüküm verileceği öngörüldüğüne rağmen pratikte uygulanması çok nadir görülmektedir. Bu bağlamda Afgan hukukuyla ilgili araştırma yapanlara ışık tutabilmesi amacıyla, Afgan ceza hukukunun kaynaklarına, şer'î hükümlerin uygulanması ile ilgili anayasa maddelerine bu makalede yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Afganistan, Ceza hukuku, kanunlaştırma, Kaynak, İslam hukuku.

The Sources of Afghan Islamic Criminal Law

Abstract: Zoroastrianism, Buddhism, and Hinduism religions and their laws were dominant in Afghanistan geography before Islam. With the spreading of Islam religion in the mentioned land in VII. Century, Islamic law has taken the place of other laws while Islam religion has taken the place of the other religions. Since that time, the Islamic law continues to dominate the judicial system until today. It is known that there was the Islamic judge system in the first period of Islam. In all criminal laws, which contain the ta'zir offenses and codified from 1919 until now, have cleared that the hudud, qisas, and diyah offenses must be punished according to Hanafi Fiqh. Since the beginning of the codification until today, in all Afghan constitutions stated that no law can be contrary to Islamic Laws. In spite of that teorically in Afghan laws cleared that; hudud, qisas, and diyah offenses, and crimes must arrange according to Hanafi's Fiqh; just in the practice, that seen rarely. Thereto, we will study the sources of the Afghan criminal law and the constitution article about the aplying of the Shari'a law in Afghanistan.

Keywords: Afghanistan, Criminal law, Islamic law, Codification.

GİRİŞ

Miladi VII. asrın ortasında Arap yarımadasında İslam dini zuhur ettiğinde günümüz Afganistan topraklarında yer alan bölgelerde merkezi bir hükümet olmayıp mahalli hükümdarlar tarafından idare ediliyor ve doğu ile batı dinlerinin nüfuzu

* Bu makale yazarın Prof. Dr. Halit Çalıış'ın danışmanlığında devam etmekte olan "Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması" başlıklı Doktora Tezinden üretilmiştir.

** Necmettin Erbakan Üniversitesi İslam Hukuku ABD Doktora Öğrencisi, mehtarkhan_4@windowslive.com

altında bulunuyordu. Sistan (Sicistan), Herat ve bunlara bağlı ülkenin batı kesimindeki bölgeler, dini Zerdüştlük ve dili Pehlevîce olan Sasanîler'in siyasî, edebî ve dinî nüfuzu altında iken, Gandhara (Kandahar), Argandab vadisi, Hindukuş dağlarından Sind'e kadar ülkenin kuzey ve doğu bölgelerinde, Ak Hun İmparatorluğu (Hephthalite Empire), Kuşan'lar ve diğer bölge halkının mahallî hükümdarları hüküm sürüyordu. Bunlar da Budizm ve Brahmanizm dinlerine mensuptular.¹ Bu dinlerin yanı sıra güneşe tapma, Hinduizm ve Hristiyanlığın bazı mezhepleri de yaygındı.²

Afganistan'da fetih hareketleri Hz. Ömer (r.a.) döneminde İslam ordusunun Nihavend savaşından sonra 400 yıllık Sasanî imparatorluğuna son vermesi³ sebebiyle Sasanîlerin son kralı III. Yazdgerd'in Horasan'a⁴ (bugünkü Afganistan bölgesi) kaçması ve Hz. Ömer'in (r.a.) (ö. 23/644), h. 18. veya 22. yılında Ahnef b. Kays'ı (ö. 67/686) onu takip etmekle görevlendirmesiyle başlamıştır.⁵ Hz. Ömer döneminde başlayan bu fetih mücadelesi bazı bölgelerde uzun süre devam etmiştir.⁶ İnsanların ayaklanmasından ya da dinden çıkmasından dolayı bazı bölgeler yeniden fethedilmiştir.⁷ İster klasik tarih kitapları, ister yeni tarih kitaplarında, "Afganistan'ın fethinin Hz. Ömer (r.a.) döneminde mi yoksa Hz. Osman (r.a.) döneminde mi gerçekleştiği?" konusu ile ilgili ihtilafların sebebi de kanaatimizce budur.

İslam Afganistan'a yayıldıktan sonra daha önce var olan Zerdüştlük, Budizm ve diğer dinler yerini İslam'a,⁸ o dinlerin hukuk sistemi de yerini doğal olarak İslam hukukuna bırakmıştır.⁹

İslam hukuku tarihinde ilk kanunlaştırma önerisi Abdullah İbnü'l-Mukaffa'(ö. 142/759) tarafından Abbasi halifesi Ebu Cafer el-Mansur (754-775)'a yapılmış;¹⁰ an-

1 Abdulhay Habibi, *Tarih-i Muhtasar-ı Afganistan*, Kıssa Hani Peşaver, Pakistan 1998, s. 2-3.

2 Age., s. 4; Ayrıca bk., Mir Gholam Muhammed Gubar, *Afganistan der mesir-i tarih*, Merkez-i Naşr-i İnkilab, Tahrân 1988, I, 157.

3 Horn Paul (ö. 1908), *Tarih-i Muhtasar-ı İran: Ez Evvel-i İslâm tâ İnkirâz-ı Zendiyân*, Farsçaya çev: Haşiye ve Talik; Rıza Zade şefak, Metbaa'-ı Meclis, Tahrân 1314 1935, s. 9.

4 "Horasan kelimesi ve bölgenin sınırları ile ilgili detaylı bilgi için bk. el-Bekri, Ebu Ubeyd Abdullah b. Abdilaziz b. Muhammed el-Endülüsi (ö. 487/1094), *Mu'cemu ma'ste'cem min esmâ'il-bilâdi ve'l-mevâd*, 3. bs., I-IV, Alemlü'l-kütüb, Beyrut 1403/1982, II, 490; Çetin, Osman, "Horasan", *DİA*, XVIII, İstanbul 1998, 234-241, s. 234.

5 Taberi, Ebu Cafer Muhammed b. Cerir b. Yezid b. Kesir (ö. 310/923), *Camîu'l-beyân fî tavîli'l-Kurân*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir, I-XXIV, Müessisetü'r-risâle, 1420/2000, IV, 167; İbnü'l-Esir, Ebu'l-Hasan Ali b. Ebi'l-Kerem Muhammed b. Muhammed b. Abdülkerim b. Abdül-Vahid (ö. 630/1233), *el-Kamil fî't-târih*, thk. Ömer Abdus-selam..., I-X, Daru'l-kitabi'l-Arabî, Beyrut-Lübnan 1417/1997, II, 414; İbn Kesir, Ebu'l-Fedâ İmâduddin İsmail (ö. 774/1373), *el-Bidâye ve'n-nihâye*, thk. Ali Şirî, Dâru İhayî't-türâsî'l-Arabî, Beyrut 1408/1988, VII, 144; Habibi, *Tarih-i Afganistan ba'de'l-İslâm*, İntişârât-ı Efsûn, İran 2002, s. 147-148; *Tarih-i Muhtasar-ı Afganistan*, s.89.

6 Habibi, *Tarih-i muhtasar-ı Afganistan*, s. 98; *Tarih-i Afganistan ba'de'l-İslâm*, s. 148.

7 Konuyla ilgili detaylı bilgi için bk. Ya'kûbî, Ahmet b. İshak b. Cafer b. Vehb b. Vâdih (ö. 292/905'den sonra) *Kitabu'l-Bıldân*, Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, Beyrut 1422/2001, s. 92, 101, 116, 118, 127; Taberi, IV, 168; İbnü'l-Esir, *el-Kamil fî't-târih*, 498; III, 35; İbn Kesir, *el-Bidâye ve'n-nihâye*, VII, 95, 174; XI, 327; Gubar, *Afganistan der mesir-i tarih*, I, 107; Ferheng, Mohammed Siddik, *Afganistan der Penc Kern-ı ahir*, İntişarat-ı Dürühşîş, Meşhed 1371/1992, I, 409,410; Habibi, *Tarih-i muhtasar-ı Afganistan*, s. 98; Mahmud Şakir, *Mevsuatü'l-futûhât-i İslamiyye*, Daru Usume, Umman 2002, s. 102-107.

8 Gubar, *Afganistan der mesir-i tarih*, I, 154.

9 Cemilurrahman Kamgar, *Tarih-i maârif-i Afganistan*, Mayvand Yayınevi, Kabil 1429/2008, s. 12.

10 İbnü'l-Mukaffa', Abdullah, *Âsârü İbnü'l-Mukaffa'* s. 317-318; Sa'd eş-Şesri, Abdurrahman, *Taknînu'ş-şeria' beyne't-*

cak söz konusu öneri Ebu Cafer tarafından kabul görmemiştir. Daha sonra Ebu Cafer, oğlu el-Mehdî-Billâh (775-785) ve torunu Hârûnürreşîd (786-809) tarafından Malik b. Enes'e el-Muvatta adlı kitabının kanun haline getirilip başvurulana tek kaynak olması istenmiş; ancak İmam Malik bütün bu teklifleri reddetmiştir.¹¹ XIII. asırda Hint yarım adasında fetva kitaplarının hazırlanmasıyla genel anlamda kanunlaştıma faaliyeti başlanmıştır. Delhi Sultanlığı döneminde başlayan bu hareket daha sonra da devam etmiştir. Her bölgede yaygın olan mezheplere göre hazırlanan söz konusu fetva kitapları kadılar tarafından esas kabul edilip mahkemelerde onlara göre hüküm verilmiştir.¹² Osmanlı döneminde İslam hukukuna dayalı olarak hazırlanan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye İslam dünyasındaki kanunlaştırma faaliyetine öncülük etmiş, bundan sonra diğer İslam ülkelerinde de kanunlaştırma faaliyeti başlamıştır.¹³

Afganistan'da ilk dönemlerde diğer İslam dünyasında olduğu gibi yargıda İslam hukukuna göre hüküm verilmiş, zaman zaman belli bir fetva kitabı esas alınmıştır. Emir Abdurrahman Han döneminde (1880-1901) Hanefi mezhebinin içindeki ihtilafları gidermek amacıyla kadılara rehber mahiyetinde Esâsü'l-kuzât adlı kitap yazılmış ve kadıların bu kitapta yer alan usule göre hareket etmeleri istenmiştir.¹⁴ Emir Habibullah Han döneminde (1901-1919) Siracü'l-ahkâm fî muamelâtî'l-İslam adlı 5 ciltlik bir kanun kitabı hazırlanmış ve kadıların sadece bu kitaba göre hüküm verebilecekleri belirtilmiştir.¹⁵ Emanullah Han döneminde (1919-1929) ta'zir cezalarını içeren Nizamname-i Ceza-yı Umumî adıyla 244 maddelik ceza kanunu,¹⁶ yanında da birinci cildi medeni kanunu ikinci cildi had, kısas ve diyetle ilgili hükümleri ihtiva eden Temessükü'l-Kuzatü'l-Amaniye adlı bir kanun kitabı hazırlanmıştır.¹⁷ Nihayet 1976 yılında daha kapsamlı bir ceza kanunu çıkartılmış; ancak bu ceza kanununda sadece ta'zir cezalarına yer verilmiş had, kısas ve diyetle ilgili suç ve cezalarda Hanefi fıkına göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁸ Söz konusu kanun, farklı dönemlerde bazı değişikliğin yapılması ile birlikte günümüze kadar yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Ceza hukukunun kanunlaştırılmasından itibaren de hiçbir kanunun İslam hukukuna aykırı olamayacağı anayasalarda belirtilmiştir. Teorikte had, kısas ve diyetle ilgili suç ve cezalarda Hanefi fıkına göre hüküm verileceği

tahlîli ve't-tahrim, s. 16-17.

11 Sa'd eş-Şesri, age., s. 18-20.

12 bk., M. Kamil Yaşaroğlu, *Pakistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 1996, s. 19.

13 Age., s. 7.

14 Ahmed Can Alkozai, *Esâsül-kudât*, Dâru Saltana-yı Kabul, Kabil 1893, s. 7; Popelzai, İzzuddin Vekili, *Dâru'l-kazâ der Afganistan ez avâil-i ahd-i İslam tâ ahd-i cumhuriyet*, Matbaa-yı Devleti-yi Kabul, Kabil 1369/1991, s. 369; Hosamî, Hazretgöl, *Revend-i sistem-i kanun-güzârî*, İntişârât-i Said, Kabil 2011, s.36.

15 Komisyon, *Siracü'l-ahkâm fî muamelati'l-İslam*, I-V, Matbaa-ı Şahi Darüssaltana-yı Kabul, y.y., 1327-1335 /1909-1917 m., I, 5; Popelzai, age., s. 413-414; Hosamî, Hazretgöl, *Tarih-i qaza der Afganistan*, İntişarat-i Said, Afaq Press, Kabil 1388 /2009, s. 45-46.

16 Hosamî, age., s. 99.

17 Habibi, Abdullhay, *Cünbiş-i meşrutiyet der Afganistan*, y.y., 1993, s. 54.

18 1976 tarihli Afgan Ceza Kanunu, md. 1.

öngörüldüğüne rağmen pratikte uygulanması çok nadir görülmektedir.

AFGAN CEZA KANUNUNUN KAYNAKLARI

İslam ceza hukukunda genel olarak cezalar; had, kısas ve diyet olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Afgan Ceza Kanunun (ACK) kaynaklarına geçmeden önce bunların herbiri hakkında kısaca bilgi vereceğiz.

Had kelimesi sözlükte mastar olarak engel olmak, iki şeyin arasını ayırmak; isim olarak ise iki şeyin birbirine karışmasını önleyen şey, sınır, yasak, keskin ve tanım anlamlarına gelmektedir.¹⁹ İslam Hukuku terimi olarak had, Allah hakkı olarak infazı gerekli bulunan, miktar ve keyfiyeti nasla belirlenmiş cezalardan ibarettir.²⁰ Hukukçuların çoğunluğuna göre had sadece cezası nasla belirlenen ve sırf Allah'ın hakkı olan veya Allah'ın hakkı ağırlıkta olan suçlar için kullanılırken İbn Rüşt, Hanefilerden İbn Hümmam ve diğer birçok fakih haddi genel olarak ister kul hakkı olsun ister Allah'ın hakkı olsun cezası nasla belirlenen suçlar için kullanmıştır.²¹

Kisas, sözlükte mastar olarak “ardından gitmek, iz sürmek, yaptığı işte birinin yolunu takip etmek; kesmek, eşitlemek ve misilleme yapmak” mânalarında, isim olarak ise “mutlak eşitlik, bir şeyin iki tarafının birbirine denk olması; işlenen fiilin ona denk bir fiille mukabele edilmesi” anlamlarına gelir. Hukukta kısas, kasten işlenen adam öldürme veya müessir fiil (yaralama) suçunun failinin işlediği fiil

19 Ezherî, Ebû Mensûr Muhammed b. Ahmed (ö. 370/981), *Tehzibu'l-luğa*, I-XV, thk. Muhammed İved Murgib, I. bs., I-XV, Dâru İhyâ'it-türâsî'l-Arabî, Beyrut 2001, III, 269-270; Cevherî, Ebû Nasr İsmail b. Hammad el-Fârâbî (ö. 393/1002), *es-Sihâh*, thk. Ahmed Abdulgafûr Âttar, I-VII, Dâru'l-İlmi'l-melâin, Beyrut 1399/1979, II, 462; İbn Faris, Ebû'l-Huseyin Ahmed b. Faris (ö. 395/1005), *Mu'cemu mekâyisü'l-luğa*, thk. Abdusselam Muhammed Harun, I-VI, Dâru'l-Fikr, y.y. t.s., II, 3-4; Zemahşerî, Ebû'l-Kasim Carullah Mahmud b. Muhammed b. Ömer b. Ahmed (ö. 538/1144), *Esâsü'l-belağa*, thk. Muhammed Basil Üyûnu's-sûd, I. bs. I-II, Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, Beyrut 1419/1998, I, 173; Razî, Ebû Abdillâh Zeynüddin Muhammed b. Ebi Bekr b. Abdikadir (ö. 666/1268), *Muhtaru's-Sihâh*, thk. Muhammed Hatır, Mektebetu Lübnan, Beyrut 1415/1986, s. 167; İbn Manzûr, Ebû'l-Fadl Cemaluddîn Muhammed b. Mükerrrem (ö. 711/1312), *Lisanu'l-Arab*, I-XV, Dâru Sâdir, Beyrut, t.s., III, 140; Cürçânî, Seyyid Şerif Ali b. Muhammed b. Ali (ö. 816/1413) *et-Ta'rifât*, thk. İbrahim Ebyârî, Dâru'l-kitabî'l-Arabî, Beyrut 1405/1985, s. 83; Zebîdî, Seyyid Muhammed Murtaza el-Huseynî (ö. 1205/1791), *Tacû'l-arûs min cevâhiri'l-Kamûs*, thk. Abdu's-Settar Ahmed Firac, I-XI, Matbaatu Hükümeti'l-Kuveyt 1385/1965, VIII, 6-7.

20 Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed Şemsu'l-Eimme (ö. 483/1090), *el-Mebcut*, I-XXX, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1414/1993, IX, 36; Kâsânî, Alauddin Ebû Bekr b. Mesûd (ö. 587/1191), *Bedâ'iu's-sanâi' fi tertibi's-Serâi'*, I-VII, Dâru'l-kitabî'l-Arabî, Beyrut 1982, VII, 33; Neseî, Ebû'l-Berekat Abdullah b. Ahmed (ö. 710/1311), *Kenzü'd-dekâik*, thk. Sâid Bekdaş, Dâru'l-Beşairil-İslâmiyye, y.y., 1432/2011, s. 346; Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud el-Mevsîlî en-Neseî (ö. 683/1284), *el-İhtiyar li-ta'îlî'l-Muhtâr*, I-V, (beş cilt bir arada), Gündoğdu Matbaası, İstanbul 1996, IV, 79; Aynî, Ebû Muhammed Bedruddin Mahmûd b. Ahmed b. Mûsâ b. Ahmed b. Hüseyin b. Yûsuf (ö. 855/1451), *el-Binâye fi şerhi'l-Hidâye*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1411/1990, V, 190; İbn Abidin, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz b. Ahmed b. Abdurrahim el-Huseynî ed-Dımaşkı (ö. 1252/1836), *Reddû'l-muhtâr ale'd-Durri'l-muhtâr*, I. bs. I-XII, thk. Adil Ahmed Abdul-Mevcut ve Ali Muhammed Muavvâd, Dâru'l-kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1415/1994, VI, 3; Şeyh Nizam vd., *el-Fetavâ'l-hindiyye*, Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, Beyrut 1421/2000, II, 158; Ali Bardakoğlu, “Had”, *DİA*, XIV, İstanbul 1996, XIV, 547-551, s. 547; Karaman Hayreddin, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, (I.2.3. cilt bir arada), Ensar Neşriyatı, İstanbul 2006, s. 170. Âvva, Muhammed Selim, *Fi usûli'n-nizâmi'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, Nehdatu Mısır, Kahire 2006, s. 151. Maverdi ise, Haddi, “Allah'ın had veya ta'zir yaptırımı öngörec yasakladığı fiilin işlenmesidir” şeklinde tanımlamıştır. Maverdi, Ebû'l-Hasan Ali b. Muhammed (ö.450/1058), *el-Ahkâmû's-sultaniyye ve'l-velâyetü'd-diniyye*, thk., Ahmed Mubarek Bağdâdî, I. bs. Dâru İbn Kutaybe, Kuveyt 1409/1979, s. 288.

21 Ebû Zehra, Muhammed (ö. 1974), *el-Ukûbe*, Dâru'l-fikri'l-Arabî, Kahire, ts., s. 58-59. bk. İbn Rüşt el-Hafid, Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî (ö. 595/1199), *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktasid*, 4. bs. I-II, Matbaatü Mustafa el-Bâbî, Mısır 1395/1975, II, 394-396.

cinsinden ve ona denk bir ceza ile cezalandırılmasını, fıkıhtaki teknik kullanımıyla kasten öldürdüğü kişiye karşılık fâilin öldürülmesini, kasten işlediği müessir fiil sonucu mağdurda bedenî-fizikî zarar meydana getiren kimsenin benzeri şekilde cezalandırılmasını ifade eder.”²²

Ta’zir kelimesi mastar olup sözlükte, reddetmek, engellemek, yardım etmek, saygı göstermek, tedib etmek gibi karşıt anlamları olan (ezdâd) kelimelerdendir.²³ Bir fıkıh terimi olarak ise had suçları ve cinayetlerdeki gibi cezası bulunmayan suçlara verilecek, miktarı ve uygulanması yöneticiye veya hâkime bırakılmış, Allah hakkı veya kul hakkı ile ilgili cezaları ifade eder.²⁴

Afgan Ceza Kanunun (ACK) kaynaklarını; had, kısas, diyet ile ilgili cezalarının kaynakları ve ta’zir cezalarının kaynakları olmak üzere iki ana başlık altında ele alınacaktır.

I. HAD, KISAS VE DİYET İLE İLGİLİ CEZALARIN KAYNAKLARI

Afganistan’da İslam dininin bu bölgeye girişinden 1921 yılına kadar yargılamanın sadece fıkıh kitaplarına göre yapıldığından, ceza kanunun kaynağında genel anlamıyla şeriat ve özel anlamıyla da fıkıh kitapları olmuştur. 1921’de çıkartılan ilk ceza kanunun birinci maddesinde had, kısas ve diyet ile ilgi konuların Hanefi fikhına göre hazırlanmış olan Esasü’l-kuzat’a göre çözüleceği açıklanmıştır. 1976 tarihli Afgan Ceza Kanunun (ACK) birinci maddesinde yine Had, kısas ve diyet ile ilgili cezalarda, Hanefi fikhına göre hüküm verileceği²⁵ belirtilmiştir. Dolayısıyla 1921 yılından sonra çıkartılan ceza kanunlarında yine had, kısas ve diyetle ilgili hükümlerin kaynağı sadece Hanefi fikhıdır.

1921 tarihli Nizamname-i Ceza-yı Umumî adlı ilk ceza kanununda suçlar; doğrudan hükümetin aleyhine olan suçlar (Siyasi Suçlar), kişilere karşı işlenen ta’zir gerektiren suçlar ve had, kısas ve diyetle ilgili olan suçlar olmak üzere üç kategoriye ayrılmıştır.

İlk iki kategorideki suçların cezalarının ulu’l-emir tarafından ve üçüncü kategorideki suçların cezaları ise Esasü’l-kuzat’a göre belirleneceği açıklanmıştır.²⁶

22 Şamil Dağcı, “Kısas”, *DİA*, XXV, Ankara 2002, s. 488-495, s. 488.

23 Cevherî, *es-Sihâh*, II, 744; İbn Manzûr, *Lisanü’l-Arab*, IV, 561; Komisyon, *el-Mevsû’atü’l-fikhiyye*, I-XLV, (I-XXII, 2. bs. Dâru’s-selâsil, Kuveyt, t.s., XXIV-XXXVIII, 1. bs. Dâru’s-Safve, Mısır, t.s., XXXIX-XLV, 2. bs. Tabu’l-vizâre, Kuveyt 1404/1984-1427/2006, XII, 254.

24 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 36; Kâsânî, *Bedâi’*, VII, 63; Mv. F. “Ta’zir”, XII, 254; Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhü’l-İslâmî ve edilletühü*, 4. bs. I-X, Dâru’l-fikr, Dımaşk-Suriye ts., IV, 635; Başoğlu, Tuncay, “Ta’zir”, *DİA*, XL, İstanbul 2011, 198-201, s. 198. Ta’zir sınırları ve tazir ile ilgili detaylı bilgi için bk. Maverdi, *Ahkamu’s-sultâniyye*, s. 310-314. Ayrıca ta’zir için yapılan değişik terim anlamları için bk., Sami Ergin, *İslam Hukukunda Ta’zir Suçlar*, *Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2007, s. 3-4.

25 1976 Tarihli Afgan Ceza Kanunu, Md.1.

26 1921 Tarihli Nizam Name-i Ceza-i Umumî, Md. 1.

Kısacası ister 1921’de çıkartılan ceza kanununda ister günümüzde yürürlükte olan 1976 ceza kanununda olsun had, kısas ve diyet ile ilgili suç ve cezalarda İslam şeriatına göre hüküm verilmesine yer verilmiş, suç ve cezaların tayin ve infazında ise Hanefi mezhebinin görüşlerinin esas alınması kararlaştırılmıştır. Netice itibarıyla bu kategorideki cezaların kaynakları da tamamen İslam hukukudur.

Afgan yasalarında had, kısas ve diyet ile ilgili suç ve cezada Hanefi fıkhına göre hüküm verileceği öngörüldüğüne rağmen, Afganistan yargı sistemini geliştirmek amacıyla Afganistan’da faaliyet gösteren yabancı kaynaklı insan hakları savunucusu kuruluşların, özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliğinin baskı ve müdahalesinden dolayı idam cezası ve özellikle recm ve el kesme cezasının uygulanması hiç görülmemekte ve geri kalan had ve kısas cezaları da çoğu zaman uygulanmamaktadır. Nitekim 2013 ve 2014 yılında hem ACK’da yapılmak istenen hem Kanun-i İcraat-ı Ceza’de yapılması planlanan düzenlemeye Avrupa Birliği dâhil birçok ülkeden tepkiler gelmeye başlayınca Afganistan Adalet Bakanlığı geri adım atmak zorunda kalmıştır.²⁷

II. TA’ZİR CEZALARININ KAYNAKLARI

Ta’zir cezaları birden fazla kaynağa sahiptir. Burada onları kısaca açıklamaya çalışacağız:

A. Genel Olarak Şeriat ve Özel Olarak Hanefi Fıkıh Kitapları

Şeriatın Afgan Ceza Kanunu’nda kaynak olması iki başlık altında ele alınabilir: Birinci başlıkta Afganistan anayasalarının genel olarak İslam şeriatını vurgulayan ve kanunlarının İslam şeriatına aykırı olmamasının gerektiğini belirten maddeleri, ikinci başlıkta ise özel olarak, kanunların İslam şeriatına uygun olmasının zorunluluğunu ve kanunun bulunmadığı durumda İslam hukukuna başvurulmasının gerektiğini vurgulayan maddeler.

1. Genel Olarak İslam Dinini ve Şeriatını Vurgulayan Bazı Anayasa Maddeleri

1921’de çıkartılan Nizamname-i Esasi-yi Devlet-i Aliyye-yi Afganistan adlı ilk Afgan anayasasında padişahın görevlerini zikrederken;

*“Padişah hazretlerinin zat-ı âlisi İslam dininin hizmetçisi, hâmisî ve bütün Afgan vatandaşların hükümdarı ve padişahıdır”*²⁸ “...İslam şeriatının korunması ve

27 http://www.bbc.co.uk/persian/afghanistan/2013/11/131127_k05_afghanistan_law_shtml.(10.05.2014; <http://moj.gov.af/fa/news/26869> (15.05.2014)

28 1923 tarihli Nizamnâme-i Esâsi-yi Devlet-i Aliyye-i Afganistan, (1921 NEDAA), md. 5.

uygulamaya konması... padişahın görevlerindendir”²⁹ denilerek İslam dininin Afganistan’da esas olmasına vurgu yapılmıştır. Yine bu dönemde çıkartılan nizam-name adlı ceza kanunu vs. kanunların sonunda “İslam şeriatı ve Hanefi mezhebinin müfta bih görüşlerine uygundur” diye âlimler ve kadılar tarafından not düşürölüp imzalanmıştır.

1931 tarihinde kral Nadirşah tarafından çıkartılan Usul-ı Esasi-yi Devlet-i Aliyye-yi Afganistan adlı anayasasında da “Afganistan’ın dini İslam ve genel mezhebi ise Hanefiliktir ve padişah da bu mezhebe mensup biri olmalıdır...”³⁰ denilmektedir.

Aynı anayasada, padişahın tahta oturmadan önce edeceği yemin şu şekilde belirlenmiştir: “Allah’a ve Kur’an’a yemin ederim ki bütün fiiller ve amellerimde Allah’ı hazır ve nazır görerek İslam dininin korunması, Afganistan’ın bağımsızlığını, milletin hukukunu korumasını, vatanın ilerleme ve saadetini sağlamakla İslam esasına ve devletin temel ilkelerine uygun olarak padişahlık görevimi yapacağım ve evliyaların mukaddes ruhaniyetinin bereketiyle istimdad ederim”.³¹

1964 anayasasında da padişah olma şartları ve padişahın görevleri anlatılırken “Padişah İslam dininin ilkelerinin koruyucusu... dur”³² denilmekte ve yasama organın görevi bölümünde ise hiçbir kanunun İslami ilkelere aykırı olamayacağı³³ ve kanunun yasama organı tarafından çıkartılanlar ve bunun olmadığı durumlarda şeriatı ibaret olduğu³⁴ vurgulanmaktadır. Ayrıca Afganistan’ın resmî dininin İslam olması, padişahın Müslüman ve Hanefi mezhebine mensup biri olması anayasanın değiştirilemeyen maddeleri olarak kabul edilmiştir.³⁵

1977 tarihli Kanun-ı Esasî-yi Devlet-i Cumhuri-yi Afganistan (Afganistan Cumhuriyeti Anayasası)’da hiçbir kanunun İslam dininin ilkelerine aykırı olamayacağı,³⁶ üstelik İslami ilkelere uyma zorunluluğuyla ilgili maddeler anayasanın değişmeyen maddelerinden sayılmıştır.³⁷

1980 tarihli Usûl-i Esasi-yi Cumhûri-yi Demokratik-i Halk-ı Afganistan (Afganistan Demokratik Halk Cumhuriyeti Anayasası)’da, “Afganistan Demokratik Cumhuriyeti’nde İslam dinine saygı, riayet ve onun muhafazası (korunması) teminat altına alınır...ifadesi kullanılmıştır.³⁸

1987 tarihli Kanun-ı Esasî-yi Cumhuri-yi Afganistan (Afganistan Cumhuriyeti Anayasası)³⁹ 1980 tarihli anayasası gibi komünist rejimi tarafından çıkartı-

29 1923 NEDAA, md. 7.

30 1931 tarihli Usûl-ı Esâsi-yi Devlet-i Âliyye-i Afganistan (1931 UEDAA) , md. 1.

31 1931 UEDAA, md. 6.

32 1964 tarihli Kanun-ı Esâsi-yi Afganistan (1964 KEA), md. 7.

33 1964 KEA, md. 64.

34 1964 KEA, md. 69.

35 1964 KEA, md.120.

36 1977 tarihli Kanun-ı Esasî-yi Devlet-i Cumhûri-yi Afganistan (KEDCA), md. 64.

37 1977 KEDCA, md. 121.

38 1980 Usûl-ı Esâsi-yi Cumhûri-yi Demokratik-i Halk-ı Afganistan (UECDHA), md. md. 5.

39 Bu anayasa komünist rejiminin 4. ve son cumhurbaşkanı olan Dr. Necibullah tarafından 1987’de çıkartılmıştır. 1990 yılında ise üzerinde bazı tadilatlar yapıp aynı ad altında yine onaylanmıştır.

lan bir anayasa olmasına rağmen yine de buna vurgu yapılarak ikinci maddede “Afganistan’ın dini İslam’dır. Afganistan Cumhuriyetinde hiçbir kanun İslami ilkelere ve bu anayasanın içerdiği kanunun değerlerine aykırı olamaz”⁴⁰ ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu anayasada cumhurbaşkanı adayı olabilme şartlarının biri de Müslüman olmaktır.⁴¹

Son olarak 2004’te çıkartılan Kanun-ı Esasi-yi Afganistan (Afganistan Anayasası)’ın ikinci maddesinde Afganistan’ın dininin İslam olduğu,⁴² üçüncü maddede ise Afganistan’da hiçbir kanunun İslam inancına ve hükümlerine aykırı olamayacağı açıkça belirtilmiştir.⁴³ Yine aynı anayasada siyâsî parti kurma şartlarının birincisi olarak partinin bildiri ve tüzüklerinin İslam dininin hükümlerine aykırı olmaması,⁴⁴ cumhurbaşkanının Müslüman olması,⁴⁵ yemin töreninde yemini ne besmele ile başlayıp İslam’a itaat edeceğine ve İslam Dinini koruyacağına dair Allah’ın adına yemin etmesi⁴⁶ aynı şekilde bakanların yemin törenlerinde İslam Dinini koruyacaklarına dair Allah’ın adıyla yemin etmelerinin gerektiği⁴⁷ yazılmaktadır.

2. Özel olarak Şeriatın Ta’zir Cezalarında Kaynak Olması

Afganistan’da çıkartılan bütün anayasalarda ya baştan “Adli mahkemelerde davalar şeriatı göre görülür” denilmiş ya da kanunun bulunmadığı durumlarda hâkimlerin Hanefi fıkına göre karar vermelerinin gerekliliği açıklanarak şeriatın t’azir cezalarında da kaynak olması doğrudan veya dolaylı olarak vurgulanmıştır. Burada bu konu ile ilgili anayasa maddelerini tarihi sırasına göre kısaca aktaracağız:

1921 tarihli Nizamname-i Esasi-yi Devlet-i Aliyye-yi Afganistan adlı Afganistan’ın ilk anayasasında adlî mahkemelerde kamu davalarında, şeriatı ve hukukî ve cezaî mahkeme usulüne uygun olarak karar verileceği ifade edilmiştir.⁴⁸

1924 tarihinde idam ve hapis cezasıyla ilgili olarak mahkemelere yol göstermek için örnek yargı kararları ve bazı kaideleri içeren 11 sayfalık bir kanun çıkartılmış; ta’zir cezalarının Hanefi fıkıh kitaplarından kaynaklarını Arapça metniyle aktardıktan sonra kanunu onaylayan Loya Cirge’nin⁴⁹ seçilmiş âlimleri tarafından bu

40 1987 tarihli Kanun-ı Esâsi-yi Cumhuri-yi Afganistan (KECA), md. 2.

41 1987 KECA, md. 73.

42 2004 Kanun-ı Esâsi-yi Afganistan (KEA), md. 2.

43 2004 KEA, md. 3.

44 2004 KEA, md. 35.

45 2004 KEA, md. 62.

46 2004 KEA, md. 63.

47 2004 KEA, md. 74.

48 1921 NEDAA, md. 21.

49 Loya Cirge; Afganistan’da Anayasa çıkartma, cumhurbaşkanını yargılama ve ülkenin milli bağımsızlığı ve torak bütünlüğü gibi önemli konuları hakkında karar vermek için bütün Afganistan’dan toplanan geçici bir meclisin

kararda yer alan ta'zir cezalarıyla ilgili maddeler “şeriatı uygun ve Hanefi mezhebiyle uyumludur” denilerek imzalanmıştır.⁵⁰

1931 yılı Usul-i Esasi-yi Devlet-i Aliyye-yi Afganistan adlı ikinci Afgan anayasasında da “*Adalet mahkemeleri Şer’i kamu davalarında başvurulacak bir makamdır.*⁵¹ *Şer’i mahkemelerde gelen davalar Hanefi mezhebine göre çözülecektir*” denilerek şeriatın kaynak olduğuna vurgu yapılmıştır.⁵² 1964 anayasasında da “*Mahkemeler görülen davalarda bu anayasa hükümlerini ve devletin diğer kanunlarını uygular. Herhangi bir konuda söz konusu kanunlarda hüküm bulunmadığı durumda hâkimler kendi kanaatlerince adaleti en iyi temin edecek şekilde bu anayasanın koyduğu sınırlar çerçevesinde İslam şeriatına ve Hanefi fikhın genel ilkelerine uygun olarak hüküm verirler*”denmektedir.⁵³

Aynı anayasanın meclis bölümünde kanunu tarif edilirken “*Anayasada kendisi ile ilgili açıkça hükümlerin bulunduğu durumlar dışında kanun, parlamentonun onayı ve cumhurbaşkanının imzasıyla çıkartılanlardan ve bunun da olmadığı durumda İslam şeriatı Hanefi fikhından ibarettir*” denmektedir.⁵⁴

1957’de çıkartılan “Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye” adlı (Adli mahkemeler İdare Kanunu) kanunda adli mahkemelerin, gelen davalara şeriatı uygun olarak hüküm vermeleri gerektiği belirtilmiştir.⁵⁵

1977 tarihinde Afganistan’ın ilk cumhurbaşkanı Muhammed Davud Han tarafından çıkartılan anayasada da yukarıda zikrettiğimiz 1964 anayasasında geçen madde olduğu gibi hiçbir değişiklik yapılmadan aktarılmıştır.⁵⁶

Aynı tarihte çıkartılan ve günümüzde de yürürlükte olan medeni kanununda da “*kanun hükümleri bulunmadığı durumda mahkeme İslam şeriatı Hanefi fikhın genel ilkelerine uygun olarak adaleti en iyi temin edecek şekilde karar verir.*”⁵⁷ ifadesine yer verilip medeni kanunda da anayasadan alıntı yapılarak ceza kanunlarında olduğu gibi kanun boşluğu durumunda Hanefi fikhına göre hüküm verileceği açıklanmıştır.

1980’de çıkartılan Usul-i Esasi-yi Cumhuri-yi Demokratik Afganistan adlı anayasada “*Mahkemeler Afganistan Demokratik Cumhuriyetinin kanunlarına göre hüküm verirler. Konuyla ilgili kanunda açık bir hükmün bulunmaması durumun-*

adıdır. Bu meclis, Afganistan’da milletin iradesini yansıtan en üst kurum olup milletvekilleri, il ve ilçe temsilcilerden oluşmaktadır. 2004 KEA, md. 110-111.

50 Hidâyât-ı Süret-i Faysala-ı Katil ve Habs-ı Devam Ki be Mehâkim-i Adliye-yi Âyında Ber Vefki An Faysala Tahrir Şavad, Matbaa-ı Şirket-i Rafik, 2. bs, y.y., 1928, s.11.

51 1931 UEDAA, md. 87.

52 1931 UEDAA, md. 88.

53 1964 KEA, md.102

54 1964 KEA, md. 69.

55 1957 tarihli Usulname-i İdari Mehâkim-i Adliye, md. 8.

56 1977 KEDCA, md. 99.

57 1976 tarihli Afgan Medeni Kanunu, md. 1. Fıkra 2.

da, mahkemeler şeriat, demokrasi, eşitlik ve adalet ilkelerine uygun olarak hüküm verirler” ifadesi kullanılmıştır.⁵⁸ 04.04.1981 tarihinde çıkartılan “Kanun-i Teşkilat ve Salahiyet-i Mehâkim-i Cumhuri-yi Demokratik Afganistan” (Afganistan Demokratik Cumhuriyeti Mahkemelerin Teşkilat ve Yetkileri) adlı kanunun 8. maddesinde yine aynı ifadeye yer verilmiştir.⁵⁹

1987 ve 1990 anayasalarında hâkimlerin davalarda Afgan anayasası ve diğer Afgan kanunlarını uygulayacakları; konuyla ilgili açık bir kanunun olmadığı durumlarda, adaleti, mümkün olduğu en iyi temin edecek şekilde İslam şeriatının kanunlarına göre hüküm verileceği açıklanmıştır.⁶⁰

2004 anayasasında “Mahkemeler görülen davalarda bu anayasa hükümleri ve devletin kanunlarını uygular. Herhangi bir konuda söz konusu kanunlarda hüküm bulunmadığı durumda hâkimler kendi kanatlarında adaleti en iyi temin edecek şekilde bu anayasanın koyduğu sınırlar çerçevesinde İslam şeriatı Hanefi fıkına uygun olarak hüküm verirler”⁶¹ denilmektedir.

Günümüzde yürürlükte olan 07.03.1992 tarihli ceza kanununda idam cezasının sınırlandırılması ile ilgili yapılan tadilatın sebeplerinde “...İslam dininin esaslarını göz önünde bulundurarak⁶²...” ifadesine yer verilmiştir.

Makalenin başında değinildiği gibi ilk olarak Emir Abdurrahman Han döneminde (1880-1901) Hanefi fıkı esas alınarak Esasü'l-Kudat (اساس القضاء) adlı bir kanun hazırlanmış ve ona göre hüküm verilmiştir. Daha sonra da Emir Habibullah Han döneminde (1901-1919) yine Siracü'l-Ahkâm (سراج الاحكام في معاملات الاسلام) adlı eser yazılmış ve ondan sonra da Emir Emanullah Han döneminde Temessükü'l-Kudatı'l-Emaniyye (تمسك القضاء الامانيّة) adlı kitap yazılmış ve bütün davalara bu kanunlara göre bakılmıştır. Bu kitapların hepsi de Hanefi fıkı esas alınarak hazırlandığı için bütün davalarda Şer'î hükümler dikkate alınmıştır.

Görüldüğü üzere Afgan anayasalarının hepsinde ta'zir cezalarında da şer'î hükümlere başvurma yolu benimsenmiştir. Komünist rejimler tarafından çıkartılan anayasalarda⁶³ bile bu ifadeye yer verilmesi tespitimizi desteklemektedir. Dolayısıyla ta'zir ile ilgili kanunların kaynaklarından birinin şeriat olduğu söylenebilir. Ancak yukarıda adı geçen anayasalardaki “...kanunun olmadığı durumda...” ifadesinde, bir açıdan şer'î kanunları ikinci derece bir kanun sayıldığı ve şeriatın kanunda esas alınması gerektiğini ifade eden maddeler ile çeliştiği de görülmektedir. Aynı şekilde anayasaların bazılarında görüldüğü gibi kanunun olmadığı durumda

58 1980 UECDHA, md. 56, Prağraf, 3.-4.

59 Resmi Ceride, sy: 1 sn. 479, y.y., 1981. s. 6.

60 1987,1990 KECA, md. 112.

61 2004 KEA, md. 130.

62 Resmi Ceride. sy. 23, sn. 763, s. 13.

63 1980, 1987 ve 1990 Anayasaları komünist rejimi döneminde çıkartılmıştır. Uygulandığını söylemek zor olsa da Afgan halkının bu konudaki hassasiyetini göz önünde bulundurularak çıkartılan anayasalarda İslam ve şer'î hükümlere vurgu yapılmıştır.

şeriata göre hüküm verileceği belirtilirken “anayasanın koyduğu sınırlar çerçevesinde” ifadelerine yer verilmesi, şer’î kanunlar ikinci plana atılmış gibi görünmekte ve 2004 tarihli anayasanın 3. maddesinde yer verilen “hiçbir kanunun şeriata aykırı olamayacağı” ile ilgili hükümlere aykırılık arz etmektedir. Zira anayasanın değiştirilemeyen 3. maddesinde şeriat, anayasa dâhil bütün kanunlara hâkim kılınırken burada adeta anayasa şer’î kanunlar için yönlendirici ve sınırlandırıcı olarak görülmektedir.

Aynı şekilde “adaleti temin edecek şekilde” ve “hâkimlerin kanaatince adaleti en iyi temin edecek şekilde Hanefi fıkıhına göre hüküm verilir” ifadeleri kanaatimce Hanefi fıkıhı veya genel olarak İslam hukukundaki ihtilaflar göz önünde bulundurularak kullanılmıştır. Aksi takdirde İslam hukukuyla sadece adaleti temin ettiği durumda hüküm verileceği anlamına gelir ki bu durumda ilgili ifadenin sakıncalı olduğu söylenebilir. Dolayısıyla birinci ihtimal daha isabetlidir.

Günümüzde, hâkimlerin Hanefi fıkıh âlimleri arasındaki ihtilaflardan kurtulması için Daru’l-İfta adlı fetva kurumu kurulmuş ve dört sene içinde gelen 450 meseleye şeriata göre fetvalar verilmiş, bu fetvalar kanun hâline getirilip uygulamada esas alınmaya başlanmıştır.⁶⁴

B. Anayasalar

ACK’nın ikinci önemli kaynağı da Afgan anayasalarıdır. Nitekim kanun önünde eşitlik ilkesi Afganistan’ın 1923 anayasası,⁶⁵ 1964 anayasası,⁶⁶ 1977 anayasası,⁶⁷ 1980 anayasası,⁶⁸ 1987 anayasası,⁶⁹ 1990 anayasası⁷⁰ ve 2004 anayasasında⁷¹ yer almaktadır.

Aynı şekilde kanunun en önemli ilkelerinden olan suç ve cezanın kanunîliği ilkesi de yine Afganistan’ın 1923 anayasası,⁷² 1931 anayasası,⁷³ 1964 anayasası,⁷⁴ 1977 anayasası,⁷⁵ 1980 anayasası,⁷⁶ 1987 anayasası,⁷⁷ 1990 anayasası⁷⁸ ve 2004 anayasasının

64 Kamevi, Abdulmelik Jobal, Muhammed Osman, *Faaliyetha ve Dest-averdha-yı Stera Mahkeme- Cumhuri-yi İslami-yi Afganistan*, Matbaa-ı Ahmedi, y.y., 2010, s. 143.

65 1923 NEDAA, md. 16.

66 1964 KEA, md. 25.

67 1977 KEDCA, md. 27.

68 1980 UECDHA, md. 28.

69 1987 KECA, md. 38.

70 1990 KECA, md. 38.

71 2004 KEA, md. 22.

72 1923 NEDAA, md. 24.

73 1931 UEDAA, md. 19.

74 1964 KEA, md. 26.

75 1977 KEDCA, md. 30.

76 1980 UECDHA, md. 30.

77 1987 KECA, md. 41.

78 1990 KECA, md. 41.

da⁷⁹kısacası Afganistan'da başlangıçtan günümüze kadar çıkartılan bütün anayasalarda zikredilmiştir.

Söz konusu ilkeye de ceza kanunun ikinci ve üçüncü maddeleri olarak yer verilmesi yine Anayasanın ceza kanununun en önemli kaynaklarından olduğunu göstermektedir.

Modern kanunda masumiyet karinesi olarak tabir edilen ve Mecelle'nin de 8. maddesinde yer alan (الاصل براءة الذمة) beraat-i zimmet asıldır, şeklindeki meşhur fıkıh kaidesine, Afganistan'ın 1964 anayasası, 1977 anayasası, 1987 anayasası, 1990 anayasası ve 2004 anayasasında (برائت ذمه حالة اصلی است) şeklinde Farsça mealî ile tam olarak; 1980 anayasasında ise anlam olarak yer verilmiştir.⁸⁰ Bu kaidenin aynı şekilde ceza kanunun dördüncü maddesi⁸¹ hem şeriatın hem de dolaylı olarak anayasaların ceza kanununa kaynak teşkil ettiğini göstermektedir.

Kanunun önemli ilkelerinden olan suç ve cezanın şahsiliği ilkesinin de anayasalarda yer alması⁸² yine anayasaların kaynak olmasına bir diğer delildir. Anayasalarda ister soruşturmada olsun ister diğer durumlarda olsun işkence konusunu düzenlenip tamamen yasaklanması ve insanın kerametine aykırı olan cezaların ortadan kaldırılması⁸³ da bu konuda başka bir delil olarak zikredilebilir.

C. Fermanlar

Genel olarak Afganistan'da ceza kanunlarının diğer bir kaynağı olarak da kralar ve devlet başkanlarının fermanlarını saymamız mümkündür. Afgan kralları genelde kanunları kendi fermanıyla hatta bazen kendi görüşlerini bir ferman şeklinde kanun olarak sunmuşlardır. Afganistan'da İslam'ın gelişinden bu yana her ne kadar bütün krallar ve devlet başkaları İslam şeriatının uygulanmasına vurgu yapmışlarsa da, fermanlarının bazılarının tamamen şeriata aykırı ve ilginç olduğunu görmekteyiz. Burada örnek olarak eski kralların bazı fermanlarını aktaracağız.

Mesela Afganistan'ın kurucusu ve Afganistan adını koyan Afgan kralı Ahmed Şah Durrani (1747-1773) kadı tayin ettiği bir fermanında, “sadece Allah'ın kitabı ve Resulünün sünneti uygulansın diye kadı olarak tayin ediyorum” demektedir, fermanlar çıkartırken besmele ile başlamakta ve başında (الحکم لله یرا فتاح)⁸⁴ yazarken öte yandan da bir fermanıyla çıkarttığı kanunda kadınların mirastan hak alamaya-

79 2004 KEA, md.27.

80 1964 KEA, md. 26 pragraf, 7;1977 KEDCA, md. 30. Pragraf 1;1980 UECDHA, md. 30. Pragraf 5; 1987 ve 1990 KECA, md. 41. Pragraf 5; 2004 KEA, md.25. Pragraf 1.

81 ACK md 4. Pragraf 1.

82 1977 KEDCA, md. 31;1980 UECDHA, md., 31; 1987,1990 KECA, md. 41; 2004 KEA, md. 26.

83 1923 NEDAA, md. 24; 1931 UEDAA, md. 19; 1964 KEA, md. 26; 1977 KEDCA, md. 31; 1980 UECDHA, md. 30; 1987, 1990 KECA, md. 42; 2004 KEA, md. 29.

84 Kâtib, Feyz Muhammed, *Siracü'l-tevârih*, Matbaa-ı Hurufî-yî Dârussaltana-yı Kabul, y.y., 1331 h.1913 m., I, 11.

caklarını ve kocası vefat eden kadınların kocasının yakınlarıyla evlenmek zorunda olduklarını söylediği nakledilmektedir.⁸⁵

Görüldüğü gibi bu kanun sadece Afganistan'da var olan bir geleneğin kanun şekline getirilmesinden ibaret olup Kur'an'ın naslarına⁸⁶ aykırı düşmektedir. Daha sonra bu kanun Emir Abdurrahman Han (1880-1901)'ın fermanıyla şeriata aykırı olduğu gerekçesiyle kaldırılmıştır.⁸⁷ Burada bu konuyla ilgili Emir Abdurrahman Han'ın ceza ve medeni konunu ile ilgili bazı fermanlarını örnek olarak aktaracağız:

Emir Abdurrahman Han cezaî ve hukukî konularda yaptığı değişiklikleri anlatırken şöyle demektedir:

“Daha önce bir insanın canının kıymetini (kan bedelini) üç yüz rupiye⁸⁸ olarak tayin etmişim. Şu an bu kanunu mensuh ettim (mülga ilan ediyorum) ve bunun yerine yeni bir kanunu yürürlüğe koyuyorum. O da şu ki katilin hükmü maktûlün velileri ve varislerin elindedir. İsterlerse kısas etme konusunda muhayyerdirler. Eğer katili af ederlerse bu durumda devlet bu affın onayına veya reddine yetkilidir. Eğer devlet de maktûlün velileri gibi katili affederse o durumda yine de katil serbest bırakılması için yedi bin rupiye para cezası devlete ödemek zorundadır. Kendisi söz konusu parayı ödeyemiyorsa, isterlerse aşiret ve akrabaları da ödeyebilir.”⁸⁹

Yine Abdurrahman Han kendini Müslümanların halifesi olarak gördüğü ve bütün meseleleri şeriata göre çözdüğünü iddia etmesine rağmen, bir suç işleyenin bütün aile ve akrabalarını bile işkenceye tabi tuttuğunu ve İslam hukuku ile hiç bağdaşmayan suçluların kulaklarını kesme, gözlerini çıkartma, üzerlerine kaynar yağ dökme, topun ağzına bağlayıp topu ateşlemek, gibi cezaları verdiğini öğrenmekteyiz.⁹⁰

Emir Habibullah 09.12.1912 tarihinde “*Mahbusin-i Kotvalay*”⁹¹ adlı kitapta kendi kalemiyle şöyle yazmıştır:

85 Ferheng, age., I.151. Allah (c.c.) Kuran-i Kerim’de; “Ey iman edenler! Kadınlara zorla vâris olmanız size helâl değildir..”(Nisa, 4/19) buyurarak açıkça bu uygulamanın Müslümanlar için helal olmadığını belirtmiştir. Hz. İbn Abbas bu ayetin tefsiri hakkında şöyle buyurmuştur: “Bir adam öldüğü zaman onun velileri, onun karısına sahip çıkarlardı. İsterlerse o kadını onlardan biri evlenir, isterlerse o kadını başkasıyla evlendirirler, isterlerse o kadını kimse ile evlendirmezlerdi. Onlar bu kadın üzerinde, kadının ailesinden daha çok yetkili idiler. İşte bu ayet, bu hususta indi (yani o âdeti kaldırdı)” (Buhari, “İkrah”, 5). Kurtubi, “Bu ayetin maksadı cahiliye dönemindeki anlayışı kaldırıp kadınların mal gibi miras olarak alınmasını yasaklamaktır” demektedir (Kurtubi, el-Cami’ li ahkâmî’l-Kur’ân, V, 94.) Aynı şekilde kadınların miras almasını yasaklam İslam’da kabul görmeyen cahiliye döneminden kalmış bir uygulamadır. Bu uygulama miras ile ilgili bütün ayetlere aykırıdır. Allah mirasın erkek ve kadınların ortak hakkı olduğu konusundan şöyle buyurmaktadır: “Ana-babanın ve yakınların bıraktıklarından erkeklere bir pay vardır; ana-babanın ve yakınların bıraktıklarından kadınlara da bir pay vardır. Gerek azından, gerek çoğundan belli bir hisse ayrılmıştır” (Nisa, 4/7). Kurtubi ayetin nüzul sebebinde bu ayetin cahiliye dönemindeki kadın ve silah taşıyamayan çocuklara mirastan hak verilme konusundaki batıl inancı ortadan kaldırmak için indiğini söylemektedir (Kurtubi, el-cami’ li ahkâmî’l-Kur’ân, V, 45).

86 Bu hüküm Nisa Suresinin 19 Ayetinde “Ey iman edenler! Kadınlara zorla vâris olmanız size helâl değildir” ve mirastan bahsedene aynı suredeki 7-14 Ayetlere açıkça ters düşmektedir.

87 Abdurrahman Han, Emir, *Tacü’t-tevârih*, Fayz Rasan Press, Bombay 1322/1904, II, 48.

88 Rupiye, o dönemdeki Afgan para birimin adıdır.

89 Abdurrahman, age., II, 48.

90 Gubar, age., I, 653.

91 “Kotvalay” Paştunca bir kelime olup, Şer’i meseleler dışındaki davalara bakan polis merkezindeki mahkeme anlamındadır. Şer’i meseleler, Şer’i mahkemeler tarafından görülürken devletin güvenliğine ve asayişine karşı işlenen suçlarla ilgili davalara bu mahkemelerde görülürdü. Mahbusin-i Kotvalay da devlete karşı işlenen suçlardan dolayı ceza evinde kalanlar demektir.

“Bugünden itibaren suçluları kör etmek yasak olup yerine 12 yıl hapis cezası uygulanacak, kulak kesme cezası yerine 6 yıl hapis cezası, şer‘î cezalar dışında el kesme yerine 10 yıl hapis cezası verilecektir. Bütün bunlar siyâsî suçlarda söz konusudur. Şer‘î cezalarda ise (والسن بالسن والجروح قصاص)⁹² ayetinin hükmü uygulanacaktır...”⁹³

Görüldüğü gibi Emir Habibullah Han’ın babası Emir Abdurrahman Han döneminde kör etme, kulak ve el kesme cezaları siyasi suçlular için ta’zir cezası olarak kral tarafından tayin edilmiştir.

Daha önce zikrettiğimiz kanuna işaret ederek de şöyle demektedir:

“Afganistan’ın eski kanunu mucibince kadın sadece kocasının değil, kocasının kardeşleri ve aşireti gibi bütün aile fertlerinin mülkiyeti idi. Bundan dolayı bir kadının kocası vefat edince kocasının akrabasından biri ile razı olmasa bile evlenmek zorunda idi. Bu memleketin genel kaidesi idi. Bundan dolayı zavallı kadın bir ailenin eline düşünce artık kurtulma şansı yoktu. Kocasını vefat eden bir kadının babasının evine gitmesi veya başka biri ile evlenmesi onun aşiretine bir ayıp sayılırdı. Bu inancın garip tarafı şu ki bu şer‘in gereği olarak görülüyordu. Hâlbuki bu kanun Hz. Peygamber(s.a.)’in getirdiği şeriata aykırıdır”.

Yukarıdaki kanunu aktardıktan sonra bu kanunu mülga ilan edip yeni kanuna göre kocası vefat eden kadının hiç kimse ile zorla evlendirilemeyeceği ve kendi istediği kişi ile evlenebileceğini ilan ediyor. Başka bir fermanı da bulûğa ermeyenlerin nikâhı ile ilgilidir. Bu fermanla bulûğa erişmeyen kızların ana babası tarafından evlendirilmesi durumunda bulûğa erişince söz konusu nikâhın kabul veya reddine yetkili oldukları ve kabul ettikten sonra da yine kocası tarafından kötü muameleye maruz kaldığı veya nafakası verilmediği durumlarda mahkemeye başvurup boşanma talebinde bulunabileceğini söylenmektedir.⁹⁴

D. Kanunlar

ACK’nın diğer bir kaynağı da Şûra -yı Milli⁹⁵ adıyla bilinen yasama organının onayladığı kanunlardır. Nitekim ACK de dâhil genel olarak çıkartılan kanunların çoğu bu kategoriye girmektedir. Çünkü yasama organı kanun çıkartma yetkisini kendisinde bulunduran tek organdır. Bunun tek istisnası vardır o da meclisin düşmesi veya tatilde olması durumunda bakanlar kurulunun söz konusu görevi üstlenmesidir. Afgan Anayasasında parlamentonun tatilde olduğu veya düşmesi durumunda bütçe ve mali konular dışında acil konularda bakanlar kurulu kanun çıkartır, onaylar ve cumhurbaşkanının imzasıyla yürürlüğe girer. Ancak meclis tekrar toplandıktan sonra meclisin ilk oturumundan itibaren otuz gün içinde söz konusu

92 Mâide, 5/45.

93 Gubar, age, I, 701.

94 Abdurrahman, age., II.48-49.

95 Amerika ve bazı diğer ülkelerde olduğu gibi Afganistan’da da parlamento Volosi Cirge ve Mişrano Cirge adı verilen temsilciler meclisi ve senatodan oluşmaktadır. Söz konusu iki meclisten oluşana da Şuara-yı Milli denmektedir.

kanun meclise sunulur kabul edilirse yürürlükte kalmaya devam eder, reddedilirse yürürlükten düşer.⁹⁶

E. Loya Cirge

Loya Cirge meclis üyeleri, il, ilçe Şûra başkanlarından oluşmaktadır. Bakanlar, Stre Mahkeme (Yüksek Mahkeme) ve Başsavcılığın başkanları ve üyeleri oy hakkı olmadan katılabilirler. Loya Cirge Afganistan'da milletin iradesinin en yüksek göstergesi olarak tanımlanmıştır.⁹⁷

Özellikle anayasanın çıkartılması ve düzetilmesi açısından Loya Cirge de kanunlaştırmaya bir kaynaklık teşkil etmektedir; çünkü Loya Cirge, yeni anayasa çıkartma, onaylama ve anayasada tadilât yapma yetkisine sahip tek organdır. Aynı şekilde cumhurbaşkanının vatana ihanet suçundan yargılanması meclisin üçte ikisinin istemesi ve Loya Cirge'nin onayı ile olur.

F. Örf ve Gelenek

Örfün yazılı kanunlarda doğrudan kaynaklık ettiğini söylemek pek mümkün değildir; ancak çıkartılan kanunlarda kısmen etkisinin olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim önceki başlıkta zikrettiğimiz Kral Ahmed Şah'ın çıkarttığı kadınların kocalarının vefatı durumunda kocasının akrabaları ile evlenmek zorunda oldukları gibi kanunların şüphesiz insanların örf ve geleneklerine bağlı olarak, çıkartılan kanunlar olduğunu söyleyebiliriz.⁹⁸

Bir de bunun uygulama kısmı var ki örf ve geleneğe göre davalara bakılır ve cezalar verilir. Buna örnek olarak da Afganistan'da Cirge ve mahallî şûra denilen heyetlerin verdikleri kararları gösterebiliriz. Yaşlılar, önde gelen insanlar ve din adamlarından oluşmakta olan Cirge'nin Afganistan'da tarihi çok eskilere dayanmaktadır. Uygulama günümüzde de devam etmektedir. Nitekim günümüzde merkezi devletin ve mahkemelerin bulunmasına rağmen davaların %80-90'lık kısmının gayr-ı resmî olarak bu cirkeler tarafından çözüldüğü söylenmektedir.⁹⁹ En yakın zaman olarak 24.11.2013'te Afganistan'ın Bağlan ilinde bir kız, zorla nişanlandığı kişi ile evlenmek istemediği için başka biriyle kaçmış, daha sonra mahalle sakinleri tarafından yakalanmış, polisin müdahalesine rağmen polise teslim edilmeyip mahalle şûrası tarafından idama mahkûm edilmiş, kız ve kendisiyle kaçtığı erkek kızın babası vasıtasıyla infaz edilmiştir.¹⁰⁰

96 2004 KEA, md. 79.

97 2004 KEA, md. 110.

98 Ferheng, age., I.151.

99 Hakimi, İsmail, "Şûra-yi İslahî Mekanizmi Beray-ı faysala-yı Gayr-ı Resmî Dâvî-yı medenî", *Adalet*, sy. 57 (2007), s. 35.

100 http://www.bbc.co.uk/persian/afghanistan/2013/11/131125_k02-baghlani-young-girl-boy-executed.shtml (4.12.2013).

Bu heyet tarafından insanlar arasındaki birçok hukukî anlaşmazlık giderilir ve suçlular cezalandırılır. Ancak din adamlarının da yer almasına rağmen bazen şeriata aykırı hükümler de verilebilmektedir. Bunun örneği de kan davaları ve bazen de kız kaçırma olaylarında katil ve kız kaçırmanın kızı, kız kardeşi veya bir yakınının, maktulün yakınına ve ya mağdurun nikâhına zorla verilmesi olarak gösterilebilir¹⁰¹

İnsanlar daha çok kırsal bölgelerde, savaş dönemlerinde merkezi hükümetin kontrolü dışındaki bölgelerde ve günümüzde de merkezi hükümetin zayıf olduğu bölgelerde söz konusu şûraya başvurumaktadırlar. Günümüzde insanlar, bunları resmi mahkemelere tercih etmelerine sebep olarak mahkemelerdeki yolsuzlukları göstermektedirler. Mahkemelerin kötü durumu sebebiyle insanlar ya bu heyetlere ya da Taliban'ın gizlice mahkemelerine başvurumaktadırlar.¹⁰²

Afgan hükümeti 2013 yılında bu şûraların resmîleştirilmesi için bir çalışma başlatmış ve adalet bakanı da konuyla ilgili bir kanun tasarısı hazırlamış, onaylanması için meclise sunulması beklenmektedir.¹⁰³

SONUÇ

Günümüz Afganistan'ında kanunlaştırma faaliyeti Gazneli Mahmut döneminde (m. 997-1030) fetva kitabı hazırlanma şekliyle başlamış ve ilk defa ceza kanunu adlı kitap ise Emanullah Han döneminde (1919-1929) yazılmıştır. Davud Han döneminde (1973-1978) de daha kapsamlı bir şekilde ta'zir cezalarıyla ilgili kanun hazırlanmıştır.

Kanunlaştırılma hareketinin başlamasından önce yargıda fetva kitaplarından istifada edildiğinden ceza kanunun kaynağının da İslam hukuku olduğu açıktır. Kanunlaştırılma hareketinin başlangıcından günümüze kadar çıkartılan bütün yasal düzenlemelerde İslam hukuku esas alınmış, 1978-1992 yıllarında Afganistan'da hüküm süren Marksizm'e dayanan komünistler dönemi dâhil, çıkartılan bütün anayasalarda hiç bir düzenlemenin İslam hukukuyla çelişmemesi şart koşularak bu konuya azami derecede özen gösterilmiştir.

Ancak bütün bunlara rağmen zaman zaman Afgan hükümdarlarının kendi görüşleri doğrultusunda İslam hukukuna aykırı kanunlar ve fermanlar çıkarttıkları, aynı şekilde yazılı olmazsa bile örf ve geleneğin zaman zaman şer'i hukukun önüne geçtiği görülmektedir.

Ayrıca 1978-1992 yılları arasında Afganistan'da komünist rejimi hâkim olduğundan her ne kadar had, kısas ve diyet ile ilgili suç ve cezalarda Hanefi fıkıhına göre hüküm verileceğini belirten ceza kanunu maddesi değiştirilmemişse de pratik olarak uygulanmamıştır. Günümüzde ise Batının baskısı sebebiyle had cezaların çoğu uygulanmamaktadır.

101 Hakimi, agm., s. 44.

102 http://www.bbc.co.uk/persian/afghanistan/2011/03/110316_jirga_councils_law.shtml (05.12.2013)

103 http://www.bbc.co.uk/persian/afghanistan/2011/03/110316_jirga_councils_law.shtml (05.12.2013)