

Dergi Adı <i>Journal Title</i>	Eskiyei	https://dergipark.org.tr/tr/pub/eskiyei
ISSN /e-ISSN	1306-6218 2636-8536	
Rapor Tarihi <i>Report Date</i>	25.09.2022	
Makale Başlığı <i>Article Title</i>	Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği	
Yazar(ların) Ad Soyadı <i>The name(s) of the author(s)</i>	Mehterhan FURKANİ, mehterhan_4@windowslive.com Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi	
Gönderilen Metin <i>Submitted Manuscript</i>	Tam Metin ve Ek Dosyalar <i>Full Text & Additional Files</i>	
Gönderilme Tarihi <i>Date of Submission</i>	30-12-2021	
Kabul Tarihi <i>Date of Acceptance</i>	11-03-2022	
Yayın Tarihi <i>Date of Publication</i>	20 Eylül/September 2022	
İnceleme Zamanı <i>Review Timing</i>	Yayın Öncesi <i>Pre-publication</i>	
Yazar-Hakem Etkileşimi <i>Mediation</i>	Editörler, hakemler ve yazarlar arasındaki tüm etkileşimlere aracılık eder. <i>Editors mediate all interactions between reviewers and authors</i>	
İncelemede Geçen Süre <i>Number of days between submission & last decision</i>	Ortalama 70 Gün / 10 Hafta <i>Average 70 Days / 10 Weeks</i>	
Toplam Değerlendirme Turu <i>Number of revision rounds</i>	1	

EDİTÖRYAL İNCELEME/İÇ İNCELEME SÜRECİ <i>The Editorial Review/ Internal Review Process</i>	
Editör İncelemesi <i>Editor's Pre-review</i>	☒ Editöryal sürece alınabilir / Manuscript can be sent out for the Editorial Review Process. ☐ Red / Reject
Hakemlik Türü <i>Models of Peer Review</i>	Tek Taraflı Kör Hakemlik <i>Single-Blind Review/ Single Anonymized</i>
İncelemeye Sunulan Metin <i>Manuscript</i>	Tam Metin <i>Full Text</i>
İç Hakem – 1 (Editör Yardımcısı) <i>Internal Reviewer - 1 (Assistant Editor)</i>	 sakarya.edu.tr Ön İnceleme ve Benzerlik Taraması Raporu <i>Pre-review and Plagiarism Checking Report</i>
İç Hakem – 2 (Yayın Kurulu Üyesi) <i>Internal Reviewer - 2 (Editorial Board Member)</i>	 (Yayın Kurulu Üyesi) t
Editör Kararı <i>Editor Decision</i>	☒ Hakem sürecine alınabilir / Manuscript can be sent out for the Peer Review Process. ☐ Revize / Revision ☐ Red /Reject

HAKEM (DIŞ İNCELEME) SÜRECİ (Birinci Tur) The Peer Review (External Review) Process (The First Round)			
Hakemlik Türü <i>Models of Peer Review</i>	Çift Taraflı Kör Hakemlik <i>Double-Blind / Double Anonymized</i>		
Dış Hakem -1 <i>External Reviewer - 1</i>			
Dış Hakem -2 <i>External Reviewer - 2</i>			
Nihai Karar <i>The Final Decision</i>	☒ Kabul / Accept ☐ Minör revizyon / Minor Revision ☐ Major Revizyon / Major Revision ☐ Red / Reject	Tarihi <i>Date</i>	11-03-2022
Revizyon <i>Revision</i>	Revizyon Dosyası <i>Author's Revision Files</i>		

MAKALENİN YAYIMA HAZIRLANMASI Manuscript Preparation for Publication	
İngilizce Dil İncelemesi <i>English Editing</i>	Doç. Dr.
Revizyon <i>Revision</i>	Revizyon Dosyası <i>Author's Revision Files</i>
Kabul Edilen Metin <i>Accepted Manuscript</i>	Tam Metin <i>Full Text</i>
Yayımlanan Makale <i>Article</i>	Tam Metin <i>Full Text</i>

HAKEM RAPORLARININ YAYINI The Review Reports' Publication
Hakem raporları hakem isimleri kapatılarak yayımlanır / Peer reviews are published but not signed. https://dergipark.org.tr/tr/pub/eskiyeni/page/13397


Çift Taraflı Kör Hakemlik + Şeffaf Hakemlik Modeli

Bilimsel makalelerin o alanda uzmanlığı olan bilim insanlarınca yayımlanmadan önce incelenmesini ifade eden hakem değerlendirmesi, 20. yüzyılda yaygınlık kazandı. Bu uygulama, kaleme alınan makalelerin kalitesini değerlendirmek için önemli ve gereklidir.

Türkiye merkezli yayın yapan Eskiyei dergisi Mart 2022'de hakem raporlarını tüm okuyucuların kullanımına sunmaya karar verdi. "Şeffaf Hakemlik" olarak bilinen bu modelde hakem raporları, yazarların yanıtları ve editör kararlarının tümü, makale ile birlikte yayımlanmaktadır. Şeffaf hakem değerlendirmesi, daha fazla hesap verebilirlik anlamına gelir. Hakem süreci sahtekarlığı, önyargı ve sonuçların manipölasyonu ihtimali bu modelde daha azdır.

Eskiyei dergisinde Mart 2022 tarihinden itibaren görev alacak hakemlere, hakem raporlarının makalelerle birlikte hakem isimleri kapatılarak yayımlanacağı bildirilmiştir. Bu uygulama, makale değerlendirme sürecinde şeffaflığı yol açacaktır. Böylece yazarlar ve okurlar, makalenin hangi değerlendirme ve işlemlerden sonra yayımlandığını görebilecektir. Ayrıca bu uygulama ilk defa makale yayımlamayı düşünen araştırmacılara hakem sürecinin nasıl işlediği konusunda bilgilenme imkânı sunacaktır.

Eskiyei dergisi, gönderilen makalelerin değerlendirilmesinde editöryal iç inceleme ve dış hakem değerlendirmesi olmak üzere iki aşamalı bir süreç işletmektedir. Gönderim yapıldıktan hemen sonra Baş Editör, makaleyi derginin amaç ve kapsamına uygunluk ile araştırma ve yazımda etik standartlara bağlılık açısından kontrol eder. Sonrasında dergi yayın politikasına uygun makaleleri, editöryal inceleme için Editör Yardımcısı'na yönlendirir. İlk iç hakem, Yardımcı Editörler arasından seçilir. Editör Yardımcısı, makaleyi dergi yazım kurallarına uygunluk açısından inceler ve makaleyi intihal tespiti için Turnitin taramasına tabi tutar. Bu süreçte iç hakemin kimliği yazara, yazarın kimliği de hakeme açıktır. Sonrasında diğer iki iç hakem, Yayın Kurulu üyeleri arasından seçilir. İç hakemler, makaleyi konu, yöntem ve sonuçları açısından değerlendirirler ve ayrıntılı değerlendirme sürecine alınıp alınmamasına karar verirler.

Dış değerlendirme aşamasında, Alan Editörü tarafından makalenin konusuna dair araştırması bulunan uzmanlar arasından iki dış hakem seçilir. Makale konusunda çalışması bulunan uzman bulunamazsa, hakemler o bilim dalında doktora derecesine sahip araştırmacılar arasından belirlenir. Hakemler konusu, yöntemi ve sonuçları açısından makaleyi ayrıntılı bir şekilde değerlendirerek yayımlanıp yayınlanmamasına dair görüş belirtirler. Hakem raporlarının ikisi de olumlu ise çalışma, Baş Editörün kararı ile yayıma kabul edilir. İki hakemden birinin olumsuz kanaat belirmesi halinde çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmalar, en az iki hakemin olumlu kararı ile yayımlanabilir.

Yayıma kabul edilen çalışma Baş Editör tarafından son kez okunur. Akabinde İngilizce dil kontrolüne gönderilir.

Yayına hazır olan makaleler, hakem raporları ile birlikte yayımlanır. Şeffaf hakemlik modeli, tek ve çift kör hakemlik modelleri kullanan dergiler için tamamen uygundur.

Eskiyei: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2669914>

Gönderilen Metin
Submitted Manuscript

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi:

Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Mehterhan Furkani

Doç. Dr., Aksaray Üniversitesi İslami İlimler
Fakóltesi, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

Assoc. Prof., Aksaray University, Faculty of
Islamic Education Department of Basic Islamic
Sciences,

Aksaray/Turkey

mehterhan_4@windowslive.com

Cep:05556317193

ORCID: 0000-0002-4415-7830

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Öz

Hız. Peygamber hayatta iken sahabe her meselenin çözümü için onun bizzat kendisine, vefatından sonra da Kur'an ve Sünnete başvurdular. Söz konusu iki kaynakta hükmünü bulamadıkları konularda ise içtihatlarında

bulunarak hüküm çıkardılar. İctihat yapacak seviyede olmayanlar da dini konularda uzman olan kimselere başvurarak bilgi edindiler. Onlardan sonra gelen Müslümanlar da aynı yolu takip etmeye devam ettiler. Daha sonra ise fetva kitapları hazırlandı ve bu eserlerden, fetvanın yanı sıra kazâ konusunda da istifade edilmeye başlandı. İslam hukukunun kanunlaştırma teklifi her ne kadar İbn Mukaffa' (ö. 142/759) tarafından çok erken bir dönemde yapılmışsa da bu teklif gerçekleşmemiş ve kanunlaştırma faaliyeti çok geç başlamıştır. Öyle ki İslam dünyası kanunlaştırma konusunda batıdan geride kalmıştır. On dokuzuncu asırda Fransız ihtilalinden sonra çağdaş Batı dünyasında başlayan kanunlaştırma faaliyetleri İslam dünyasını da etkilemiş ve bunun sonucunda İslâm dünyasında da kanunlaştırma hareketi görülmeye başlamıştır. Osmanlı Devleti tarafından başlatılan bu faaliyetler İslâm dünyasındaki kanunlaştırma faaliyetine öncülük etmiş, daha sonra diğer İslâm ülkelerinde de kanunlaştırma faaliyetleri devam etmiştir. Mecelle ve Hukûk-ı Âile Karamâmesi gibi Osmanlı'nın hazırladığı kanunlar, hâkim olduğu ülkelerin birçoğunda yürürlüğe konulmuş, Türkiye Cumhuriyeti'nde mülga ilan edildikten sonra da diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bunların yanı sıra Osmanlı hakimiyeti sınırları dışında kalan Afganistan gibi İslam ülkelerinin hukukunu da doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiştir. Bu makalede Osmanlı hukukunun Afgan hukukuna olan etkisi ceza hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı, Afganistan, hukuk, etkileşim.

The Effect of Ottoman Law on The Afghan Law: In the Example of Panel and Civil Law

Abstract

While the Prophet was alive, the Companions had consulted to him personally for the solution of every religious matter and to the Qur'an and Sunnah after his death. On the issues that they could not find information in the two sources mentioned, they have made judgments by making ijtiha. Those who were not at the level to make ijtiha obtained information by consulting to people who were experts in religious matters. The Muslims who came after them continued to follow the same path. Later on, fatwa books were prepared and these works began to be used in the field of qada as well as fatwa. Although the proposal for codification of Islamic law was made by Ibn Mukaffa' (d. 142/759) at a very early period, this proposal was not realized and the act of codification started too late. So much so that the Islamic world has lagged behind the West in legalization. The codification activities that started in the modern western world after the French Revolution in the nineteenth century also affected the Islamic world, and as a result, the codification activities began to appear in the Islamic world too. These activities, initiated by the Ottoman State, pioneered the codification activity in the Islamic world, and then codification activities continued in other Islamic countries. Laws prepared by the Ottoman State, such as al-Majalla al Ahkam al Adliyyah (The Ottoman Courts Manual) and the Family Law Decree continued to be in

force in some other Islamic countries a long time after they were declared abolished in Republic of Turkey. In addition, they affected directly or indirectly the law of Islamic countries such as Afghanistan that were never under Ottoman State's rule. In this article, the effects of Ottoman law on Afghan law will be discussed in the context of criminal law, family law and law of obligations.

Keywords: Islamic Law, Ottoman State, Afghanistan, codification movements, interaction.

Giriş

Sahabe döneminden itibaren Müslümanlar Meselelerin hukuki çözümlerini Kur'an ve sünnetten öğrenmişlerdir. Hakkında nass bulunmayan konularda ise müçtehit âlimler içtihatlarla bulunarak hüküm çıkarmışlardır. Ebû Hanife'nin öğrencisi olan Ebû Yûsuf döneminden itibaren de mezhep mensupları karşılaştıkları meselelerde mezhebin ortaya koyduğu eserleri kaynak olarak kabul etmiş ve onu bir kanun gibi kullanmışlardır.¹ Daha sonra da klasik fıkıh kitaplarına göre daha pratik olan fetva kitapları hazırlanmış, fetvanın yanı sıra kazâ² konusunda da bunlardan istifade edilmiştir. İslam dünyasında modern anlamda kanunlaştırma (codification) teklifi ilk defa Abdullah b. Mukaffa' (ö. 142/759) tarafından yapılmış, ancak bu teklif gerçekleşmemiştir. Batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır.³ 1804'te *Fransız Medeni Kanun'u*, 1807'de *Fransız Ticaret Kanun'u* ve 1810'de *Fransız Ceza Kanun'u* yürürlüğe girmiştir. Osmanlı Devleti, Batı'dan etkilenecek çağın şartlarına cevap verecek kanunların çıkartılmasının gerekli olduğunu hissedip 1840'ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine resmen başlamış ve 1850'de çıkarılan *Kanunnâme-i Ticaret*'le bu süreci devam ettirmiştir. *Alman Medeni Kanun'u* ile *İsviçre Medeni Kanun'u* ise 1900'de yürürlüğe girmiştir.⁴ Buna göre Osmanlı'da kanunlaştırmanın Batı'dan çok geç başlanmadığını söylemek mümkündür. Zira görüldüğü gibi her ne kadar bazı Batı ülkelerine göre

¹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/294.

² Fetva ve kazânın ortak ve farklı yönleriyle ilgili detaylı bilgi için bk. Fahrettin Atar, "Fetva", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/487-488.

³ Muhammed Hamidullah Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)*, (İstanbul: Akdem Yayınları, ts.), 36.

⁴ bk. Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri*, 38-44; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 140-141.

kanunlaştırmaya geç başlamışsa da diğer bazılarına göre erken harekete geçmiştir.

Daha önce her ne kadar muhtasar eserler ve fetva kitaplarının hazırlanması şeklinde nisbi bir kanunlaştırma gerçekleşmişse de medeni kanununda gerçek ve modern anlamda bir kanunlaştırma *Mecelle* ile başlamıştır.⁵ Bunu da Osmanlı Devleti'nin sonlarında çıkarılan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hâkimiyeti altında olan Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin ve İsrail gibi birçok ülkede uygulanmış, hatta *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* 1919 yılında ve *Mecelle* de Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda -mülga ilan edilmesine rağmen- diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı Devleti, kanunlaştırmadaki gelişmelerle diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, bunun sonucunda diğer İslam ülkeleri de kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır.⁶ Bunlardan biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hâkimiyetine girmediği halde kanunlaştırmada Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmiştir. Örneğin, ceza kanununda Osmanlı'nın 1858 tarihli *Ceza Kanunu* esas alınmıştır. Afganistan'da kanunlaştırma faaliyeti başlayınca önceden bu konuda tecrübeli oldukları için Osmanlı hukukçularından yardım alınmış,⁷ bazı Türk hukukçuları Afgan hukukçularla beraber 1921 tarihinde *Nizamnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununun oluşturulmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu da ister istemez Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine neden olmuştur. Aynı şekilde günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanun'un hazırlanmasında *Mecelle* ve *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*'nden istifa edilmesi, günümüze kadar kadıların *Afgan Medenî Kanunu*'nun yanı sıra *Mecelle* ve şerhlerinden de yararlanması, Osmanlı hukukunun Afgan hukukunu etkilemesine yol açmıştır.

1. Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri

Osmanlı Devleti'nde başlangıçtan Tanzimat Dönemi'ne

⁵ Mecelle hakkında detaylı bilgi için bk. Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 299; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007), 459.

⁷ Hazretgul Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî* (Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011), 62.

kadar İslam hukukundan ibaret olan şer'î hukuk ile padişahların emir ve fermanlarından ibaret olan örfî hukuk uygulanmıştır.⁸ Osmanlı Devleti, Batı'da başlayan kanunlaştırma faaliyetinden kısa bir süre içerisinde etkilenmiş ve Tanzimat Fermanı'yla birlikte Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma hareketi başlamıştır.⁹ 1804'te Fransa'da yürürlüğe giren Code Napoléon olarak da adlandırılan Fransız Medeni Kanunu'ndan sonra 1807'de Fransız Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Osmanlı'da ilk ceza kanunu 1840'te çıkarılmıştır. Bu ceza kanunu bir mukaddime, bir hâtime ve on üç fasıldan oluşmakta olup 40 maddeyi ihtiva etmekteydi. 1851'de söz konusu kanundaki boşlukları ve eksiklikleri¹⁰ tamamlamak üzere Kanûn-ı Cedid adlı ceza kanunu çıkarılmıştır. Bu da üç fasıl ve 43 maddeden oluşmaktadır. Bu kanunların her ikisinde de Batı hukukundan çok az istifade edilmiş ve dolayısıyla söz konusu kanunlar, yerli kanun kategorisinde yer almıştır. 1858'de Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı yeni bir ceza kanunu çıkarılmıştır. Bunun ilk ikisinden farklı olan tarafı, onların yerli-milli kanunlar olmasına karşın, bu kanunun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas edilerek hazırlanmış olmasıdır. Bu kanun bir mukaddime, üç bâb ve 264 maddeden oluşmaktadır. Diğerlerine göre daha kapsamlı olan söz konusu kanun, 1926'ya kadar yürürlükte kalmıştır. 1926'da 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok maddesinde değişiklik yapılmasıyla birlikte 2005'e kadar yürürlükte kalmıştır. 01.05.2005 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin halihazırda yürürlükte olan yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir.¹¹

Yine 1840'de Kanunnâme-i Ticâret-i Berriye, 1850'de Kanunnâme-i Ticaret, 1858'de Arazi Kanunnâmesi, 1861'de Usûl-i Muhâkeme-i Ticâret Nizamnâmesi, 1863'te Ticâret-i Bahriye Kanunnâmesi, 1869-1876 yılları aralarında *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 1876'de Kânûn-ı Esâsi, 1879'da Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanûnu, Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanunları, 1880'de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati, 1881'de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanûnu, 1915'te Nafaka Kanunu ve en sonunda da 1917'de *Hukûk-ı Âile*

⁸ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 69-70, 72, 456-457.

⁹ Musa Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları", *Tarih Okulu* 14 (2013), 164.

¹⁰ Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 169-170.

¹¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/238-242; Koca ve Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku*, 36-37; Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma", 13-15.

Kararnâmesi ve Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îye Nizamnâmesi çıkarılmıştır.¹²

Bunların bir kısmı yerli-millî kanunlar iken bir kısmı Batı hukukundan iktibas yoluyla hazırlanmıştır. Diğer bir kısmı ise millî kanunlarla Batı kanunlarından istifade edilerek hazırlanan karma kanunlardır.¹³ Osmanlı Devleti'nin çıkarttığı kanunlardan *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin günümüze kadar Lübnan'da yürürlükte kaldığı¹⁴ *Mecelle*'denn ise Filistin¹⁵ ve Afganistan gibi ülkelerde istifade edildiği, geri kalan diğer kanunların tamamının ilga edildiği bilinmektedir.

2. Afganistan'da Kanunlaştırma Hareketi

Daha önce Horasân'ın bir parçası olan ve günümüzde Afganistan'ın sınırları içerisinde yer alan bölgelerde, İslam dininin kabul edilmesiyle beraber fıkıh kitapları, daha sonra ise fıkıh kitaplarının daha pratik şekli olan fetva kitapları hazırlanmış ve yargı sisteminde kullanılmaya başlanmıştır. Bununla beraber zaman zaman fermanlar ve bazı düzenlemeler de çıkarılarak uygulanmıştır. Selçuklular döneminde vezir olan Nizâmülmülk'ün (ö. 485/1092) tavsiyesi üzerine, 1072-1092 yılları arasında Büyük Selçuklu hükümdarı olan Sultan Melikşâh (ö. 485/1092) tarafından 485/1092 yılında bir fetva kitabı hazırlanmış ve ona nispetle söz konusu kitaba *el-Mesâilü'l-Melikşâhiyye fi'l-kavâidi's-şer'iyye* adı verilmiştir.¹⁶ Yine Gazneli Mahmut (ö. 421/1030)¹⁷ döneminde Encümen-i Ulemâ adında âlimlerden oluşan bir heyet tarafından *Fetâvâ-yı Sultânî* isiminde bir fetva kitabı telif edilmiştir.¹⁸

¹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 456-462; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 36; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 137-149.

¹³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 457-462; Ercimet [Ercüment] Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi", *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 13-26; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165.

¹⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2014, 1/297; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 148.

¹⁵ Aydın, "*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*", 28/234.

¹⁶ Muhammed Tayyib Kılıç, "*İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*" (Basılmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), 150.

¹⁷ Erdoğan Merçil, "Mahmûd-i Gaznevî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/362-365.

¹⁸ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", *Sâlnâme-yi Afganistan* 43 (1977-1976), 741.

Bâbürlüler döneminde Sultan Evrengzâib Âlemgîr'in (1658-1707) emriyle bir heyet tarafından *el-Fetâva'l-Hindiyye/el-Fetâva'l-Âlemgîriyye* adlı eser telif edilmiştir.¹⁹ Daha sonra Afganistan'ın ilk kurucusu sayılan Ahmed Şah Abdalî (1747-1773)²⁰ döneminde bir yandan *Fetâvâ-yı Ahmed Şâhî* adlı bir fetva kitabı hazırlanmış, diğer yandan da birçok ferman çıkarılmıştır. Ahmed Şâh'ın 16 maddelik bir yasa çıkarmış olduğu da bilinmektedir. Bu gelenek daha sonraki dönemlerde de devam etmiştir.²¹ 1863-1867, 1868-1878 yılları aralarında Afganistan'da hükümdar olan Emîr Şîr Ali Han²² döneminde Kadı Abdulkadir adlı bir âlim tarafından *Fetâvâ-yi Emîrî/Teşrîhu'l-cerâim* adlı fetva kitabı telif edilmiştir.²³ 1880-1901 yıllarında Afganistan hükümdarı olan Emîr Abdurrahman Han (ö. 1901)²⁴ döneminde 50 kişiden oluşan bir heyet tarafından 5 cilt şeklinde *Sirâcü'l-ahkâm fî muâmelâtî'l-İslâm* adlı bir fetva kitabı yazılmıştır. Ayrıca Mevlevî Ahmed Can tarafından mezhep içindeki ihtilafların çözümlemesi için kadılar ve yargıcılara klavuz (usûl) mahiyetinde *Esâsü'l-Kudât* adlı bir kitap telif edilmiştir.²⁵

1919-1929 yılları arasında Afgan kralı olan Emânullâh Han²⁶ döneminde modern anlamda ilk defa kanunlaştırma hareketi başlamıştır. Emânullah Han, kayınpederi ve aynı zamanda müsteşarı olan Mahmut Tarzî ile beraber,

¹⁹ Ahmet Özel, “el-Âlemgîriyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/365.

²⁰ Mir Muhammed Sıddîk Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr* (Meşhed: İntişarat-ı Durihşîş, 1992), 1/113-156; Mehmet Saray, “Ahmed Şah Dürrânî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları 1989), 2/133-134.

²¹ İzzuddîn Vekilî Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Avâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet* (Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991), 66.

²² Emir Şîr Ali Han ile ilgili detaylı bilgiler için bkz. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/315-379; Abdul Metin Çelikkilek, “Afganistan Emiri Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları”, *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.

²³ Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 34.

²⁴ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/381-436; Mehmet Saray, “Abdurrahman Han”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1/163.

²⁵ Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan*, 369, 413-414; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 36.

²⁶ Emânullah Han ile ilgili bilgi için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/483-560; Mehmet Saray, “Emânullah Han”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/84-85.

kanunlaştırma başta olmak üzere birçok alanda reform planları hazırlamıştır.²⁷ 1921 yılında şer'î meseleleri düzenlemek için; birinci cildi medeni kanun, ikinci cildi ceza kanunundan ibaret olan *Temessükü'l-Kudâti'l-Emâniyye* ve ta'zîr cezaları için de Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı kanun hazırlanmıştır. İlk defa anayasanın da çıkartıldığı bu dönemde nizamnâme adlı toplam 69 adet kanun çıkarılmıştır. *Temessükü'l-kudât* adlı eserde Hanefî mezhebi esas alınırken diğer kanunların da şeriata aykırı olmaması dikkate alınmıştır. Örneğin, Emânullah'ın dinî müsteşarı olan ve *Temessükü'l-Kudât* adlı eserin de müellifi olan Abdolvâsi Kandehârî, 1921 yılında çıkarılan Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ilk ceza kanununun sonunda, söz konusu kanun maddelerinin İslam şeriatına uygun olduğunu yazarak mühürlemiştir.²⁸ Buna rağmen dönemin âlimleri ta'zîr cezalarının kanunlaştırılmasına karşı çıkmış²⁹ ve ta'zîr cezalarının kadıların yetkisini sınırlandıracağını da buna gerekçe olarak göstermişlerdir. Buna karşın Emânullah Han, bunun caydırıcılık açısından daha etkili olacağını öne sürerek ısrar etmiş ve sonunda kanun çıkarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bazı insanlar, kanunu şeriatın alternatifi ve zıddı olarak görmüşlerdir. Bu ve benzeri sebeplerle ilk dönemlerde çıkarılan bütün kanunlar, nizamnâme ya da usûlnâme olarak adlandırılmıştır.³⁰ Ancak kanunların nizamname olarak adlandırılması da buna çözüm olamamış, buna karşı olan bazı âlimler bir eline Kur'an diğer eline nizamnâme alıp halka, "Bunların hangisini tercih edersiniz?" şeklinde sorular sorarak onları dönemin kralına karşı kıskırtmışlardır.³¹

1924 yılında ise Loya Cirge³² Emânullah Han'a baskı

²⁷ Muhammed İbrahim Atâî, *Nigâh-i Muhtasar be Târih-i Mu'asır-ı Afganistan*, çev. Jamilurrahman Kamgar (Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005), 246-247.

²⁸ Hazretgul Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan* (İntişârât-ı Saîd, 2009), 125.

²⁹ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁰ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", 741; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 56.

³¹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/514; Zahir Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*, thk. Muhammed İbrahim Şeriatî, Afganistanî (Tahran: İrfan, 2005), 45; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 128.

³² "Loya Cirge, Paştunca büyük anlamında 'loya' ve toplantı ve şûra anlamında 'cirge' kelimelerden oluşmakta olup sözlükte 'büyük şûra' demektir. Terim olarak da 'Afganistan'da yeni anayasayı onaylamak veya anayasadaki bir kanunu değiştirmek, cumhurbaşkanını yargılamak ve ülkenin bağımsızlığı, milli hâkimiyeti, toprak bölünmezliği ve büyük maslahatları ile ilgili konular hakkında karar

yaparak onun ta'zir cezalarıyla ilgili nizamnâmeleri ilga edip kadılara, suçluya yüzünü asmaktan idama kadar olan yetkiyi geri vermesini³³ ve *Fetâvâ-yı Emâniyye* adlı bir fetva kitabı hazırlanmasını³⁴ temin etmişlerdir.

1962 yılında yine Afganistan'da ceza kanunu ile medeni kanununun taslağı hazırlanmıştır. Bu kanunlar Mısırlı hukukçular tarafından hazırlanmış ve Afgan hukukçularının inceleme ve kontrolünden sonra 1976 yılında ceza kanunu, 1977 yılında ise medeni kanun yürürlüğe girmiştir.³⁵ Medeni kanun Hanefî fıkına göre hazırlanırken ceza kanununun birinci maddesinde de bu kanunun ta'zîr cezalarıyla ilgili olduğu, had, kısas ve diyetin Hanefî fıkına göre düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu ceza kanunu 2018 yılında yenilenirken medeni kanun yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Afganistan tarihinde bütün kanunlar Hanefî fıkı esas alınarak hazırlanırken 2008'de ilk defa Caferî fıkına dayalı "Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi ehl-i Teşeyyu'" diye 236 maddelik bir kanun çıkarılıp yürürlüğe konmuştur.³⁶ Böylece medeni hukuk ile ilgili davalarda Hanefîler için 1977 tarihli medeni kanun, Caferîler için ise 2008 tarihli "Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-i Ehl-i Teşeyyu'" adlı kanun esas alınmaktadır.³⁷

3. Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi

Kanunlaştırmaya Osmanlı'dan sonra başlayan Afganistan, bu konuda Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan etkilenmiştir.³⁸ Burada örnek olarak ceza hukuku ile medeni hukuktan, aile ve borçlar hukukunu ele alacağız. Bu üçün seçmemizin sebebi, bunların en bariz etkilenen kanunlar olmasıdır.

vermek için oluşturulan geçici bir şûrayı ifade eder. Bu şûra, Afganistan'da halkın iradesinin en yüksek göstergesi olarak belirtilmiştir. Loya Cirge; milletvekilleri, bütün il ve ilçe şûra temsilcilerinden oluşur. Bakanlar, yüce divan ve başsavcılığın başkanı ve üyeleri de oy hakkı olmaksızın katılabilirler. Karar ise çoğunluğun oyu ile verilir. bkz. 2004 tarihli Afganistan Anayasası, md.110-115." Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, 138.

³³ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁴ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 124.

³⁵ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

³⁶ Resmî Cerîde, sy: 988, 2009.

³⁷ Afganistan'daki kanunlaştırma hareketi ile ilgili detaylı bilgi için bk. Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması* (doktora tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015), 14-126.

³⁸ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 63.

3.1. Ceza Hukukunda

Afganistan'da kanunlaştırma faaliyetlerinin başlangıcında cezalar iki kategoride ele alınmıştır. Had, kısas, diyetlerle ilgili suç ve cezalar ayrı, ta'zîr cezaları ise ayrı kategoride kanunlaştırılmıştır. 1921 yılında modern anlamda Afganistan'da ilk kanunlaştırma başladığında had, kısas ve diyetle ilgili hükümleri düzenlemek için *Temessükü'l-Kudâti'l-Emâniyye* adlı kanun çıkarılırken, ta'zîr cezalarının düzenlenmesi için *Nizâmnâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ayrı bir kanun da çıkarılmıştır. Birincisi tamamen Hanefî fıkıh kitaplarından müftâ-bih görüşlerden oluşurken ikincisinde kanunun İslam hukukuna aykırı olmaması dikkate alınmıştır.

Afgan ceza kanununa da Osmanlı ceza kanunları öncülük etmiştir. 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanması için Osmanlı kanunlaştırması konusunda bilgi sahibi olan hukukçulardan yardım alınmıştır.³⁹ Nitekim kanunlaştırmayla görevli şûrada, Bedri Bey (ö. 1923) ve Ahmed Cemal Paşa (ö. 1922)⁴⁰ Afgan hukukçularla beraber üye olarak yer almış ve onlara yol göstermiştir. Bedri Bey, 72 adet kanunu Türkçeden Farsçaya tercüme etmiştir. Bunların, o dönemde çıkarılan nizamnâmeler için esas teşkil etmeleri,⁴¹ Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanundan etkilenmesine sebep olmuştur.

Afganistan'da çıkarılan ilk ceza kanunu ve modern anlamda ilk kanun diyebileceğimiz 1921 tarihli ve *Nizâmnâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununda 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bu kanun daha sonra çıkan diğer ceza kanunlarına da kaynaklık etmiştir. Hatta bazı maddeleri olduğu gibi Farsçaya tercüme edilerek 1921 tarihli kanuna yerleştirilmiştir. Örneğin; 1858 tarihli kanunun birinci maddesi Farsçaya tercüme edilerek olduğu gibi 1921 tarihli Afgan ceza kanununda düzenlenmiş ve sadece sonunda had, kısas ve diyet ile ilgili meselelerde *Temessükü'l-kudât'a* göre hüküm verileceği eklenmiştir.⁴² Aynı şekilde her iki kanunun ikinci maddeleri de aynıdır. Sadece 1858 tarihli kanunda suçların tasnifi; cinayet, cünha ve kabahat

³⁹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/531.

⁴⁰ Hayatı ve faaliyetleri ile hakkında bilgi için bk. M. Şükrü Hanioğlu, "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları 1993), 8/305-307.

⁴¹ Abdulhay Habîbî, *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşim Bahramî (Kabil: Devleti Matbaa, 2005), 27; Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst*, 44.

⁴² Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, (1858) md. 1; *Nizâmnâme-i Cezâ-yı 'Umûmî*, (1921) md. 1.

şeklinde sıralanırken 1921 tarihli nizamnâmede sıralama tam tersi şekliyle kabahat, cünha ve cinayet şeklinde yapılmıştır.⁴³ Bunun dışında birçok maddesi ya aynıdır veya az bir farklılıkla birbirine yakın maddelerdir. Burada aynı olan maddelerden tablo şeklinde birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Birbirine yakın olan maddelerlerin ise sadece numaralarını zikredeceğiz.

Tablo 1. Her iki kanunda aynı olan maddeler:

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu Maddeleri	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu Maddeleri
1 ⁴⁴	1 ⁴⁵
2 ⁴⁶	2 ⁴⁷
18 ⁴⁸	13 ⁴⁹

⁴³ Ceza Kānunnâme-i Hümâyunu, md. 2; Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umûmî md. 2.

⁴⁴ Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine vukû bulan cerâimin icra-yı mecâzâtı devlete âid olduğu gibi bir şahıs aleyhinde vukû bulan cerâimin âsâyiş-i umûmiyey-i ihlal eylemesi ciheti dahi kezâlik devlete âid olduğundan, tayin ve icrası şer'an emr-i ülû'lemre âid olan ta'zîrin tayin-i derecâtı dahi işbu kanunnâme mütekeffil ve mütezammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuku şahsiyyeye hâlel gelmeyecektir.

⁴⁵ Doğrudan doğruya hükümetin alyhine işlenen suçların cezalarının uygulanmasın devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhine işlenen suçların, şerî ve siyasi tazîr cezasının derece ve sınırlarının belirlenmesi de devlet tarafından olur. Binaen aleyh, ölçüsü ülû'l-emrin görüşleriyle belirtilmiş olan söz konusu iki çeşit ceza için bu nizamnâme tanzim edilmiştir. Kısas, had ve diyet ile ilgili suçlarını kapsadığı için bu nizamnâme şerî hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu nizamnâmenin içerdiği maddeler şeriata mutabıktır. Temessükü'l-kudât adlı eserin ceza ile ilgili bölümü bu nizamnâmeden sayılır.

⁴⁶ Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır.

⁴⁷ Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır.

⁴⁸ İdam cezasına müstahak olan karı, hamile olduğunu ledel-ifâde hamli tahakkuk ve kesb-i sübut eylediği takdirde, cezası vad'ı hamli ettikten sonra icra olunur.

⁴⁹ İdam cezasına mahkum olan kadın şayet hamile ise, cezası çcuğunu doğurduktan sonra uygulanır.

13 ⁵⁰	20 ⁵¹
42 ⁵²	26 ⁵³
48 ⁵⁴	32 ⁵⁵
52 ⁵⁶	37 ⁵⁷

Aynı şekilde 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 16, 19, 55, 56 ve 57. maddeleri 1921 tarihli Afgan Ceza Kanunu'nun sırasıyla 12, 14, 41, 44 ve 45. Maddeleri birbirine çok yakın olan maddelerdir.

Bazı konularda, özellikle de devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçlarda, 1921 tarihli Afgan Ceza Kanun'unda yer alan cezaların 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanun'unda yer alan cezalardan daha ağır olduğu görülmektedir. Söz konusu Osmanlı

- ⁵⁰ Devletin dahilen ya haricen asayişini ihlal edecek cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan eşhâs, kanunen tayin olunacak müddet-i cezaîyesini tekmil ettikten sonra mutlaka zaptiye nezareti altına alınır.
- ⁵¹ Devletin iç ve dış güvenliğini ihlal eden cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan şahıslar, kanunda kendileri için belirtilen cezaları tamamladıktan sonra nezaret altına tutulur.
- ⁵² Bir kimse bir cürmi aslen rızası olmayarak mecburen işlemiş olduğu sabit olursa, kezâlik mecâzât-ı kanuniyeden ma'fû tutulur. Ancak bu babda muteber olan mecburiyet, cürmün derecâtına göre ol kimseyi şî'arı tühmetten bütün bütün ber'î-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyet ve kendusunun mukavemet edemeyecek bir zaruret olmak lazım gelup, ebeveynin evlada, efendinin hizmetkâra emri gibi ta'zim ve ihtirâmdan neş'et eden haller mecburiyetten addolunmaz.
- ⁵³ Bir kimsenin aslen rızası olmadığı halde mecburen bir suçu işlediği sabit olursa, cezadan muaf olur. Ancak bu konuda muteber olan mecburiyet, suçların derecelerine göre, birincisi o kimseyi tühmetten tamamen bütüyle ber'î-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyetin bulunması, ikincisi ise kendisinin mukavemet edemediğini ispatlaması lazımdır. Aksi takdirde ebeveynin çocuklarına, efendini hizmetçisine emri gibi ta'zim ve saygıdan neş'et eden haller, mecburiyetten sayılmaz).
- ⁵⁴ Tebe'a-ı devlet-i aliyyeden her kim olursa olsun, saltanat-ı sefinenin düşmanlarıyla beraber olarak aleyhine silah tutar ise idam olunur.
- ⁵⁵ Afganistan'ın düşmanlarıyla ittifak kurup Afganistan devletinin aleyhine silah kaldırmak, idam cezasını gerektirir.
- ⁵⁶ Me'mûrîn ve hademe-i devlet ve sâireden her kim devlet aliyyenin ümûr-i mühimme-i politikasına dâir bir mükaleme-i hafiyesi ve mektûm ve hafî bir hareket-i askeriye tasmîmi serâiriye hasbü'l-me'mûrîyye veya resmen vakıf olub da onu devletçe me'mûr ve me'zûn olmadığı halde ecnebi veya hud düşman bir devlet me'mûrlarına doğrudan doğruya veya bil-vâsita ifşa eder ise, idam olunur.
- ⁵⁷ Görevi gereği devletin herhangi bir siyasi ve askeri sırlarına vakıf olup ta söz konusu sırları devletin resmi bir izni olmadan düşmana ifşa etmek, idam cezasını gerektirir).

Ceza Kanun'unda kendisi için hapis cezası belirtilen birçok suç için Afgan Ceza Kanun'unda idam cezası tayin edilmiştir.⁵⁸ Bunun, söz konusu dönemde Afganistan'da krallık sisteminin hâkim olması ve halkın ayaklanmasını bastırmak için meşruiyet elde etme çabası olduğunu söylemek mümkündür.

3.2. Medeni Kanunda

3.2.1. Borçlar Hukukunda

İslam dünyasında borçlar, eşya ve şahıs hukuku alanında yapılan ilk kanunlaştırma *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* ile başlamıştır.⁵⁹ Tanzimat Dönemi'nden sonra borçlar hukukunun da kanunlaştırılması gündeme gelmiştir. Bazı aydınlar, Fransız Medeni Kanunu'nun tercümesi veya iktibas yoluyla borçlar kanununun oluşturulmasından yana olurken, Cevdet Paşa başta olmak üzere bazıları da yerli bir hukukun oluşturulmasının daha uygun olduğunu savunmuşlardır. Nihayet ikinci görüşü savunanların görüşleri uygun görülmüş ve böyle bir kanunun hazırlanması kararlaştırılmıştır. 1869-1876 tarihleri arasında *Mecelle*, Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki heyet tarafından İslam hukuku ve özellikle Hanefî mezhebi esas alınarak 16 bölüm ve 1851 maddeyi ihtiva edecek şekilde hazırlanmıştır. Hazırlık aşamasında da tamamlanan bölümler sırasıyla yürürlüğe girmiştir.⁶⁰

Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanan *Mecelle*'de Meşrutiyet döneminden 1926 tarihine kadar Avrupa kanunlarından ve Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplerden yararlanılarak⁶¹ tadil çalışmaları yapılmış; ancak söz konusu çalışma daha sonra durdurulmuş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiştir.⁶² 1926 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti *Mecelle*'yi yürürlükten kaldırıp yerine İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul etmiştir.⁶³

Farklı kişiler tarafından şerhi yapılan *Mecelle* birçok dile de

⁵⁸ bk. Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî md. 53; Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî, md. 35, 37.

⁵⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459.

⁶⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 19-20; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 174-176.

⁶¹ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 317.

⁶² Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234; Seda Örseren Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle Mi, Fransız Medeni Kanun'u Mu?" Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 29 (2011), 43-44.

⁶³ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 318.

tercüme edilmiştir.⁶⁴ *Mecelle*, alanında ilk olduğu için daha sonra diğer İslam ülkelerinde çıkan kanunlar için öncülük etmiştir.⁶⁵

Genelde Osmanlı hâkimiyeti altında bulunan ülkelerde uygulanan *Mecelle* de Osmanlı hâkimiyetine hiç girmemiş olan Afganistan'da da kısmen uygulanmış ve Afgan Medeni Kanunu'nu etkilemiştir. Nitekim yargı ve yargılama sistemiyle ilgili 04.03.1957 tarihli 279 maddelik "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) adlı kanunda bazı meselelerde *Mecelle*'ye göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶ Yine 22.12.1958 tarihli 264 maddelik "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Hukuk Muhakemeleri Usulü) adlı kanunda, kadıların kanundaki boşlukları *Mecelle* ile doldurmaları gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁷

07.08.1968 tarihinde, yargıda düzenlemeler yapmak ve yargı birliğini sağlamak amacıyla düzenlenen Mahkeme İl Başkanları Semineri'nde dönemin kâdîkudâtı olan Prof. Dr. Abdülhakim Zıyaî, kadılarına hitaben, herkes tarafından kolayca anlaşılabilmesi için Muhammed Hâlid el-Attâsî ve oğlu Muhammed Tâhir el-Attâsî tarafından yapılan *Mecelle* şerhinin tercüme edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. 1971 yılında gerçekleşen ikinci seminerde ise söz konusu şerhin tercüme edilmesi kararlaştırılmış ve Adalet Bakanlığının öncülüğünde tercüme edilip kadıların istifadesine sunulmuştur.⁶⁸ Irak Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan, *Münîrû'l-Kâdî* adlı *Mecelle* şerhinden günümüzde de kadılar istifade etmektedir.⁶⁹ Ayrıca *Mecelle*'de 8. madde olarak yer alan külli fıkıh kaidesi الأصل براءة الذمة (beraet-i zimmet asıldır) Afganistanda farklı tarihlerde çıkarılan anayasaların tümünde ve Afgan ceza kanununda yer almaktadır. Bunun yanı sıra diğer İslam ülkelerinde olduğu gibi şekil itibarıyla da *Mecelle* Afgan Medeni Kanun'u için örnek olmuştur.

Günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun hazırlanmasına 1961 yılında başlanmıştır.

⁶⁴ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234-235.

⁶⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/231.

⁶⁶ Bk. Usulnâme-i İdari-yi Mehâkim-i Adliye, (1957) md. 83, 87, 93, 125, 138, 150, 174-175 vd.

⁶⁷ Hazretgul Hosâmî, "Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan", *Kaza* 1-2 (2004), 37.

⁶⁸ Hazretgul Hosâmî, "Mecelletü'l-Hukkâmi'l-Adliyye Av De-heğî Şerhi", *Kaza*, (ts.), 37-39; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 223-226.

⁶⁹ Hazretgul Hosâmî, "Kaza ve Kazavet der 'Ahdı Saltanat-ı 'Ala Hazret Zahir Şah", *Kaza* 7-8 (2004), 26-30.

Afganistan hükümetinin talebiyle Mısır'dan iki hukukçu Afganistan'a gelmiş ve bir sene içinde söz konusu hukukçulardan biri medeni kanununu diğeri ise ceza kanununu tamamlamıştır. Söz konusu kanunlar, Afgan hukukçulardan oluşan komisyon tarafından gerekli inceleme ve düzeltmelerden sonra tercüme edilmiş, 2416 madde olarak 05.01.1977 tarihinde cumhurbaşkanının imzasıyla yürürlüğe konulmuştur.⁷⁰ Bir yandan *mMecelle*'nin maddelerinden istifade edilirken⁷¹ diğer yandan birçok Küllî Kaidesi tercüme edilip bu kanunun başına olduğu gibi yerleştirilmiştir. Burada 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda yer alan *Mecelle*'deki Külli Kaidelerini tablo şeklinde göstereceğiz.

Tablo 2. 1977 Tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda Yer Alan *Mecelle*'deki Külli Kaideler

<i>MECELLE</i> MADDELERİ	1977 TARİHLİ AFGAN MEDENİ KANUNU MADDELERİ
14 ⁷²	1 ⁷³

⁷⁰ Hosâmî, "Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan", 18-22; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

⁷¹ Örneğin, *Mecelle*'nin 123, 202, 207, 214, 252, 281,296 vd. maddeleri ile Afgan Medeni Kanun'un sırasıyla 1124, 1041, 1056, 1059, 1070, 1115 ve 1118 maddeleri birbirinin aynısı veya birbirine yakın maddelerdir.

⁷² Mevrid'i nassda içtihadı mesâğ yoktur (Hakkında nass bulunan konuda içtihat yapılmaz).

⁷³ Kanun hükmünün bulunduğu konularda içtihat yapılmaz).

10 ⁷⁴	3 ⁷⁵
99 ⁷⁶	4 ⁷⁷
33 ⁷⁸	5 ⁷⁹
25 ⁸⁰	6 ⁸¹
30 ⁸²	7 ⁸³
22 ⁸⁴	784 ⁸⁵
27 ⁸⁶	785 ⁸⁷

⁷⁴ Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur (Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir).

⁸³ Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten önceliklidir.

⁸² Def'-i mefâsid celb-i menâf'den evlâ'dır (Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten daha iyidir).

⁸¹ Zarar, kendi misliyle giderilmez.

⁸⁰ Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁷⁹ Zaruret hali, başkasının hakkını iptal etmez.

⁷⁸ İztirâr gayrin hakkını ibtâl etmez (Zaruret, başkasının hakkını iptal etmez).

⁷⁷ Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır.

⁷⁶ Kim ki, bir şeyi vaktinden evvel ist'câl eder ise mahrumiyetiyle mu'ateb olur (Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır).

⁷⁵ Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir.

⁸⁴ Zarûretler kendi mikdârlarınca takdir olunur (Zaruret sebebiye mubah olanlar, zaruret miktarı ölçüsünde değerlendirilir).

⁸⁵ Zaruretler kendi miktarı ölçüsünde değerlendirilir.

⁸⁶ Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunur (Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilebilir).

⁸⁷ Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilir.

26 ⁸⁸	786 ⁸⁹
25 ⁹⁰	788 ⁹¹

3.2.2. Aile Hukukunda

İslam aile hukukunun kanunlaştırılması da Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ile başlamıştır. Bu kanun da aslında *Mecelle*'nin devamı ve tamamlayıcısı niteliğindedir. *Mecelle*'de yer verilmeyen aile hukuku ayrı bir kanun şeklinde ele alınmıştır; ancak *Mecelle* çok erken dönemde hazırlanırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* Osmanlı'nın son döneminde (1917 yılında) hazırlanmış ve yine çok kısa bir süre sonra (1919 yılında) yürürlükten kaldırılmıştır. Münakehât (evlenme) ve müfârakât (boşanma) olmak üzere iki büyük başlık şeklinde ele alınan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* iki kitap, dokuz bab, yirmi bir fasıl ve 157 maddeden oluşmaktadır.⁹² Bu kanunda Müslümanların yanı sıra Ehl-i Kitap olan Yahudi ve Hristiyanların aile hukuku için de ayrı başlıklar halinde kanun düzenlenmiştir. *Mecelle*'den farklı tarafı ise *Mecelle*'nin hazırlanmasında sadece Hanefî mezhebi esas alınırken Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nde bazen diğer mezheplerin görüşlerinin⁹³ de tercih edilmiş olmasıdır.⁹⁴ Diğer mezheplerin görüşleri tercih etme sebepleri de tek tek açıklanmıştır.⁹⁵ Bu yönüyle de Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nin, 1953 tarihli Irak Medeni Kanun'u başta olmak üzere birçok kanunu doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiş olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Irak Medeni Kanunu'nda da tek bir mezhebe bağlı kalınmaksızın farklı mezheplerden istifade edilmiştir.⁹⁶

Günümüzde hâlâ yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medenî Kanunu da yine bu yönüyle Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden

⁸⁸ Zarar-ı âmmı def' için zarar-ı hâss ihtiyar olunur (Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir).

⁸⁹ Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir.

⁹⁰ Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁹¹ Zarara zarala karşılık vermek aynı şekilde zararı misliyle gidermek caiz değildir).

⁹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459-460; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294-295.

⁹³ Tercih edilen diğer mezhep görüşleri için bkz. Orhan Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, (Konya: Mehîr Vakfı yayınları, 2017), 12-13.

⁹⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 303.

⁹⁵ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 77-98.

⁹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/23-24.

etkilenmiştir. Mesela Hanefî fıkıhî esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkıhî dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Örneğin, Afgan Medeni kanunu'nda, yoksulluk nedeniyle nafakasını sağlayamayan kocaya karşı hanımının tefrik için mahkemeye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı konusu ile ikrah altında gerçekleşmiş olan boşanmanın geçerli olup olmadığı konusunda, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nde olduğu gibi⁹⁷ Maliki, Şafiî ve Hanbelîlerin görüşü tercih edilmiştir. Meşru bir mâzeret söz konusu olmadığı halde kocanın gâibliğinin tefrîk sebebi sayılıp sayılmaması konusunda ise Hanbelî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Aynı mecliste verilen birden fazla talakın geçerliliği ve kaç talak sayılacağı konusunda, Zeydiye, İbn Teymiyye ve İbn Kayyım'ın görüşü tercih edilmiştir. Ayrıca evlilik yaşı için meşhur dört fıkıh mezhebinde böyle bir sınırlama bulunmazken, Afgan Medeni Kanunu'nda evlilik yaşı erkekler için 18 ve kızlar için 16 olarak belirtilmiştir.⁹⁸ Yine Afgan Medeni Kanunu'nun Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenecek evlilik ve boşanmanın tescilini zorunlu hale getirdiğini görmekteyiz.⁹⁹ Dede vasiyeti ile bilinen kişinin kendisinin hayatta olduğu zaman vefat eden çocuğunun çocuklarına vasiyeti de Afgan Medeni Kanunu'da "vacip vasiyet" başlığı altına ele alınmış ve vacip olarak kabul edilmiştir. 8 maddeyle düzenlenen bu meselede¹⁰⁰ dört fıkıh mezhebi tarafından kabul edilmeyen, İbn Hazm'ın görüşünün tercih edildiğini görmekteyiz.¹⁰¹

Sonuç

İslam dünyasında ilk kanunlaştırma hareketini Osmanlı Devleti başlatmıştır. 1840 tarihli ceza kanunu, *Mecelle* ve *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin çıkarılmasıyla Osmanlı Devleti İslam dünyasının kanunlaştırma hareketine öncülük etmiştir. Söz konusu kanunlar, bir yandan bazı İslam ülkelerinde uzun süre uygulanırken diğer yandan da yeni çıkan kanunlara kaynaklık ve rehberlik görevini üstlenmiştir. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan hiçbir zaman Osmanlı Devleti'nin egemenliği altına girmemesine rağmen Osmanlı hukukundan

⁹⁷ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 105.

⁹⁸ Konuların detayları ve kaynakları için bk. Mehtarkhan Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 379-381.

⁹⁹ Çeker, *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, md. 37; Afgan Medeni Kanun'u, md. 48.

¹⁰⁰ Afgan Medenî Kanunu, md. 2182-2189.

¹⁰¹ Ebû Muhammed Alî b. Ahmed, İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002), 8/353.

etkilenmiştir. 1921 tarihli Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda Osmanlı tarafından hazırlanan ve uzun zaman yürürlükte kalan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bazı maddeler her iki kanunda aynı olup sadece tercüme edilmiştir, bazı maddelerde ise çok az değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanmasında bizzat Türk hukukçular yer almış ve hazırlanmasında önemli rol oynamışlardır. Bu da Afgan Ceza Kanunu'nun Osmanlı Ceza Kanunu'ndan çokça etkilenmesine yol açmıştır. Afgan Medeni Hukuku da hem *Mecelle*'den hem de Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden, şekil ve muhteva açısından çokça etkilenmiştir. Şekil açısından düşündüğümüzde; *Mecelle* İslam dünyasında İslam hukukunun kanunlaştırmasında ilk olduğu için Afgan hukukuna ve özellikle de medeni kanununa örneklik teşkil etmiştir. Muhteva açısından 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun *Mecelle*'de olduğu gibi Hanefî fıkıhı esas alınarak hazırlanmış olması buna örnek olarak gösterilebilir. Afganistan'da modern anlamda ilk kanunlaştırma başladığında, çıkarılan bazı kanunlarda birçok meselede *Mecelle*'nin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine *Mecelle* şerhlerinin tercüme edilerek mahkemelerde kullanılması kararlaştırılmış ve günümüze kadar da mahkemelerde kadılar tarafından *Mecelle* ve şerhlerinden istifade edilmeye devam edilmiştir. Aynı şekilde Afgan Medeni Kanun'u, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden de etkilenmiş, Hukuk-ı Aile Karanamesi'nde olduğu gibi bu kanunda da bazı konularda Hanefî mezhebinin hatta dört meşhur fıkıh mezhebinin dışına çıkmıştır.

Kaynakça

- Ağırakça, Muhammed Hamidullah. *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örenği)*. İstanbul: Akdem Yayınları, ts.
- Atâî, Muhammed İbrahim. *Nigâh-i Muhtasar be Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*. çev. Jamiluuraḥman Kamgar. Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005.
- Atar, Fahrettin. "Fetva", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/486-496. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007.
- Çeker, Orhan: *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Konya: Mehîr Vakfı yayınları, 2017
- Çelîkbîlek, Abdul Metin. "Afganistan Emirî Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları", *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.
- Çolak, Abdullah. *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018.
- Ferheng, Mir Muhammed Sıddîk. *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş 1992.
- Gümüş, Musa. "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları", *Tarih Okulu* 14 (2013).
- Habîbî, Abdulhay. *Cünbiş-i Meşrûtiyyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşîm Bahramî, Kabil: Devleti Matbaa, 2005.
- Hanioğlu, M. Şükrü. "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 8/305-307. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Hosâmî, Hazretgul. "Kazâ ve Kazâvet der 'Ahdı Saltanat-ı 'Ala Hazret Zâhir Şâh", *Kazâ* 7-8 (2004), 1-30.
- Hosâmî, Hazretgul. "Mecelletü'l-Hukkâmi'l-Adliyye Av De-heğî Şerhi", *Kazâ*, 33-42.
- Hosâmî, Hazretgul. *Revend-i Sistem-i Kânûn-guzârî*, Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011.
- Hosâmî, Hazretgul. "Tarihçe-yi Kazâ ve Kazâvat der Afganistan",

Kazâ 1-2 (2004).

Hosâmî, Hazretgul. *Tarih-i Kazâ Der Afganistan*, yy.: İntişârât-ı Saîd, 2009.

İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed el-Endelusî. *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî. 12 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002.

Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukuku Tarihi*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.

Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.

Khwajamir, Mehtarkhan. "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 369-382.

Khwajamir, Mehtarkhan. *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, Konya: (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

Kılıç, Muhammed Tayyib. *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

Merçil, Erdoğan. "Mahmûd-i Gaznevî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 27/362-365. Ankara: TDV Yayınları, 2003.

Özel, Ahmet. "el-Âlemgîriyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm ansiklopedisi*. 2/365-366. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.

Örseren Esirgen, Seda. "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle Mi, Fransız Medeni Kanun'u Mu?" *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 31-48.

Popelzai, İzzuddîn Vekilî. *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Evâil-i 'Ahd-i İslâm tâ 'Ahd-i Cumhuriyet*, Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991.

Saray, Mehmet. "Abdurrahman Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 1/163. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.

Saray, Mehmet. "Ahmed Şah Dürrânî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/133-134. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.

- Saray, Mehmet. "Emânullah Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 6/84-85. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Sarıay, Ercimet. "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi", *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.
- Tanîn, Zahir. *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*, thk. Muhammed İbrahim Şeri'atî, Afganistanî, Tahran: İrfan 2005.
- Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu, Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî. (1858).
- "Nazari be Seyr-i Kânûn-guzârî Der Afganistan", *Sâlnânme-yi Afganistan* 43 (1977 1976).
- Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî, Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî. (1921).
- Usulnâme-i İdari-yi Mehâkim-i Adliye, Usulnâme-i İdari-yi Mehâkim-i Adliye. (1957).

EDİTÖRYAL İNCELEME/İÇ İNCELEME SÜRECİ
The Editorial Review/ Internal Review Process

İç Hakem – 1 (Editör Yardımcısı)
Internal Reviewer - 1 (Assistant Editor)

Ön İnceleme ve Benzerlik Taraması Raporu

Pre-review and Plagiarism Checking Report

Editörün Ön İnceleme Notu: Makale metni, Dergi Yazım İlkeleri ve İSNAD Atıf Sistemi'ne uygunluk açısından incelenmiştir. Eksik veya hatalar var ise metinde belirtilmiş ve her bir hata türünde hatalı yazım **SARI** ile doğrusu **YEŞİL** metin vurgu rengi ile işaretlenmiştir. Metinde olabilecek diğer hatalar veya eksikliklerin tarafınızdan tashih edilebilmesi metni güçlendirecektir.

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi:

Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Mehterhan Furkani

Doç. Dr., Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

Assoc. Prof., Aksaray University, Faculty of Islamic Education Department of Basic Islamic Sciences,

Aksaray/Turkey

mehterhan_4@windowslive.com

Cep:05556317193

ORCID: 0000-0002-4415-7830

Not:

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Öz

Hiz. Peygamber hayatta iken sahabe her meselenin çözümü için onun bizzat kendisine, vefatından sonra da Kur'an ve Sünnete başvurdular. Söz konusu iki kaynakta hükmünü bulamadıkları konularda ise içtihatlarında bulunarak hüküm çıkardılar. İctihat yapacak seviyede olmayanlar da dini konularda uzman olan kimselere başvurarak bilgi edindiler. Onlardan sonra gelen Müslümanlar da aynı yolu takip etmeye devam ettiler. Daha sonra ise fetva kitapları hazırlandı ve bu eserlerden, fetvanın yanı sıra kazâ konusunda da istifade edilmeye başlandı. İslam hukukunun kanunlaştırma teklifi her ne kadar İbn Mukaffâ' (ö. 81

Açıklamalı [MOK1]: Metnin tamamında aşağıdaki hususların uygulanması önerilmektedir.

- Metin: İSNAD Font (<https://www.isnadsistemi.org/indirmeler/>) ile 10 punto büyüklüğünde, üstten 0 nk alttan 6 nk olarak düzenlenmeli, 1,25 cm paragraf başı olacak şekilde ayarlanmalı ve her iki yana hizalanmalıdır.

- Dipnot: 9 punto büyüklüğünde, üstten 0 nk alttan 0 nk olarak düzenlenmeli, 0,5 asılı olacak şekilde ayarlanmalı ve her iki yana hizalanmalıdır.

- Dipnotlarda ilk satırların aynı hizada olması Asılı; 0,5 şeklinde ayarlandıktan sonra aynı hizaya gelmesi Tab tuşu ile sağlanabilir. Ayrıntılı bilgi için bk. <https://www.youtube.com/watch?v=U2b66YthYto>

Kaynakça: Sonuç bölümünden sonraki sayfada başlanmalı ve İSNAD Atıf Sistemi'ne göre 10 punto büyüklüğünde yazılmalı; her iki yana hizalanmalı; tek satır aralığında olmalıdır. 1,25 Asılı olmalıdır.

[142/759] tarafından çok erken bir dönemde yapılmışsa da bu teklif gerçekleşmemiş ve kanunlaştırma faaliyeti çok geç başlamıştır. Öyle ki İslam dünyası kanunlaştırma konusunda batıdan geride kalmıştır. On dokuzuncu asırda Fransız ihtilalinden sonra çağdaş Batı dünyasında başlayan kanunlaştırma faaliyetleri İslam dünyasını da etkilemiş ve bunun sonucunda İslâm dünyasında da kanunlaştırma hareketi görülmeye başlamıştır. Osmanlı Devleti tarafından başlatılan bu faaliyetler İslâm dünyasındaki kanunlaştırma faaliyetine öncülük etmiş, daha sonra diğer İslâm ülkelerinde de kanunlaştırma faaliyetleri devam etmiştir. Mecelle ve Hukûk-ı Âile Kararnâmesi gibi Osmanlı'nın hazırladığı kanunlar, hâkim olduğu ülkelerin birçoğunda yürürlüğe konulmuş, Türkiye Cumhuriyeti'nde mülga ilan edildikten sonra da diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bunların yanı sıra Osmanlı hakimiyeti sınırları dışında kalan Afganistan gibi İslam ülkelerinin hukukunu da doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiştir. Bu makalede Osmanlı hukukunun Afgan hukukuna olan etkisi ceza hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı, Afganistan, hukuk, etkileşim.

The Effect of Ottoman Law on The Afghan Law: In the Example of Panel and Civil Law

Abstract

While the Prophet was alive, the Companions had consulted to him personally for the solution of every religious matter and to the Qur'an and Sunnah after his death. On the issues that they could not find information in the two sources mentioned, they have made judgments by making ijthihad. Those who were not at the level to make ijthihad obtained information by consulting to people who were experts in religious matters. The Muslims who came after them continued to follow the same path. Later on, fatwa books were prepared and these works began to be used in the field of qada as well as fatwa. Although the proposal for codification of Islamic law was made by Ibn Mukaffa' (d. 142/759) at a very early period, this proposal was not realized and the act of codification started too late. So much so that the Islamic world has lagged behind the West in legalization. The codification activities that started in the modern western world after the French Revolution in the nineteenth century also affected the Islamic world, and as a result, the codification activities began to appear in the Islamic world too. These activities, initiated by the Ottoman State, pioneered the codification activity in the Islamic world, and then codification activities continued in other Islamic countries. Laws prepared by the Ottoman State, such as al-Majalla al Ahkam al Adliyyah (The Ottoman Courts Manual) and the Family Law Decree continued to be in force in some other Islamic countries a long time after they were declared abolished in Republic of Turkey. In addition, they affected directly or indirectly the law of Islamic countries such as Afghanistan that were never under Ottoman State's rule. In this article, the effects of Ottoman law on Afghan law will be discussed in the context of criminal law, family law and law of obligations.

Açıklamalı [MOK2]: Vefat tarihi verilirken öl. Şeklinde başlanması tavsiye edilir. Makalenin tamamı bu şekilde düzeltilmesi tavsiye edilir.

Keywords: Islamic Law, Ottoman State, Afghanistan, codification movements, interaction.

Giriş

Sahabe döneminden itibaren Müslümanlar meselelerin hukuki çözümlerini Kur'an ve sünnetten öğrenmişlerdir. Hakkında nass bulunmayan konularda ise müctehit âlimler içtihatlarla bulunarak hüküm çıkarmışlardır. Ebû Hanîfe'nin öğrencisi olan Ebû Yûsuf döneminden itibaren de mezhep mensupları karşılaştıkları meselelerde mezhebin ortaya koyduğu eserleri kaynak olarak kabul etmiş ve onu bir kanun gibi kullanmışlardır.¹ Daha sonra da klasik fıkıh kitaplarına göre daha pratik olan fetva kitapları hazırlanmış, fetvanın yanı sıra kazâ² konusunda da bunlardan istifade edilmiştir. İslam dünyasında modern anlamda kanunlaştırma (codification) teklifi ilk defa Abdullah b. Mukaffa' (ö. 142/759) tarafından yapılmış, ancak bu teklif gerçekleşmemiştir. Batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır.³ 1804'te *Fransız Medeni Kanun'u*, 1807'de *Fransız Ticaret Kanun'u* ve 1810'de *Fransız Ceza Kanun'u* yürürlüğe girmiştir. Osmanlı Devleti, Batı'dan etkilenecek çağın şartlarına cevap verecek kanunların çıkartılmasının gerekli olduğunu hissedip 1840'ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine resmen başlamış ve 1850'de çıkarılan *Kanunnâme-i Ticaret*'le bu süreci devam ettirmiştir. *Alman Medeni Kanun'u* ile *İsviçre Medeni Kanun'u* ise 1900'de yürürlüğe girmiştir.⁴ Buna göre Osmanlı'da kanunlaştırmanın Batı'dan çok geç başlamadığını söylemek mümkündür. Zira görüldüğü gibi her ne kadar bazı Batı ülkelerine göre kanunlaştırmaya geç başlamışsa da diğer bazılarına göre erken harekete geçmiştir.

Daha önce her ne kadar muhtasar eserler ve fetva kitaplarının hazırlanması şeklinde nisbi bir kanunlaştırma gerçekleşmişse de medeni kanununda

¹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/294.

² Fetva ve kazânın ortak ve farklı yönleriyle ilgili detaylı bilgi için bk. Fahrettin Atar, "Fetva", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/487-488.

³ Muhammed Hamidullah Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)*, (İstanbul: Akdem Yayınları, ts.), 36.

⁴ bk. Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri*, 38-44; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 140-141.

gerçek ve modern anlamda bir kanunlaştırma *Mecelle* ile başlamıştır.⁵ Bunu da Osmanlı Devleti'nin sonlarında çıkarılan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hâkimiyeti altında olan Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin ve İsrail gibi birçok ülkede uygulanmış, hatta *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* 1919 yılında ve *Mecelle* de Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda -mülga ilan edilmesine rağmen- diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı Devleti, kanunlaştırmadaki gelişmelerle diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, bunun sonucunda diğer İslam ülkeleri de kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır.⁶ Bunlardan biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hâkimiyetine girmediği halde kanunlaştırmada Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmiştir. Örneğin, ceza kanununda Osmanlı'nın 1858 tarihli *Ceza Kanunu* esas alınmıştır. Afganistan'da kanunlaştırma faaliyeti başlayınca önceden bu konuda tecrübeli oldukları için Osmanlı hukukçularından yardım alınmış,⁷ bazı Türk hukukçuları Afgan hukukçularla beraber 1921 tarihinde *Nizamnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununun oluşturulmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu da ister istemez Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine neden olmuştur. Aynı şekilde günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanun'un hazırlanmasında *Mecelle* ve *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*'nden istifa edilmesi, günümüze kadar kadıların *Afgan Medenî Kanunu*'nun yanı sıra *Mecelle* ve şerhlerinden de yararlanması, Osmanlı hukukunun Afgan hukukunu etkilemesine yol açmıştır.

1. Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri

Osmanlı Devleti'nde başlangıçtan Tanzimat Dönemi'ne kadar İslam hukukundan ibaret olan şer'î hukuk ile padişahların emir ve fermanlarından ibaret olan örfî hukuk uygulanmıştır.⁸ Osmanlı Devleti, Batı'da başlayan kanunlaştırma faaliyetinden kısa bir süre içerisinde etkilenmiş ve Tanzimat Fermanı'yla birlikte

⁵ Mecelle hakkında detaylı bilgi için bk. Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 299; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007), 459.

⁷ Hazretgöl Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî* (Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011), 62.

⁸ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 69-70, 72, 456-457.

Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma hareketi başlamıştır.⁹ 1804'te Fransa'da yürürlüğe giren Code Napoléon olarak da adlandırılan Fransız Medeni Kanunu'ndan sonra 1807'de Fransız Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Osmanlı'da ilk ceza kanunu 1840'te çıkarılmıştır. Bu ceza kanunu bir mukaddime, bir hâtime ve on üç fasıldan oluşmakta olup 40 maddeyi ihtiva etmekteydi. 1851'de söz konusu kanundaki boşlukları ve eksiklikleri¹⁰ tamamlamak üzere Kanûn-ı Cedid adlı ceza kanunu çıkarılmıştır. Bu da üç fasıl ve 43 maddeden oluşmaktadır. Bu kanunların her ikisinde de Batı hukukundan çok az istifade edilmiş ve dolayısıyla söz konusu kanunlar, yerli kanun kategorisinde yer almıştır. 1858'de Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı yeni bir ceza kanunu çıkarılmıştır. Bunun ilk ikisinden farklı olan tarafı, onların yerli-millî kanunlar olmasına karşın, bu kanunun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas edilerek hazırlanmış olmasıdır. Bu kanun bir mukaddime, üç bâb ve 264 maddeden oluşmaktadır. Diğerlerine göre daha kapsamlı olan söz konusu kanun, 1926'ya kadar yürürlükte kalmıştır. 1926'da 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok maddesinde değişiklik yapılmasıyla birlikte 2005'e kadar yürürlükte kalmıştır. 01.05.2005 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin halihazırda yürürlükte olan yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir.¹¹

Yine 1840'de Kanunnâme-i Ticâret-i Berriye, 1850'de Kanunnâme-i Ticaret, 1858'de Arazi Kanunnâmesi, 1861'de Usûl-i Muhâkeme-i Ticâret Nizamnâmesi, 1863'te Ticâret-i Bahriye Kanunnâmesi, 1869-1876 yılları aralarında *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 1876'de Kânûn-ı Esâsi, 1879'da Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanûnu, Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanunları, 1880'de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati, 1881'de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanûnu, 1915'te Nafaka Kanunu ve en sonunda da 1917'de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* ve Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îye Nizamnâmesi çıkarılmıştır.¹²

Bunların bir kısmı yerli-millî kanunlar iken bir kısmı Batı hukukundan

⁹ Musa Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları", *Tarih Okulu* 14 (2013), 164.

¹⁰ Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 169-170.

¹¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/238-242; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku*, 36-37; Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma", 13-15.

¹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 456-462; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 36; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 137-149.

iktibas yoluyla hazırlanmıştır. Diğer bir kısmı ise millî kanunlarla Batı kanunlarından istifade edilerek hazırlanan karma kanunlardır.¹³ Osmanlı Devleti'nin çıkarttığı kanunlardan *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin günümüze kadar Lübnan'da yürürlükte kaldığı¹⁴ *Mecelle*'den ise Filistin¹⁵ ve Afganistan gibi ülkelerde istifade edildiği, geri kalan diğer kanunların tamamının ilga edildiği bilinmektedir.

2. Afganistan'da Kanunlaştırma Hareketi

Daha önce Horasân'ın bir parçası olan ve günümüzde Afganistan'ın sınırları içerisinde yer alan bölgelerde, İslam dininin kabul edilmesiyle beraber fıkıh kitapları, daha sonra ise fıkıh kitaplarının daha pratik şekli olan fetva kitapları hazırlanmış ve yargı sisteminde kullanılmaya başlanmıştır. Bununla beraber zaman zaman fermanlar ve bazı düzenlemeler de çıkarılarak uygulanmıştır. Selçuklular döneminde vezir olan Nizâmülmülk'ün (ö. 485/1092) tavsiyesi üzerine, 1072-1092 yılları arasında Büyük Selçuklu hükümdarı olan Sultan Melikşâh (ö. 485/1092) tarafından 485/1092 yılında bir fetva kitabı hazırlanmış ve ona nispetle söz konusu kitaba *el-Mesâilü'l-Melikşâhiyye fi'l-kavâidi's-şer'iyye* adı verilmiştir.¹⁶ Yine Gazneli Mahmut (ö. 421/1030)¹⁷ döneminde Encümen-i Ulemâ adında âlimlerden oluşan bir heyet tarafından *Fetâvâ-yı Sultânî* isiminde bir fetva kitabı telif edilmiştir.¹⁸

Bâbürlül döneminde Sultan Evrengzîb Âlemgîr'in (1658-1707) emriyle bir heyet tarafından *el-Fetâvâ'l-Hindîyye/el-Fetâvâ'l-Âlemgîriyye* adlı eser telif

¹³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 457-462; Ercimet [Ercüment] Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi", *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 13-26; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165.

¹⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2014, 1/297; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 148.

¹⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234.

¹⁶ Muhammed Tayyib Kılıç, "İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu" (Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2008), 150. (Doktora tezi yazımı için İsnad kurallarına bakmanız ve makalenin tamamında bu hususları uygulamanız önerilmektedir. Kaynak: <https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/13-tez/13-3-tez-doktora/>)

¹⁷ Erdoğan Merçil, "Mahmûd-i Gaznevî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/362-365.

¹⁸ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", *Sâlnâme-yi Afganistan* 43 (1977-1976), 741.

edilmiştir.¹⁹Daha sonra Afganistan'ın ilk kurucusu sayılan Ahmed Şah Abdalî (1747-1773)²⁰ döneminde bir yandan *Fetâvâ-yı Ahmed Şâhî* adlı bir fetva kitabı hazırlanmış, diğer yandan da birçok ferman çıkarılmıştır. Ahmed Şâh'ın 16 maddelik bir yasa çıkarmış olduğu da bilinmektedir. Bu gelenek daha sonraki dönemlerde de devam etmiştir.²¹ 1863-1867, 1868-1878 yılları aralarında Afganistan'da hükümdar olan Emîr Şîr Ali Han²² döneminde Kadı Abdulkadir adlı bir âlim tarafından *Fetâvâ-yı Emîrî/Teşrîhu'l-cerâim* adlı fetva kitabı telif edilmiştir.²³ 1880-1901 yıllarında Afganistan hükümdarı olan Emîr Abdurrahman Han (ö. 1901)²⁴ döneminde 50 kişiden oluşan bir heyet tarafından 5 cilt şeklinde *Sirâcü'l-ahkâm fî muâmelâti'l-İslâm* adlı bir fetva kitabı yazılmıştır. Ayrıca Mevlevî Ahmed Can tarafından mezhep içindeki ihtilafların çözümlemesi için kadılar ve yargıçlara klavuz (usûl) mahiyetinde *Esâsü'l-Kudât* adlı bir kitap telif edilmiştir.²⁵

1919-1929 yılları arasında Afgan kralı olan Emânüllâh Han²⁶ döneminde modern anlamda ilk defa kanunlaştırma hareketi başlamıştır. Emânullah Han, kayınpederi ve aynı zamanda müsteşarı olan Mahmut Tarzî ile beraber, kanunlaştırma başta olmak üzere birçok alanda reform planları hazırlamıştır.²⁷ 1921

¹⁹ Ahmet Özel, “el-Âlemgîriyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/365.

²⁰ Mir Muhammed Siddîk Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr* (Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş, 1992), 1/113-156; Mehmet Saray, “Ahmed Şah Dürrânî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları 1989), 2/133-134.

²¹ İzzuddîn Vekilî Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Avâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet* (Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991), 66.

²² Emîr Şîr Ali Han ile ilgili detaylı bilgiler için bkz. bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/315-379; Abdul Metin Çelikbilek, “Afganistan Emiri Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları”, *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.

²³ Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 34.

²⁴ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/381-436; Mehmet Saray, “Abdurrahman Han”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1/163.

²⁵ Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan*, 369, 413-414; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 36.

²⁶ Emânullah Han ile ilgili bilgi için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/483-560; Mehmet Saray, “Emânullah Han”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/84-85.

²⁷ Muhammed İbrahim Atâî, *Nigâh-i Muhtasar be Târih-i Mu'asır-ı Afganistan*, çev. Jamilurrahman Kamgar (Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005), 246-247.

yılında şer'î meseleleri düzenlemek için; birinci cildi medeni kanun, ikinci cildi ceza kanunundan ibaret olan *Temessükü'l-Kudâti'l-Emâniyye* ve ta'zîr cezaları için de Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı kanun hazırlanmıştır. İlk defa anayasanın da çıkartıldığı bu dönemde nizamnâme adlı toplam 69 adet kanun çıkarılmıştır. *Temessükü'l-kudât* adlı eserde Hanefî mezhebi esas alınırken diğer kanunların da şeriatı aykırı olmaması dikkate alınmıştır. Örneğin, Emânullah'ın dinî müsteşarı olan ve *Temessükü'l-Kudât* adlı eserin de müellifi olan Abdolvâsi Kandehârî, 1921 yılında çıkarılan Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ilk ceza kanununun sonunda, söz konusu kanun maddelerinin İslam şeriatına uygun olduğunu yazarak mühürlemiştir.²⁸ Buna rağmen dönemin âlimleri ta'zîr cezalarının kanunlaştırılmasına karşı çıkmış²⁹ ve ta'zîr cezalarının kadınların yetkisini sınırlandıracağını da buna gerekçe olarak göstermişlerdir. Buna karşın Emânullah Han, bunun caydırıcılık açısından daha etkili olacağını öne sürerek ısrar etmiş ve sonunda kanun çıkarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bazı insanlar, kanunu şeriatın alternatifi ve zıddı olarak görmüşlerdir. Bu ve benzeri sebeplerle ilk dönemlerde çıkarılan bütün kanunlar, nizamnâme ya da usûlnâme olarak adlandırılmıştır.³⁰ Ancak kanunların nizamname olarak adlandırılması da buna çözüm olmamış, buna karşı olan bazı âlimler bir eline Kur'an diğer eline nizamnâme alıp halka, "Bunların hangisini tercih edersiniz?" şeklinde sorular sorarak onları dönemin kralına karşı kıskırtmışlardır.³¹

1924 yılında ise Loya Cirge³² Emânullah Han'a baskı yaparak onun ta'zir

²⁸ Hazretgul Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan* (İntişârât-ı Saîd, 2009), 125.

²⁹ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁰ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", 741; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 56.

³¹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/514; Zahir Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*, thk. Muhammed İbrahim Şeriatî, Afganistanî (Tahran: İrfan, 2005), 45; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 128.

³² "Loya Cirge, Paştunca büyük anlamında 'loya' ve toplantı ve şûra anlamında 'cirge' kelimelerden oluşmakta olup sözlükte 'büyük şûra' demektir. Terim olarak da 'Afganistan'da yeni anayasayı onaylamak veya anayasadaki bir kanunu değiştirmek, cumhurbaşkanını yargılamak ve ülkenin bağımsızlığı, milli hâkimiyeti, toprak bölünmezliği ve büyük maslahatları ile ilgili konular hakkında karar vermek için oluşturulan geçici bir şûrayı ifade eder. Bu şûra, Afganistan'da halkın iradesinin en yüksek göstergesi olarak belirtilmiştir. Loya Cirge; milletvekilleri, bütün il ve ilçe şûra

cezarlarıyla ilgili nizamnâmeleri ilga edip kadılara, suçluya yüzünü asmaktan idama kadar olan yetkiyi geri vermesini³³ ve *Fetâvâ-yı Emâniyye* adlı bir fetva kitabı hazırlanmasını temin etmişlerdir.³⁴

1962 yılında yine Afganistan'da ceza kanunu ile medeni kanununun taslağı hazırlanmıştır. Bu kanunlar Mısırlı hukukçular tarafından hazırlanmış ve Afgan hukukçularının inceleme ve kontrolünden sonra 1976 yılında ceza kanunu, 1977 yılında ise medeni kanun yürürlüğe girmiştir.³⁵ Medeni kanun Hanefî fikhına göre hazırlanırken ceza kanununun birinci maddesinde de bu kanunun ta'zîr cezalarıyla ilgili olduğu, had, kısas ve diyetin Hanefî fikhına göre düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu ceza kanunu 2018 yılında yenilenirken medeni kanun yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Afganistan tarihinde bütün kanunlar Hanefî fikhı esas alınarak hazırlanırken 2008'de ilk defa Caferî fikhına dayalı "Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi ehl-i Teşeyyu" diye 236 maddelik bir kanun çıkarılıp yürürlüğe konmuştur.³⁶ Böylece medeni hukuk ile ilgili davalarda Hanefîler için 1977 tarihli medeni kanun, Caferîler için ise 2008 tarihli "Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-i Ehl-i Teşeyyu" adlı kanun esas alınmaktadır.³⁷

3. Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi

Kanunlaştırmaya Osmanlı'dan sonra başlayan Afganistan, bu konuda Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan etkilenmiştir.³⁸ Burada örnek olarak ceza hukuku ile medeni hukuktan, aile ve borçlar hukukunu ele alacağız. Bu üçün seçmemizin sebebi, bunların en bariz etkilenen kanunlar olmasıdır.

temsilcilerinden oluşur. Bakanlar, yüce divan ve başsavcılığın başkanı ve üyeleri de oy hakkı olmaksızın katılabilirler. Karar ise çoğunluğun oyu ile verilir. bkz. 2004 tarihli Afganistan Anayasası, md.110-115." Mehtarkhan Khwajamir, Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması, 138.

³³ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁴ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 124.

³⁵ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

³⁶ Resmî Cerîde, sy 988, 2009. (Resmî gazete kararının dipnot gösterimi için bk. <https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/22-mevzuat/22-1-mevzuat-resmi-gazetede/>)

³⁷ Afganistan'daki kanunlaştırma hareketi ile ilgili detaylı bilgi için bk. Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması* (doktora tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015), 14-126.

³⁸ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 63.

3.1. Ceza Hukukunda

Afganistan'da kanunlaştırma faaliyetlerinin başlangıcında cezalar iki kategoride ele alınmıştır. Had, kısas, diyetlerle ilgili suç ve cezalar ayrı, ta'zîr cezaları ise ayrı kategoride kanunlaştırılmıştır. 1921 yılında modern anlamda Afganistan'da ilk kanunlaştırma başladığında had, kısas ve diyetle ilgili hükümleri düzenlemek için *Temessükü'l-Kudâti'l-Emâniyye* adlı kanun çıkarılırken, ta'zîr cezalarının düzenlenmesi için *Nizâmnâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ayrı bir kanun da çıkarılmıştır. Birincisi tamamen Hanefî fıkıh kitaplarından müftâ-bih görüşlerden oluşurken ikincisinde kanunun İslam hukukuna aykırı olmaması dikkate alınmıştır.

Afgan ceza kanununa da Osmanlı ceza kanunları öncülük etmiştir. 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanması için Osmanlı kanunlaştırması konusunda bilgi sahibi olan hukukçulardan yardım alınmıştır.³⁹ Nitekim kanunlaştırmayla görevli şûrada, Bedri Bey (ö. 1923) ve Ahmed Cemal Paşa (ö. 1922)⁴⁰ Afgan hukukçularla beraber üye olarak yer almış ve onlara yol göstermiştir. Bedri Bey, 72 adet kanunu Türkçeden Farsçaya tercüme etmiştir. Bunların, o dönemde çıkarılan nizamnâmeler için esas teşkil etmeleri,⁴¹ Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine sebep olmuştur.

Afganistan'da çıkarılan ilk ceza kanunu ve modern anlamda ilk kanun diyebileceğimiz 1921 tarihli ve *Nizâmnâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununda 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bu kanun daha sonra çıkan diğer ceza kanunlarına da kaynaklık etmiştir. Hatta bazı maddeleri olduğu gibi Farsçaya tercüme edilerek 1921 tarihli kanuna yerleştirilmiştir. Örneğin; 1858 tarihli kanunun birinci maddesi Farsçaya tercüme edilerek olduğu gibi 1921 tarihli Afgan ceza kanununda düzenlenmiş ve sadece sonunda had, kısas ve diyet ile ilgili meselelerde *Temessükü'l-kudât*'a göre hüküm verileceği eklenmiştir.⁴² Aynı şekilde her iki kanunun ikinci maddeleri de aynıdır. Sadece 1858 tarihli kanunda suçların tasnifi; cinayet, cünha ve kabahat şeklinde sıralanırken 1921 tarihli nizamnâmede sıralama tam tersi şekilde kabahat,

³⁹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/531.

⁴⁰ Hayatı ve faaliyetleri ile hakkında bilgi için bk. M. Şükrü Hanioglu, "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları 1993), 8/305-307.

⁴¹ Abdulhay Habîbî, *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşim Bahramî (Kabil: Devleti Matbaa, 2005), 27; Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst*, 44.

⁴² Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, (1858) md. 1; *Nizâmnâme-i Cezâ-yı 'Umûmî*, (1921) md. 1.

cünha ve cinayet şeklinde yapılmıştır.⁴³ Bunun dışında birçok maddesi ya aynıdır veya az bir farklılıkla birbirine yakın maddelerdir. Burada aynı olan maddelerden tablo şeklinde birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Birbirine yakın olan maddelerin ise sadece numaralarını zikredeceğiz.

Tablo 1. Her iki kanunda aynı olan maddeler:

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu Maddeleri	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu Maddeleri
1 ⁴⁴	1 ⁴⁵
2 ⁴⁶	2 ⁴⁷
18 ⁴⁸	13 ⁴⁹
13 ⁵⁰	20 ⁵¹

Açıklamalı [MOK3]: Tablo dizaynının İsnad atıf sistemine uygun şekilde yapılması önerilmektedir. <https://www.isnadsistemi.org/gu-ide/isnad2/akademik-vazim/23-tablo-ve-sekil-olusturmak/>

2- Kanunların tamamının tırnak içinde verilmesi tavsiye edilir. ayrıca kaynaklarının belirtilmesi de tavsiye edilir.

⁴³ Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, md. 2; Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umûmî md. 2.

⁴⁴ Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine vukû bulan cerâimin icra-yı mecâzâtı devlete âid olduğu gibi bir şahıs aleyhinde vukû bulan cerâimin âsâyîş-i umûmiyey-i ihlal eylemesi ciheti dahi kezâlik devlete âid olduğundan, tayin ve icrası şer'an emr-i ülü'lemre âid olan ta'zîrin tayin-i derecâtı dahi işbu kanunnâme mütekeffil ve mütezammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuku şahsiyyeye hâlel gelmeyecektir.

⁴⁵ Doğrudan doğruya hükümetin alyhine işlenen suçların cezalarının uygulanmasını devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhine işlenen suçların, şerî ve siyasi tazîr cezasının derece ve sınırlarının belirlenmesi de devlet tarafından olur. Binaen aleyh, ölçüsü ülü'l-emrin görüşleriyle belirtilmiş olan söz konusu iki çeşit ceza için bu nizamnâme tanzim edilmiştir. Kısas, had ve diyet ile ilgili suçlarını kapsadığı için bu nizamnâme şerî hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu nizamnâmenin içerdiği maddeler şeriata mutabıktır. Temessükü'l-kudât adlı eserin ceza ile ilgili bölümü bu nizamnâmeden sayılır.

⁴⁶ Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır.

⁴⁷ Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır.

⁴⁸ İdam cezasına müstahak olan karı, hamile olduğunu ledel-ifâde hamli tahakkuk ve kesb-i sübut eylediği takdirde, cezası vad'ı haml ettikten sonra icra olunur.

⁴⁹ İdam cezasına mahkum olan kadın şayet hamile ise, cezası çocuğunu doğurduktan sonra uygulanır.

⁵⁰ Devletin dahilen ya haricen asayişini ihlal edecek cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan eşhâs, kanunen tayin olunacak müddet-i cezaiyesini tekml ettikten sonra mutlaka zaptiye nezareti altına alınır.

⁵¹ Devletin iç ve dış güvenliğini ihlal eden cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan şahıslar, kanunda kendileri için belirtilen cezaları tamamladıktan sonra nezaret altına tutulur.

42 ⁵²	26 ⁵³
48 ⁵⁴	37 ⁵⁵
52 ⁵⁶	37 ⁵⁷

Aynı şekilde 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 16, 19, 55, 56 ve 57. maddeleri 1921 tarihli Afgan Ceza Kanunu'nun sırasıyla 12, 14, 41, 44 ve 45. Maddeleri birbirine çok yakın olan maddelerdir.

Bazı konularda, özellikle de devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçlarda, 1921 tarihli Afgan Ceza Kanun'unda yer alan cezaların 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanun'unda yer alan cezalardan daha ağır olduğu görülmektedir. Söz konusu Osmanlı Ceza Kanun'unda kendisi için hapis cezası belirtilen birçok suç için Afgan Ceza Kanun'unda idam cezası tayin edilmiştir.⁵⁸ Bunun, söz konusu dönemde Afganistan'da krallık sisteminin hâkim olması ve halkın ayaklanmasını bastırmak için meşruiyet elde etme çabası olduğunu söylemek mümkündür.

⁵² Bir kimse bir cürmi aslen rızası olmayarak mecburen işlemiş olduğu sabit olursa, kezâlik mecâzât-ı kanuniyeden ma'fû tutulur. Ancak bu babda muteber olan mecburiyet, cürmün derecâtına göre ol kimseyi şî'arı tühmetten bütün bütün berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyet ve kendusunun mukavemet edemeyecek bir zaruret olmak lazım gelup, ebeveynin evlada, efendinin hidmetkâra emri gibi ta'zim ve ihtirâmdan neş'et eden haller mecburiyetten addolunmaz.

⁵³ Bir kimsenin aslen rızası olmadığı halde mecburen bir suçu işlediği sabit olursa, cezadan muaf olur. Ancak bu konuda muteber olan mecburiyet, suçların derecelerine göre, birincisi o kimseyi tühmetten tamamen bütüyle berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyetin bulunması, ikincisi ise kendisinin mukavemet edemediğini ispatlaması lazımdır. Aksi takdirde ebeveynin çocuklarına, efendini hizmetçisine emri gibi ta'zim ve saygıdan neş'et eden haller, mecburiyetten sayılmaz).

⁵⁴ Tebe'a-ı devlet-i aliyyeden her kim olursa olsun, saltanat-ı sefinenin düşmanlarıyla beraber olarak aleyhine silah tutar ise idam olunur.

⁵⁵ Afganistan'ın düşmanlarıyla ittifak kurup Afganistan devletinin aleyhine silah kaldırmak, idam cezasını gerektirir.

⁵⁶ Me'mûrîn ve hademe-i devlet ve sâireden her kim devlet aliyyenin ümûr-i mühimme-i politikasına dâir bir mükaleme-i hafiyesi ve mektûm ve hafî bir hareket-i askeriye tasmîmi serâiriye hasbû'l-me'mûriyye veya resmen vakıf olub da onu devletçe me'mûr ve me'zûn olmadığı halde ecnebi veya hud düşman bir devlet me'mûrlarına doğrudan doğruya veya bil-vâsita ifşa eder ise, idam olunur.

⁵⁷ Görevi gereği devletin herhangi bir siyasi ve askeri sırlarına vakıf olup ta söz konusu sırları devletin resmî bir izni olmadan düşmana ifşa etmek, idam cezasını gerektirir).

⁵⁸ bk. Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî md. 53; Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî, md. 35, 37.

3.2. Medeni Kanunda

3.2.1. Borçlar Hukukunda

İslam dünyasında borçlar, eşya ve şahıs hukuku alanında yapılan ilk kanunlaştırma *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* ile başlamıştır.⁵⁹ Tanzimat Dönemi'nden sonra borçlar hukukunun da kanunlaştırılması gündeme gelmiştir. Bazı aydınlar, Fransız Medeni Kanunu'nun tercümesi veya iktibas yoluyla borçlar kanununun oluşturulmasından yana olurken, Cevdet Paşa başta olmak üzere bazıları da yerli bir hukukun oluşturulmasının daha uygun olduğunu savunmuşlardır. Nihayet ikinci görüşü savunanların görüşleri uygun görülmüş ve böyle bir kanunun hazırlanması kararlaştırılmıştır. 1869-1876 tarihleri arasında *Mecelle*, Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki heyet tarafından İslam hukuku ve özellikle Hanefi mezhebi esas alınarak 16 bölüm ve 1851 maddeyi ihtiva edecek şekilde hazırlanmıştır. Hazırlık aşamasında da tamamlanan bölümler sırasıyla yürürlüğe girmiştir.⁶⁰

Hanefi mezhebi esas alınarak hazırlanan *Mecelle*'de Meşrutiyet döneminde 1926 tarihine kadar Avrupa kanunlarından ve Hanefi mezhebi dışındaki diğer mezheplerden yararlanılarak⁶¹ tadil çalışmaları yapılmış; ancak söz konusu çalışma daha sonra durdurulmuş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiştir.⁶² 1926 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti *Mecelle*'yi yürürlükten kaldırıp yerine İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul etmiştir.⁶³

Farklı kişiler tarafından şerhi yapılan *Mecelle* birçok dile de tercüme edilmiştir.⁶⁴ *Mecelle*, alanında ilk olduğu için daha sonra diğer İslam ülkelerinde çıkan kanunlar için öncülük etmiştir.⁶⁵

Genelde Osmanlı hâkimiyeti altında bulunan ülkelerde uygulanan *Mecelle* de Osmanlı hâkimiyetine hiç girmemiş olan Afganistan'da da kısmen uygulanmış

⁵⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459.

⁶⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 19-20; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 174-176.

⁶¹ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 317.

⁶² Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234; Seda Örseren Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle Mi, Fransız Medeni Kanun'u Mu?" Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 29 (2011), 43-44.

⁶³ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 318.

⁶⁴ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234-235.

⁶⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/231.

ve Afgan Medeni Kanunu'nu etkilemiştir. Nitekim yargı ve yargılama sistemiyle ilgili 04.03.1957 tarihli 279 maddelik “Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye” (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) adlı kanunda bazı meselelerde *Mecelle*'ye göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶ Yine 22.12.1958 tarihli 264 maddelik “Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî” (Hukuk Muhakemeleri Usulü) adlı kanunda, kadıların kanundaki boşlukları *Mecelle* ile doldurmaları gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁷

07.08.1968 tarihinde, yargıda düzenlemeler yapmak ve yargı birliğini sağlamak amacıyla düzenlenen Mahkeme İl Başkanları Semineri'nde dönemin kâdılıkudatı olan Prof. Dr. Abdulhakim Zıyaî, kadıların hitaben, herkes tarafından kolayca anlaşılabilmesi için Muhammed Hâlid el-Attâsî ve oğlu Muhammed Tâhir el-Attâsî tarafından yapılan *Mecelle* şerhinin tercüme edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. 1971 yılında gerçekleşen ikinci seminerde ise söz konusu şerhin tercüme edilmesi kararlaştırılmış ve Adalet Bakanlığının öncülüğünde tercüme edilip kadıların istifadesine sunulmuştur.⁶⁸ Irak Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan, *Münirü'l-Kâdî* adlı *Mecelle* şerhinden günümüzde de kadılar istifade etmektedir.⁶⁹ Ayrıca *Mecelle*'de 8. madde olarak yer alan külli fıkıh kaidesi *الاحل برائة الذمة* (beraet-i zimmet asıldır) Afganistanda farklı tarihlerde çıkarılan anayasaların tümünde ve Afgan ceza kanununda yer almaktadır. Bunun yanı sıra diğer İslam ülkelerinde olduğu gibi şekil itibarıyla da *Mecelle* Afgan Medeni Kanun'u için örnek olmuştur.

Günümüzde yürürlükte olan 197_v tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun hazırlanmasına 1961 yılında başlanmıştır. Afganistan hükümetinin talebiyle Mısır'dan iki hukukçu Afganistan'a gelmiş ve bir sene içinde söz konusu hukukçulardan biri medeni kanununu diğeri ise ceza kanununu tamamlamıştır. Söz konusu kanunlar, Afgan hukukçulardan oluşan komisyon tarafından gerekli inceleme ve düzeltmelerden sonra tercüme edilmiş, 2416 madde olarak 05.01.1977

⁶⁶ Bk. Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye, (1957) md. 83, 87, 93, 125, 138, 150, 174-175 vd.

⁶⁷ Hazretgul Hosâmî, “Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan”, *Kaza* 1-2 (2004), 37.

⁶⁸ Hazretgul Hosâmî, “Mecelletü'l-Hukkâmi'l-Adliyye Av De-heğî Şerhi”, *Kaza*, (ts.), 37-39; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 223-226.

⁶⁹ Hazretgul Hosâmî, “Kaza ve Kazavet der 'Ahdi Saltanat-ı 'Ala Hazret Zahir Şah”, *Kaza* 7-8 (2004), 26-30.

tarihinde cumhurbaşkanının imzasıyla yürürlüğe konulmuştur.⁷⁰ Bir yandan m*Mecelle*'nin maddelerinden istifade edilirken⁷¹ diğer yandan birçok Küllî Kaidesi tercüme edilip bu kanunun başına olduğu gibi yerleştirilmiştir. Burada 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda yer alan *Mecelle*'deki Külli Kaidelerini tablo şeklinde göstereceğiz.

Tablo 2. 1977 Tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda Yer Alan *Mecelle*'deki Külli Kaideler

MECELLE	1977 TARİHLİ AFGAN MEDENÎ KANUNU
14 ⁷²	1 ⁷³
10 ⁷⁴	3 ⁷⁵
99 ⁷⁶	4 ⁷⁷
33 ⁷⁸	5 ⁷⁹
25 ⁸⁰	6 ⁸¹
30 ⁸²	7 ⁸³

Açıklamalı [MOK4]: Tablo dizaynının İsnad atf sistemine uygun şekilde yapılması önerilmektedir. <https://www.isnadsistemi.org/gu-ide/isnad2/akademik-yazim/23-tablo-ve-sekil-olusturmak/>

⁷⁰ Hosâmî, "Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan", 18-22; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

⁷¹ Örneğin, *Mecelle*'nin 123, 202, 207, 214, 252, 281,296 vd. maddeleri ile Afgan Medeni Kanun'un sırasıyla 1124, 1041, 1056, 1059, 1070, 1115 ve 1118 maddeleri birbirinin aynısı veya birbirine yakın maddelerdir.

⁷² Mevrid'i nassda içtihadı mesâğ yoktur (Hakkında nass bulunan konuda içtihat yapılmaz).

⁷³ Kanun hükmünün bulunduğu konularda içtihat yapılmaz).

⁷⁴ Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur (Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir).

⁷⁵ Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir.

⁷⁶ Kim ki, bir şeyi vaktinden evvel ist'câl eder ise mahrumiyetiyle mu'ateb olur (Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır).

⁷⁷ Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır.

⁷⁸ İztırâr gayrin hakkını iptâl etmez (Zaruret, başkasının hakkını iptal etmez).

⁷⁹ Zaruret hali, başkasının hakkını iptal etmez.

⁸⁰ Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁸¹ Zarar, kendi misliyle giderilmez.

⁸² Def'-i mefâsid celb-i menâf'den evlâ'dır (Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten daha iyidir).

⁸³ Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten önceliklidir).

22 ⁸⁴	784 ⁸⁵
27 ⁸⁶	785 ⁸⁷
26 ⁸⁸	786 ⁸⁹
25 ⁹⁰	788 ⁹¹

3.2.2. Aile Hukukunda

İslam aile hukukunun kanunlaştırılması da Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ile başlamıştır. Bu kanun da aslında *Mecelle*'nin devamı ve tamamlayıcısı niteliğindedir. *Mecelle*'de yer verilmeyen aile hukuku ayrı bir kanun şeklinde ele alınmıştır; ancak *Mecelle* çok erken dönemde hazırlanırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* Osmanlı'nın son döneminde (1917 yılında) hazırlanmış ve yine çok kısa bir süre sonra (1919 yılında) yürürlükten kaldırılmıştır. Münakehât (evlenme) ve müfârakât (boşanma) olmak üzere iki büyük başlık şeklinde ele alınan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* iki kitap, dokuz bab, yirmi bir fasıl ve 157 maddeden oluşmaktadır.⁹² Bu kanunda Müslümanların yanı sıra Ehl-i Kitap olan Yahudi ve Hristiyanların aile hukuku için de ayrı başlıklar halinde kanun düzenlenmiştir. *Mecelle*'den farklı tarafı ise *Mecelle*'nin hazırlanmasında sadece Hanefî mezhebi esas alınırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nde bazen diğer mezheplerin görüşlerinin⁹³ de tercih edilmiş olmasıdır.⁹⁴ Diğer mezheplerin görüşleri tercih etme sebepleri de

⁸⁴ Zarûretler kendi mikdârlarınca takdir olunur (Zaruret sebebiye mubah olanlar, zaruret miktarı ölçüsünde değerlendirilir).

⁸⁵ Zaruretler kendi miktarı ölçüsünde değerlendirilir.

⁸⁶ Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunur (Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilebilir).

⁸⁷ Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilir.

⁸⁸ Zarar-ı âmmı def' için zarar-ı hâss ihtiyar olunur (Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir).

⁸⁹ Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir.

⁹⁰ Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁹¹ Zarara zarala karşılık vermek aynı şekilde zararı misliyle gidermek caiz değildir).

⁹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459-460; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294-295.

⁹³ Tercih edilen diğer mezhep görüşleri için bkz. Orhan Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017), 12-13.

⁹⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 303.

tek tek açıklanmıştır.⁹⁵ Bu yönüyle de Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nin, 1953 tarihli Irak Medeni Kanun'u başta olmak üzere birçok kanunu doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiş olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Irak Medeni Kanunu'nda da tek bir mezhebe bağlı kalınmaksızın farklı mezheplerden istifade edilmiştir.⁹⁶

Günümüzde hâlâ yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medenî Kanunu da yine bu yönüyle Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenmiştir. Mesela Hanefi fikhî esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefi fikhî dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Örneğin, Afgan Medeni kanunu'nda, yoksulluk nedeniyle nafakasını sağlayamayan kocaya karşı hanımının tefrik için mahkemeye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı konusu ile ikrah altında gerçekleşmiş olan boşanmanın geçerli olup olmadığı konusunda, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nde olduğu gibi⁹⁷ Maliki, Şafî ve Hanbelîlerin görüşü tercih edilmiştir. Meşru bir mâzeret söz konusu olmadığı halde kocanın gâibliğinin tefrik sebebi sayılıp sayılmaması konusunda ise Hanbelî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Aynı mecliste verilen birden fazla talakın geçerliliği ve kaç talak sayılacağı konusunda, Zeydiye, İbn Teymiyye ve İbn Kayyım'ın görüşü tercih edilmiştir. Ayrıca evlilik yaşı için meşhur dört fikhî mezhebinde böyle bir sınırlama bulunmazken, Afgan Medeni Kanunu'nda evlilik yaşı erkekler için 18 ve kızlar için 16 olarak belirtilmiştir.⁹⁸ Yine Afgan Medeni Kanunu'nun Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenerek evlilik ve boşanmanın tescilini zorunlu hale getirdiğini görmekteyiz.⁹⁹ Dede vasiyeti ile bilinen kişinin kendisinin hayatta olduğu zaman vefat eden çocuğunun çocuklarına vasiyeti de Afgan Medeni Kanunu'da "vacip vasiyet" başlığı altına ele alınmış ve vacip olarak kabul edilmiştir. 8 maddeyle düzenlenen bu meselede¹⁰⁰ dört fikhî mezhebi tarafından kabul edilmeyen,

⁹⁵ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 77-98.

⁹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/23-24.

⁹⁷ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 105.

⁹⁸ Konuların detayları ve kaynakları için bk. Mehtarkhan Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 379-381.

⁹⁹ Çeker, *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, md. 37; Afgan Medeni Kanun'u, md. 48.

¹⁰⁰ Afgan Medenî Kanunu, md. 2182-2189.

İbn Hazm'ın görüşünün tercih edildiğini görmekteyiz.¹⁰¹

Sonuç

İslam dünyasında ilk kanunlaştırma hareketini Osmanlı Devleti başlatmıştır. 1840 tarihli ceza kanunu, *Mecelle* ve *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin çıkarılmasıyla Osmanlı Devleti İslam dünyasının kanunlaştırma hareketine öncülük etmiştir. Söz konusu kanunlar, bir yandan bazı İslam ülkelerinde uzun süre uygulanırken diğer yandan da yeni çıkan kanunlara kaynaklık ve rehberlik görevini üstlenmiştir. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan hiçbir zaman Osmanlı Devleti'nin egemenliği altına girmemesine rağmen Osmanlı hukukundan etkilenmiştir. 1921 tarihli Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda Osmanlı tarafından hazırlanan ve uzun zaman yürürlükte kalan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bazı maddeler her iki kanunda aynı olup sadece tercüme edilmiştir, bazı maddelerde ise çok az değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanmasında bizzat Türk hukukçular yer almış ve hazırlanmasında önemli rol oynamışlardır. Bu da Afgan Ceza Kanunu'nun Osmanlı Ceza Kanunu'ndan çokça etkilenmesine yol açmıştır. Afgan Medeni Hukuku da hem *Mecelle*'den hem de Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden, şekil ve muhteva açısından çokça etkilenmiştir. Şekil açısından düşündüğümüzde; *Mecelle* İslam dünyasında İslam hukukunun kanunlaştırmasında ilk olduğu için Afgan hukukuna ve özellikle de medeni kanununa örneklik teşkil etmiştir. Muhteva açısından 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun *Mecelle*'de olduğu gibi Hanefî fikhî esas alınarak hazırlanmış olması buna örnek olarak gösterilebilir. Afganistan'da modern anlamda ilk kanunlaştırma başladığında, çıkarılan bazı kanunlarda birçok meselede *Mecelle*'nin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine *Mecelle* şerhlerinin tercüme edilerek mahkemelerde kullanılması kararlaştırılmış ve günümüze kadar da mahkemelerde kadılar tarafından *Mecelle* ve şerhlerinden istifade edilmeye devam edilmiştir. Aynı şekilde Afgan Medeni Kanun'u, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden de etkilenmiş, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde olduğu gibi bu kanunda da bazı konularda Hanefî mezhebinin hatta dört meşhur fikhî mezhebinin dışına çıkmıştır.

¹⁰¹ Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002), 8/353.

Kaynakça

- Ağırakça, Muhammed Hamidullah. *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)*. İstanbul: Akdem Yayınları, ts.
- Atâî, Muhammed İbrahim. *Nigâh-i Muhtasar be Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*. çev. Jamiluurahman Kamgar. Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005.
- Atar, Fahrettin. "Fetva", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/486-496. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007.
- Çeker, Orhan: *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Konya: Mehîr Vakfı yayınları, 2017
- Çelîkbilek, Abdul Metin. "Afganistan Emîrî Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları", *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.
- Çolak, Abdullah. *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018.
- Ferheng, Mir Muhammed Siddîk. *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, Meşhed: İntişarat-ı Durişîş 1992.
- Gümüş, Musa. "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları", *Tarih Okulu* 14 (2013), **sayfa aralığı eklenmesi tavsiye edilmektedir**.
- Habîbî, Abdulhay. *Cünbîş-i Meşrûtiyyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşîm Bahramî, Kabil: Devleti Matbaa, 2005.
- Hanioğlu, M. Şükrü. "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 8/305-307. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Hosâmî, Hazretgul. "Kazâ ve Kazâvet der 'Ahdi Saltanat-ı 'Ala Hazret Zâhir Şâh", *Kazâ* 7-8 (2004), 1-30.
- Hosâmî, Hazretgul. "Mecelletü'l-Hukkâmî'l-Adliyye Av De-heği Şerhi", *Kazâ*, **tarih eklenmesi tavsiye edilir**, 33-42.
- Hosâmî, Hazretgul. *Revend-i Sistem-i Kânûn-guzârî*, Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011.

Açıklamalı [MOK5]: 1-"Kaynakçanın paragraf yapısı, tek satır aralığı ve asılı (ilk satırlar hariç girintili) olacak şekilde ayarlanmalıdır. Asılı metinde girinti ölçüsü, paragraf başı girintisi ile eşit olarak ayarlanmalı, paragraf başı girintisi yoksa sayfa boyutuna uygun bir değer belirlenmelidir. ör. A4 boyutunda bir sayfa için 1,25 cm girinti tercih edilebilir."

<https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/akademik-yazim/26-kaynakca-olusturmak/>

2-Dipnotlarda istenilen düzeltmeler İSNAD sistemine uygun olacak şekilde "kaynakçaya" uyarlanması önerilmektedir.

3-Makale adı tırnak içinde yazıldıktan sonra virgül yerine nokta yazılması önerilmektedir. Kaynakçada bu hata fazla yapıldığından bir iki yerde bunlara işaret edilmiştir. Geriye kalan kısımları bu hususu göz önünde bulundurularak yapılması tavsiye edilir.

Örnek: Ayten, Ali vd. "Dini Başa Çıkma, Şükür ve Hayat Memnuniyeti İlişkisi: Hastalar, Hasta Yakınları ve Hastane Çalışanları Üzerine Bir Araştırma". *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi* 12/2 (2012), 45-79.

<https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/14-makale/14-1-makale-arastirma-tek-yazarli-cok-yazarli/>

4-Kitap adlarının kaynakça gösteriminde kitap adından sonra virgül yerine nokta yazılması tavsiye edilir. Kaynakça kısmı b hususu göz önünde bulundurularak tekrar tashih edilmesi tavsiye edilir.

<https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/2-kitap/2-2-kitap-tek-yazarli/>

5-Doktora tezinin kaynakça gösterimi için İsnad atfı sistemine bakılması önerilmektedir.

Örnek: Demir, Abdullah. *Ebû İshâk Zâhid es-Saffâr'ın Kelâm Yöntemi*. Sivas: Cumhuriyet Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2014.

<https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/13-tez/13-3-tez-doktora/>

- Hosâmî, Hazretgul. "Tarihçe-yi Kazâ ve Kazâvat der Afganistan", *Kazâ* 1-2 (2004).
- Hosâmî, Hazretgul. *Tarih-i Kazâ Der Afganistan*, yy.: İntişârât-ı Saîd, 2009.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed el-Endelüsî. *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdülğaffâr Süleymân el-Bendârî. 12 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002.
- Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukuku Tarihi*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.
- Khvajamir, Mehtarkhan. "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 369-382.
- Khvajamir, Mehtarkhan. *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, Konya: (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Kılıç, Muhammed Tayyib. *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Koca, Mahmut-Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Merçil, Erdoğan. "Mahmûd-i Gaznevî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 27/362-365. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Özel, Ahmet. "el-Âlemgîriyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm ansiklopedisi*. 2/365-366. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Esirgen, Seda Örseren. "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle Mi, Fransız Medeni Kanun'u Mu?" *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 31-48.
- Popelzai, İzzuddîn Vekîlî. *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Evâil-i 'Ahd-i İslâm tâ 'Ahd-i Cumhuriyet*, Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991.
- Saray, Mehmet. "Abdurrahman Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 1/163. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Saray, Mehmet. "Ahmed Şah Dürrânî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/133-134. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Saray, Mehmet. "Emânullah Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 6/84-

85. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.

Sarıay, Ercimet. “Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi”, *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.

Tanîn, Zahir. *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*, thk. Muhammed İbrahim Şeri'atî, Afganistanî, Tahran: İrfan 2005.

Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu, Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî. (1858).

“Nazari be Seyr-i Kânûn-guzârî Der Afganistan”, *Sâlnâme-yi Afganistan* 43 (1977 1976).

Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî, Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî, (1921).

Usulnâme-i İdari-yi Mehâkim-i Adliye, Usulnâme-i İdari-yi Mehâkim-i Adliye, (1957).

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Yazar : Mehterhan Furkani Sayfa Sayısı : 19 Kelime Sayısı : 5313 Karakter Sayısı : 40271

ORJİNALLİK RAPORU

BENZERLİK ENDEKSİ	İNTERNET KAYNAKLARI	YAYINLAR	ÖĞRENCİ ÖDEVLERİ
%9	—	—	—

BİRİNCİL KAYNAKLAR

1	Mütefekkir - علماء الفقه الحنفي الذين نشؤوا في أفغانستان	<%1
2	[ÇIKARILAN KAYNAK] # Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi— Tanrı ve Sağlık: Başka Bir Şey Söylemeye Gerek Var mı? = God and Health: What More Is There to Say?	<%1
3	Hacettepe Üniversitesi - Transformation of the international law of occupation: Case of Iraq	<%1
4	[ÇIKARILAN KAYNAK] # İslam Araştırmaları Dergisi— Ateş ve Ocak Kültürü'nün Anadolu'da Yaygınlaşmasında Moğolların Etkisi	<%1
5	[ÇIKARILAN KAYNAK] # Ebook— İngilizce-Almanca/Handbook The of Sociology Religion	<%1
6	[ÇIKARILAN KAYNAK] # Marmara Üniversitesi— İstanbul'daki özel müzelerin halkla ilişkiler perspektifinden sosyal medya kullanımına yönelik bir inceleme	<%1
7	İzmir Katip Çelebi Üniversitesi - Hanefi mezhebinin mezhep içi ekolleşmesi: Bağdat ve Orta Asya örneği	<%1
8	0 - InternetSource	<%1
9	[ÇIKARILAN KAYNAK] # Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi— Telif Hakları Özelinde İslam Hukukunun Fikri Mülkiyet Yaklaşımına Dair Bir Araştırma	<%1
10	[ÇIKARILAN KAYNAK] # İnönü Üniversitesi— İslam Hukukuna göre çocuğun cezai ehliyeti	<%1
11	Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (Dergipark) - Yüksek Din Öğretiminde Karma ya da Tek Cinsiyete Dayalı Eğitim Üzerine Nitel Bir Araştırma	<%1

12	İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi - Kadri Paşa'nın (Ö. 1888) el-Ahkâmü's-şer'iyye'si ile hukûk-ı âile kararnâmesi'nin nikâh bölümü çerçevesinde mukayesesi	<%1
13	[ÇIKARILAN KAYNAK] # Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Medeniyetler İttifakı Enstitüsü - On dokuzuncu yüzyıl Osmanlı tarih yazımında kadın görünürlükleri : Tarih-i Cevdet ve Tezahir Örneği	<%1
14	[ÇIKARILAN KAYNAK] # - Internet Source	<%1
15	Polis Akademisi Başkanlığı - Yargıtay kararları ışığında olası kast ve bilinçli taksir	<%1
16	Ordu Üniversitesi - Mücmel Ticâret-i Bahriyye Kanûnu Şerhi-Kostaki Vayani	<%1
17	İslam Araştırmaları Dergisi - Hanefi Mezhebi Şerh Edebiyatı = Explanation Literature of the Hanafi Sect	<%1
18	[ÇIKARILAN KAYNAK] # Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi - Memlûkler Zamanında Mısır Hacı Güzergâhı – Kâhire'den Mekke'ye Uzanan Kutsal Yolculuk	<%1
19	[ÇIKARILAN KAYNAK] # Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi - Erken dönem İslam düşüncesinde siyasetin itikat üzerindeki etkisi	<%1
20	[ÇIKARILAN KAYNAK] # Sivas Cumhuriyet Üniversitesi - Sosyal Bilimler Enstitüsü - Mecelle'nin Şerhlerinde Örf ve Âdetle İlgili Hükümler	<%1
21	[ÇIKARILAN KAYNAK] # Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi (Dergipark) - Melâmîlik ve Bayrâmî-Melâmî Bir Şair: Şeyh Seyyîd Abdülkâdir-i Belhi	<%1
22	Balıkesir İlahiyat Dergisi - İlimler Tasnifi Literatürü Denemesi	<%1
23	[ÇIKARILAN KAYNAK] # Necmettin Erbakan Üniversitesi - Afgan-Geza Muhakeme Usulünde bir ispat vasıtası olarak şahitlik	<%1
24	[ÇIKARILAN KAYNAK] # - Türkler Gilt 14 Osmanlı – Komisyon	<%1
25	[ÇIKARILAN KAYNAK] # www.yenilmezsanatmerkezi.com.tr - Internet Source	<%1
26	Necmettin Erbakan Üniversitesi - Şevkânî'nin Muâmelâtla ilgili görüş ve tenkitleri (Neylül-Evtâr örneği)	<%1
27	[ÇIKARILAN KAYNAK] # İslam Araştırmaları Dergisi - Çorlulu Ali Paşa Kütüphanesi – Çorlulu Ali Pasha Library	<%1
28	Gaziantep Üniversitesi - Osmanlı Ceza Kanunname-i Hümayunu (1858) esaslarıyla Irak Ceza Kanunundaki (1969) genel ilkelerin hanefi mezhebine göre mukayeseli tetkiki	<%1
29	e-akademi.org - 1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metnin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler	<%1

30	İstanbul Üniversitesi - Zorunluluk durumunun ceza sorumluluğuna etkisi	<%1
31	- Ahmet Akgündüz - Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı	<%1
32	[ÇIKARILAN KAYNAK] # Çankaya Üniversitesi - Türk Ceza Hukukunda zorunluluk hali	<%1
33	Marmara Üniversitesi - Hükûmete karşı suç (TCK m. 312)	<%1
34	Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi - II. Meşrutiyet Döneminde Erzurum vilayetinde cinayet suçları ve failleri(1912-1917)	<%1
35	[ÇIKARILAN KAYNAK] # - Internet Source	<%1
36	İstanbul Üniversitesi - Meclis-i Mebusan'ın çalışmaları (1914-1918)	<%1
37	Ankara Barosu Dergisi - Mecelle ve Fransız Medeni Kanunu çerçevesinde vekalet sözleşmesi	<%1
38	İslam Araştırmaları Dergisi - Afganistan'da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması	<%1
39	[ÇIKARILAN KAYNAK] # www.babaliktesti.org - Internet Source	<%1
40	[ÇIKARILAN KAYNAK] # www.bolelli.org - Internet Source	<%1
41	[ÇIKARILAN KAYNAK] # www.milliozum.com - Internet Source	<%1
42	www.arapcadersanesi.com - Internet Source	<%1
43	Sakarya Üniversitesi - Dürerü'l-Hükkâm Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm 1-63 maddeleri:Metin ve inceleme	<%1
44	[ÇIKARILAN KAYNAK] # blog.joshqun.com - Internet Source	<%1
45	Marmara Üniversitesi - Anonim ortaklıklarda şirket menfaati kavramı	<%1
46	[ÇIKARILAN KAYNAK] # www.akasyam.com - Internet Source	<%1
47	Journal of History School - OSMANLI DEVLETİ'NDE KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ, İDEOLOJİSİ VE KURUMLARI	<%1
48	İslam Araştırmaları Dergisi - İslâm Hukuku Açısından Kadının İddet Nafakası = Alimony of Woman in Terms of Islamic Law-	<%1

49	Sakarya Üniversitesi - Afganistan Medenî Kânunu'nda yargı yoluyla boşanma sebepleri (Fıkıh ve modern İslâm aile hukuku kânunlaştırmalarıyla mukayeseli olarak)	<%1
50	[ÇIKARILAN KAYNAK] # İslam Araştırmaları Dergisi - İslâm Yargılama Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı ve Tarafsızlığı Sağlayan Kurumlar = Impartiality of Judge and Institutions That Ensure Impartiality in Islamic Jurisdiction	<%1
51	[ÇIKARILAN KAYNAK] # www.tbmm.gov.tr - Internet Source	<%1
52	Bursa Uludağ Üniversitesi - Afganistan'ın Faryab ili örneğinde klasik İslami medreseler ve Arapça eğitimi	<%1
53	Necmettin Erbakan Üniversitesi - Afganistan'da İslâm Ceza Hukukunun kanunlaştırılması	<%1
54	yenisehir.fandom.com - Internet Source	<%1
55	acikerisim.istanbul.edu.tr - Çağdaş İslâmî Akımlar Literatürü	<%1

Ön İnceleme ve Benzerlik Taraması Raporu -2

Pre-review and Plagiarism Checking Report- 2

Editörün Ön İnceleme Notu: Makale metni, Dergi Yazım İlkeleri ve İSNAD Atıf Sistemi'ne uygunluk açısından incelenmiştir. Eksik veya hatalar var ise metinde belirtilmiş ve her bir hata türünde hatalı yazım **SARI** ile doğrusu **YEŞİL** metin vurgu rengi ile işaretlenmiştir. Metinde olabilecek diğer hatalar veya eksikliklerin tarafınızdan tashih edilebilmesi metni güçlendirecektir.

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi:

Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Mehterhan Furkani

Doç. Dr., Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Temel
İslam Bilimleri Anabilim Dalı

Assoc. Prof., Aksaray University, Faculty of Islamic Educa-
tion Department of Basic Islamic Sciences,

Aksaray/Turkey

mehterhan_4@windowslive.com

Cep:05556317193

ORCID: 0000-0002-4415-7830

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Öz

Hız. Peygamber hayatta iken sahabe her meselenin çözümü için onun bizzat kendisine, vefatından sonra da Kur'an ve Sünnete başvurdular. Söz konusu iki kaynakta hükmünü bulamadıkları konularda ise içtihatlarla bulunarak hüküm çıkardılar. İctihat yapacak seviyede olmayanlar da dini konularda uzman olan kimselere başvurarak bilgi edindiler. Onlardan sonra gelen Müslümanlar da aynı yolu takip etmeye devam ettiler. Daha sonra ise fetva kitapları hazırlandı ve bu eserlerden, fetvanın yanı sıra kazâ konusunda da istifade edilmeye başlandı. İslam hukukunun kanunlaştırma teklifi her ne kadar İbn Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından çok erken bir dönemde yapılmışsa da bu teklif gerçekleşmemiş ve kanunlaştırma faaliyeti çok geç başlamıştır. Öyle ki İslam dünyası kanunlaştırma konusunda batıdan geride kalmıştır. On dokuzuncu asırda Fransız ihtilalinden sonra çağdaş Batı dünyasında başlayan kanunlaştırma faaliyetleri İslam dünyasını da etkilemiş ve bunun sonucunda İslâm dünyasında da kanunlaştırma hareketi görülmeye başlamıştır. Osmanlı Devleti tarafından başlatılan bu faaliyetler İslâm dünyasındaki kanunlaştırma faaliyetine öncülük etmiş, daha sonra diğer İslâm ülkelerinde de kanunlaştırma faaliyetleri devam etmiştir. Mecelle ve Hukûk-ı Âile Kararnâmesi gibi Osmanlı'nın hazırladığı kanunlar, hâkim olduğu ülkelerin birçoğunda yürürlüğe konulmuş, Türkiye Cumhuriyeti'nde mülga ilan edildikten sonra da diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bunların yanı sıra Osmanlı hakimiyeti sınırları dışında kalan Afganistan gibi İslam ülkelerinin hukukunu da doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiştir. Bu makalede Osmanlı hukukunun Afgan hukukuna olan etkisi ceza hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı, Afganistan, hukuk, etkileşim.

The Effect of Ottoman Law on The Afghan Law: In the Example of Penal and Civil Law

Abstract

Açıklamalı [MOK1]: Yukarıda makale adı geçtiği için burada tekrar yazılması önerilmektedir.

While the Prophet was alive, the Companions had consulted to him personally for the solution of every religious matter and to the Qur'an and Sunnah after his death. On the issues that they could not find information in the two sources mentioned, they have made judgments by making ijtiħad. Those who were not at the level to make ijtiħad obtained information by consulting to people who were experts in religious matters. The Muslims who came after them continued to follow the same path. Later on, fatwa books were prepared and these works began to be used in the field of qada as well as fatwa. Although the proposal for codification of Islamic law was made by Ibn Mukaffa' (d. 142/759) at a very early period, this proposal was not realized and the act of codification started too late. So much so that the Islamic world has lagged behind the West in legalization. The codification activities that started in the modern western world after the French Revolution in the nineteenth century also affected the Islamic world, and as a result, the codification activities began to appear in the Islamic world too. These activities, initiated by the Ottoman State, pioneered the codification activity in the Islamic world, and then codification activities continued in other Islamic countries. Laws prepared by the Ottoman State, such as al-Majalla al Ahkam al Adliyyah (The Ottoman Courts Manual) and the Family Law Decree continued to be in force in some other Islamic countries a long time after they were declared abolished in Republic of Turkey. In addition, they affected directly or indirectly the law of Islamic countries such as Afghanistan that were never under Ottoman State's rule. In this article, the effects of Ottoman law on Afghan law will be discussed in the context of criminal law, family law and law of obligations.

Keywords: Islamic Law, Ottoman State, Afghanistan, codification movements, interaction.

Giriş

Sahabe döneminden itibaren müslümanlar meselelerin hukukî çözümlerini Kur'ân ve sünnetten öğrenmişlerdir. Hakkında nass bulunmayan konularda ise müçtehit âlimler içtihatlarla bulunarak hüküm çıkarmışlardır. Ebû Hanîfe'nin öğrencisi olan Ebû Yûsuf döneminden itibaren de mezhep mensupları karşılaştıkları meselelerde mezhebin ortaya koyduğu eserleri kaynak olarak kabul etmiş ve onu bir kanun gibi kullanmışlardır.¹ Daha sonra da klasik fıkıh kitaplarına göre daha pratik olan fetva kitapları hazırlanmış, fetvanın yanı sıra kazâ² konusunda da bunlardan istifade edilmiştir. İslam dünyasında modern anlamda kanunlaştırma (codification) teklifi ilk defa Abdullah b. Mukaffa' (öl.

¹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/294.

² Fetva ve kazânın ortak ve farklı yönleriyle ilgili detaylı bilgi için bk. Fahrettin Atar, "Fetva", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/487-488.

142/759) tarafından yapılmış, ancak bu teklif gerçekleşmemiştir. Batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır.³ 1804'te *Fransız Medeni Kanun'u*, 1807'de *Fransız Ticaret Kanun'u* ve 1810'de *Fransız Ceza Kanun'u* yürürlüğe girmiştir. Osmanlı Devleti, Batı'dan etkilenecek çağın şartlarına cevap verecek kanunların çıkartılmasının gerekli olduğunu hissedip 1840'ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine resmen başlamış ve 1850'de çıkarılan *Kanunnâme-i Ticaret*'le bu süreci devam ettirmiştir. *Alman Medeni Kanun'u* ile *İsviçre Medeni Kanun'u* ise 1900'de yürürlüğe girmiştir.⁴ Buna göre Osmanlı'da kanunlaştırmanın Batı'dan çok geç başlanmadığını söylemek mümkündür. Zira görüldüğü gibi her ne kadar bazı Batı ülkelerine göre kanunlaştırmaya geç başlamışsa da diğer bazılarına göre erken harekete geçmiştir.

Daha önce her ne kadar muhtasar eserler ve fetva kitaplarının hazırlanması şeklinde nisbi bir kanunlaştırma gerçekleşmişse de medeni kanununda gerçek ve modern anlamda bir kanunlaştırma *Mecelle* ile başlamıştır.⁵ Bunu da Osmanlı Devleti'nin sonlarında çıkarılan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hâkimiyeti altında olan Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin ve İsrail gibi birçok ülkede uygulanmış, hatta *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* 1919 yılında ve *Mecelle* de Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda -mülga ilan edilmesine rağmen- diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı Devleti, kanunlaştırmadaki gelişmelerle diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, bunun sonucunda diğer İslam ülkeleri de kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır.⁶ Bunlardan biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hâkimiyetine girmediği halde kanunlaştırmada Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmiştir. Örneğin, ceza kanununda

³ Muhammed Hamidullah Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)* (İstanbul: Akdem Yayınları, ts.), 36.

⁴ bk. Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri*, 38-44; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 140-141.

⁵ *Mecelle* hakkında detaylı bilgi için bk. Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 299; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007), 459.

Osmanlı'nın 1858 tarihli *Ceza Kanunu* esas alınmıştır. Afganistan'da kanunlaştırma faaliyeti başlayınca önceden bu konuda tecrübeli oldukları için Osmanlı hukukçularından yardım alınmış,⁷ bazı Türk hukukçuları Afgan hukukçularla beraber 1921 tarihinde *Nizamnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununun oluşturulmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu da ister istemez Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine neden olmuştur. Aynı şekilde günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanun'un hazırlanmasında *Mecelle* ve *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*'nden istifa edilmesi, günümüze kadar kadıların *Afgan Medenî Kanunu*'nun yanı sıra *Mecelle* ve şerhlerinden de yararlanması, Osmanlı hukukunun Afgan hukukunu etkilemesine yol açmıştır.

1. Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri

Osmanlı Devleti'nde başlangıçtan Tanzimat Dönemi'ne kadar İslam hukukundan ibaret olan şer'î hukuk ile padişahların emir ve fermanlarından ibaret olan örfî hukuk uygulanmıştır.⁸ Osmanlı Devleti, Batı'da başlayan kanunlaştırma faaliyetinden kısa bir süre içerisinde etkilenmiş ve Tanzimat Fermanı'yla birlikte Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma hareketi başlamıştır.⁹ 1804'te Fransa'da yürürlüğe giren Code Napoléon olarak da adlandırılan Fransız Medeni Kanunu'ndan sonra 1807'de Fransız Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Osmanlı'da ilk ceza kanunu 1840'te çıkarılmıştır. Bu ceza kanunu bir mukaddime, bir hâtime ve on üç fasıldan oluşmakta olup 40 maddeyi ihtiva etmekteydi. 1851'de söz konusu kanundaki boşlukları ve eksiklikleri¹⁰ tamamlamak üzere Kanûn-ı Cedid adlı ceza kanunu çıkarılmıştır. Bu da üç fasıl ve 43 maddeden oluşmaktadır. Bu kanunların her ikisinde de Batı hukukundan çok az istifade edilmiş ve dolayısıyla söz konusu kanunlar, yerli kanun kategorisinde yer almıştır. 1858'de Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı yeni bir ceza kanunu çıkarılmıştır. Bunun ilk ikisinden farklı olan tarafı, onların yerli-millî kanunlar olmasına karşın, bu kanunun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas edilerek hazırlanmış olmasıdır. Bu kanun bir mukaddime, üç bâb ve 264 maddeden oluşmaktadır. Diğerlerine göre daha kapsamlı olan söz konusu kanun, 1926'ya kadar yürürlükte kalmıştır. 1926'da 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunu'ndan iktibas

⁷ Hazretgul Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî* (Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011), 62.

⁸ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 69-70, 72, 456-457.

⁹ Musa Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları", *Tarih Okulu* 14 (2013), 164.

¹⁰ Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 169-170.

edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok maddesinde değişiklik yapılmasıyla birlikte 2005'e kadar yürürlükte kalmıştır. 01.05.2005 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin halihazırda yürürlükte olan yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir.¹¹

Yine 1840'de Kanunnâme-i Ticâret-i Berriye, 1850'de Kanunnâme-i Ticaret, 1858'de Arazi Kanunnâmesi, 1861'de Usûl-i Muhâkeme-i Ticâret Nizamnâmesi, 1863'te Ticâret-i Bahriye Kanunnâmesi, 1869-1876 yılları aralarında *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 1876'de Kânûn-ı Esâsi, 1879'da Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanûnu, Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanunları, 1880'de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati, 1881'de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanûnu, 1915'te Nafaka Kanunu ve en sonunda da 1917'de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* ve Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îye Nizamnâmesi çıkarılmıştır.¹²

Bunların bir kısmı yerli-millî kanunlar iken bir kısmı Batı hukukundan iktibas yoluyla hazırlanmıştır. Diğer bir kısmı ise millî kanunlarla Batı kanunlarından istifade edilerek hazırlanan karma kanunlardır.¹³ Osmanlı Devleti'nin çıkarttığı kanunlardan *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin günümüze kadar Lübnan'da yürürlükte kaldığı¹⁴ *Mecelle*'den ise Filistin¹⁵ ve Afganistan gibi ülkelerde istifade edildiği, geri kalan diğer kanunların tamamının ilga edildiği bilinmektedir.

2. Afganistan'da Kanunlaştırma Hareketi

Daha önce Horasân'nın bir parçası olan ve günümüzde Afganistan'ın sınırları içerisinde yer alan bölgelerde, İslam dininin kabul edilmesiyle beraber fıkıh kitapları, daha sonra ise fıkıh kitaplarının daha pratik şekli olan fetva kitapları hazırlanmış ve yargı sisteminde kullanılmaya başlanmıştır. Bununla beraber zaman zaman fermanlar ve bazı düzenlemeler de çıkarılarak uygulanmıştır. Selçuklular döneminde vezir olan Nizâmülmülk'ün (öl. 485/1092) tavsiyesi

¹¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/238-242; Koca-Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku*, 36-37; Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma", 13-15.

¹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 456-462; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 36; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 137-149.

¹³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 457-462; Ercimet [Ercüment] Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi", *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 13-26; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165.

¹⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2014, 1/297; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 148.

¹⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234.

üzerine, 1072-1092 yılları arasında Büyük Selçuklu hükümdarı olan Sultan Melikşâh (öl. 485/1092) tarafından 485/1092 yılında bir fetva kitabı hazırlanmış ve ona nispetle söz konusu kitaba *el-Mesâilü'l-Melikşâhiyye fi'l-kavâidi's-ser'iyye* adı verilmiştir.¹⁶ Yine Gazneli Mahmut (öl. 421/1030)¹⁷ döneminde Encümen-i Ulemâ adında âlimlerden oluşan bir heyet tarafından *Fetâvâ-yı Sultânî* isiminde bir fetva kitabı telif edilmiştir.¹⁸

Bâbürlülür döneminde Sultan Evrengzîb Âlemgîr'in (1658-1707) emriyle bir heyet tarafından *el-Fetâvâ'l-Hindiyye/el-Fetâvâ'l-Âlemgîriyye* adlı eser telif edilmiştir.¹⁹ Daha sonra Afganistan'ın ilk kurucusu sayılan Ahmed Şah Abdalî (1747-1773)²⁰ döneminde bir yandan *Fetâvâ-yı Ahmed Şâhî* adlı bir fetva kitabı hazırlanmış, diğer yandan da birçok ferman çıkarılmıştır. Ahmed Şâh'ın 16 maddelik bir yasa çıkarmış olduğu da bilinmektedir. Bu gelenek daha sonraki dönemlerde de devam etmiştir.²¹ 1863-1867, 1868-1878 yılları aralarında Afganistan'da hükümdar olan Emîr Şîr Ali Han²² döneminde Kadı Abdulkadir adlı bir âlim tarafından *Fetâvâ-yi Emîrî/Teşrihu'l-cerâim* adlı fetva kitabı telif edilmiştir.²³ 1880-1901 yıllarında Afganistan hükümdarı olan Emîr Abdurrahman Han (öl. 1901)²⁴ döneminde 50 kişiden oluşan bir heyet tarafından 5 cilt şeklinde *Sirâcü'l-ahkâm fi muâmelâti'l-*

¹⁶ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2008), 150.

¹⁷ Erdoğan Merçil, "Mahmûd-i Gaznevî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/362-365.

¹⁸ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", *Sâlnâme-yi Afganistan* 43 (1977-1976), 741.

¹⁹ Ahmet Özel, "el-Âlemgîriyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/365.

²⁰ Mir Muhammed Siddîk Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr* (Meşhed: İntişarat-ı Durîhîş, 1992), 1/113-156; Mehmet Saray, "Ahmed Şah Dürrânî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1989), 2/133-134.

²¹ İzzuddîn Vekîl Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Avâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet* (Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991), 66.

²² Emîr Şîr Ali Han ile ilgili detaylı bilgiler için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/315-379; Abdul Metin Çelikkalek, "Afganistan Emîri Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları", *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.

²³ Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 34.

²⁴ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/381-436; Mehmet Saray, "Abdurrahman Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1/163.

İslâm adlı bir fetva kitabı yazılmıştır. Ayrıca Mevlevî Ahmed Can tarafından mezhep içindeki ihtilafların çözümlemesi için kadılar ve yargıçlara klavuz (usûl) mahiyetinde *Esâsü'l-Kudât* adlı bir kitap telif edilmiştir.²⁵

1919-1929 yılları arasında Afgan kralı olan Emânullâh Han²⁶ döneminde modern anlamda ilk defa kanunlaştırma hareketi başlamıştır. Emânullah Han, kayınpederi ve aynı zamanda müsteşarı olan Mahmut Tarzî ile beraber, kanunlaştırma başta olmak üzere birçok alanda reform planları hazırlamıştır.²⁷ 1921 yılında şer'î meseleleri düzenlemek için; birinci cildi medeni kanun, ikinci cildi ceza kanunundan ibaret olan *Temessükü'l-Kudâti'l-Emâniyye* ve ta'zîr cezaları için de *Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı kanun hazırlanmıştır. İlk defa anayasanın da çıktığı bu dönemde nizamnâme adlı toplam 69 adet kanun çıkarılmıştır. *Temessükü'l-kudât* adlı eserde Hanefî mezhebi esas alınırken diğer kanunların da şeriata aykırı olmaması dikkate alınmıştır. Örneğin, Emânullah'ın dinî müsteşarı olan ve *Temessükü'l-Kudât* adlı eserin de müellifi olan Abdolvâsi Kandeherî, 1921 yılında çıkarılan *Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ilk ceza kanununun sonunda, söz konusu kanun maddelerinin İslam şeriatına uygun olduğunu yazarak mühürlemiştir.²⁸ Buna rağmen dönemin âlimleri ta'zîr cezalarının kanunlaştırılmasına karşı çıkmış²⁹ ve ta'zîr cezalarının kadıların yetkisini sınırlandıracağını da buna gerekçe olarak göstermişlerdir. Buna karşın Emânullah Han, bunun caydırıcılık açısından daha etkili olacağını öne sürerek ısrar etmiş ve sonunda kanun çıkarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bazı insanlar, kanunu şeriatın alternatifi ve zıddı olarak görmüşlerdir. Bu ve benzeri sebeplerle ilk dönemlerde çıkarılan bütün kanunlar, nizamnâme ya da usûlnâme olarak adlandırılmıştır.³⁰ Ancak kanunların nizamname olarak adlandırılması da buna çözüm olmamış, buna karşı olan bazı âlimler bir eline Kur'ân diğer eline nizamnâme alıp

²⁵ Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan*, 369, 413-414; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 36.

²⁶ Emânullah Han ile ilgili bilgi için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/483-560; Mehmet Saray, "Emânullah Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/84-85.

²⁷ Muhammed İbrahim Atâî, *Nigâh-i Muhtasar be Târih-i Mu'asır-ı Afganistan*, çev. Jamilurrahman Kamgar (Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005), 246-247.

²⁸ Hazretgul Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan* (İntişârât-ı Saîd, 2009), 125.

²⁹ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁰ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", 741; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 56.

halka, “Bunların hangisini tercih edersiniz?” şeklinde sorular sorarak onları dönemin kralına karşı kışkırtmışlardır.³¹

1924 yılında ise Loya Cirge³² Emânullah Han’a baskı yaparak onun ta’zir cezalarıyla ilgili nizamnâmeleri ilga edip kadınlara, suçluya yüzünü asmaktan idama kadar olan yetkiyi geri vermesini³³ ve *Fetâvâ-yı Emâniyye* adlı bir fetva kitabı hazırlanmasını³⁴ temin etmişlerdir.

1962 yılında yine Afganistan’da ceza kanunu ile medeni kanununun taslağı hazırlanmıştır. Bu kanunlar Mısırlı hukukçular tarafından hazırlanmış ve Afgan hukukçularının inceleme ve kontrolünden sonra 1976 yılında ceza kanunu, 1977 yılında ise medeni kanun yürürlüğe girmiştir.³⁵ Medeni kanun Haneffî fikhına göre hazırlanırken ceza kanununun birinci maddesinde de bu kanunun ta’zir cezalarıyla ilgili olduğu, had, kısas ve diyetin Haneffî fikhına göre düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu ceza kanunu 2018 yılında yenilenirken medeni kanun yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Afganistan tarihinde bütün kanunlar Haneffî fikhı esas alınarak hazırlanırken 2008’de ilk defa Caferî fikhına dayalı “Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu” diye 236 maddelik bir kanun çıkarılıp yürürlüğe konmuştur.³⁶ Böylece medeni hukuk ile ilgili davalarda Haneffîler için 1977 tarihli medeni kanun, Caferîler için ise 2008 tarihli “Kânûn-ı Ahvâl-i

³¹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/514; Zahir Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*, thk. Muhammed İbrahim Şeriatî Afganistanî (Tahrân: İrfan, 2005), 45; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 128.

³² “Loya Cirge, Paştunca büyük anlamında ‘loya’ ve toplantı ve şûra anlamında ‘cirge’ kelimelerden oluşmakta olup sözlükte ‘büyük şûra’ demektir. Terim olarak da ‘Afganistan’da yeni anayasayı onaylamak veya anayasadaki bir kanunu değiştirmek, cumhurbaşkanını yargılamak ve ülkenin bağımsızlığı, milli hâkimiyeti, toprak bölünmezliği ve büyük maslahatları ile ilgili konular hakkında karar vermek için oluşturulan geçici bir şûrayı ifade eder. Bu şûra, Afganistan’da halkın iradesinin en yüksek göstergesi olarak belirtilmiştir. Loya Cirge; milletvekilleri, bütün il ve ilçe şûra temsilcilerinden oluşur. Bakanlar, yüce divan ve başsavcılığın başkanı ve üyeleri de oy hakkı olmaksızın katılabilirler. Karar ise çoğunluğun oyu ile verilir. bk. 2004 tarihli Afganistan Anayasası, md.110-115.” Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, 138.

³³ Atâî, *Tarih-i Mu’asır-ı Afganistan*, 266.

³⁴ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 124.

³⁵ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

³⁶ Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu (KAŞET), *Resmî Ceride* 988 (27 Temmuz 2009).

Şahsiyye-i Ehl-i Teşeyyu” adlı kanun esas alınmaktadır.³⁷

3. Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi

Kanunlaştırmaya Osmanlı’dan sonra başlayan Afganistan, bu konuda Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan etkilenmiştir.³⁸ Burada örnek olarak ceza hukuku ile medeni hukuktan, aile ve borçlar hukukunu ele alacağız. Bu için seçmemizin sebebi, bunların en bariz etkilenen kanunlar olmasıdır.

3.1. Ceza Hukukunda

Afganistan’da kanunlaştırma faaliyetlerinin başlangıcında cezalar iki kategoride ele alınmıştır. Had, kısas, diyetlerle ilgili suç ve cezalar ayrı, ta’zîr cezaları ise ayrı kategoride kanunlaştırılmıştır. 1921 yılında modern anlamda Afganistan’da ilk kanunlaştırma başladığında had, kısas ve diyetle ilgili hükümleri düzenlemek için *Temessükü’l-Kudâti’l-Emâniyye* adlı kanun çıkarılırken, ta’zîr cezalarının düzenlenmesi için *Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ayrı bir kanun da çıkarılmıştır. Birincisi tamamen Hanefî fıkıh kitaplarından müftâ-bih görüşlerden oluşurken ikincisinde kanunun İslam hukukuna aykırı olmaması dikkate alınmıştır.

Afgan ceza kanununa da Osmanlı ceza kanunları öncülük etmiştir. 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanması için Osmanlı kanunlaştırması konusunda bilgi sahibi olan hukukçulardan yardım alınmıştır.³⁹ Nitekim kanunlaştırmayla görevli şûrada, Bedri Bey (öl. 1923) ve Ahmed Cemal Paşa (öl. 1922)⁴⁰ Afgan hukukçularla beraber üye olarak yer almış ve onlara yol göstermiştir. Bedri Bey, 72 adet kanunu Türkçeden Farsçaya tercüme etmiştir. Bunların, o dönemde çıkarılan nizâm-nâmeler için esas teşkil etmeleri,⁴¹ Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanundan etkilenmesine sebep olmuştur.

Afganistan’da çıkarılan ilk ceza kanunu ve modern anlamda ilk kanun

³⁷ Afganistan’daki kanunlaştırma hareketi ile ilgili detaylı bilgi için bk. Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015), 14-126.

³⁸ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 63.

³⁹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/531.

⁴⁰ Hayatı ve faaliyetleri ile hakkında bilgi için bk. M. Şükrü Hanioglu, “Cemal Paşa” *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1993), 8/305-307.

⁴¹ Abdulhay Habibî, *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşim Bahramî (Kabil: Devleti Matbaa, 2005), 27; Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst*, 44.

diyebileceğimiz 1921 tarihli ve Nizâmnâme-yi Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bu kanun daha sonra çıkan diğer ceza kanunlarına da kaynaklık etmiştir. Hatta bazı maddeleri olduğu gibi Farsçaya tercüme edilerek 1921 tarihli kanuna yerleştirilmiştir. Örneğin; 1858 tarihli kanunun birinci maddesi Farsçaya tercüme edilerek olduğu gibi 1921 tarihli Afgan ceza kanununda düzenlenmiş ve sadece sonunda had, kısas ve diyet ile ilgili meselelerde Temessükü'l-kudât'a göre hüküm verileceği eklenmiştir.⁴² Aynı şekilde her iki kanunun ikinci maddeleri de aynıdır. Sadece 1858 tarihli kanunda suçların tasnifi; cinayet, cünha ve kabahat şeklinde sıralanırken 1921 tarihli nizamnâmede sıralama tam tersi şekliyle kabahat, cünha ve cinayet şeklinde yapılmıştır.⁴³ Bunun dışında birçok maddesi ya aynıdır veya az bir farklılıkla birbirine yakın maddelerdir. Burada aynı olan maddelerden tablo şeklinde birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Birbirine yakın olan maddelerlerin ise sadece numaralarını zikredeceğiz.

Tablo 1. Her iki kanunda aynı olan maddeler:

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu

1⁴⁴

1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu

1⁴⁵

Açıklamalı [MOK2]: Tablo dizaynının İsnad atfı sistemine uygun şekilde yapılması önerilmektedir. Daha önce yaptığımız taployu sadece daha muntazam yapmanız önerilmiştir. <https://www.isnadsis-temi.org/guide/isnad2/akademik-vazim/23-tablo-ve-sekil-olusturmak/>

⁴² Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, (1858) md. 1; Nizâmnâme-i Cezâ-yı 'Umûmî, (1921) md. 1.

⁴³ Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, md. 2; Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umûmî md. 2.

⁴⁴ Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine vukû bulan cerâimin icra-yı mecâzâtı devlete âid olduğu gibi bir şahıs aleyhinde vukû bulan cerâimin âsâyiş-i umûmiyey-i ihlal eylemesi ciheti dahi kezâlik devlete âid olduğundan, tayin ve icrası şer'an emr-i ülü'lemre âid olan ta'zîrin tayin-i derecâtı dahi işbu kanunnâme mütekeffil ve mütezammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuku şahsiyyeye hâlel gelmeyecektir.

⁴⁵ “Doğrudan doğruya hükümetin alyhine işlenen suçların cezalarının uygulanmasını devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhine işlenen suçların, şerî ve siyasi tazîr cezasının derece ve sınırlarının belirlenmesi de devlet tarafından olur. Binaen aleyh, ölçüsü ülü'l-emrin görüşleriyle belirtilmiş olan söz konusu iki çeşit ceza için bu nizamnâme tanzim edilmiştir. Kısas, had ve diyet ile ilgili suçlarını kapsadığı için bu nizamnâme şerî hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu nizamnâmenin içerdiği maddeler şeriata mutabıktır. Temessükü'l-kudât adlı eserin ceza ile ilgili bölümü bu nizamnâmeden sayılır”.

2⁴⁶
18⁴⁸
13⁵⁰
42⁵²
48⁵⁴

2⁴⁷
13⁴⁹
20⁵¹
26⁵³
32⁵⁵

- ⁴⁶ “Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır”.
- ⁴⁷ “Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır”.
- ⁴⁸ “İdam ceasına müstahak olan karı, hamile olduğunu ledel-ifâde hamli tahakkuk ve kesb-i sübut eylediği takdirde, cezası vad'ı haml ettikten sonra icra olunur”.
- ⁴⁹ “İdam cezasına mahkum olan kadın şayet hamile ise, cezası çocuğunu doğurduktan sonra uygulanır”.
- ⁵⁰ “Devletin dahilen ya haricen asayişini ihlal edecek cinayat ve cünhaya cüret etmiş olan eşhâs, kanunen tayin olunacak müddet-i cezaiesini tekml ettikten sonra mutlaka zaptiye nezareti altına alınır”.
- ⁵¹ “Devletin iç ve dış güvenliğini ihlal eden cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan şahıslar, kanunda kendileri için belirtilen cezaları tamamladıktan sonra nezaret altına tutulur”.
- ⁵² “Bir kimse bir cürmi aslen rızası olmayarak mecburen işlemiş olduğu sabit olursa, kezâlik mecâzât-ı kanuniyeden ma'fû tutulur. Ancak bu babda muteber olan mecburiyet, cürmün derecâtına göre ol kimseyi şî'arı tühmetten bütün bütün berf-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyet ve kendusunun mukavemet edemeyecek bir zaruret olmak lazım gelup, ebeveynin evlada, efendinin hidmetkâra emri gibi ta'zim ve ihtirâmdan neş'et eden haller mecburiyetten addolunmaz”.
- ⁵³ “Bir kimsenin aslen rızası olmadığı halde mecburen bir suçu işlediği sabit olursa, cezadan muaf olur. Ancak bu konuda muteber olan mecburiyet, suçların derecelerine göre, birincisi o kimseyi tühmetten tamamen bütüyle berf-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyetin bulunması, ikincisi ise kendisinin mukavemet edemediğini ispatlaması lazımdır. Aksi takdirde ebeveynin çocuklarına, efendini hizmetçisine emri gibi ta'zim ve saygıdan neş'et eden haller, mecburiyetten sayılmaz”.
- ⁵⁴ “Tebe'a-ı devlet-i aliyyeden her kim olursa olsun, saltanat-ı sefinenin düşmanlarıyla beraber olarak aleyhine silah tutar ise idam olunur”.
- ⁵⁵ “Afganistan'ın düşmanlarıyla ittifak kurup Afganistan devletinin aleyhine silah kaldırmak, idam cezasını gerektirir”.

Aynı şekilde 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 16, 19, 55, 56 ve 57. maddeleri 1921 tarihli Afgan Ceza Kanunu'nun sırasıyla 12, 14, 41, 44 ve 45. Maddeleri birbirine çok yakın olan maddelerdir.

Bazı konularda, özellikle de devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçlarda, 1921 tarihli Afgan Ceza Kanun'unda yer alan cezaların 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanun'unda yer alan cezalardan daha ağır olduğu görülmektedir. Söz konusu Osmanlı Ceza Kanun'unda kendisi için hapis cezası belirtilen birçok suç için Afgan Ceza Kanun'unda idam cezası tayin edilmiştir.⁵⁸ Bunun, söz konusu dönemde Afganistan'da krallık sisteminin hâkim olması ve halkın ayaklanmasını bastırmak için meşruiyet elde etme çabası olduğunu söylemek mümkündür.

3.2. Medeni Kanunda

3.2.1. Borçlar Hukukunda

İslam dünyasında borçlar, eşya ve şahıs hukuku alanında yapılan ilk kanunlaştırma *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* ile başlamıştır.⁵⁹ Tanzimat Dönemi'nden sonra borçlar hukukunun da kanunlaştırılması gündeme gelmiştir. Bazı aydınlar, Fransız Medeni Kanunu'nun tercümesi veya iktibas yoluyla borçlar kanununun oluşturulmasından yana olurken, Cevdet Paşa başta olmak üzere bazıları da yerli bir hukukun oluşturulmasının daha uygun olduğunu savunmuşlardır. Nihayet ikinci görüşü savunanların görüşleri uygun görülmüş ve böyle bir kanunun hazırlanması kararlaştırılmıştır. 1869-1876 tarihleri arasında *Mecelle*, Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki heyet tarafından İslam hukuku ve özellikle Hanefî mezhebi esas alınarak 16 bölüm ve 1851 maddeyi ihtiva edecek şekilde hazırlanmıştır. Hazırlık aşamasında da tamamlanan bölümler sırasıyla yürürlüğe girmiştir.⁶⁰

⁵⁶ “Me'mûrîn ve hademe-i devlet ve sâireden her kim devlet aliyyenin ümûr-i mühimme-i politikasına dâir bir mükaleme-i hafiyesi ve mektûm ve hafî bir hareket-i askeriye tasmiîmi serâiriye hasbü'l-me'mûrîyye veya resmen vakıf olub da onu devletçe me'mûr ve me'zûn olmadığı halde ecnebi veya hud düşman bir devlet me'mûrlarına doğrudan doğruya veya bil-vâsita ifşa eder ise, idam olunur”.

⁵⁷ “Görevi gereği devletin herhangi bir siyasi ve askeri sırlarına vakıf olup ta söz konusu sırları devletin resmi bir izni olmadan düşmana ifşa etmek, idam cezasını gerektirir”.

⁵⁸ bk. Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî md. 53; Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî, md. 35, 37.

⁵⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459.

⁶⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2 II, 19-20; Gümüş, “Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri”, 174-176.

Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanan *Mecelle*'de Meşrutiyet döneminden 1926 tarihine kadar Avrupa kanunlarından ve Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplerden yararlanılarak⁶¹ tadil çalışmaları yapılmış; ancak söz konusu çalışma daha sonra durdurulmuş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiştir.⁶² 1926 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti *Mecelle*'yi yürürlükten kaldırıp yerine İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul etmiştir.⁶³

Farklı kişiler tarafından şerhi yapılan *Mecelle* birçok dile de tercüme edilmiştir.⁶⁴ *Mecelle*, alanında ilk olduğu için daha sonra diğer İslam ülkelerinde çıkan kanunlar için öncülük etmiştir.⁶⁵

Genelde Osmanlı hâkimiyeti altında bulunan ülkelerde uygulanan *Mecelle* de Osmanlı hâkimiyetine hiç girmemiş olan Afganistan'da da kısmen uygulanmış ve Afgan Medeni Kanunu'nu etkilemiştir. Nitekim yargı ve yargılama sistemiyle ilgili 04.03.1957 tarihli 279 maddelik "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) adlı kanunda bazı meselelerde *Mecelle*'ye göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶ Yine 22.12.1958 tarihli 264 maddelik "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Hukuk Muhakemeleri Usulü) adlı kanunda, kadıların kanundaki boşlukları *Mecelle* ile doldurmaları gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁷

07.08.1968 tarihinde, yargıda düzenlemeler yapmak ve yargı birliğini sağlamak amacıyla düzenlenen Mahkeme İl Başkanları Semineri'nde dönemin kâdilkudâtı olan Prof. Dr. Abdulhakim Zıyaî, kadılarına hitaben, herkes tarafından kolayca anlaşılabilmesi için Muhammed Hâlid el-Attâsî ve oğlu Muhammed Tâhir el-Attâsî tarafından yapılan *Mecelle* şerhinin tercüme edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. 1971 yılında gerçekleşen ikinci seminerde ise söz konusu

⁶¹ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 317.

⁶² Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234; Seda Örseren Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle Mi, Fransız Medeni Kanun'u Mu?", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 29 (2011), 43-44.

⁶³ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 318.

⁶⁴ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234-235.

⁶⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/231.

⁶⁶ Bk. Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye, (1957) md. 83, 87, 93, 125, 138, 150, 174-175 vd.

⁶⁷ Hazretgöl Hosâmî, "Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan", *Kaza* 1/2 (2004), 37.

şerhin tercüme edilmesi kararlaştırılmış ve Adalet Bakanlığının öncülüğünde tercüme edilip kadıların istifadesine sunulmuştur.⁶⁸ Irak Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan, *Münîrî'l-Kâdî* adlı *Mecelle* şerhinden günümüzde de kadılar istifade etmektedir.⁶⁹ Ayrıca *Mecelle*'de 8. madde olarak yer alan külli fıkıh kaidesi الأصل براءة الذمة (beraet-i zimmet asıldır) Afganistanda farklı tarihlerde çıkarılan anayasaların tümünde ve Afgan ceza kanununda yer almaktadır. Bunun yanı sıra diğer İslam ülkelerinde olduğu gibi şekil itibarıyla da *Mecelle* Afgan Medeni Kanun'u için örnek olmuştur.

Günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun hazırlanmasına 1961 yılında başlanmıştır. Afganistan hükümetinin talebiyle Mısır'dan iki hukukçu Afganistan'a gelmiş ve bir sene içinde söz konusu hukukçulardan biri medeni kanununu diğeri ise ceza kanununu tamamlamıştır. Söz konusu kanunlar, Afgan hukukçulardan oluşan komisyon tarafından gerekli inceleme ve düzeltmelerden sonra tercüme edilmiş, 2416 madde olarak 05.01.1977 tarihinde cumhurbaşkanının imzasıyla yürürlüğe konulmuştur.⁷⁰ Bir yandan *Mecelle*'nin maddelerinden istifade edilirken⁷¹ diğer yandan birçok Külli Kaidesi tercüme edilip bu kanunun başına olduğu gibi yerleştirilmiştir. Burada 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda yer alan *Mecelle*'deki Külli Kaidelerini tablo şeklinde göstereceğiz.

Tablo 2. 1977 Tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda Yer Alan *Mecelle*'deki Külli Kaideler

MECELLE	1977 TARİHLİ AFGAN MEDENÎ KANUNU
MADDENİN 14 ⁷²	MADDENİN 1 ⁷³

⁶⁸ Hazretgul Hosâmî, “Mecelletü'l-Hukkâmi'l-Adliyye Av De-heği Şerhi”, *Kaza*, (ts.), 37-39; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 223-226.

⁶⁹ Hazretgul Hosâmî, “Kaza ve Kazavat der 'Ahdi Salтанat-ı 'Ala Hazret Zahir Şah”, *Kaza* 7-8 (2004), 26-30.

⁷⁰ Hosâmî, “Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan”, 18-22; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

⁷¹ Örneğin, *Mecelle*'nin 123, 202, 207, 214, 252, 281,296 vd. maddeleri ile Afgan Medeni Kanun'un sırasıyla 1124, 1041, 1056, 1059, 1070, 1115 ve 1118 maddeleri birbirinin aynısı veya birbirine yakın maddelerdir.

⁷² Mevrid'i nassda içtihad mesâğ yoktur (Hakkında nass bulunan konuda içtihat yapılmaz).

⁷³ Kanun hükmünün bulunduğu konularda içtihat yapılmaz).

Açıklamalı [MOK3]: Tablo dizaynının İsnad atf sistemine uygun şekilde yapılması önerilmektedir. <https://www.isnadsistemi.org/gu-ide/isnad2/akademik-vazim/23-tablo-ve-sekil-olusturmak/>

10 ⁷⁴	3 ⁷⁵
99 ⁷⁶	4 ⁷⁷
33 ⁷⁸	5 ⁷⁹
25 ⁸⁰	6 ⁸¹
30 ⁸²	7 ⁸³
22 ⁸⁴	784 ⁸⁵
27 ⁸⁶	785 ⁸⁷
26 ⁸⁸	786 ⁸⁹
25 ⁹⁰	788 ⁹¹

- ⁷⁴ “Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur” (Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir).
- ⁷⁵ “Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir”.
- ⁷⁶ “Kim ki, bir şeyi vaktinden evvel ist’câl eder ise mahrumiyetiyle mu’ateb olur” (Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır).
- ⁷⁷ “Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır”.
- ⁷⁸ “İztırâr gayrin hakkını iptâl etmez” (Zaruret, başkasının hakkını iptal etmez).
- ⁷⁹ “Zaruret hali, başkasının hakkını iptal etmez”.
- ⁸⁰ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).
- ⁸¹ “Zarar, kendi misliyle giderilmez”.
- ⁸² “Def’-i mefâsid celb-i menâf’den evlâ’dır” (Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten daha iyidir).
- ⁸³ “Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten önceliklidir”.
- ⁸⁴ “Zarûretler kendi mikdârlarınca takdir olunur” (Zaruret sebebiye mubah olanlar, zaruret miktarı ölçüsünde değerlendirilir).
- ⁸⁵ “Zaruretlar kendi miktarı ölçüsünde değerlendirilir”.
- ⁸⁶ “Zarar-ı eşed zarar-ı ehaff ile izâle olunur” (Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilebilir).
- ⁸⁷ “Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilir”.
- ⁸⁸ “Zarar-ı âmmı def’ için zarar-ı hâss ihtiyar olunur” (Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir).
- ⁸⁹ “Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir”.
- ⁹⁰ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).
- ⁹¹ “Zarara zarala karşılık vermek aynı şekilde zararı misliyle gidermek caiz değildir”.

3.2.2. Aile Hukukunda

İslam aile hukukunun kanunlaştırılması da Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ile başlamıştır. Bu kanun da aslında *Mecelle*'nin devamı ve tamamlayıcısı niteliğindedir. *Mecelle*'de yer verilmeyen aile hukuku ayrı bir kanun şeklinde ele alınmıştır; ancak *Mecelle* çok erken dönemde hazırlanırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* Osmanlı'nın son döneminde (1917 yılında) hazırlanmış ve yine çok kısa bir süre sonra (1919 yılında) yürürlükten kaldırılmıştır. Münakehât (evlenme) ve müfârakât (boşanma) olmak üzere iki büyük başlık şeklinde ele alınan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* iki kitap, dokuz bab, yirmi bir fasıl ve 157 maddeden oluşmaktadır.⁹² Bu kanunda Müslümanların yanı sıra Ehl-i Kitap olan Yahudi ve Hristiyanların aile hukuku için de ayrı başlıklar halinde kanun düzenlenmiştir. *Mecelle*'den farklı tarafı ise *Mecelle*'nin hazırlanmasında sadece Hanefî mezhebi esas alınırken Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nde bazen diğer mezheplerin görüşlerinin⁹³ de tercih edilmiş olmasıdır.⁹⁴ Diğer mezheplerin görüşleri tercih etme sebepleri de tek tek açıklanmıştır.⁹⁵ Bu yönüyle de Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nin, 1953 tarihli Irak Medeni Kanun'u başta olmak üzere birçok kanunu doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiş olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Irak Medeni Kanunu'nda da tek bir mezhebe bağlı kalınsızın farklı mezheplerden istifade edilmiştir.⁹⁶

Günümüzde hâlâ yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medenî Kanunu da yine bu yönüyle Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenmiştir. Mesela Hanefî fıkıhı esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkıhı dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Örneğin, Afgan Medeni kanunu'nda, yoksulluk nedeniyle nafakasını sağlayamayan kocaya karşı hanımının tefrik için mahkemeye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı konusu ile ikrah altında gerçekleşmiş olan boşanmanın geçerli olup olmadığı konusunda, Hukuk-ı Âile

⁹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459-460; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294-295.

⁹³ Tercih edilen diğer mezhep görüşleri için bk. Orhan Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017), 12-13.

⁹⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 303.

⁹⁵ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 77-98.

⁹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/23-24.

Kararnâmesi'nde olduğu gibi⁹⁷ Maliki, Şafî ve Hanbelîlerin görüşü tercih edilmiştir. Meşru bir mâzeret söz konusu olmadığı halde kocanın gâibliğinin tefrîk sebebi sayılıp sayılmaması konusunda ise Hanbelî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Aynı mecliste verilen birden fazla talakın geçerliliği ve kaç talak sayılacağı konusunda, Zeydiye, İbn Teymiyye ve İbn Kayyım'ın görüşü tercih edilmiştir. Ayrıca evlilik yaşı için meşhur dört fıkıh mezhebinde böyle bir sınırlama bulunmazken, Afgan Medeni Kanunu'nda evlilik yaşı erkekler için 18 ve kızlar için 16 olarak belirtilmiştir.⁹⁸ Yine Afgan Medeni Kanunu'nun Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenerek evlilik ve boşanmanın tescilini zorunlu hale getirdiğini görmekteyiz.⁹⁹ Dede vasiyeti ile bilinen kişinin kendisinin hayatta olduğu zaman vefat eden çocuğunun çocuklarına vasiyeti de Afgan Medeni Kanunu'da "vacip vasiyet" başlığı altına ele alınmış ve vacip olarak kabul edilmiştir. 8 maddede düzenlenen bu meselede¹⁰⁰ dört fıkıh mezhebi tarafından kabul edilmeyen, İbn Hazm'ın görüşünün tercih edildiğini görmekteyiz.¹⁰¹

Sonuç

İslam dünyasında ilk kanunlaştırma hareketini Osmanlı Devleti başlatmıştır. 1840 tarihli ceza kanunu, *Mecelle* ve *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin çıkarılmasıyla Osmanlı Devleti İslam dünyasının kanunlaştırma hareketine öncülük etmiştir. Söz konusu kanunlar, bir yandan bazı İslam ülkelerinde uzun süre uygulanırken diğer yandan da yeni çıkan kanunlara kaynaklık ve rehberlik görevini üstlenmiştir. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan hiçbir zaman Osmanlı Devleti'nin egemenliği altına girmemesine rağmen Osmanlı hukukundan etkilenmiştir. 1921 tarihli Nizâm-nâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda Osmanlı tarafından hazırlanan ve uzun zaman yürürlükte kalan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bazı maddeler her iki kanunda aynı olup sadece tercüme edilmiştir, bazı maddelerde ise çok az değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun

⁹⁷ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 105.

⁹⁸ Konuların detayları ve kaynakları için bk. Mehtarkhan Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 379-381.

⁹⁹ Çeker, *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, md. 37; Afgan Medeni Kanun'u, md. 48.

¹⁰⁰ Afgan Medeni Kanunu, md. 2182-2189.

¹⁰¹ Ebû Muhammed Alf b. Ahmed, İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002), 8/353.

hazırlanmasında bizzat Türk hukukçular yer almış ve hazırlanmasında önemli rol oynamışlardır. Bu da Afgan Ceza Kanunu'nun Osmanlı Ceza Kanunu'ndan çokça etkileneşine yol açmıştır. Afgan Medeni Hukuku da hem *Mecelle*'den hem de Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden, şekil ve muhteva açısından çokça etkileneşmiştir. Şekil açısından düşündüğümüzde; *Mecelle* İslam dünyasında İslam hukukunun kanunlaştırmasında ilk olduğı için Afgan hukukuna ve özellikle de medeni kanununa örneklik teşkil etmiştir. Muhteva açısından 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun *Mecelle*'de olduğı gibi Hanefî fikhî esas alınarak hazırlanmış olması buna örnek olarak gösterilebilir. Afganistan'da modern anlamda ilk kanunlaştırma başladığında, çıkarılan bazı kanunlarda birçok meselede *Mecelle*'nin esas alınması gerektiğı belirtilmiştir. Yine *Mecelle* şerhlerinin tercüme edilerek mahkemelerde kullanılması kararlaştırılmış ve günümüze kadar da mahkemelerde kadılar tarafından *Mecelle* ve şerhlerinden istifade edilmeye devam edilmiştir. Aynı şekilde Afgan Medeni Kanun'u, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden de etkileneş, Hukuk-ı Aile Karanamesi'nde olduğı gibi bu kanunda da bazı konularda Hanefî mezhebinin hatta dört meşhur fikhî mezhebinin dışına çıkmıştır.

Kaynakça

- Ağırakça, Muhammed Hamidullah. *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örenği)*. İstanbul: Akdem Yayınları, ts.
- Atâî, Muhammed İbrahim. *Nigâh-i Muhtasar be Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*. çev. Jamiluuraşman Kamgar. Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005.
- Atar, Fahrettin. "Fetva". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/486-496. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007.
- Çeker, Orhan. *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017
- Çelîkbîlek, Abdul Metin. "Afganistan Emîrî Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları". *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.
- Çolak, Abdullah. *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018.
- Ferheng, Mir Muhammed Sıddîk. *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*. Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş 1992.
- Gümüş, Musa. "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları". *Tarih Okulu* 14 (2013), 163-200.
- Habîbî, Abdulhay. *Cünbîş-i Meşrûtiyyet Der Afganistan*. ed. Muhammed Haşîm Bahramî. Kabil: Devleti Matbaa, 2005.
- Hanıoğlu, M. Şükrü. "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 8/305-307. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Hosâmî, Hazretgul. "Kazâ ve Kazâvet der 'Ahîd Saltanat-ı 'Ala Hazret Zâhir Şâh". *Kazâ* 7-8 (2004), 1-30.
- Hosâmî, Hazretgul. "Mecelletü'l-Hukkâmî'l-Adliyye Av De-heğî Şerhi". *Kazâ* (2009). 41-52.
- Hosâmî, Hazretgul. *Revend-i Sistem-i Kânûn-guzârî*. Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011.
- Hosâmî, Hazretgul. "Tarihçe-yi Kazâ ve Kazâvat der Afganistan". *Kazâ*, 1-2 (2004).
- Hosâmî, Hazretgul. *Tarih-i Kazâ Der Afganistan*, yy.: İntişârât-ı Saîd, 2009.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed el-Endelûsî. *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdülğaffâr Süleymân el-Bendârî. 12 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Fîkr, 1424/2002.
- Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukuku Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.

KAŞET, Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu. *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009). Erişim 6 Ocak 2022.
http://old.moj.gov.af/Content/files/OfficialGazette/0901/OG_0988.pdf
Khwarezmi, Mehtarkhan. "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 369-382.
Khwarezmi, Mehtarkhan. *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015.
Kılıç, Muhammed Tayyib. *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
Koca, Mahmut-Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
Merçil, Erdoğan. "Mahmûd-i Gaznevî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 27/362-365. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
Özel, Ahmet. "el-Âlemgîriyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm ansiklopedisi*. 2/365-366. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
Örsten Esirgen, Seda. "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?". Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 29 (2011), 31-48.
Popelzai, İzzeddîn Vekîlî. *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Evâil-i 'Ahd-i İslâm tâ 'Ahd-i Cumhuriyet*. Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991.
Saray, Mehmet. "Abdurrahman Han". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 1/163. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
Saray, Mehmet. "Ahmed Şah Dürrânî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/133-134. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
Saray, Mehmet. "Emânullah Han". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 6/84-85. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
Sarıay, Ercimet. "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi". *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.
Tanîn, Zahir. *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*. thk. Muhammed İbrahim Şerî'atî Afganistanî. Tahran: İrfan 2005.
Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu, Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî. (1858).
Afganistan Kültür ve İnfomasyon Bakanlığı Yıllık Bülteni. *Sâlnâme-yi Afganistan* "Nazari be Seyr-i Kânûn-guzârî Der Afganistan". 43 (1976,1977). 741-771.

Açıklamalı [MOK4]: Her kelime arasında sadece bir adet boşluk bırakılması gerekmektedir. Makalenin tamamı yeniden incelenerek fazla bırakılan boşlukların düzeltilmesi tavsiye edilmektedir.

Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî. Kabil: Matbaai Sengi-yi Mâşînhane-i Dârü's-saltanat 1921.

Usulnâme-i İdarî-yi Mehâkim-i Adliye 1957.

Revizyon Dosyası
Author's Revision Files

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Öz

Hız. Peygamber hayatta iken sahabe her meselenin çözümü için onun bizzat kendisine, vefatından sonra da Kur'ân ve Sünnete başvurdular. Söz konusu iki kaynaktan hükümünü bulamadıkları konularda ise içtihatlar da bulunarak hüküm çıkardılar. İctihat yapacak seviyede olmayanlar da dini konularda uzman olan kimselere başvurarak bilgi edindiler. Onlardan sonra gelen Müslümanlar da aynı yolu takip etmeye devam ettiler. Daha sonra ise fetva kitapları hazırlandı ve bu eserlerden, fetvanın yanı sıra kazâ konusunda da istifade edilmeye başlandı. İslam hukukunun kanunlaştırma teklifi her ne kadar İbn Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından çok erken bir dönemde yapılmışsa da bu teklif gerçekleşmemiş ve kanunlaştırma faaliyeti çok geç başlamıştır. Öyle ki İslam dünyası kanunlaştırma konusunda batıdan geride kalmıştır. On dokuzuncu asırda Fransız ihtilalinden sonra çağdaş Batı dünyasında başlayan kanunlaştırma faaliyetleri İslam dünyasını da etkilemiş ve bunun sonucunda İslâm dünyasında da kanunlaştırma hareketi görülmeye başlamıştır. Osmanlı Devleti tarafından başlatılan bu faaliyetler İslâm dünyasındaki kanunlaştırma faaliyetine öncülük etmiş, daha sonra diğer İslâm ülkelerinde de kanunlaştırma faaliyetleri devam etmiştir. Mecelle ve Hukûk-ı Âile Kararnâmesi gibi Osmanlı'nın hazırladığı kanunlar, hâkim olduğu ülkelerin birçoğunda yürürlüğe konulmuş, Türkiye Cumhuriyeti'nde mülga ilan edildikten sonra da diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bunların yanı sıra Osmanlı hakimiyeti sınırları dışında kalan Afganistan gibi İslam ülkelerinin hukukunu da doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiştir. Bu makalede Osmanlı hukukunun Afgan hukukuna olan etkisi ceza hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı, Afganistan, hukuk, etkileşim.

The Effect of Ottoman Law on The Afghan Law: In the Example of Panel and Civil Law

Abstract

While the Prophet was alive, the Companions had consulted to him personally for the solution of every religious matter and to the Qur'an and Sunnah after his death. On the issues that they could not find information in the two sources mentioned, they have made judgments by making ijtiha. Those who were not at the level to make ijtiha obtained information by consulting to people who were experts in religious matters. The Muslims who came after them continued to follow the same path. Later on, fatwa books were prepared and these works began to be used in the field of qada as well as fatwa. Although the proposal for codification of Islamic law was made by Ibn Mukaffa' (d. 142/759) at a very early period, this proposal was not realized and the act of codification started too late. So much so that the Islamic world has lagged behind the West in legalization. The codification activities that started in the modern western world after the French Revolution in the nineteenth century also affected the Islamic world, and as a result, the codification activities began to appear in the Islamic world too. These activities, initiated by the Ottoman State, pioneered the codification activity in the Islamic world, and then codification activities continued in other Islamic countries. Laws prepared by the Ottoman State, such as al-Majalla al Ahkam al Adliyyah (The Ottoman Courts Manual) and the Family Law Decree continued to be in force in some other Islamic

countries a long time after they were declared abolished in Republic of Turkey. In addition, they affected directly or indirectly the law of Islamic countries such as Afghanistan that were never under Ottoman State's rule. In this article, the effects of Ottoman law on Afghan law will be discussed in the context of criminal law, family law and law of obligations.

Keywords: Islamic Law, Ottoman State, Afghanistan, codification movements, interaction.

Giriş

Sahabe döneminden itibaren müslümanlar meselelerin hukukî çözümlerini Kur'ân ve sünnetten öğrenmişlerdir. Hakkında nass bulunmayan konularda ise müçtehit âlimler içtihatlarında bulunarak hüküm çıkarmışlardır. Ebû Hanife'nin öğrencisi olan Ebû Yûsuf döneminden itibaren de mezhep mensupları karşılaştıkları meselelerde mezhebin ortaya koyduğu eserleri kaynak olarak kabul etmiş ve onu bir kanun gibi kullanmışlardır.¹ Daha sonra da klasik fıkıh kitaplarına göre daha pratik olan fetva kitapları hazırlanmış, fetvanın yanı sıra kazâ² konusunda da bunlardan istifade edilmiştir. İslam dünyasında modern anlamda kanunlaştırma (codification) teklifi ilk defa Abdullah b. Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından yapılmış, ancak bu teklif gerçekleşmemiştir. Batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır.³ 1804'te *Fransız Medeni Kanun'u*, 1807'de *Fransız Ticaret Kanun'u* ve 1810'de *Fransız Ceza Kanun'u* yürürlüğe girmiştir. Osmanlı Devleti, Batı'dan etkilenecek çağın şartlarına cevap verecek kanunların çıkartılmasının gerekli olduğunu hissedip 1840'ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine resmen başlamış ve 1850'de çıkarılan *Kanunnâme-i Ticaret*'le bu süreci devam ettirmiştir. *Alman Medeni Kanun'u* ile *İsviçre Medeni Kanun'u* ise 1900'de yürürlüğe girmiştir.⁴ Buna göre Osmanlı'da kanunlaştırmanın Batı'dan çok geç başlanmadığını söylemek mümkündür. Zira görüldüğü gibi her ne kadar bazı Batı ülkelerine göre kanunlaştırmaya geç başlamışsa da diğer bazılarına göre erken harekete geçmiştir.

Daha önce her ne kadar muhtasar eserler ve fetva kitaplarının hazırlanması şeklinde nisbi bir kanunlaştırma gerçekleşmişse de medeni kanununda gerçek ve modern anlamda bir kanunlaştırma *Mecelle* ile başlamıştır.⁵ Bunu da Osmanlı Devleti'nin sonlarında çıkarılan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hâkimiyeti altında olan Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin ve İsrail gibi birçok ülkede uygulanmış, hatta *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* 1919 yılında ve *Mecelle* de Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda -mülga ilan edilmesine rağmen- diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı Devleti, kanunlaştırmadaki gelişmelerle diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, bunun sonucunda diğer İslam ülkeleri

¹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/294.

² Fetva ve kazânın ortak ve farklı yönleriyle ilgili detaylı bilgi için bk. Fahrettin Atar, "Fetva", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/487-488.

³ Muhammed Hamidullah Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)* (İstanbul: Akdem Yayınları, ts.), 36.

⁴ bk. Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri*, 38-44; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 140-141.

⁵ *Mecelle* hakkında detaylı bilgi için bk. Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

de kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır.⁶ Bunlardan biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hâkimiyetine girmediği halde kanunlaştırmada Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmiştir. Örneğin, ceza kanununda Osmanlı'nın 1858 tarihli *Ceza Kanunu* esas alınmıştır. Afganistan'da kanunlaştırma faaliyeti başlayınca önceden bu konuda tecrübeli oldukları için Osmanlı hukukçularından yardım alınmış,⁷ bazı Türk hukukçuları Afgan hukukçularla beraber 1921 tarihinde *Nizamnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununun oluşturulmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu da ister istemez Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine neden olmuştur. Aynı şekilde günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanun'un hazırlanmasında *Mecelle* ve *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*'nden istifa edilmesi, günümüze kadar kadıların *Afgan Medenî Kanunu*'nun yanı sıra *Mecelle* ve şerhlerinden de yararlanması, Osmanlı hukukunun Afgan hukukunu etkilemesine yol açmıştır.

1. Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri

Osmanlı Devleti'nde başlangıçtan Tanzimat Dönemi'ne kadar İslam hukukundan ibaret olan şer'î hukuk ile padişahların emir ve fermanlarından ibaret olan örfî hukuk uygulanmıştır.⁸ Osmanlı Devleti, Batı'da başlayan kanunlaştırma faaliyetinden kısa bir süre içerisinde etkilenmiş ve Tanzimat Fermanı'yla birlikte Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma hareketi başlamıştır.⁹ 1804'te Fransa'da yürürlüğe giren Code Napoléon olarak da adlandırılan Fransız Medeni Kanunu'ndan sonra 1807'de Fransız Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Osmanlı'da ilk ceza kanunu 1840'te çıkarılmıştır. Bu ceza kanunu bir mukaddime, bir hâtime ve on üç fasıldan oluşmakta olup 40 maddeyi ihtiva etmekteydi. 1851'de söz konusu kanundaki boşlukları ve eksiklikleri¹⁰ tamamlamak üzere Kanûn-ı Cedid adlı ceza kanunu çıkarılmıştır. Bu da üç fasıl ve 43 maddeden oluşmaktadır. Bu kanunların her ikisinde de Batı hukukundan çok az istifade edilmiş ve dolayısıyla söz konusu kanunlar, yerli kanun kategorisinde yer almıştır. 1858'de Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı yeni bir ceza kanunu çıkarılmıştır. Bunun ilk ikisinden farklı olan tarafı, onların yerli-milli kanunlar olmasına karşın, bu kanunun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas edilerek hazırlanmış olmasıdır. Bu kanun bir mukaddime, üç bâb ve 264 maddeden oluşmaktadır. Diğerlerine göre daha kapsamlı olan söz konusu kanun, 1926'ya kadar yürürlükte kalmıştır. 1926'da 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok maddesinde değişiklik yapılmasıyla birlikte 2005'e kadar yürürlükte kalmıştır. 01.05.2005 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin halihazırda yürürlükte olan yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir.¹¹

Yine 1840'de Kanunnâme-i Ticâret-i Berriye, 1850'de Kanunnâme-i Ticaret, 1858'de Arazi Kanunnâmesi, 1861'de Usûl-i Muhâkeme-i Ticâret Nizamnâmesi, 1863'te Ticâret-i Bahriye Kanunnâmesi, 1869-1876 yılları aralarında *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 1876'de Kânûn-ı Esâsi, 1879'da Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanûnu, Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanunları, 1880'de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye

⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 299; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007), 459.

⁷ Hazretgul Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî* (Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011), 62.

⁸ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 69-70, 72, 456-457.

⁹ Musa Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları", *Tarih Okulu* 14 (2013), 164.

¹⁰ Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 169-170.

¹¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/238-242; Koca-Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku*, 36-37; Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma", 13-15.

Kânûn-ı Muvakkati, 1881’de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiye Kanûnu, 1915’te Nafaka Kanunu ve en sonunda da 1917’de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* ve Usûl-i Muhâkeme-i Şer’iye Nizamnâmesi çıkarılmıştır.¹²

Bunların bir kısmı yerli-millî kanunlar iken bir kısmı Batı hukukundan iktibas yoluyla hazırlanmıştır. Diğer bir kısmı ise millî kanunlarla Batı kanunlarından istifade edilerek hazırlanan karma kanunlardır.¹³ Osmanlı Devleti’nin çıkarttığı kanunlardan *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*’nin günümüze kadar Lübnan’da yürürlükte kaldığı¹⁴ *Mecelle*’den ise Filistin¹⁵ ve Afganistan gibi ülkelerde istifade edildiği, geri kalan diğer kanunların tamamının ilga edildiği bilinmektedir.

2. Afganistan’da Kanunlaştırma Hareketi

Daha önce Horasân’ın bir parçası olan ve günümüzde Afganistan’ın sınırları içerisinde yer alan bölgelerde, İslam dininin kabul edilmesiyle beraber fıkıh kitapları, daha sonra ise fıkıh kitaplarının daha pratik şekli olan fetva kitapları hazırlanmış ve yargı sisteminde kullanılmaya başlanmıştır. Bununla beraber zaman zaman fermanlar ve bazı düzenlemeler de çıkarılarak uygulanmıştır. Selçuklular döneminde vezir olan Nizâmülmülk’ün (öl. 485/1092) tavsiyesi üzerine, 1072-1092 yılları arasında Büyük Selçuklu hükümdarı olan Sultan Melikşâh (öl. 485/1092) tarafından 485/1092 yılında bir fetva kitabı hazırlanmış ve ona nispetle söz konusu kitaba *el-Mesâilü’l-Melikşâhiyye fi’l-kavâidi’ş-şer’iyye* adı verilmiştir.¹⁶ Yine Gazneli Mahmut (öl. 421/1030)¹⁷ döneminde Encümen-i Ulemâ adında âlimlerden oluşan bir heyet tarafından *Fetâvâ-yı Sultânî* isiminde bir fetva kitabı telif edilmiştir.¹⁸

Bâbürlül döneminde Sultan Evrengzîb Âlemgîr’in (1658-1707) emriyle bir heyet tarafından *el-Fetâvâ’l-Hindiyye/el-Fetâvâ’l-Âlemgîriyye* adlı eser telif edilmiştir.¹⁹ Daha sonra Afganistan’ın ilk kurucusu sayılan Ahmed Şah Abdâlî (1747-1773)²⁰ döneminde bir yandan *Fetâvâ-yı Ahmed Şâhî* adlı bir fetva kitabı hazırlanmış, diğer yandan da birçok ferman çıkarılmıştır. Ahmed Şâh’ın 16 maddelik bir yasa çıkarmış olduğu da bilinmektedir. Bu gelenek daha sonraki dönemlerde de devam etmiştir.²¹ 1863-1867, 1868-1878 yılları aralarında Afganistan’da hükümdar olan Emîr Şîr Ali Han²² döneminde Kadı Abdulkadir adlı bir âlim tarafından *Fetâvâ-yi Emîrî/Teşrihu’l-cerâim* adlı fetva kitabı telif edilmiştir.²³

¹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 456-462; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 36; Gümüş, “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri”, 165; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 137-149.

¹³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 457-462; Ercimet [Ercüment] Sarıay, “Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi”, *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 13-26; Gümüş, “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri”, 165.

¹⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2014, 1/297; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 148.

¹⁵ Aydın, “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*”, 28/234.

¹⁶ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2008), 150.

¹⁷ Erdoğan Merçil, “Mahmûd-i Gaznevî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/362-365.

¹⁸ “Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan”, *Sâlnâme-yi Afganistan* 43 (1977-1976), 741.

¹⁹ Ahmet Özel, “el-Âlemgîriyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/365.

²⁰ Mir Muhammed Sıddîk Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr* (Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş, 1992), 1/113-156; Mehmet Saray, “Ahmed Şah Dürrânî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1989), 2/133-134.

²¹ İzzeddîn Vekilî Popelzai, *Dârü’l-kazâ der Afganistan ez Avâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet* (Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991), 66.

²² Emir Şîr Ali Han ile ilgili detaylı bilgiler için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/315-379; Abdul Metin Çelikkilek, “Afganistan Emiri Şîr Ali Han’ın Modernleşme Çabaları”, *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.

²³ Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 34.

1880-1901 yıllarında Afganistan hükümdarı olan Emîr Abdurrahman Han (öl. 1901)²⁴ döneminde 50 kişiden oluşan bir heyet tarafından 5 cilt şeklinde *Sirâcü'l-ahkâm fî muâmelâti'l-İslâm* adlı bir fetva kitabı yazılmıştır. Ayrıca Mevlevî Ahmed Can tarafından mezhep içindeki ihtilafların çözümlemesi için kadılar ve yargıçlara klavuz (usûl) mahiyetinde *Esâsü'l-Kudât* adlı bir kitap telif edilmiştir.²⁵

1919-1929 yılları arasında Afgan kralı olan Emânullâh Han²⁶ döneminde modern anlamda ilk defa kanunlaştırma hareketi başlamıştır. Emânullah Han, kayınpederi ve aynı zamanda müsteşarı olan Mahmut Tarzî ile beraber, kanunlaştırma başta olmak üzere birçok alanda reform planları hazırlamıştır.²⁷ 1921 yılında şer'î meseleleri düzenlemek için; birinci cildi medeni kanun, ikinci cildi ceza kanunundan ibaret olan *Temessükü'l-Kudâti'l-Emâniyye* ve ta'zîr cezaları için de Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı kanun hazırlanmıştır. İlk defa anayasanın da çıkartıldığı bu dönemde nizâmnâme adlı toplam 69 adet kanun çıkarılmıştır. *Temessükü'l-kudât* adlı eserde Hanefî mezhebi esas alınırken diğer kanunların da şeriatı aykırı olmaması dikkate alınmıştır. Örneğin, Emânullah'ın dinî müsteşarı olan ve *Temessükü'l-Kudât* adlı eserin de müellifi olan Abdulvâsi Kandeherî, 1921 yılında çıkarılan Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ilk ceza kanununun sonunda, söz konusu kanun maddelerinin İslam şeriatına uygun olduğunu yazarak mühürlemiştir.²⁸ Buna rağmen dönemin âlimleri ta'zîr cezalarının kanunlaştırılmasına karşı çıkmış²⁹ ve ta'zîr cezalarının kadınların yetkisini sınırlandıracağını da buna gerekçe olarak göstermişlerdir. Buna karşın Emânullah Han, bunun caydırıcılık açısından daha etkili olacağını öne sürerek ısrar etmiş ve sonunda kanun çıkarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bazı insanlar, kanunu şeriatın alternatifi ve zıddı olarak görmüşlerdir. Bu ve benzeri sebeplerle ilk dönemlerde çıkarılan bütün kanunlar, nizâmnâme ya da usûlnâme olarak adlandırılmıştır.³⁰ Ancak kanunların nizamname olarak adlandırılması da buna çözüm olamamış, buna karşı olan bazı âlimler bir eline Kur'ân diğer eline nizâmnâme alıp halka, “Bunların hangisini tercih edersiniz?” şeklinde sorular sorarak onları dönemin kralına karşı kıskırtmışlardır.³¹

1924 yılında ise Loya Cirge³² Emânullah Han'a baskı yaparak onun ta'zir cezalarıyla ilgili

²⁴ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/381-436; Mehmet Saray, “Abdurrahman Han”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1/163.

²⁵ Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan*, 369, 413-414; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 36.

²⁶ Emânullah Han ile ilgili bilgi için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/483-560; Mehmet Saray, “Emânullah Han”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/84-85.

²⁷ Muhammed İbrahim Atâî, *Nigâh-i Muhtasar be Târih-i Mu'asır-ı Afganistan*, çev. Jamilurrahman Kamgar (Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005), 246-247.

²⁸ Hazretgul Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan* (İntişârât-ı Saîd, 2009), 125.

²⁹ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁰ “Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan”, 741; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 56.

³¹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/514; Zahir Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*, thk. Muhammed İbrahim Şeriatî Afganistanî (Tahran: İrfan, 2005), 45; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 128.

³² “Loya Cirge, Peştuca büyük anlamında ‘loya’ ve toplantı ve şûra anlamında ‘cirge’ kelimelerden oluşmakta olup sözlükte ‘büyük şûra’ demektir. Terim olarak da ‘Afganistan’da yeni anayasayı onaylamak veya anayasadaki bir kanunu değiştirmek, cumhurbaşkanını yargılamak ve ülkenin bağımsızlığı, milli hâkimiyeti, toprak bölünmezliği ve büyük maslahatları ile ilgili konular hakkında karar vermek için oluşturulan geçici bir şûrayı ifade eder. Bu şûra, Afganistan’da halkın iradesinin en yüksek göstergesi olarak belirtilmiştir. Loya Cirge; milletvekilleri, bütün il ve ilçe şûra temsilcilerinden oluşur. Bakanlar, yüce divan ve başsavcılığın başkanı ve üyeleri de oy hakkı olmaksızın katılabilirler. Karar ise çoğunluğun oyu ile verilir. bk. 2004 tarihli Afganistan Anayasası, md.110-115.” Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, 138.

nizamnâmeleri ilga edip kadılara, suçluya yüzünü asmaktan idama kadar olan yetkiyi geri vermesini³³ ve *Fetâvâ-yı Emâniyye* adlı bir fetva kitabı hazırlanmasını³⁴ temin etmişlerdir.

1962 yılında yine Afganistan'da ceza kanunu ile medeni kanununun taslağı hazırlanmıştır. Bu kanunlar Mısırlı hukukçular tarafından hazırlanmış ve Afgan hukukçularının inceleme ve kontrolünden sonra 1976 yılında ceza kanunu, 1977 yılında ise medeni kanun yürürlüğe girmiştir.³⁵ Medeni kanun Hanefî fıkına göre hazırlanırken ceza kanununun birinci maddesinde de bu kanunun ta'zîr cezalarıyla ilgili olduğu, had, kısas ve diyetin Hanefî fıkına göre düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu ceza kanunu 2018 yılında yenilenirken medeni kanun yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Afganistan tarihinde bütün kanunlar Hanefî fıkı esas alınarak hazırlanırken 2008'de ilk defa Caferî fıkına dayalı "Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu" diye 236 maddelik bir kanun çıkarılıp yürürlüğe konmuştur.³⁶ Böylece medeni hukuk ile ilgili davalarda Hanefîler için 1977 tarihli medeni kanun, Caferîler için ise 2008 tarihli "Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-i Ehl-i Teşeyyu" adlı kanun esas alınmaktadır.³⁷

3. Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi

Kanunlaştırmaya Osmanlı'dan sonra başlayan Afganistan, bu konuda Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan etkilenmiştir.³⁸ Burada örnek olarak ceza hukuku ile medeni hukuktan, aile ve borçlar hukukunu ele alacağız. Bu üçün seçmemizin sebebi, bunların en bariz etkilenen kanunlar olmasıdır.

3.1. Ceza Hukukunda

Afganistan'da kanunlaştırma faaliyetlerinin başlangıcında cezalar iki kategoride ele alınmıştır. Had, kısas, diyetlerle ilgili suç ve cezalar ayrı, ta'zîr cezaları ise ayrı kategoride kanunlaştırılmıştır. 1921 yılında modern anlamda Afganistan'da ilk kanunlaştırma başladığında had, kısas ve diyetle ilgili hükümleri düzenlemek için *Temessükü'l-Kudâti'l-Emâniyye* adlı kanun çıkarılırken, ta'zîr cezalarının düzenlenmesi için *Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ayrı bir kanun da çıkarılmıştır. Birincisi tamamen Hanefî fıkı kitaplarından müftâ-bih görüşlerden oluşurken ikincisinde kanunun İslam hukukuna aykırı olmaması dikkate alınmıştır.

Afgan ceza kanununa da Osmanlı ceza kanunları öncülük etmiştir. 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanması için Osmanlı kanunlaştırması konusunda bilgi sahibi olan hukukçulardan yardım alınmıştır.³⁹ Nitekim kanunlaştırmayla görevli şûrada, Bedri Bey (öl. 1923) ve Ahmed Cemal Paşa (öl. 1922)⁴⁰ Afgan hukukçularla beraber üye olarak yer almış ve onlara yol göstermiştir. Bedri Bey, 72 adet kanunu Türkçeden Farsçaya tercüme etmiştir. Bunların, o dönemde çıkarılan nizamnâmeler

³³ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁴ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 124.

³⁵ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

³⁶ Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu (KAŞET), *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009).

³⁷ Afganistan'daki kanunlaştırma hareketi ile ilgili detaylı bilgi için bk. Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015), 14-126.

³⁸ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 63.

³⁹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/531.

⁴⁰ Hayatı ve faaliyetleri ile hakkında bilgi için bk. M. Şükrü Hanoğlu, "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1993), 8/305-307.

için esas teşkil etmeleri,⁴¹ Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanundan etkilenmesine sebep olmuştur.

Afganistan'da çıkarılan ilk ceza kanunu ve modern anlamda ilk kanun diyebileceğimiz 1921 tarihli ve Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bu kanun daha sonra çıkan diğer ceza kanunlarına da kaynaklık etmiştir. Hatta bazı maddeleri olduğu gibi Farsçaya tercüme edilerek 1921 tarihli kanuna yerleştirilmiştir. Örneğin; 1858 tarihli kanunun birinci maddesi Farsçaya tercüme edilerek olduğu gibi 1921 tarihli Afgan ceza kanununda düzenlenmiş ve sadece sonunda had, kısas ve diyet ile ilgili meselelerde Temessükü'l-kudât'a göre hüküm verileceği eklenmiştir.⁴² Aynı şekilde her iki kanunun ikinci maddeleri de aynıdır. Sadece 1858 tarihli kanunda suçların tasnifi; cinayet, cünha ve kabahat şeklinde sıralanırken 1921 tarihli nizamnâmede sıralama tam tersi şekliyle kabahat, cünha ve cinayet şeklinde yapılmıştır.⁴³ Bunun dışında birçok maddesi ya aynıdır veya az bir farklılıkla birbirine yakın maddelerdir. Burada aynı olan maddelerden tablo şeklinde birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Birbirine yakın olan maddelerlerin ise sadece numaralarını zikredeceğiz.

Tablo 1. Her iki kanunda aynı olan maddeler:

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu
Maddeleri	Maddeleri
1 ⁴⁴	1 ⁴⁵
2 ⁴⁶	2 ⁴⁷
18 ⁴⁸	13 ⁴⁹
13 ⁵⁰	20 ⁵¹

⁴¹ Abdulhay Habîbî, *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşim Bahramî (Kabil: Devleti Matbaa, 2005), 27; Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst*, 44.

⁴² Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, (1858) md. 1; Nizâm-nâme-i Cezâ-yı 'Umûmî, (1921) md. 1.

⁴³ Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, md. 2; Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umûmî md. 2.

⁴⁴ Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine vukû bulan cerâimin icra-yı mecâzâtı devlete âid olduğu gibi bir şahıs aleyhinde vukû bulan cerâimin âsâyiş-i umûmiyey-i ihlal eylemesi ciheti dahi kezâlik devlete âid olduğundan, tayin ve icrası şer'an emr-i ülü'lemre âid olan ta'zîrin tayin-i derecâtı dahi işbu kanunnâme mütekeffil ve mütezammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuku şahsiyyeye hâlel gelmeyecektir.

⁴⁵ “Doğrudan doğruya hükümetin alyhine işlenen suçların cezalarının uygulanmasın devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhine işlenen suçların, şerî ve siyasi tazîr cezasının derece ve sınırlarının belirlenmesi de devlet tarafından olur. Binaen aleyh, ölçüsü ülü'l-emrin görüşleriyle belirtilmiş olan söz konusu iki çeşit ceza için bu nizamnâme tanzim edilmiştir. Kısas, had ve diyet ile ilgili suçlarını kapsadığı için bu nizamnâme şerî hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu nizamnâmenin içerdiği maddeler şeriata mutabıktır. Temessükü'l-kudât adlı eserin ceza ile ilgili bölümü bu nizamnâmeden sayılır”.

⁴⁶ “Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır”.

⁴⁷ “Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır”.

⁴⁸ “İdam ceasına müstahak olan karı, hamile olduğunu ledel-ifâde hamli tahakkuk ve kesb-i sübut eylediği takdirde, cezası vad'ı haml ettikten sonra icra olunur”.

⁴⁹ “İdam ceasına mahkum olan kadın şayet hamile ise, cezası çocuğunu doğurduktan sonra uygulanır”.

⁵⁰ “Devletin dahilen ya haricen asayişini ihlal edecek cinayat ve cünhaya cüret etmiş olan eşhâs, kanunen tayin olunacak müddet-i cezaiyesini tekml ettikten sonra mutlaka zaptiye nezareti altına alınır”.

⁵¹ “Devletin iç ve dış güvenliğini ihlal eden cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan şahıslar, kanunda kendileri için belirtilen cezaları tamamladıktan sonra nezaret altına tutulur”.

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu
Maddeleri	Maddeleri
42 ⁵²	26 ⁵³
48 ⁵⁴	32 ⁵⁵
52 ⁵⁶	37 ⁵⁷

Aynı şekilde 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu’nun 16, 19, 55, 56 ve 57. maddeleri 1921 tarihli Afgan Ceza Kanunu’nun sırasıyla 12, 14, 41, 44 ve 45. Maddeleri birbirine çok yakın olan maddelerdir.

Bazı konularda, özellikle de devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçlarda, 1921 tarihli Afgan Ceza Kanun’unda yer alan cezaların 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanun’unda yer alan cezalardan daha ağır olduğu görülmektedir. Söz konusu Osmanlı Ceza Kanun’unda kendisi için hapis cezası belirtilen birçok suç için Afgan Ceza Kanun’unda idam cezası tayin edilmiştir.⁵⁸ Bunun, söz konusu dönemde Afganistan’da krallık sisteminin hâkim olması ve halkın ayaklanmasını bastırmak için meşruyet elde etme çabası olduğunu söylemek mümkündür.

3.2. Medeni Kanunda

3.2.1. Borçlar Hukukunda

İslam dünyasında borçlar, eşya ve şahıs hukuku alanında yapılan ilk kanunlaştırma *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* ile başlamıştır.⁵⁹ Tanzimat Dönemi’nden sonra borçlar hukukunun da kanunlaştırılması gündeme gelmiştir. Bazı aydınlar, Fransız Medeni Kanunu’nun tercümesi veya iktibas yoluyla borçlar kanununun oluşturulmasından yana olurken, Cevdet Paşa başta olmak üzere bazıları da yerli bir hukukun oluşturulmasının daha uygun olduğunu savunmuşlardır. Nihayet ikinci görüşü savunanların görüşleri uygun görülmüş ve böyle bir kanunun hazırlanması kararlaştırılmıştır. 1869-1876 tarihleri arasında *Mecelle*, Cevdet Paşa’nın başkanlığındaki heyet tarafından İslam hukuku ve özellikle Hanefi mezhebi esas alınarak 16 bölüm ve 1851 maddeyi ihtiva edecek şekilde hazırlanmıştır. Hazırlık aşamasında da tamamlanan bölümler sırasıyla yürürlüğe girmiştir.⁶⁰

⁵² “Bir kimse bir cürmi aslen rızası olmayarak mecburen işlemiş olduğu sabit olursa, kezâlik mecâzât-ı kanuniyeden ma’fû tutulur. Ancak bu babda muteber olan mecburiyet, cürmün derecâtına göre ol kimseyi şî’arı tühmetten bütün bütün berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyet ve kendusunun mukavemet edemeyecek bir zaruret olmak lazım gelup, ebeveynin evlada, efendinin hizmetkâra emri gibi ta’zim ve ihtirâmdan neş’et eden haller mecburiyetten addolunmaz”.

⁵³ “Bir kimsenin aslen rızası olmadığı halde mecburen bir suçu işlediği sabit olursa, cezadan muaf olur. Ancak bu konuda muteber olan mecburiyet, suçların derecelerine göre, birincisi o kimseyi tühmetten tamamen bütüyle berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyetin bulunması, ikincisi ise kendisinin mukavemet edemediğini ispatlaması lazımdır. Aksi takdirde ebeveynin çocuklarına, efendini hizmetçisine emri gibi ta’zim ve saygıdan neş’et eden haller, mecburiyetten sayılmaz”.

⁵⁴ “Tebe’a-ı devlet-i aliyyeden her kim olursa olsun, saltanat-ı sefinenin düşmanlarıyla beraber olarak aleyhine silah tutar ise idam olunur”.

⁵⁵ “Afganistan’ın düşmanlarıyla ittifak kurup Afganistan devletinin aleyhine silah kaldırmak, idam cezasını gerektirir”.

⁵⁶ “Me’mûrîn ve hademe-i devlet ve sâireden her kim devlet aliyyenin ümûr-i mühimme-i politikasına dâir bir mükaleme-i hafiyesi ve mektûm ve hafî bir hareket-i askeriye tasmiî serâiriye hasbü’l-me’mûriyye veya resmen vakıf olub da onu devletçe me’mûr ve me’zûn olmadığı halde ecnebi veya hud düşman bir devlet me’mûrlarına doğrudan doğruya veya bil-vâsita ifşa eder ise, idam olunur”.

⁵⁷ “Görevi gereği devletin herhangi bir siyasi ve askeri sırlarına vakıf olup ta söz konusu sırları devletin resmi bir izni olmadan düşmana ifşa etmek, idam cezasını gerektirir”.

⁵⁸ bk. Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî md. 53; Nizamnâme-i Cezâ-yı ’Umumî, md. 35, 37.

⁵⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459.

⁶⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/19-20; Gümüş, “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri”, 174-176.

Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanan *Mecelle*'de Meşrutiyet döneminden 1926 tarihine kadar Avrupa kanunlarından ve Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplerden yararlanılarak⁶¹ tadil çalışmaları yapılmış; ancak söz konusu çalışma daha sonra durdurulmuş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiştir.⁶² 1926 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti *Mecelle*'yi yürürlükten kaldırıp yerine İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul etmiştir.⁶³

Farklı kişiler tarafından şerhi yapılan *Mecelle* birçok dile de tercüme edilmiştir.⁶⁴ *Mecelle*, alanında ilk olduğu için daha sonra diğer İslam ülkelerinde çıkan kanunlar için öncülük etmiştir.⁶⁵

Genelde Osmanlı hâkimiyeti altında bulunan ülkelerde uygulanan *Mecelle* de Osmanlı hâkimiyetine hiç girmemiş olan Afganistan'da da kısmen uygulanmış ve Afgan Medeni Kanunu'nu etkilemiştir. Nitekim yargı ve yargılama sistemiyle ilgili 04.03.1957 tarihli 279 maddelik "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) adlı kanunda bazı meselelerde *Mecelle*'ye göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶ Yine 22.12.1958 tarihli 264 maddelik "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Hukuk Muhakemeleri Usulü) adlı kanunda, kadıların kanundaki boşlukları *Mecelle* ile doldurmaları gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁷

07.08.1968 tarihinde, yargıda düzenlemeler yapmak ve yargı birliğini sağlamak amacıyla düzenlenen Mahkeme İl Başkanları Semineri'nde dönemin kâdilkudâtı olan Prof. Dr. Abdulhakim Zıyaî, kadıların hitaben, herkes tarafından kolayca anlaşılabilmesi için Muhammed Hâlid el-Attâsî ve oğlu Muhammed Tâhir el-Attâsî tarafından yapılan *Mecelle* şerhinin tercüme edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. 1971 yılında gerçekleşen ikinci seminerde ise söz konusu şerhin tercüme edilmesi kararlaştırılmış ve Adalet Bakanlığının öncülüğünde tercüme edilip kadıların istifadesine sunulmuştur.⁶⁸ Irak Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan, *Münîrû'l-Kâdî* adlı *Mecelle* şerhinden günümüzde de kadıların istifade etmektedir.⁶⁹ Ayrıca *Mecelle*'de 8. madde olarak yer alan "beraet-i zimmet asıldır" şeklindeki küllî fıkıh kaidesi Afganistan'da farklı tarihlerde çıkarılan anayasaların tümünde ve Afgan ceza kanununda yer almaktadır. Bunun yanı sıra diğer İslam ülkelerinde olduğu gibi şekil itibarıyla da *Mecelle* Afgan Medeni Kanun'u için örnek olmuştur.

Günümüzde yürürlükte olan 197v tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun hazırlanmasına 1961 yılında başlanmıştır. Afganistan hükümetinin talebiyle Mısır'dan iki hukukçu Afganistan'a gelmiş ve bir sene içinde söz konusu hukukçulardan biri medeni kanununu diğeri ise ceza kanununu tamamlamıştır. Söz konusu kanunlar, Afgan hukukçulardan oluşan komisyon tarafından gerekli inceleme ve düzeltmelerden sonra tercüme edilmiş, 2416 madde olarak 05.01.1977 tarihinde cumhurbaşkanının

⁶¹ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 317.

⁶² Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234; Seda Örseren Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 29 (2011), 43-44.

⁶³ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 318.

⁶⁴ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234-235.

⁶⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/231.

⁶⁶ Bk. Usulnâme-i İdari-yi Mehâkim-i Adliye, (1957) md. 83, 87, 93, 125, 138, 150, 174-175 vd.

⁶⁷ Hazretgul Hosâmî, "Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan", *Kaza* 1/2 (2004), 37.

⁶⁸ Hazretgul Hosâmî, "Mecelletü'l-Hukkâmî'l-Adliyye Av De-heğî Şerhi", *Kaza*, (ts.), 37-39; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 223-226.

⁶⁹ Hazretgul Hosâmî, "Kaza ve Kazavet der 'Ahdi Saltanat-ı 'Ala Hazret Zahir Şah", *Kaza* 7-8 (2004), 26-30.

imzasıyla yürürlüğe konulmuştur.⁷⁰ Bir yandan m*Mecelle*'nin maddelerinden istifade edilirken⁷¹ diğer yandan birçok Küllî Kaidesi tercüme edilip bu kanunun başına olduğu gibi yerleştirilmiştir. Burada 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda yer alan *Mecelle*'deki Külli Kaidelerini tablo şeklinde göstereceğiz.

Tablo 2. 1977 Tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda Yer Alan *Mecelle*'deki Külli Kaideler

<i>Mecelle</i> maddeleri	1977 Tarihli Afgan Medenî Kanunu maddeleri
14 ⁷²	1 ⁷³
10 ⁷⁴	3 ⁷⁵
99 ⁷⁶	4 ⁷⁷
33 ⁷⁸	5 ⁷⁹
25 ⁸⁰	6 ⁸¹
30 ⁸²	7 ⁸³
22 ⁸⁴	784 ⁸⁵
27 ⁸⁶	785 ⁸⁷
26 ⁸⁸	786 ⁸⁹
25 ⁹⁰	788 ⁹¹

3.2.2. Aile Hukukunda

İslam aile hukukunun kanunlaştırılması da Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ile başlamıştır. Bu kanun da aslında *Mecelle*'nin devamı ve tamamlayıcısı niteliğindedir. *Mecelle*'de yer verilmeyen aile hukuku

⁷⁰ Hosâmî, “Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan”, 18-22; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

⁷¹ Örneğin, *Mecelle*'nin 123, 202, 207, 214, 252, 281,296 vd. maddeleri ile Afgan Medeni Kanun'un sırasıyla 1124, 1041, 1056, 1059, 1070, 1115 ve 1118 maddeleri birbirinin aynısı veya birbirine yakın maddelerdir.

⁷² Mevrid'i nassda içtihadı mesâğ yoktur (Hakkında nass bulunan konuda içtihat yapılmaz).

⁷³ Kanun hükmünün bulunduğu konularda içtihat yapılmaz).

⁷⁴ “Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur” (Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir).

⁷⁵ “Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir”.

⁷⁶ “Kim ki, bir şeyi vaktinden evvel ist'câl eder ise mahrumiyetiyle mu'ateb olur” (Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır).

⁷⁷ “Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır”.

⁷⁸ “İztirâr gayrin hakkını iptâl etmez” (Zaruret, başkasının hakkını iptal etmez).

⁷⁹ “Zaruret hali, başkasının hakkını iptal etmez”.

⁸⁰ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁸¹ “Zarar, kendi misliyle giderilmez”.

⁸² “Def-i mefâsid celb-i menâf'den evlâ'dır” (Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten daha iyidir).

⁸³ “Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten önceliklidir”.

⁸⁴ “Zarûretler kendi mikdârlarınca takdir olunur” (Zaruret sebebiye mubah olanlar, zaruret miktarı ölçüsünde değerlendirilir).

⁸⁵ “Zarûretler kendi miktarı ölçüsünde değerlendirilir”.

⁸⁶ “Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunur” (Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilebilir).

⁸⁷ “Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilir”.

⁸⁸ “Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur” (Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir).

⁸⁹ “Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir”.

⁹⁰ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁹¹ “Zarara zarala karşılık vermek aynı şekilde zararı misliyle gidermek caiz değildir”.

ayrı bir kanun şeklinde ele alınmıştır; ancak *Mecelle* çok erken dönemde hazırlanırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* Osmanlı'nın son döneminde (1917 yılında) hazırlanmış ve yine çok kısa bir süre sonra (1919 yılında) yürürlükten kaldırılmıştır. Münakehât (evlenme) ve müfârakât (boşanma) olmak üzere iki büyük başlık şeklinde ele alınan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* iki kitap, dokuz bab, yirmi bir fasıl ve 157 maddeden oluşmaktadır.⁹² Bu kanunda Müslümanların yanı sıra Ehl-i Kitap olan Yahudi ve Hristiyanların aile hukuku için de ayrı başlıklar halinde kanun düzenlenmiştir. *Mecelle*'den farklı tarafı ise *Mecelle*'nin hazırlanmasında sadece Hanefî mezhebi esas alınırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nde bazen diğer mezheplerin görüşlerinin⁹³ de tercih edilmiş olmasıdır.⁹⁴ Diğer mezheplerin görüşleri tercih etme sebepleri de tek tek açıklanmıştır.⁹⁵ Bu yönüyle de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nin, 1953 tarihli Irak Medeni Kanun'u başta olmak üzere birçok kanunu doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiş olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Irak Medeni Kanunu'nda da tek bir mezhebe bağlı kalınmaksızın farklı mezheplerden istifade edilmiştir.⁹⁶

Günümüzde hâlâ yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medenî Kanunu da yine bu yönüyle Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenmiştir. Mesela Hanefî fıkıhı esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkıhı dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Örneğin, Afgan Medeni kanunu'nda, yoksulluk nedeniyle nafakasını sağlayamayan kocaya karşı hanımının tefrik için mahkemeye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı konusu ile ikrah altında gerçekleşmiş olan boşanmanın geçerli olup olmadığı konusunda, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nde olduğu gibi⁹⁷ Maliki, Şafîî ve Hanbelîlerin görüşü tercih edilmiştir. Meşru bir mâzeret söz konusu olmadığı halde kocanın gâibliğinin tefrîk sebebi sayılıp sayılmaması konusunda ise Hanbelî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Aynı mecliste verilen birden fazla talakın geçerliliği ve kaç talak sayılacağı konusunda, Zeydiye, İbn Teymiyye ve İbn Kayyim'in görüşü tercih edilmiştir. Ayrıca evlilik yaşı için meşhur dört fıkıh mezhebinde böyle bir sınırlama bulunmazken, Afgan Medeni Kanunu'nda evlilik yaşı erkekler için 18 ve kızlar için 16 olarak belirtilmiştir.⁹⁸ Yine Afgan Medeni Kanunu'nun Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenerek evlilik ve boşanmanın tescilini zorunlu hale getirdiğini görmekteyiz.⁹⁹ Dede vasiyeti ile bilinen kişinin kendisinin hayatta olduğu zaman vefat eden çocuğunun çocuklarına vasiyeti de Afgan Medeni Kanunu'da "vacip vasiyet" başlığı altına ele alınmış ve vacip olarak kabul edilmiştir. 8 maddeyle düzenlenen bu meselede¹⁰⁰ dört fıkıh mezhebi tarafından kabul edilmeyen, İbn Hazm'ın görüşünün tercih edildiğini görmekteyiz.¹⁰¹

⁹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459-460; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294-295.

⁹³ Tercih edilen diğer mezhep görüşleri için bk. Orhan Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017), 12-13.

⁹⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 303.

⁹⁵ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 77-98.

⁹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/23-24.

⁹⁷ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 105.

⁹⁸ Konuların detayları ve kaynakları için bk. Mehtarkhan Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 379-381.

⁹⁹ Çeker, *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, md. 37; Afgan Medeni Kanun'u, md. 48.

¹⁰⁰ Afgan Medenî Kanunu, md. 2182-2189.

¹⁰¹ Ebû Muhammed Alî b. Ahmed, İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002), 8/353.

Sonuç

İslam dünyasında ilk kanunlaştırma hareketini Osmanlı Devleti başlatmıştır. 1840 tarihli ceza kanunu, *Mecelle* ve *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*"nin çıkarılmasıyla Osmanlı Devleti İslam dünyasının kanunlaştırma hareketine öncülük etmiştir. Söz konusu kanunlar, bir yandan bazı İslam ülkelerinde uzun süre uygulanırken diğer yandan da yeni çıkan kanunlara kaynaklık ve rehberlik görevini üstlenmiştir. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan hiçbir zaman Osmanlı Devleti'nin egemenliği altına girmemesine rağmen Osmanlı hukukundan etkilenmiştir. 1921 tarihli Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda Osmanlı tarafından hazırlanan ve uzun zaman yürürlükte kalan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bazı maddeler her iki kanunda aynı olup sadece tercüme edilmiştir, bazı maddelerde ise çok az değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanmasında bizzat Türk hukukçular yer almış ve hazırlanmasında önemli rol oynamışlardır. Bu da Afgan Ceza Kanunu'nun Osmanlı Ceza Kanunu'ndan çokça etkilenmesine yol açmıştır. Afgan Medeni Hukuku da hem *Mecelle*'den hem de Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden, şekil ve muhteva açısından çokça etkilenmiştir. Şekil açısından düşündüğümüzde; *Mecelle* İslam dünyasında İslam hukukunun kanunlaştırmasında ilk olduğu için Afgan hukukuna ve özellikle de medeni kanununa örneklik teşkil etmiştir. Muhteva açısından 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun *Mecelle*'de olduğu gibi Hanefî fıkhı esas alınarak hazırlanmış olması buna örnek olarak gösterilebilir. Afganistan'da modern anlamda ilk kanunlaştırma başladığında, çıkarılan bazı kanunlarda birçok meselede *Mecelle*'nin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine *Mecelle* şerhlerinin tercüme edilerek mahkemelerde kullanılması kararlaştırılmış ve günümüze kadar da mahkemelerde kadılar tarafından *Mecelle* ve şerhlerinden istifade edilmeye devam edilmiştir. Aynı şekilde Afgan Medeni Kanun'u, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden de etkilenmiş, Hukuk-ı Aile Karanamesi'nde olduğu gibi bu kanunda da bazı konularda Hanefî mezhebinin hatta dört meşhur fıkıh mezhebinin dışına çıkmıştır.

Kaynakça

- Ağırakça, Muhammed Hamidullah. *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)*. İstanbul: Akdem Yayınları, ts.
- Atâî, Muhammed İbrahim. *Nigâh-i Muhtasar be Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*. çev. Jamiluurahman Kamgar. Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005.
- Atar, Fahrettin. "Fetva". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/486-496. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007.
- Çeker, Orhan. *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017
- Çelîkbîlek, Abdul Metin. "Afganistan Emirî Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları". *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (Aralık 2017), 94-110.
- Çolak, Abdullah. *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018.
- Esirgen, Seda Örsten. "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?". *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 31-48.
- Ferheng, Mir Muhammed Sıddîk. *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*. Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş 1992.
- Gümüş, Musa. "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları". *Tarih Okulu* 14 (2013), 163-200.
- Habîbî, Abdullhay. *Cünbîş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*. ed. Muhammed Haşîm Bahramî. Kabil: Devleti Matbaa, 2005.
- Hanoğlu, M. Şükrü. "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 8/305-307. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Hosâmî, Hazretgul. "Kazâ ve Kazâvet der 'Ahdi Saltanat-ı 'Ala Hazret Zâhir Şâh". *Kazâ* 7-8 (2004), 1-30.
- Hosâmî, Hazretgul. "Mecelletü'l-Hukkâmî'l-Adliyye Av De-heği Şerhi". *Kazâ* (2009). 41-52.
- Hosâmî, Hazretgul. *Revend-i Sistem-i Kânûn-guzârî*. Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011.
- Hosâmî, Hazretgul. "Tarihçe-yi Kazâ ve Kazâvat der Afganistan". *Kazâ*, 1-2 (2004).
- Hosâmî, Hazretgul. *Tarih-i Kazâ Der Afganistan*, yy.: İntişârât-ı Saîd, 2009.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed el-Endelusî. *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî. 12 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Fîkr, 1424/2002.
- Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukuku Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.
- KAŞET, Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu. *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009). Erişim 6 Ocak 2022.
- http://old.moj.gov.af/Content/files/OfficialGazette/0901/OG_0988.pdf
- Khvajamir, Mehtarkhan. "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 369-382.
- Khvajamir, Mehtarkhan. *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015.
- Kılıç, Muhammed Tayyib. *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.

- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Merçil, Erdoğan. “Mahmûd-i Gaznevî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 27/362-365. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Özel, Ahmet. “el-Âlemgîriyye”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm ansiklopedisi*. 2/365-366. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Popelzai, İzzuddîn Vekilî. *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Evâil-i 'Ahd-i İslâm tâ 'Ahd-i Cumhuriyet*. Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991.
- Saray, Mehmet. “Abdurrahman Han”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 1/163. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Saray, Mehmet. “Ahmed Şah Dürrânî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/133-134. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Saray, Mehmet. “Emânullah Han”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 6/84-85. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Sarıay, Ercimet. “Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi”. *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.
- Tanîn, Zahir. *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*. thk. Muhammed İbrahim Şeri'atî Afganistanî. Tahran: İrfan 2005.
- Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu, Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî. (1858).
- Afganistan Kültür ve İnfomasyon Bakanlığı Yıllık Bülteni. *Sâlnânme-yi Afganistan* “Nazari be Seyr-i Kânûn-guzârî Der Afganistan”. 43 (1976,1977). 741-771.
- Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî. Kabil: Matbaai Sengi-yi Mâşînhane-i Dârü's-saltanat 1921.
- Usulnâme-i İdarî-yi Mehâkim-i Adliye 1957.

EDİTÖRYAL İNCELEME/İÇ İNCELEME SÜRECİ
The Editorial Review/ Internal Review Process

Eskiyeni

Makale Değerlendirme Formu

**Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni
Kanunları Örneği**



8 Şubat 2022

Tarih / Date

- 08-02-2022

Makalenin Ağırlıklı Sınıfı / Submission Category:

- Araştırma / Research

Başlıklar yazının konusunu kısa açık ve yeterli ölçüde yansıtıyor mu? / Does the title reflect the subject matter of the article clearly and exactly?

- Kısmen, düzeltilmelidir / Partially, should be revised

Özet yazının amacını kapsamını ve sonuçlarını yansıtıyor mu? / Does the Turkish abstract reflect the aim scope and conclusions of the article?

- Evet / Yes

Abstract yazının amacını kapsamını ve sonuçlarını yansıtıyor mu? / Does the abstract reflect the aim scope and conclusions of the article?

- Evet / Yes

Makale dilbilgisi kurallarına uygun açık ve yalın bir anlatım yolu izlenmiş mi? / Is the text of the article clear and flawless as per the grammar rules?

- Evet / Yes

Çalışmanın konusu yeterli ölçüde ele alınabilmiş mi? / Has the author presented the subject of the article in a proper methodological perspective?

- *Kısmen / Partially*

Çalışmanın amacı yeterli ölçüde belirtilmiş mi? / Has the author presented the aim of the article?

- *Evet / Yes*

Araştırmada kullanılan yöntem uygun mu? / Is the method used in the research appropriate?

- *Evet / Yes*

Çalışma neticesinde ulaşılan sonuçlar yeterli mi? / Has the author presented the result of the article sufficiently?

- *Evet / Yes*

Yazarın ele aldığı konu hakkındaki yorum ve analizleri yeterli mi? / Are the comments and analysis of the subject covered by the author sufficient?

- *Evet / Yes*

Makalede kullanılan kaynaklar makale yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmiş mi? /Are the resources which are referred in the article shown in accordance with the rules of the Journal?

- *Evet / Yes*

Kullanılan eserlere kaynakça kısmında yer verilmiş mi? / Are the resources which are referred in the article shown properly in the bibliography?

- *Evet / Yes*

Çalışma bilimsel yayın etiğine uygun hazırlanmış mı? /Is the study prepared in accordance with scientific publication ethics?

- *Evet / Yes*

İncelediğiniz makale bilime katkısı olan özgün bir çalışma mıdır? /Does the article have an original contribution to knowledge and the field?

- *Evet / Yes*

Görüş ve önerilerinizi belirttiğiniz makale metnini WORD veya PDF formatında Dosya olarak eklediniz mi? / Have you attached the article text containing your comments and suggestions to your report in MS Word or Pdf format?

- *Hayır / No*

Düzeltilmeler yapıldıktan sonra tekrar incelenmesi gerekir mi? / Should it be reviewed again after revisions

- *Hayır / No*

Yazara Not

-

Editöre Not

-

Öneri

- *Kabul*

HAKEM (DIŞ İNCELEME) SÜRECİ (Birinci Tur)
The Peer Review (External Review) Process (The First Round)

Eskiyeni

Makale Değerlendirme Formu

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği



5 Mart 2022

Tarih / Date

- 05-03-2022

Makalenin Ağırlıklı Sınıfı / Submission Category:

- Araştırma / Research

Başlıklar yazının konusunu kısa açık ve yeterli ölçüde yansıtıyor mu? / Does the title reflect the subject matter of the article clearly and exactly?

- Evet / Yes

Özet yazının amacını kapsamını ve sonuçlarını yansıtıyor mu? / Does the Turkish abstract reflect the aim scope and conclusions of the article?

- Evet / Yes

Abstract yazının amacını kapsamını ve sonuçlarını yansıtıyor mu? / Does the abstract reflect the aim scope and conclusions of the article?

- Evet / Yes

Makale dilbilgisi kurallarına uygun açık ve yalın bir anlatım yolu izlenmiş mi? / Is the text of the article clear and flawless as per the grammar rules?

- Kısmen, düzeltilmelidir / Partially, should be revised

Çalışmanın konusu yeterli ölçüde ele alınabilmiş mi? / Has the author presented the subject of the article in a proper methodological perspective?

- Evet / Yes

Çalışmanın amacı yeterli ölçüde belirtilmiş mi? / Has the author presented the aim of the article?

- Evet / Yes

Araştırmada kullanılan yöntem uygun mu? / Is the method used in the research appropriate?

- Evet / Yes

Çalışma neticesinde ulaşılan sonuçlar yeterli mi? / Has the author presented the result of the article sufficiently?

- Evet / Yes

Yazarın ele aldığı konu hakkındaki yorum ve analizleri yeterli mi? / Are the comments and analysis of the subject covered by the author sufficient?

- Kısmen / Partially

Makalede kullanılan kaynaklar makale yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmiş mi? /Are the resources which are referred in the article shown in accordance with the rules of the Journal?

- Evet / Yes

Kullanılan eserlere kaynakça kısmında yer verilmiş mi? / Are the resources which are referred in the article shown properly in the bibliography?

- Evet / Yes

Çalışma bilimsel yayın etiğine uygun hazırlanmış mı? /Is the study prepared in accordance with scientific publication ethics?

- Evet / Yes

İncelediğiniz makale bilime katkısı olan özgün bir çalışma mıdır? /Does the article have an original contribution to knowledge and the field?

- Evet / Yes

Görüş ve önerilerinizi belirttiğiniz makale metnini WORD veya PDF formatında Dosya olarak eklediniz mi? / Have you attached the article text containing your comments and suggestions to your report in MS Word or Pdf format?

- *Evet / Yes*

Düzeltilmeler yapıldıktan sonra tekrar incelenmesi gerekir mi? / Should it be reviewed again after revisions

- *Hayır / No*

Yazara Not

- *Renkli kısımlara dikkat ediniz.*

Editöre Not

- *Yüklediğim word dosyasında işaretlenen renkli kısımlara dikkat edilmesi gerekmektedir.*

Öneri

- *Minör Revizyon*

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Öz

Hız. Peygamber hayatta iken sahabe her meselenin çözümü için onun bizzat kendisine (Ona), vefatından sonra da Kur'ân ve Sünnete başvurdular. Söz konusu iki kaynakta hükmünü bulamadıkları konularda ise içtihatlarında bulunarak hüküm çıkardılar. İctihat yapacak seviyede olmayanlar da dini konularda uzman olan kimselere başvurarak bilgi edindiler. Onlardan sonra gelen Müslümanlar da aynı yolu takip etmeye devam ettiler. Daha sonra ise fetva kitapları hazırlandı ve bu eserlerden, fetvanın yanı sıra kazâ konusunda da istifade edilmeye başlandı. İslam hukukunun kanunlaştırma teklifi her ne kadar İbn Mukaffa' (öl.142/759) tarafından çok erken bir dönemde yapılmışsa da bu teklif gerçekleşmemiş ve kanunlaştırma faaliyeti çok geç başlamıştır. Öyle ki İslam dünyası kanunlaştırma konusunda batıdan geride kalmıştır. On dokuzuncu asırda Fransız ihtilalinden sonra çağdaş Batı dünyasında başlayan kanunlaştırma faaliyetleri İslam dünyasını da etkilemiş ve bunun sonucunda İslâm dünyasında da (modern anlamda) kanunlaştırma hareketi görülmeye başlamıştır. Osmanlı Devleti tarafından başlatılan bu faaliyetler İslâm dünyasındaki kanunlaştırma faaliyetine öncülük etmiş, daha sonra diğer İslâm ülkelerinde de kanunlaştırma faaliyetleri devam etmiştir. Mecelle ve Hukûk-ı Âile Kararnâmesi gibi Osmanlı'nın hazırladığı kanunlar, hâkim olduğu ülkelerin birçoğunda yürürlüğe konulmuş, Türkiye Cumhuriyeti'nde ilga ilan edildikten sonra da diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bunların yanı sıra Osmanlı hakimiyeti sınırları dışında kalan Afganistan gibi İslam ülkelerinin hukukunu da doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiştir. Bu makalede Osmanlı hukukunun Afgan hukukuna olan etkisi ceza hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı, Afganistan, hukuk, etkileşim.

The Effect of Ottoman Law on The Afghan Law: In the Example of Panel and Civil Law

Abstract

While the Prophet was alive, the Companions had consulted to him personally for the solution of every religious matter and to the Qur'an and Sunnah after his death. On the issues that they could not find information in the two sources mentioned, they have made judgments by making ijtiħad. Those who were not at the level to make ijtiħad obtained information by consulting to people who were experts in religious matters. The Muslims who came after them continued to follow the same path. Later on, fatwa books were prepared and these works began to be used in the field of qada as well as fatwa. Although the proposal for codification of Islamic law was made by Ibn Mukaffa' (d. 142/759) at a very early period, this proposal was not realized and the act of codification started too late. So much so that the Islamic world has lagged behind the West in legalization. The codification activities that started in the modern western world after the French Revolution in the nineteenth century also affected the Islamic world, and as a result, the codification activities began to appear in the Islamic world too. These activities, initiated by the Ottoman State, pioneered the codification activity in the Islamic world, and then codification activities continued in other Islamic countries. Laws prepared by the Ottoman State, such as al-Majalla al Ahkam al Adliyyah (The Ottoman Courts Manual) and the Family Law Decree continued to be in force in some other Islamic

countries a long time after they were declared abolished in Republic of Turkey. In addition, they affected directly or indirectly the law of Islamic countries such as Afghanistan that were never under Ottoman State's rule. In this article, the effects of Ottoman law on Afghan law will be discussed in the context of criminal law, family law and law of obligations.

Keywords: Islamic Law, Ottoman State, Afghanistan, codification movements, interaction.

Giriş

Sahabe döneminden itibaren müslümanlar meselelerin hukukî çözümlerini Kur'ân ve Sünnet'ten öğrenmişlerdir. Hakkında nass bulunmayan konularda ise müçtehit âlimler içtihatlar**da bulunarak** hüküm çıkarmışlardır. Ebû Hanife'nin öğrencisi olan Ebû Yûsuf döneminden itibaren de mezhep mensupları karşılaştıkları meselelerde mezhebin ortaya koyduğu eserleri kaynak olarak kabul etmiş ve onu bir kanun gibi kullanmışlardır.¹ Daha sonra da klasik fıkıh kitaplarına göre daha pratik olan fetva kitapları hazırlanmış, fetvanın yanı sıra kazâ² konusunda da bunlardan istifade edilmiştir. İslam dünyasında modern anlamda kanunlaştırma (codification) teklifi ilk defa Abdullah b. Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından yapılmış, ancak bu teklif gerçekleşmemiştir. Batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır.³ 1804'te *Fransız Medeni Kanunu*, 1807'de *Fransız Ticaret Kanunu* ve 1810'de *Fransız Ceza Kanunu* yürürlüğe girmiştir. Osmanlı Devleti, Batı'dan etkilenecek çağın şartlarına cevap verecek kanunların çıkartılmasının gerekli olduğunu hissedip 1840'ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine resmen başlamış ve 1850'de çıkarılan *Kanunnâme-i Ticaret*'le bu süreci devam ettirmiştir. *Alman Medeni Kanunu* ile *İsviçre Medeni Kanunu* ise 1900'de yürürlüğe girmiştir.⁴ Buna göre Osmanlıda kanunlaştırmanın Batı'dan çok geç başlanmadığını söylemek mümkündür. Zira görüldüğü gibi her ne kadar bazı Batı ülkelerine göre kanunlaştırmaya geç başlamışsa da diğer bazılarına göre erken harekete geçmiştir.

Daha önce her ne kadar muhtasar eserler ve fetva kitaplarının hazırlanması şeklinde nisbi bir kanunlaştırma gerçekleşmişse de medeni **hukukta** gerçek ve modern anlamda bir kanunlaştırma *Mecelle* ile başlamıştır.⁵ Bunu da Osmanlı Devleti'nin sonlarında çıkarılan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hâkimiyeti altında olan Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin ve İsrail gibi birçok bölgede uygulanmış, hatta *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* 1919 ve *Mecelle* 1926'da ilga edilmesine rağmen diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmıştır. Osmanlı Devleti, kanunlaştırmadaki gelişmelerle diğer İslam ülkeleri için de öncü olmuş, bunun sonucunda diğer İslam ülkeleri de kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır.⁶

¹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/294.

² Fetva ve kazânın ortak ve farklı yönleriyle ilgili detaylı bilgi için bk. Fahrettin Atar, "Fetva", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/487-488.

³ Muhammed Hamidullah Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)* (İstanbul: Akdem Yayınları, ts.), 36.

⁴ bk. Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri*, 38-44; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 140-141.

⁵ Mecelle hakkında detaylı bilgi için bk. Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 299; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007), 459.

Bunlardan biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hâkimiyetine girmediği halde kanunlaştırmada Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmiştir. Örneğin ceza hukukunda Osmanlının 1858 tarihli *Ceza Kanunu* esas alınmıştır. Afganistan'da kanunlaştırma faaliyeti başlayınca önceden bu konuda tecrübeli oldukları için Osmanlı hukukçularından yardım alınmış,⁷ bazı Türk hukukçuları Afgan hukukçularla beraber 1921 yılında *Nizamnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununun oluşturulmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu da ister istemez Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine neden olmuştur. Aynı şekilde günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanununun hazırlanmasında *Mecelle* ve *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*'nden istifa edilmesi, günümüze kadar kadıların *Afgan Medenî Kanunu*'nun yanı sıra *Mecelle* ve şerhlerinden de yararlanması, Osmanlı hukukunun Afgan hukukunu etkilemesine yol açmıştır.

1. Osmanlıda Kanunlaştırma Hareketleri

Osmanlı Devleti'nde başlangıçtan Tanzimat Dönemi'ne kadar İslam hukukundan ibaret olan şer'î hukuk ile padişahların emir ve fermanlarından ibaret olan örfî hukuk uygulanmıştır.⁸ Osmanlı Devleti, Batı'da başlayan kanunlaştırma faaliyetinden kısa bir süre içerisinde etkilenmiş ve Tanzimat Fermanı'yla birlikte Osmanlı Devleti'nde **modern anlamda** kanunlaştırma hareketi başlamıştır.⁹ 1804'te Fransa'da yürürlüğe giren Code Napoléon olarak da adlandırılan Fransız Medeni Kanunu'ndan sonra 1807'de Fransız Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Osmanlıda ilk ceza kanunu 1840'te çıkarılmıştır. Bu ceza kanunu bir mukaddime, bir hâtime ve on üç fasıldan oluşmakta olup 40 maddeyi ihtiva etmekteydi. 1851'de söz konusu kanundaki boşlukları ve eksiklikleri¹⁰ tamamlamak üzere Kanûn-ı Cedid adlı ceza kanunu çıkarılmıştır. Bu da üç fasıl ve 43 maddeden oluşmaktadır. Bu kanunların her ikisinde de Batı hukukundan çok az istifade edilmiş ve dolayısıyla söz konusu kanunlar, yerli kanun kategorisinde yer almıştır. 1858'de Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı yeni bir ceza kanunu çıkarılmıştır. Bunun ilk ikisinden farklı olan tarafı, onların yerli milli kanunlar olmasına karşın, bu kanunun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas edilerek hazırlanmış olmasıdır. Bu kanun bir mukaddime, üç bâb ve 264 maddeden oluşmaktadır. Diğerlerine göre daha kapsamlı olan söz konusu kanun, 1926'ya kadar yürürlükte kalmıştır. 1926'da 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok maddesinde değişiklik yapılmasıyla birlikte 2005'e kadar yürürlükte kalmıştır. 1 Haziran 2005 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin halihazırda yürürlükte olan yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir.¹¹

Yine 1840'de Kanunnâme-i Ticâret-i Berriye, 1850'de Kanunnâme-i Ticaret, 1858'de Arazi Kanunnâmesi, 1861'de Usûl-i Muhâkeme-i Ticâret Nizamnâmesi, 1863'te Ticâret-i Bahriye Kanunnâmesi, 1869-1876 yılları aralarında *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, 1876'de Kânûn-ı Esâsi, 1879'da Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanûnu, Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanunları, 1880'de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati, 1881'de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanûnu, 1915'te Nafaka Kanunu ve en sonunda da 1917'de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* ve Usûl-i Muhâkeme-i Şer'iyye

⁷ Hazretgul Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî* (Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011), 62.

⁸ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 69-70, 72, 456-457.

⁹ Musa Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları", *Tarih Okulu* 14 (2013), 164.

¹⁰ Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 169-170.

¹¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/238-242; Koca-Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku*, 36-37; Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma", 13-15.

Nizamnâmesi çıkarılmıştır.¹²

Bunların bir kısmı yerli-millî kanunlar iken bir kısmı Batı hukukundan iktibas yoluyla hazırlanmıştır. Diğer bir kısmı ise millî kanunlarla Batı kanunlarından istifade edilerek hazırlanan karma kanunlardır.¹³ Osmanlı Devleti'nin çıkarttığı kanunlardan *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin günümüze kadar Lübnan'da yürürlükte kaldığı¹⁴ *Mecelle*'den ise Filistin¹⁵ ve Afganistan gibi ülkelerde istifade edildiği, geri kalan diğer kanunların tamamının ilga edildiği bilinmektedir.

2. Afganistan'da Kanunlaştırma Hareketi

Daha önce Horasân'ın bir parçası olan ve günümüzde Afganistan'ın sınırları içerisinde yer alan bölgelerde, İslam dininin kabul edilmesiyle beraber fıkıh kitapları, daha sonra ise fıkıh kitaplarının daha pratik şekli olan fetva kitapları hazırlanmış ve yargı sisteminde kullanılmaya başlanmıştır. Bununla beraber zaman zaman fermanlar ve bazı düzenlemeler de çıkarılarak uygulanmıştır. Selçuklular döneminde vezir olan Nizâmülmülk'ün (öl.485/1092) tavsiyesi üzerine, 1072-1092 yılları arasında Büyük Selçuklu hükümdarı olan Sultan Melikşâh (öl. 485/1092) tarafından 485/1092 yılında bir fetva kitabı hazırlanmış ve ona nispetle söz konusu kitaba *el-Mesâilü'l-Melikşâhiyye fi'l-kavâidi's-şer'iyye* adı verilmiştir.¹⁶ Yine Gazneli Mahmut (öl. 421/1030)¹⁷ döneminde Encümen-i Ulemâ adında âlimlerden oluşan bir heyet tarafından *Fetâvâ-yı Sultânî* isiminde bir fetva kitabı telif edilmiştir.¹⁸

Bâbürlüler döneminde Sultan Evrengzîb Âlemgîr'in (1658-1707) emriyle bir heyet tarafından *el-Fetâvâ'l-Hindiyye/el-Fetâvâ'l-Âlemgîriyye* adlı eser telif edilmiştir.¹⁹ Daha sonra Afganistan'ın ilk kurucusu sayılan Ahmed Şah Abdâlî (1747-1773)²⁰ döneminde bir yandan *Fetâvâ-yı Ahmed Şâhî* adlı bir fetva kitabı hazırlanmış, diğer yandan da birçok ferman çıkarılmıştır. Ahmed Şâh'ın 16 maddelik bir yasa çıkarmış olduğu da bilinmektedir. Bu gelenek daha sonraki dönemlerde de devam etmiştir.²¹ 1863-1867, 1868-1878 yılları aralarında Afganistan'da hükümdar olan Emîr Şîr Ali Han²² döneminde Kadı Abdülkadir adlı bir âlim tarafından *Fetâvâ-yı Emîrî/Teşrihu'l-cerâim* adlı fetva kitabı telif edilmiştir.²³

¹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 456-462; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 36; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 137-149.

¹³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 457-462; Ercimet [Ercüment] Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi", *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 13-26; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165.

¹⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2014, 1/297; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 148.

¹⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234.

¹⁶ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2008), 150.

¹⁷ Erdoğan Merçil, "Mahmûd-i Gaznevî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/362-365.

¹⁸ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", *Sâlnâme-yi Afganistan* 43 (1977-1976), 741.

¹⁹ Ahmet Özel, "el-Âlemgîriyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/365.

²⁰ Mir Muhammed Sıddîk Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr* (Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş, 1992), 1/113-156; Mehmet Saray, "Ahmed Şah Dürrânî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1989), 2/133-134.

²¹ İzzüddîn Vekilî Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Avâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet* (Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991), 66.

²² Emir Şîr Ali Han ile ilgili detaylı bilgiler için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/315-379; Abdul Metin Çelikkilek, "Afganistan Emiri Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları", *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.

²³ Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 34.

1880-1901 yıllarında Afganistan hükümdarı olan Emîr Abdurrahman Han (öl. 1901)²⁴ döneminde 50 kişiden oluşan bir heyet tarafından 5 cilt şeklinde *Sirâcü'l-ahkâm fî muâmelâti'l-İslâm* adlı bir fetva kitabı yazılmıştır. Ayrıca Mevlevî Ahmed Can tarafından mezhep içindeki ihtilafların çözümlemesi için kadılar ve yargıçlara klavuz (usûl) mahiyetinde *Esâsü'l-Kudât* adlı bir kitap telif edilmiştir.²⁵

1919-1929 yılları arasında Afgan kralı olan Emânüllâh Han²⁶ döneminde modern anlamda ilk defa kanunlaştırma hareketi başlamıştır. Emânullah Han, kayınpederi ve aynı zamanda müsteşarı olan Mahmut Tarzî ile beraber, kanunlaştırma başta olmak üzere birçok alanda reform planları hazırlamıştır.²⁷ 1921 yılında şer'î meseleleri düzenlemek için; birinci cildi medeni kanun, ikinci cildi ceza kanunundan ibaret olan *Temessükü'l-Kudâti'l-Emâniyye* ve ta'zîr cezaları için de Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı kanun hazırlanmıştır. İlk defa anayasanın da çıkartıldığı bu dönemde nizâmnâme adlı toplam 69 adet kanun çıkarılmıştır. *Temessükü'l-kudât* adlı eserde Hanefî mezhebi esas alınırken diğer kanunların da şeriatı aykırı olmaması dikkate alınmıştır. Örneğin, Emânullah'ın dinî müsteşarı olan ve *Temessükü'l-Kudât* adlı eserin de müellifi olan Abdülvâsi Kandeherî, 1921 yılında çıkarılan Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ilk ceza kanununun sonunda, söz konusu kanun maddelerinin İslam şeriatına uygun olduğunu yazarak mühürlemiştir.²⁸ Buna rağmen dönemin âlimleri ta'zîr cezalarının kanunlaştırılmasına karşı çıkmış²⁹ ve ta'zîr cezalarının kadınların yetkisini sınırlandıracağını da buna gerekçe olarak göstermişlerdir. Buna karşın Emânullah Han, bunun caydırıcılık açısından daha etkili olacağını öne sürerek ısrar etmiş ve sonunda kanun çıkarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bazı insanlar, kanunu şeriatın alternatifi ve zıddı olarak görmüşlerdir. Bu ve benzeri sebeplerle ilk dönemlerde çıkarılan bütün kanunlar, nizâmnâme ya da usûlnâme olarak adlandırılmıştır.³⁰ Ancak kanunların nizamname olarak adlandırılması da buna çözüm olamamış, buna karşı olan bazı âlimler bir eline Kur'ân diğer eline nizâmnâme alıp halka, “Bunların hangisini tercih edersiniz?” şeklinde sorular sorarak onları dönemin kralına karşı kıskırtmışlardır.³¹

1924 yılında ise Loya Cirge³² Emânullah Han'a baskı yaparak onun ta'zir cezalarıyla ilgili

²⁴ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/381-436; Mehmet Saray, “Abdurrahman Han”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1/163.

²⁵ Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan*, 369, 413-414; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 36.

²⁶ Emânullah Han ile ilgili bilgi için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/483-560; Mehmet Saray, “Emânullah Han”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/84-85.

²⁷ Muhammed İbrahim Atâî, *Nigâh-i Muhtasar be Târih-i Mu'asır-ı Afganistan*, çev. Jamilurrahman Kamgar (Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005), 246-247.

²⁸ Hazretgul Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan* (İntişârât-ı Saîd, 2009), 125.

²⁹ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁰ “Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan”, 741; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 56.

³¹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/514; Zahir Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*, thk. Muhammed İbrahim Şeriatî Afganistanî (Tahran: İrfan, 2005), 45; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 128.

³² “Loya Cirge, Peştuca büyük anlamında ‘loya’ ve toplantı ve şûra anlamında ‘cirge’ kelimelerden oluşmakta olup sözlükte ‘büyük şûra’ demektir. Terim olarak da ‘Afganistan’da yeni anayasayı onaylamak veya anayasadaki bir kanunu değiştirmek, cumhurbaşkanını yargılamak ve ülkenin bağımsızlığı, milli hâkimiyeti, toprak bölünmezliği ve büyük maslahatları ile ilgili konular hakkında karar vermek için oluşturulan geçici bir şûrayı ifade eder. Bu şûra, Afganistan’da halkın iradesinin en yüksek göstergesi olarak belirtilmiştir. Loya Cirge; milletvekilleri, bütün il ve ilçe şûra temsilcilerinden oluşur. Bakanlar, yüce divan ve başsavcılığın başkanı ve üyeleri de oy hakkı olmaksızın katılabilirler. Karar ise çoğunluğun oyu ile verilir. bk. 2004 tarihli Afganistan Anayasası, md.110-115.” Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, 138.

nizamnâmeleri ilga edip kadılara, suçluya yüzünü asmaktan idama kadar olan yetkiyi geri vermesini³³ ve *Fetâvâ-yı Emâniyye* adlı bir fetva kitabı hazırlanmasını³⁴ temin etmişlerdir.

1962 yılında yine Afganistan'da ceza kanunu ile medeni kanununun taslağı hazırlanmıştır. Bu kanunlar Mısırlı hukukçular tarafından hazırlanmış ve Afgan hukukçularının inceleme ve kontrolünden sonra 1976 yılında ceza kanunu, 1977 yılında ise medeni kanun yürürlüğe girmiştir.³⁵ Medeni kanun Hanefî fıkına göre hazırlanırken ceza kanununun birinci maddesinde de bu kanunun ta'zîr cezalarıyla ilgili olduğu, had, kısas ve diyetin Hanefî fıkına göre düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu ceza kanunu 2018 yılında yenilenirken medeni kanun yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Afganistan tarihinde bütün kanunlar Hanefî fıkı esas alınarak hazırlanırken 2008'de ilk defa Caferî fıkına dayalı "Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu" diye 236 maddelik bir kanun çıkarılıp yürürlüğe konmuştur.³⁶ Böylece medeni hukuk ile ilgili davalarda Hanefîler için 1977 tarihli medeni kanun, Caferîler için ise 2008 tarihli "Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu" adlı kanun esas alınmaktadır.³⁷

3. Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi

Kanunlaştırmaya Osmanlıdan sonra başlayan Afganistan, bu konuda Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan etkilenmiştir.³⁸ Burada örnek olarak ceza hukuku ile medeni hukuktan, aile ve borçlar hukukunu ele alacağız. Bu üçün seçmemizin sebebi, bunların en bariz etkilenen kanunlar olmasıdır.

3.1. Ceza Hukukunda

Afganistan'da kanunlaştırma faaliyetlerinin başlangıcında cezalar iki kategoride ele alınmıştır. Had, kısas, diyetlerle ilgili suç ve cezalar ayrı, ta'zîr cezaları ise ayrı kategoride kanunlaştırılmıştır. 1921 yılında modern anlamda Afganistan'da ilk kanunlaştırma başladığında had, kısas ve diyetle ilgili hükümleri düzenlemek için *Temessükü'l-Kudâti'l-Emâniyye* adlı kanun çıkarılırken, ta'zîr cezalarının düzenlenmesi için *Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ayrı bir kanun da çıkarılmıştır. Birincisi tamamen Hanefî fıkı kitaplarından müftâ-bih görüşlerden oluşurken ikincisinde kanunun İslam hukukuna aykırı olmaması dikkate alınmıştır.

Afgan ceza kanununa da Osmanlı ceza kanunları öncülük etmiştir. 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanması için Osmanlı kanunlaştırması konusunda bilgi sahibi olan hukukçulardan yardım alınmıştır.³⁹ Nitekim kanunlaştırmayla görevli şûrada, Bedri Bey (öl.1923) ve Ahmed Cemal Paşa (öl. 1922)⁴⁰ Afgan hukukçularla beraber üye olarak yer almış ve onlara yol göstermiştir. Bedri Bey, 72 adet kanunu Türkçeden Farsçaya tercüme etmiştir. Bunların, o dönemde çıkarılan nizamnâmeler

³³ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁴ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 124.

³⁵ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

³⁶ Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu (KAŞET), *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009).

³⁷ Afganistan'daki kanunlaştırma hareketi ile ilgili detaylı bilgi için bk. Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015), 14-126.

³⁸ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 63.

³⁹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/531.

⁴⁰ Hayatı ve faaliyetleri ile hakkında bilgi için bk. M. Şükrü Hanoğlu, "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1993), 8/305-307.

için esas teşkil etmeleri,⁴¹ Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanundan etkilenmesine sebep olmuştur.

Afganistan'da çıkarılan ilk ceza kanunu ve modern anlamda ilk kanun diyebileceğimiz 1921 tarihli ve Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bu kanun daha sonra çıkan diğer ceza kanunlarına da kaynaklık etmiştir. Hatta bazı maddeleri olduğu gibi Farsçaya tercüme edilerek 1921 tarihli kanuna yerleştirilmiştir. Örneğin; 1858 tarihli kanunun birinci maddesi Farsçaya tercüme edilerek olduğu gibi 1921 tarihli Afgan ceza kanununda düzenlenmiş ve sadece sonunda had, kısas ve diyet ile ilgili meselelerde Temessükü'l-kudât'a göre hüküm verileceği eklenmiştir.⁴² Aynı şekilde her iki kanunun ikinci maddeleri de aynıdır. Sadece 1858 tarihli kanunda suçların tasnifi; cinayet, cünha ve kabahat şeklinde sıralanırken 1921 tarihli nizamnâmede sıralama tam tersi şekliyle kabahat, cünha ve cinayet şeklinde yapılmıştır.⁴³ Bunun dışında birçok maddesi ya aynıdır veya az bir farklılıkla birbirine yakın maddelerdir. Burada aynı olan maddelerden tablo şeklinde birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Birbirine yakın olan maddelerlerin ise sadece numaralarını zikredeceğiz.

Tablo 1. Her iki kanunda aynı olan maddeler:

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu
Maddeleri	Maddeleri
1 ⁴⁴	1 ⁴⁵
2 ⁴⁶	2 ⁴⁷
18 ⁴⁸	13 ⁴⁹
13 ⁵⁰	20 ⁵¹

⁴¹ Abdülhay Habîbî, *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşim Bahramî (Kabil: Devleti Matbaa, 2005), 27; Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst*, 44.

⁴² Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, (1858) md. 1; Nizâm-nâme-i Cezâ-yı 'Umûmî, (1921) md. 1.

⁴³ Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, md. 2; Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umûmî md. 2.

⁴⁴ Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine vukû bulan cerâimin icra-yı mücâzâtı devlete âid olduğu gibi bir şahıs aleyhinde vukû bulan cerâimin âsâyîş-i umûmiyeyi ihlal eylemesi ciheti dahi kezâlik devlete âid olduğundan, tayin ve icrası şer'an emr-i ülûlümre âid olan ta'zîrin tayin-i derecâtını dahi işbu kanunnâme mütekeffil ve mütezammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuk-ı şahsiyyeye hâlel gelmeyecektir.

⁴⁵ “Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine işlenen suçların cezalarının uygulanması devlete ait olduğu gibi, şahıs aleyhine işlenen suçların, şer'î ve siyasi tazîr cezasının derece ve sınırlarının belirlenmesi de devlet tarafından olur. Binaenaleyh, ölçüsü ülûl-emrin görüşleriyle belirtilmiş olan söz konusu iki çeşit ceza için bu nizamnâme tanzim edilmiştir. Kısas, had ve diyet ile ilgili suçlarını kapsadığı için bu nizamnâme şer'î hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu nizamnâmenin içerdiği maddeler şeriata mutabıktır. Temessükü'l-kudât adlı eserin ceza ile ilgili bölümü bu nizamnâmeden sayılır”.

⁴⁶ “Kanunen mücâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır”.

⁴⁷ “Kanunen mücâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır”.

⁴⁸ “İdam cezasına müstahak olan karı, hamile olduğunu ledel-ifâde hamli tahakkuk ve kesb-i sübut eylediği takdirde, cezası vad'ı haml ettikten sonra icra olunur”.

⁴⁹ “İdam cezasına mahkum olan kadın şayet hamile ise, cezası çuğunu doğurduktan sonra uygulanır”.

⁵⁰ “Devletin dahilen ya haricen asayişini ihlal edecek cinayat ve cünhaya cüret etmiş olan eşhâs, kanunen tayin olunacak müddet-i cezaiyesini tekmiil ettikten sonra mutlaka zaptiye nezareti altına alınır”.

⁵¹ “Devletin iç ve dış güvenliğini ihlal eden cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan şahıslar, kanunda kendileri için belirtilen cezaları tamamladıktan sonra nezaret altına tutulur”.

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu
Maddeleri	Maddeleri
42 ⁵²	26 ⁵³
48 ⁵⁴	32 ⁵⁵
52 ⁵⁶	37 ⁵⁷

Aynı şekilde 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu’nun 16, 19, 55, 56 ve 57. maddeleri 1921 tarihli Afgan Ceza Kanunu’nun sırasıyla 12, 14, 41, 44 ve 45. Maddeleri birbirine çok yakın olan maddelerdir.

Bazı konularda, özellikle de devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçlarda, 1921 tarihli Afgan Ceza Kanun’unda yer alan cezaların 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda yer alan cezalardan daha ağır olduğu görülmektedir. Söz konusu Osmanlı Ceza Kanununda kendisi için hapis cezası belirlenen birçok suç için Afgan Ceza Kanununda idam cezası tayin edilmiştir.⁵⁸ Bunun, söz konusu dönemde Afganistan’da krallık sisteminin hâkim olması ve halkın ayaklanmasını bastırmak için meşruyet elde etme çabası olduğunu söylemek mümkündür.

3.2. Medeni Kanunda

3.2.1. Borçlar Hukukunda

İslam dünyasında borçlar, eşya ve şahıs hukuku alanında yapılan ilk kanunlaştırma *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* ile başlamıştır.⁵⁹ Tanzimat Dönemi’nden sonra borçlar hukukunun da kanunlaştırılması gündeme gelmiştir. Bazı aydınlar, Fransız Medeni Kanunu’nun tercümesi veya iktibas yoluyla borçlar kanununun oluşturulmasından yana olurken, Cevdet Paşa başta olmak üzere bazıları da yerli bir hukukun oluşturulmasının daha uygun olduğunu savunmuşlardır. Nihayet ikinci görüşü savunanların görüşleri uygun görülmüş ve böyle bir kanunun hazırlanması kararlaştırılmıştır. 1869-1876 tarihleri arasında *Mecelle*, Cevdet Paşa’nın başkanlığındaki heyet tarafından İslam hukuku ve özellikle Hanefî mezhebi esas alınarak 16 bölüm ve 1851 maddeyi ihtiva edecek şekilde hazırlanmıştır. Hazırlık

⁵² “Bir kimse bir cürmü asla rızası olmayarak mecburen işlemiş olduğu sabit olursa, kezâlik mücâzât-ı kanuniyeden mafûv tutulur. Ancak bu babda muteber olan mecburiyet, cürmün derecâtına göre ol kimseyi şiar-ı töhmetten bütün bütün berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyet ve kendisinin mukavemet edemeyecek bir zaruret olmak lazım gelip, ebeveynin evlada, efendinin hizmetkâra emri gibi ta’zim ve ihtirâmdan neş’et eden haller mecburiyetten addolunmaz”.

⁵³ “Bir kimsenin asla rızası olmadığı halde mecburen bir suçu işlediği sabit olursa, cezadan muaf olur. Ancak bu konuda muteber olan mecburiyet, suçların derecelerine göre, birincisi o kimseyi töhmetten tamamen bütüyle berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyetin bulunması, ikincisi ise kendisinin mukavemet edemediğini ispatlaması lazımdır. Aksi takdirde ebeveynin çocuklarına, efendinin hizmetçisine emri gibi ta’zim ve saygıdan neş’et eden haller, mecburiyetten sayılmaz”.

⁵⁴ “Tebe’a-i devlet-i aliyyeden her kim olursa olsun, saltanat-ı sefinenin düşmanlarıyla beraber olarak aleyhine silah tutar ise idam olunur”.

⁵⁵ “Afganistan’ın düşmanlarıyla ittifak kurup Afganistan devletinin aleyhine silah kaldırmak, idam cezasını gerektirir”.

⁵⁶ “Me’mûrîn ve hademe-i devlet ve sâireden her kim devlet-i aliyyenin ümûr-i mühimme-i politikasına dâir bir mükaleme-i hafiyesi ve mektûm ve hafî bir hareket-i askeriye tasnîmi serâiriye hasbe’l-me’mûrîyye veya resmen vakıf olub da onu devletçe me’mûr ve me’zûn olmadığı halde ecnebi veyahud düşman bir devlet me’mûrlarına doğrudan doğruya veya bilvâsıta ifşa ederse, idam olunur”.

⁵⁷ “Görevi gereği devletin herhangi bir siyasi ve askeri sırlarına vakıf olup da söz konusu sırları devletin resmi bir izni olmadan düşmana ifşa etmek, idam cezasını gerektirir”.

⁵⁸ bk. Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî md. 53; Nizamnâme-i Cezâ-yı ’Umumî, md. 35, 37.

⁵⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459.

aşamasında da tamamlanan bölümler sırasıyla yürürlüğe girmiştir.⁶⁰

Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanan *Mecelle*'de Meşrutiyet döneminden 1926 tarihine kadar Avrupa kanunlarından ve Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplerden yararlanılarak⁶¹ tadil çalışmaları yapılmış; ancak söz konusu çalışma daha sonra durdurulmuş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiştir.⁶² 1926 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti *Mecelle*'yi yürürlükten kaldırıp yerine İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul etmiştir.⁶³

Farklı kişiler tarafından şerhi yapılan *Mecelle* birçok dile de tercüme edilmiştir.⁶⁴ *Mecelle*, alanında ilk olduğu için daha sonra diğer İslam ülkelerinde çıkan kanunlar için öncülük etmiştir.⁶⁵

Genelde Osmanlı hâkimiyeti altında bulunan ülkelerde uygulanan *Mecelle* de Osmanlı hâkimiyetine hiç girmemiş olan Afganistan'da da kısmen uygulanmış ve Afgan Medeni Kanunu'nu etkilemiştir. Nitekim yargı ve yargılama sistemiyle ilgili 04.03.1957 tarihli 279 maddelik "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) adlı kanunda bazı meselelerde *Mecelle*'ye göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶ Yine 22.12.1958 tarihli 264 maddelik "Usûl-i İcraât-ı Muhâkemât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Hukuk Muhakemeleri Usulü) adlı kanunda, kadıların kanundaki boşlukları *Mecelle* ile doldurmaları gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁷

07.08.1968 tarihinde, yargıda düzenlemeler yapmak ve yargı birliğini sağlamak amacıyla düzenlenen Mahkeme İl Başkanları Semineri'nde dönemin kâdilkudâtı olan Prof. Dr. Abdulhakim Zıyaî, kadıların hitaben, herkes tarafından kolayca anlaşılabilmesi için Muhammed Hâlid el-Attâsî ve oğlu Muhammed Tâhir el-Attâsî tarafından yapılan *Mecelle* şerhinin tercüme edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. 1971 yılında gerçekleşen ikinci seminerde ise söz konusu şerhin tercüme edilmesi kararlaştırılmış ve Adalet Bakanlığının öncülüğünde tercüme edilip kadıların istifadesine sunulmuştur.⁶⁸ Irak Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan, *Münîrül-Kâdî* adlı *Mecelle* şerhinden günümüzde de kadıların istifade etmektedir.⁶⁹ Ayrıca *Mecelle*'de 8. madde olarak yer alan "beraet-i zimmet asıldır" şeklindeki külli fıkıh kaidesi Afganistan'da farklı tarihlerde çıkarılan anayasaların tümünde ve Afgan ceza kanununda yer almaktadır. Bunun yanı sıra diğer İslam ülkelerinde olduğu gibi şekil itibarıyla da *Mecelle* Afgan Medeni Kanun'u için örnek olmuştur.

Günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun hazırlanmasına 1961 yılında başlanmıştır. Afganistan hükümetinin talebiyle Mısır'dan iki hukukçu Afganistan'a gelmiş ve bir sene içinde söz konusu hukukçulardan biri medeni kanununu diğeri ise ceza kanununu tamamlamıştır. Söz konusu kanunlar, Afgan hukukçulardan oluşan komisyon tarafından gerekli inceleme ve

⁶⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/19-20; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 174-176.

⁶¹ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 317.

⁶² Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234; Seda Örsten Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 29 (2011), 43-44.

⁶³ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 318.

⁶⁴ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234-235.

⁶⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/231.

⁶⁶ Bk. Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye, (1957) md. 83, 87, 93, 125, 138, 150, 174-175 vd.

⁶⁷ Hazretgul Hosâmî, "Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan", *Kaza* 1/2 (2004), 37.

⁶⁸ Hazretgul Hosâmî, "Mecelletü'l-Ahkâmî'l-Adliyye Av De-heğî Şerhi", *Kaza*, (ts.), 37-39; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 223-226.

⁶⁹ Hazretgul Hosâmî, "Kaza ve Kazavet der 'Ahdi Saltanat-ı 'Ala Hazret Zahir Şah", *Kaza* 7-8 (2004), 26-30.

düzeltilmelerden sonra tercüme edilmiş, 2416 madde olarak 05.01.1977 tarihinde cumhurbaşkanının imzasıyla yürürlüğe konulmuştur.⁷⁰ Bir yandan *Mecelle*'nin maddelerinden istifade edilirken⁷¹ diğer yandan birçok Küllî Kaidesi tercüme edilip bu kanunun başına olduğu gibi yerleştirilmiştir. Burada 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda yer alan *Mecelle*'deki Külli Kaidelerini tablo şeklinde göstereceğiz.

Tablo 2. 1977 Tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda Yer Alan *Mecelle*'deki Külli Kaideler

<i>Mecelle</i> maddeleri	1977 Tarihli Afgan Medenî Kanunu maddeleri
14 ⁷²	1 ⁷³
10 ⁷⁴	3 ⁷⁵
99 ⁷⁶	4 ⁷⁷
33 ⁷⁸	5 ⁷⁹
25 ⁸⁰	6 ⁸¹
30 ⁸²	7 ⁸³
22 ⁸⁴	784 ⁸⁵
27 ⁸⁶	785 ⁸⁷
26 ⁸⁸	786 ⁸⁹
25 ⁹⁰	788 ⁹¹

3.2.2. Aile Hukukunda

İslam aile hukukunun kanunlaştırılması da Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ile başlamıştır. Bu kanun

⁷⁰ Hosâmî, “Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan”, 18-22; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

⁷¹ Örneğin, *Mecelle*'nin 123, 202, 207, 214, 252, 281,296 vd. maddeleri ile Afgan Medeni Kanun'un sırasıyla 1124, 1041, 1056, 1059, 1070, 1115 ve 1118 maddeleri birbirinin aynısı veya birbirine yakın maddelerdir.

⁷² Mevrid-i nassda içtihadı mesâğ yoktur (Hakkında nas bulunan konuda içtihat yapılmaz).

⁷³ Kanun hükmünün bulunduğu konularda içtihat yapılmaz.

⁷⁴ “Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur” (Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir).

⁷⁵ “Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir”.

⁷⁶ “Kim ki, bir şeyi vaktinden evvel isti'câl ederse mahrumiyetiyle mu'ateb olur” (Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır).

⁷⁷ “Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır”.

⁷⁸ “İztırâr gayrin hakkını ibtâl etmez” (Zaruret, başkasının hakkını iptal etmez).

⁷⁹ “Zaruret hali, başkasının hakkını iptal etmez”.

⁸⁰ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁸¹ “Zarar, kendi misliyle giderilmez”.

⁸² “Def-i mefâsid celb-i menâfi'den evlâ'dır” (Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten daha iyidir).

⁸³ “Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten önceliklidir”.

⁸⁴ “Zarûretler kendi mikdârlarınca takdir olunur” (Zaruret sebebiye mubah olanlar, zaruret miktarı ölçüsünde değerlendirilir).

⁸⁵ “Zarûretler kendi miktarı ölçüsünde değerlendirilir”.

⁸⁶ “Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunur” (Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilebilir).

⁸⁷ “Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilir”.

⁸⁸ “Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur” (Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir).

⁸⁹ “Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir”.

⁹⁰ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁹¹ “Zarara zarala karşılık vermek aynı şekilde zararı misliyle gidermek caiz değildir”.

da aslında *Mecelle*'nin devamı ve tamamlayıcısı niteliğindedir. *Mecelle*'de yer verilmeyen aile hukuku ayrı bir kanun şeklinde ele alınmıştır; ancak *Mecelle* çok erken dönemde hazırlanırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* Osmanlı'nın son döneminde (1917 yılında) hazırlanmış ve yine çok kısa bir süre sonra (1919 yılında) yürürlükten kaldırılmıştır. Münakehât (evlenme) ve müfârakât (boşanma) olmak üzere iki büyük başlık şeklinde ele alınan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* iki kitap, dokuz bab, yirmi bir fasıl ve 157 maddeden oluşmaktadır.⁹² Bu kanunda Müslümanların yanı sıra Ehl-i Kitap olan Yahudi ve Hıristiyanların aile hukuku için de ayrı başlıklar halinde kanun düzenlenmiştir. *Mecelle*'den farklı tarafı ise *Mecelle*'nin hazırlanmasında sadece Hanefî mezhebi esas alınırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nde bazen diğer mezheplerin görüşlerinin⁹³ de tercih edilmiş olmasıdır.⁹⁴ Diğer mezheplerin görüşleri tercih etme sebepleri de tek tek açıklanmıştır.⁹⁵ Bu yönüyle de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nin, 1953 tarihli Irak Medeni Kanun'u başta olmak üzere birçok kanunu doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiş olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Irak Medeni Kanunu'nda da tek bir mezhebe bağlı kalınmaksızın farklı mezheplerden istifade edilmiştir.⁹⁶

Günümüzde hâlâ yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medenî Kanunu da yine bu yönüyle *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nden etkilenmiştir. Mesela Hanefî fıkhi esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkhi dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Örneğin, Afgan Medeni Kanunu'nda, yoksulluk nedeniyle nafakasını sağlayamayan kocaya karşı karısının tefrik için mahkemeye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı konusu ile ikrah altında gerçekleşmiş olan boşanmanın geçerli olup olmadığı konusunda, *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nde olduğu gibi⁹⁷ Maliki, Şafîî ve Hanbelîlerin görüşü tercih edilmiştir. Meşru bir mâzeret söz konusu olmadığı halde kocanın gâibliğinin tefrîk sebebi sayılıp sayılmaması konusunda ise Hanbelî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Aynı mecliste verilen birden fazla talakın geçerliliği ve kaç talak sayılacağı konusunda, Zeydiye, İbn Teymiyye ve İbn Kayyım'ın görüşü tercih edilmiştir. Ayrıca evlilik yaşı için meşhur dört fıkıh mezhebinde böyle bir sınırlama bulunmazken, Afgan Medeni Kanunu'nda evlilik yaşı erkekler için 18 ve kızlar için 16 olarak belirtilmiştir.⁹⁸ Yine Afgan Medeni Kanunu'nun *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nden etkilenerek evlilik ve boşanmanın tescilini zorunlu hale getirdiğini görmekteyiz.⁹⁹ Dede vasiyeti ile bilinen kişinin kendisinin hayatta olduğu zaman vefat eden çocuğunun çocuklarına vasiyeti de Afgan Medeni Kanunu'da "vacip vasiyet" başlığı altına ele alınmış ve vacip olarak kabul edilmiştir. 8 maddeyle düzenlenen bu meselede¹⁰⁰ dört fıkıh mezhebi tarafından kabul edilmeyen, İbn Hazm'ın görüşünün tercih edildiğini görmekteyiz.¹⁰¹

⁹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459-460; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294-295.

⁹³ Tercih edilen diğer mezhep görüşleri için bk. Orhan Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017), 12-13.

⁹⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 303.

⁹⁵ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 77-98.

⁹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/23-24.

⁹⁷ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 105.

⁹⁸ Konuların detayları ve kaynakları için bk. Mehtarkhan Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 379-381.

⁹⁹ Çeker, *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, md. 37; Afgan Medeni Kanun'u, md. 48.

¹⁰⁰ Afgan Medenî Kanunu, md. 2182-2189.

¹⁰¹ Ebû Muhammed Alî b. Ahmed, İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002), 8/353.

Sonuç

İslam dünyasında ilk kanunlaştırma hareketini Osmanlı Devleti başlatmıştır. 1840 tarihli ceza kanunu, *Mecelle* ve *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*"nin çıkarılmasıyla Osmanlı Devleti İslam dünyasının kanunlaştırma hareketine öncülük etmiştir. Söz konusu kanunlar, bir yandan bazı İslam ülkelerinde uzun süre uygulanırken diğer yandan da yeni çıkan kanunlara kaynaklık ve rehberlik görevini üstlenmiştir. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan hiçbir zaman Osmanlı Devleti'nin egemenliği altına girmemesine rağmen Osmanlı hukukundan etkilenmiştir. 1921 tarihli Nizâm-nâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda Osmanlı tarafından hazırlanan ve uzun zaman yürürlükte kalan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bazı maddeler her iki kanunda aynı olup sadece tercüme edilmiştir, bazı maddelerde ise çok az değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanmasında bizzat Türk hukukçular yer almış ve hazırlanmasında önemli rol oynamışlardır. Bu da Afgan Ceza Kanunu'nun Osmanlı Ceza Kanunu'ndan çokça etkilenmesine yol açmıştır. Afgan Medeni Hukuku da hem *Mecelle*'den hem de Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden, şekil ve muhteva açısından çokça etkilenmiştir. Şekil açısından düşündüğümüzde; *Mecelle* İslam dünyasında İslam hukukunun kanunlaştırmasında ilk olduğu için Afgan hukukuna ve özellikle de medeni kanununa örneklik teşkil etmiştir. Muhteva açısından 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun *Mecelle*'de olduğu gibi Hanefî fıkhı esas alınarak hazırlanmış olması buna örnek olarak gösterilebilir. Afganistan'da modern anlamda ilk kanunlaştırma başladığında, çıkarılan bazı kanunlarda birçok meselede *Mecelle*'nin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine *Mecelle* şerhlerinin tercüme edilerek mahkemelerde kullanılması kararlaştırılmış ve günümüze kadar da mahkemelerde kadılar tarafından *Mecelle* ve şerhlerinden istifade edilmeye devam edilmiştir. Aynı şekilde Afgan Medeni Kanunu, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden de etkilenmiş, Hukuk-ı Aile Karanamesi'nde olduğu gibi bu kanunda da bazı konularda Hanefî mezhebinin hatta dört meşhur fıkıh mezhebinin dışına çıkmıştır.

Kaynakça

- Ağırakça, Muhammed Hamidullah. *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)*. İstanbul: Akdem Yayınları, ts.
- Atâî, Muhammed İbrahim. *Nigâh-i Muhtasar be Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*. çev. Jamiluurahman Kamgar. Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005.
- Atar, Fahrettin. "Fetva". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/486-496. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007.
- Çeker, Orhan. *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017
- Çelîkbîlek, Abdul Metin. "Afganistan Emirî Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları". *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (Aralık 2017), 94-110.
- Çolak, Abdullah. *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018.
- Esirgen, Seda Örsten. "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?". *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 31-48.
- Ferheng, Mir Muhammed Sıddîk. *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*. Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş 1992.
- Gümüş, Musa. "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları". *Tarih Okulu* 14 (2013), 163-200.
- Habîbî, Abdullhay. *Cünbîş-i Meşrûtiyyet Der Afganistan*. ed. Muhammed Haşîm Bahramî. Kabil: Devleti Matbaa, 2005.
- Hanoğlu, M. Şükrü. "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 8/305-307. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Hosâmî, Hazretgul. "Kazâ ve Kazâvet der 'Ahdi Saltanat-ı 'Ala Hazret Zâhir Şâh". *Kazâ* 7-8 (2004), 1-30.
- Hosâmî, Hazretgul. "Mecelletü'l-Hukkâmî'l-Adliyye Av De-heğî Şerhi". *Kazâ* (2009). 41-52.
- Hosâmî, Hazretgul. *Revend-i Sistem-i Kânûn-guzârî*. Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011.
- Hosâmî, Hazretgul. "Tarihçe-yi Kazâ ve Kazâvat der Afganistan". *Kazâ*, 1-2 (2004).
- Hosâmî, Hazretgul. *Tarih-i Kazâ Der Afganistan*, yy.: İntişârât-ı Saîd, 2009.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed el-Endelusî. *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî. 12 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Fîkr, 1424/2002.
- Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukuku Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.
- KAŞET, Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu. *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009). Erişim 6 Ocak 2022.
- http://old.moj.gov.af/Content/files/OfficialGazette/0901/OG_0988.pdf
- Khvajamir, Mehtarkhan. "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 369-382.
- Khvajamir, Mehtarkhan. *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015.
- Kılıç, Muhammed Tayyib. *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.

- Koca, Mahmut-Üzölmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Merçil, Erdoğan. “Mahmûd-i Gaznevî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 27/362-365. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Özel, Ahmet. “el-Âlemgîriyye”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm ansiklopedisi*. 2/365-366. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Popelzai, İzzuddîn Vekilî. *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Evâil-i 'Ahd-i İslâm tâ 'Ahd-i Cumhuriyet*. Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991.
- Saray, Mehmet. “Abdurrahman Han”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 1/163. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Saray, Mehmet. “Ahmed Şah Dürrânî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/133-134. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Saray, Mehmet. “Emânullah Han”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 6/84-85. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Sarıay, Ercimet. “Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi”. *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.
- Tanîn, Zahir. *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*. thk. Muhammed İbrahim Şeri'atî Afganistanî. Tahran: İrfan 2005.
- Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu, Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî. (1858).
- Afganistan Kültür ve İnfomasyon Bakanlığı Yıllık Bülteni. *Sâlnânme-yi Afganistan* “Nazari be Seyr-i Kânûn-guzârî Der Afganistan”. 43 (1976,1977). 741-771.
- Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî. Kabil: Matbaai Sengi-yi Mâşînhane-i Dârü's-saltanat 1921.
- Usulnâme-i İdarî-yi Mehâkim-i Adliye 1957.

HAKEM (DIŞ İNCELEME) SÜRECİ (Birinci Tur)
The Peer Review (External Review) Process (The First Round)

Eskiyeni

Makale Değerlendirme Formu

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği



3 Şubat 2022

Tarih / Date

- 03-02-2022

Makalenin Ağırlıklı Sınıfı / Submission Category:

- Araştırma / Research

Başlıklar yazının konusunu kısa açık ve yeterli ölçüde yansıtıyor mu? / Does the title reflect the subject matter of the article clearly and exactly?

- Kısmen, düzeltilmelidir / Partially, should be revised

Özet yazının amacını kapsamını ve sonuçlarını yansıtıyor mu? / Does the Turkish abstract reflect the aim scope and conclusions of the article?

- Evet / Yes

Abstract yazının amacını kapsamını ve sonuçlarını yansıtıyor mu? / Does the abstract reflect the aim scope and conclusions of the article?

- Evet / Yes

Makale dilbilgisi kurallarına uygun açık ve yalın bir anlatım yolu izlenmiş mi? / Is the text of the article clear and flawless as per the grammar rules?

- Evet / Yes

Çalışmanın konusu yeterli ölçüde ele alınabilmiş mi? / Has the author presented the subject of the article in a proper methodological perspective?

- *Kısmen / Partially*

Çalışmanın amacı yeterli ölçüde belirtilmiş mi? / Has the author presented the aim of the article?

- *Evet / Yes*

Araştırmada kullanılan yöntem uygun mu? / Is the method used in the research appropriate?

- *Evet / Yes*

Çalışma neticesinde ulaşılan sonuçlar yeterli mi? / Has the author presented the result of the article sufficiently?

- *Kısmen / Partially*

Yazarın ele aldığı konu hakkındaki yorum ve analizleri yeterli mi? / Are the comments and analysis of the subject covered by the author sufficient?

- *Evet / Yes*

Makalede kullanılan kaynaklar makale yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmiş mi? /Are the resources which are referred in the article shown in accordance with the rules of the Journal?

- *Evet / Yes*

Kullanılan eserlere kaynakça kısmında yer verilmiş mi? / Are the resources which are referred in the article shown properly in the bibliography?

- *Evet / Yes*

Çalışma bilimsel yayın etiğine uygun hazırlanmış mı? /Is the study prepared in accordance with scientific publication ethics?

- *Evet / Yes*

İncelediğiniz makale bilime katkısı olan özgün bir çalışma mıdır? /Does the article have an original contribution to knowledge and the field?

- *Evet / Yes*

Görüş ve önerilerinizi belirttiğiniz makale metnini WORD veya PDF formatında Dosya olarak eklediniz mi? / Have you attached the article text containing your comments and suggestions to your report in MS Word or Pdf format?

- *Evet / Yes*

Düzeltilmeler yapıldıktan sonra tekrar incelenmesi gerekir mi? / Should it be reviewed again after revisions

- *Hayır / No*

Yazara Not

- *Bazı noktalarda biraz daha geliştirilmesiyle alana katkısının daha fazla olacağı kanaatindeyim. Bazı noktalar makalede yorum olarak belirtilmiştir.*

Editöre Not

- *Makale, çeşitli akademik ölçülere uygunluğu açısından incelenmiş olmakla birlikte özel olarak dergi yazım kuralları açısından ayrıca incelenmedi. Editör bu açıdan da bakabilir.*

Öneri

- *Minör Revizyon*

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi:

Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Öz

Hız. Peygamber hayatta iken sahabe her meselenin çözümünü için onun bizzat kendisine, vefatından sonra da Kur'an ve Sünnete başvurdular. Söz konusu iki kaynaktan hükümünü bulamadıkları konularda ise içtihatlarla bulunarak hüküm çıkardılar. İctihat yapacak seviyede olmayanlar da dini konularda uzman olan kimselere başvurarak bilgi edindiler. Onlardan sonra gelen Müslümanlar da aynı yolu takip etmeye devam ettiler. Daha sonra ise fetva kitapları hazırlandı ve bu eserlerden, fetvanın yanı sıra kazâ konusunda da istifade edilmeye başlandı. İslam hukukunun kanunlaştırılma teklifi her ne kadar İbn Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından çok erken bir dönemde yapılmışsa da bu teklif gerçekleşmemiş ve kanunlaştırma faaliyeti çok geç başlamıştır. Öyle ki İslam dünyası kanunlaştırma konusunda batıdan geride kalmıştır. On dokuzuncu asırda Fransız ihtilalinden sonra Batı dünyasında başlayan kanunlaştırma faaliyetleri İslam dünyasını da etkilemiş ve bunun sonucunda İslâm dünyasında da kanunlaştırma hareketi görülmeye başlamıştır. Osmanlı Devleti tarafından başlatılan bu faaliyetler İslâm dünyasındaki kanunlaştırma faaliyetine öncülük etmiş, daha sonra diğer İslâm ülkelerinde de kanunlaştırma faaliyetleri devam etmiştir. Mecelle ve Hukûk-ı Âile Kararnâmesi gibi Osmanlı'nın hazırladığı kanunlar, hâkim olduğu ülkelerin birçoğunda yürürlüğe konulmuş, Türkiye Cumhuriyeti'nde mülga ilan edildikten sonra da diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bunların yanı sıra Osmanlı hakimiyeti sınırları dışında kalan Afganistan gibi İslam ülkelerinin hukukunu da doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiştir. Bu makalede Osmanlı hukukunun Afgan hukukuna olan etkisi ceza hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı, Afganistan, hukuk, etkileşim.

The Effect of Ottoman Law on The Afghan Law: In the Example of Penal and Civil Law

Abstract

While the Prophet was alive, the Companions had consulted to him personally for the solution of every religious matter and to the Qur'an and Sunnah after his death. On the issues that they could not find information in the two sources mentioned, they have made judgments by making ijtihad. Those who were not at the level to make ijtihad obtained information by consulting to people who were experts in religious matters. The Muslims who came after them continued to follow the same path. Later on, fatwa books were prepared and these works began to be used in the field of qada as well as fatwa. Although the proposal for codification of Islamic law was made by İbn Mukaffa' (d. 142/759) at a very early period, this proposal was not realized and the act of codification started too late. So much so that the Islamic world has lagged behind the West in legalization. The codification activities that started in the modern western world after the French Revolution in the nineteenth century also affected the Islamic world, and as a result, the codification activities began to appear in the Islamic world too. These activities, initiated by the Ottoman State, pioneered the codification activity in the Islamic world, and then codification activities continued in other Islamic countries. Laws prepared by the Ottoman State, such as al-Majalla al Ahkam al Adliyyah (The Ottoman Courts Manual) and the Family Law Decree continued to be in force in some other Islamic

Açıklamalı [Y1]: Eğer, çalışmada ilgili kanunlardan da örnekler verilerek ilgili benzerlik/etki gösterilirse, çalışmanın ilteratüre katkısı daha fazla olacaktır. Dipnotlarda yapıyor ancak metinde de yer alırsa daha iyi olacağı kanaatindeyim.

Açıklamalı [Y2]: "başvuruyorlardı" dense daha iyi olabilir.

Açıklamalı [Y3]: Makalede aşağıda da "1804'te Fransız Medeni Kanun'u, 1807'de Fransız Ticaret Kanun'u ve 1810'de Fransız Ceza Kanun'u yürürlüğe girmiştir." Dolayısıyla arada 30/40 yıllık bir zaman farkı var. Ayrıca İslam hukukunun kazuistik bir niteliği var dolayısıyla burada geri kalma ifadesi biraz uygun kaçmıyor gibi.

Sildi: çağdaş

countries a long time after they were declared abolished in Republic of Turkey. In addition, they affected directly or indirectly the law of Islamic countries such as Afghanistan that were never under Ottoman State's rule. In this article, the effects of Ottoman law on Afghan law will be discussed in the context of criminal law, family law and law of obligations.

Keywords: Islamic Law, Ottoman State, Afghanistan, codification movements, interaction.

Giriş

Sahabe döneminden itibaren müslümanlar meselelerin hukukî çözümlerini Kur'ân ve sünnetten öğrenmişlerdir. Hakkında nass bulunmayan konularda ise müçtehit âlimler içtihatlarla bulunarak hüküm çıkarmışlardır. Ebû Hanîfe'nin öğrencisi olan Ebû Yûsuf döneminden itibaren de mezhep mensupları karşılaştıkları meselelerde mezhebin ortaya koyduğu eserleri kaynak olarak kabul etmiş ve onu bir kanun gibi kullanmışlardır.¹ Daha sonra da klasik fıkıh kitaplarına göre daha pratik olan fetva kitapları hazırlanmış, fetvanın yanı sıra kazâ² konusunda da bunlardan istifade edilmiştir. İslam dünyasında modern anlamda kanunlaştırma (codification) teklifi ilk defa Abdullah b. Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından yapılmış, ancak bu teklif gerçekleşmemiştir. Batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır.³ 1804'te *Fransız Medeni Kanun'u*, 1807'de *Fransız Ticaret Kanun'u* ve 1810'de *Fransız Ceza Kanun'u* yürürlüğe girmiştir. Osmanlı Devleti, Batı'dan etkilenerek çağın şartlarına cevap verecek kanunların çıkartılmasının gerekli olduğunu hissedip 1840'ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine resmen başlamış ve 1850'de çıkarılan *Kanunnâme-i Ticaret*'le bu süreci devam ettirmiştir. *Alman Medeni Kanun'u* ile *İsviçre Medeni Kanun'u* ise 1900'de yürürlüğe girmiştir.⁴ Buna göre Osmanlı'da kanunlaştırmanın Batı'dan çok geç başlamadığını söylemek mümkündür. Zira görüldüğü gibi her ne kadar bazı Batı ülkelerine göre kanunlaştırmaya geç başlamışsa da diğer bazılarına göre erken harekete geçmiştir.

Daha önce her ne kadar muhtasar eserler ve fetva kitaplarının hazırlanması şeklinde nisbi bir kanunlaştırma gerçekleşmişse de medeni kanununda gerçek ve modern anlamda bir kanunlaştırma *Mecelle* ile başlamıştır.⁵ Bunu da Osmanlı Devleti'nin sonlarında çıkarılan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hâkimiyeti altında olan Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin ve İsrail gibi birçok ülkede uygulanmış, hatta *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* 1919 yılında ve *Mecelle* de Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda -mülga ilan edilmesine rağmen- diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı Devleti, kanunlaştırmadaki gelişmelerle diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, bunun sonucunda diğer İslam ülkeleri

Açıklamalı [Y4]: Bu teklif, günümüz modern anlamında anlaşılan bir kanunlaştırma teklifi miydi? Konuya bu açıdan da bakabiliriz.

Açıklamalı [Y5]: Özetle çok geç kaldığını belirtiliyordu, uyum açısından daha uygun bir şekilde ifade edilebilir.

Biçimlendirdi: Vurgulu

Açıklamalı [Y6]: Burada arazi kanunnamesi ile başladığını söylemek daha uygun olur. Bu konuda çok sayıda makale var.

¹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/294.

² Fetva ve kazânın ortak ve farklı yönleriyle ilgili detaylı bilgi için bk. Fahrettin Atar, "Fetva", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/487-488.

³ Muhammed Hamidullah Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)* (İstanbul: Akdem Yayınları, ts.), 36.

⁴ bk. Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri*, 38-44; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 140-141.

⁵ Mecelle hakkında detaylı bilgi için bk. Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

de kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır.⁶ Bunlardan biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hâkimiyetine girmediği halde kanunlaştırmada Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmiştir. Örneğin, ceza kanununda Osmanlı'nın 1858 tarihli *Ceza Kanunu* esas alınmıştır. Afganistan'da kanunlaştırma faaliyeti başlayınca önceden bu konuda tecrübeli oldukları için Osmanlı hukukçularından yardım alınmış,⁷ bazı Türk hukukçuları Afgan hukukçularla beraber 1921 tarihinde *Nizamnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununun oluşturulmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu da ister istemez Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine neden olmuştur. Aynı şekilde günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanun'un hazırlanmasında *Mecelle* ve *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*'nden istifa edilmesi, günümüze kadar kadıların *Afgan Medenî Kanunu*'nun yanı sıra *Mecelle* ve şerhlerinden de yararlanması, Osmanlı hukukunun Afgan hukukunu **etkilediğini açıkça göstermektedir**.

XXX

XXX

1. Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri

Osmanlı Devleti'nde başlangıçtan Tanzimat Dönemi'ne kadar İslam hukukundan ibaret olan şer'î hukuk ile padişahların emir ve fermanlarından ibaret olan örfî hukuk uygulanmıştır.⁸ Osmanlı Devleti, Batı'da başlayan kanunlaştırma faaliyetinden kısa bir süre içerisinde etkilenmiş ve Tanzimat Fermanı'yla birlikte Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma hareketi başlamıştır.⁹ 1804'te Fransa'da yürürlüğe giren Code Napoléon olarak da adlandırılan Fransız Medeni Kanunu'ndan sonra 1807'de Fransız Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Osmanlı'da ilk ceza kanunu 1840'te çıkarılmıştır. Bu ceza kanunu bir mukaddime, bir hâtime ve on üç fasıldan oluşmakta olup 40 maddeyi ihtiva etmekteydi. 1851'de söz konusu kanundaki boşlukları ve eksiklikleri¹⁰ tamamlamak üzere Kanûn-ı Cedid adlı ceza kanunu çıkarılmıştır. Bu da üç fasıl ve 43 maddeden oluşmaktadır. Bu kanunların her ikisinde de Batı hukukundan çok az istifade edilmiş ve dolayısıyla söz konusu kanunlar, yerli kanun kategorisinde yer almıştır. 1858'de Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı yeni bir ceza kanunu çıkarılmıştır. Bunun ilk ikisinden farklı olan tarafı, onların yerli-millî kanunlar olmasına karşın, bu kanunun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas edilerek hazırlanmış olmasıdır. Bu kanun bir mukaddime, üç bâb ve 264 maddeden oluşmaktadır. Diğerlerine göre daha kapsamlı olan söz konusu kanun, 1926'ya kadar yürürlükte kalmıştır. 1926'da 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok maddesinde değişiklik yapılmasıyla birlikte 2005'e kadar yürürlükte kalmıştır. 01.05.2005 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin halihazırda yürürlükte olan yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir.¹¹

Ceza kanunu yanında, 1840'de Kanunnâme-i Ticâret-i Berriye, 1850'de Kanunnâme-i Ticaret,

Sildi: etkilemesine yol açmıştır.

Açıklamalı [Y7]: Bu bölümde çalışmanın amacı, ve makalenin içeriği hakkında da kısaca bilgi verilebilir.

Açıklamalı [Y8]: Giriş bölümünde yine makaleyle ilgili bir literatür çalışması yapmak uygun olur. Daha önce bu konuda (ya da benzeri mukayeseli çalışmalar konusunda) çalışmaların olup olmadığı varsa kısaca değerlendirilmeleri yapılabilir.

Açıklamalı [Y9]: Konumuz Osmanlı'da kanunlaştırma hareketleri olduğundan bunu dipnotta söylemek daha uygun olur.

Sildi: Yine

⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 299; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007), 459.

⁷ Hazretgul Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî* (Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011), 62.

⁸ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 69-70, 72, 456-457.

⁹ Musa Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları", *Tarih Okulu* 14 (2013), 164.

¹⁰ Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 169-170.

¹¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/238-242; Koca-Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku*, 36-37; Saniy, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma", 13-15.

1858'de Arazi Kanunnâmesi, 1861'de Usûl-i Muhâkeme-i Ticâret Nizamnâmesi, 1863'te Ticâret-i Bahriye Kanunnâmesi, 1869-1876 yılları aralarında *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 1876'de Kânûn-ı Esâsi, 1879'da Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanûnu, Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanunları, 1880'de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati, 1881'de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanûnu, 1915'te Nafaka Kanunu ve en sonunda da 1917'de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* ve Usûl-i Muhâkeme-i Şer'iye Nizamnâmesi çıkarılmıştır.¹²

Bunların bir kısmı **tamamen** yerli-millî kanunlar iken bir kısmı Batı hukukundan iktibas yoluyla hazırlanmıştır. Diğer bir kısmı ise millî kanunlarla Batı kanunlarından istifade edilerek hazırlanan karma kanunlardır.¹³ Osmanlı Devleti'nin çıkarttığı kanunlardan *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin günümüze kadar Lübnan'da yürürlükte kaldığı¹⁴ *Mecelle*'deni ise Filistin¹⁵ ve Afganistan gibi ülkelerde istifade edildiği, geri kalan diğer kanunların tamamının ilga edildiği bilinmektedir.

2. Afganistan'da Kanunlaştırma Hareketi

Daha önce Horasân'ın bir parçası olan ve günümüzde Afganistan'ın sınırları içerisinde yer alan bölgelerde, İslam dininin kabul edilmesiyle beraber fıkıh kitapları, daha sonra ise fıkıh kitaplarının daha pratik şekli olan fetva kitapları hazırlanmış ve yargı sisteminde kullanılmaya başlanmıştır. Bununla beraber zaman zaman fermanlar ve bazı düzenlemeler de çıkarılarak uygulanmıştır. Selçuklular döneminde vezir olan Nizâmülmülk'ün (öl. 485/1092) tavsiyesi üzerine, 1072-1092 yılları arasında Büyük Selçuklu hükümdarı olan Sultan Melikşâh (öl. 485/1092) tarafından 485/1092 yılında bir fetva kitabı hazırlanmış ve ona nispetle söz konusu kitaba *el-Mesâilü'l-Melikşâhiyye fi'l-kavâidi ş-şer'iyye* adı verilmiştir.¹⁶ Yine Gazneli Mahmut (öl. 421/1030)¹⁷ döneminde Encümen-i Ulemâ adında âlimlerden oluşan bir heyet tarafından *Fetâvâ-yı Sultânî* isiminde bir fetva kitabı telif edilmiştir.¹⁸

Bâbürlüler döneminde Sultan Evrengzîb Âlemgîr'in (1658-1707) emriyle bir heyet tarafından *el-Fetâvâ'l-Hindîyye/el-Fetâvâ'l-Âlemgîriyye* adlı eser telif edilmiştir.¹⁹ Daha sonra Afganistan'ın ilk kurucusu sayılan Ahmed Şah Abdâlî (1747-1773)²⁰ döneminde bir yandan *Fetâvâ-yı Ahmed Şâhî* adlı bir fetva kitabı hazırlanmış, diğer yandan da birçok ferman çıkarılmıştır. Ahmed Şâh'ın 16 maddelik bir yasa çıkarmış olduğu da bilinmektedir. Bu gelenek daha sonraki dönemlerde de devam etmiştir.²¹ 1863-

Açıklamalı [Y10]: Aslında bu "iktibas" ile aynıdır. Ceza kanun-
unad olduğu gibi Osmanlı olduğu gibi almamakta ve bir anlamda re-
vize ederek almaktaydı. Ya da burada hangilerinin hangi kategoriye
girdiği belirtilebilir.

Açıklamalı [Y11]: Sadece Lübnanda yürürlükte kalmıyor, en azın-
dan etkilemiş olan uzun süre uygulanan diğer ülke isimleri de burada
zikredilebilir.

Açıklamalı [Y12]: Hukuki düzenlemelerle ilgili mi bu fermanlar?
Öyleyse belirtilebilir.

¹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 456-462; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 36; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 137-149.

¹³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 457-462; Ercüment [Ercüment] Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi", *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 13-26; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165.

¹⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2014, 1/297; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 148.

¹⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234.

¹⁶ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2008), 150.

¹⁷ Erdoğan Merçil, "Mahmûd-i Gaznevî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/362-365.

¹⁸ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", *Sâlnâme-yi Afganistan* 43 (1977-1976), 741.

¹⁹ Ahmet Özel, "el-Âlemgîriyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/365.

²⁰ Mir Muhammed Siddik Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr* (Meşhed: İntişarat-ı Durîhîş, 1992), 1/113-156; Mehmet Saray, "Ahmed Şah Dürrânî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1989), 2/133-134.

²¹ İzzüddin Vekîlî Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Avâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet* (Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991), 66.

1867, 1868-1878 yılları aralarında Afganistan'da hükümdar olan Emîr Şîr Ali Han²² döneminde Kadî Abdulkadir adlı bir âlim tarafından *Fetâvâ-yi Emîrî/Teşrîhu'l-cerâim* adlı fetva kitabı telif edilmiştir.²³ 1880-1901 yıllarında Afganistan hükümdarı olan Emîr Abdurrahman Han (öl. 1901)²⁴ döneminde 50 kişiden oluşan bir heyet tarafından 5 cilt şeklinde *Sirâcü'l-ahkâm fî muâmelâti'l-İslâm* adlı bir fetva kitabı yazılmıştır. Ayrıca Mevlevî Ahmed Can tarafından mezhep içindeki ihtilafların çözümlemesi için kaideler ve yargılara klavuz (usûl) mahiyetinde *Esâsü'l-Kudât* adlı bir kitap telif edilmiştir.²⁵

1919-1929 yılları arasında Afgan kralı olan Emânullâh Han²⁶ döneminde modern anlamda ilk defa kanunlaştırma hareketi başlamıştır. Emânullah Han, kayınpederi ve aynı zamanda müsteşarı olan Mahmut Tarzî ile beraber, kanunlaştırma başta olmak üzere birçok alanda reform planları hazırlamıştır.²⁷ 1921 yılında şer'î meseleleri düzenlemek için; birinci cildi medeni kanun, ikinci cildi ceza kanunundan ibaret olan *Temessükü'l-Kudât-i Emânîyye* ve ta'zîr cezaları için de *Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı kanun hazırlanmıştır. İlk defa anayasanın da çıkartıldığı bu dönemde nizamnâme adlı toplam 69 adet kanun çıkarılmıştır. *Temessükü'l-kudât* adlı eserde Haneffî mezhebi esas alınırken diğer kanunların da şeriata aykırı olmaması dikkate alınmıştır. Örneğin, Emânullah'ın dinî müsteşarı olan ve *Temessükü'l-Kudât* adlı eserin de müellifi olan Abdolvâsi Kandeherî, 1921 yılında çıkarılan *Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ilk ceza kanununun sonunda, söz konusu kanun maddelerinin İslam şeriatına uygun olduğunu yazarak mühürlemiştir.²⁸ Buna rağmen dönemin âlimleri ta'zîr cezalarının kanunlaştırılmasına karşı çıkmış²⁹ ve ta'zîr cezalarının kadıların yetkisini sınırlandıracağını da buna gerekçe olarak göstermişlerdir. Buna karşın Emânullah Han, bunun caydırıcılık açısından daha etkili olacağını öne sürerek ısrar etmiş ve sonunda kanun çıkarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bazı insanlar, kanunu şeriatın alternatifi ve zıddı olarak görmüşlerdir. Bu ve benzeri sebeplerle ilk dönemlerde çıkarılan bütün kanunlar, nizamnâme ya da usûlnâme olarak adlandırılmıştır.³⁰ Ancak kanunların nizamnâme olarak adlandırılması da buna çözüm olamamış, buna karşı olan bazı âlimler bir eline Kur'ân diğer eline nizamnâme alıp halka, "Bunların hangisini tercih edersiniz?" şeklinde sorular sorarak onları dönemin kralına karşı kıskırtmışlardır.³¹

Açıklamalı [Y13]: Kanunun birisi italic diğeri değil, bu anlamda bütünlük açısından birisi tercih edilebilir.

Biçimlendirdi: Vurgulu

Biçimlendirdi: Vurgulu

Biçimlendirdi: Vurgulu

²² Emîr Şîr Ali Han ile ilgili detaylı bilgiler için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/315-379; Abdul Metin Çelikkbilek, "Afganistan Emîri Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları", *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.

²³ Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 34.

²⁴ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/381-436; Mehmet Saray, "Abdurrahman Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1/163.

²⁵ Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan*, 369, 413-414; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 36.

²⁶ Emânullah Han ile ilgili bilgi için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/483-560; Mehmet Saray, "Emânullah Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/84-85.

²⁷ Muhammed İbrahim Atâî, *Nigâh-i Muhtasar be Târih-i Mu'asır-ı Afganistan*, çev. Jamilurrahman Kamgar (Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005), 246-247.

²⁸ Hazretgul Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan* (İntişârât-ı Saîd, 2009), 125.

²⁹ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁰ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", 741; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 56.

³¹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/514; Zahir Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*, thk. Muhammed İbrahim Şeriatî Afganistanî (Tahran: İrfan, 2005), 45; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 128.

1924 yılında ise Loya Cirge³² Emânullah Han'a baskı yaparak onun ta'zir cezalarıyla ilgili ni-zamnâmeleri ilga edip kadınlara, suçluya yüzünü asmaktan idama kadar olan yetkiyi geri vermesini³³ ve Fetâvâ-yı Emâniyye adlı bir fetva kitabı hazırlanmasını³⁴ temin etmişlerdir.

1962 yılında yine Afganistan'da ceza kanunu ile medeni kanununun taslağı hazırlanmıştır. Bu kanunlar Mısırlı hukukçular tarafından hazırlanmış ve Afgan hukukçularının inceleme ve kontrolün-den sonra 1976 yılında ceza kanunu, 1977 yılında ise medeni kanun yürürlüğe girmiştir.³⁵ Medeni ka-nun Hanefî fıkhnâ göre hazırlanırken ceza kanununun birinci maddesinde de bu kanunun ta'zir ce-zalarıyla ilgili olduğu, had, kısas ve diyetin Hanefî fıkhnâ göre düzenleneceği belirtilmiştir. Söz ko-nusu ceza kanunu 2018 yılında yenilenirken medeni kanun yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Afga-nistan tarihinde bütün kanunlar Hanefî fıkhnâ esas alınarak hazırlanırken 2008'de ilk defa ülkede bulu-nan Şiî vatandaşlar için, Caferî fıkhnâ dayalı "Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu" diye 236 maddelik bir kanun çıkarılıp yürürlüğe konmuştur.³⁶ Böylece medeni hukuk ile ilgili davalarda Ha-nefîler için 1977 tarihli medeni kanun, Caferîler için ise 2008 tarihli "Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-i Ehl-i Teşeyyu" adlı kanun esas alınmaktadır.³⁷

3. Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi

Kanunlaştırmaya Osmanlı'dan sonra başlayan Afganistan, bu konuda Osmanlı hukukunu ör-nek almış ve ondan etkilennmiştir.³⁸ Burada örnek olarak ceza hukuku ile medeni hukuktan, aile ve borçlar hukukunu ele alacağız. Bu üçün seçmemizin sebebi, bunların en bariz etkilenen kanunlar ol-masıdır.

3.1. Ceza Hukukunda

Afganistan'da kanunlaştırma faaliyetlerinin başlangıcında cezalar iki kategoride ele alınmıştır. Had, kısas, diyetlerle ilgili suç ve cezalar ayrı, ta'zir cezaları ise ayrı kategoride kanunlaştırılmıştır. 1921 yılında modern anlamda Afganistan'da ilk kanunlaştırma başladığında had, kısas ve diyetle ilgili hükümleri düzenlemek için *Temessikü'l-Kudâti'l-Emâniyye* adlı kanun çıkarılırken, ta'zir cezalarının düzenlenmesi için Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî adlı ayrı bir kanun da çıkarılmıştır. Birincisi tama-men Hanefî fıkhnâ kitaplarından müftâ-bih görüşlerden oluşurken ikincisinde kanunun İslam huku-kuna aykırı olmaması dikkate alınmıştır.

Açıklamalı [Y14]: Eğer mümkünse bu kanunların içerikleri hakkında da dipnotlarda da olsa bilgi vermek güzel olur.

Açıklamalı [Y15]: Makalede, Afganistan Kanunlaştırma ha-rekellerinin amilleri, tazir cezalarını içeren nizamnamelerin ip-taline götüren sebepler hakkında biraz daha ayrıntıya yer vere-bilir.

³² "Loya Cirge, Peştuca büyük anlamında 'loya' ve toplantı ve şûra anlamında 'cirge' kelimelerden oluşmakta olup sözlükte 'büyük şûra' demektir. Terim olarak da 'Afganistan'da yeni anayasayı onaylamak veya anayasadaki bir kanunu değiştirmek, cumhurbaşkanını yargılamak ve ülkenin bağımsızlığı, millî hâkimiyeti, toprak bölünmezliği ve büyük maslahatları ile ilgili konular hakkında karar vermek için oluşturulan geçici bir şûrayı ifade eder. Bu şûra, Afganistan'da halkın iradesinin en yüksek göstergesi olarak belirtilmiştir. Loya Cirge; milletvekilleri, bütün il ve ilçe şûra temsilcilerinden oluşur. Bakanlar, yüce divan ve başsavcılığın başkanı ve üyeleri de oy hakkı olmaksızın katılabilirler. Karar ise çoğunluğun oyu ile verilir. bk. 2004 tarihli Afganistan Anayasası, md.110-115." Mehtarkhan Khwajamir, Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması, 138.

³³ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁴ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 124.

³⁵ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

³⁶ Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu (KAŞET), *Resmî Ceride* 988 (27 Temmuz 2009).

³⁷ Afganistan'daki kanunlaştırma hareketi ile ilgili detaylı bilgi için bk. Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015), 14-126.

³⁸ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 63.

Afgan ceza kanununa da Osmanlı ceza kanunları öncülük etmiştir. 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanması için Osmanlı kanunlaştırmaları konusunda bilgi sahibi olan hukukçulardan yardım alınmıştır.³⁹ Nitekim kanunlaştırmayla görevli şûrada, Bedri Bey (öl. 1923) ve Ahmed Cemal Paşa (öl. 1922)⁴⁰ Afgan hukukçularla beraber üye olarak yer almış ve onlara yol göstermiştir. Bedri Bey, 72 adet kanunu Türkçeden Farsçaya tercüme etmiştir. Bunların, o dönemde çıkarılan nizamnâmeler için esas teşkil etmeleri,⁴¹ Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine sebep olmuştur.

Afganistan'da çıkarılan ilk ceza kanunu ve modern anlamda ilk kanun diyebileceğimiz 1921 tarihli ve Nizamnâme-yi Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bu kanun daha sonra çıkan diğer ceza kanunlarına da kaynaklık etmiştir. Hatta bazı maddeleri olduğu gibi Farsçaya tercüme edilerek 1921 tarihli kanuna yerleştirilmiştir. Örneğin; 1858 tarihli kanunun birinci maddesi Farsçaya tercüme edilerek olduğu gibi 1921 tarihli Afgan ceza kanununda düzenlenmiş ve sadece sonunda had, kısas ve diyet ile ilgili meselelerde Temessükü'l-kudât'a göre hüküm verileceği eklenmiştir.⁴² Aynı şekilde her iki kanunun ikinci maddeleri de aynıdır. Sadece 1858 tarihli kanunda suçların tasnifi; cinayet, cünha ve kabahat şeklinde sıralanırken 1921 tarihli nizamnâmede sıralama tam tersi şekliyle kabahat, cünha ve cinayet şeklinde yapılmıştır.⁴³ Bunun dışında birçok maddesi ya aynıdır veya az bir farklılıkla birbirine yakın maddelerdir. Burada aynı olan maddelerden tablo şeklinde birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Birbirine yakın olan maddelerlerin ise sadece numaralarını zikredeceğiz.

Tablo 1. Her iki kanunda aynı olan maddeler:

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu
Maddeleri	Maddeleri
1 ⁴⁴	1 ⁴⁵
2 ⁴⁶	2 ⁴⁷

Açıklamalı [Y16]: Literatür'deki adı Dari, o dönemde de Dari mi kullanılıyordu Farsça mı buna göre kullanılması uygun olabilir.

Açıklamalı [Y17]: Tablo biraz daha anlaşılır olabilir. Aynı olmayıp da benzer olarak maddelere de yver verilebilir.

³⁹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/531.

⁴⁰ Hayatı ve faaliyetleri ile hakkında bilgi için bk. M. Şükrü Hanoğlu, "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1993), 8/305-307.

⁴¹ Abdullhay Habîbî, *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşim Bahramî (Kabil: Devleti Matbaa, 2005), 27; Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst*, 44.

⁴² Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, (1858) md. 1; Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umûmî, (1921) md. 1.

⁴³ Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, md. 2; Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umûmî md. 2.

⁴⁴ Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine vukû bulan cerâimin icra-yı mecâzâtı devlete âid olduğu gibi bir şahıs aleyhinde vukû bulan cerâimin âsâyîş-i umûmiyey-i ihlal eylemesi ciheti dahi kezâlik devlete âid olduğundan, tayin ve icrası şer'an emr-i ülü'lemre âid olan ta'zîrin tayin-i derecâtı dahi işbu kanunnâme mütekeffil ve mütezammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuku şahsiyyeye hâlel gelmeyecektir.

⁴⁵ "Doğrudan doğruya hükümetin alyhine işlenen suçların cezalarının uygulanmasın devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhine işlenen suçların, şerî ve siyasi tazîr cezasının derece ve sınırlarının belirlenmesi de devlet tarafından olur. Binaen aleyh, ölçüsü ülü'l-emrin görüşleriyle belirtilmiş olan söz konusu iki çeşit ceza için bu nizamnâme tanzim edilmiştir. Kısas, had ve diyet ile ilgili suçlarını kapsadığı için bu nizamnâme şerî hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu nizamnamenin içerdiği maddeler şeriata mutabıktır. Temessükü'l-kudât adlı eserin ceza ile ilgili bölümü bu nizamnâmeden sayılır".

⁴⁶ "Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır".

⁴⁷ "Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır".

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu
Maddeleri	Maddeleri
18 ⁴⁸	13 ⁴⁹
13 ⁵⁰	20 ⁵¹
42 ⁵²	26 ⁵³
48 ⁵⁴	32 ⁵⁵
52 ⁵⁶	37 ⁵⁷

Aynı şekilde 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 16, 19, 55, 56 ve 57. maddeleri 1921 tarihli Afgan Ceza Kanunu'nun sırasıyla 12, 14, 41, 44 ve 45. maddeleri birbirine çok yakın olan maddelerdir.

Bazı konularda, özellikle de devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçlarda, 1921 tarihli Afgan Ceza Kanun'unda yer alan cezaların 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanun'unda yer alan cezalardan daha ağır olduğu görülmektedir. Söz konusu Osmanlı Ceza Kanun'unda kendisi için hapis cezası belirtilen birçok suç için Afgan Ceza Kanun'unda idam cezası tayin edilmiştir.⁵⁸ Bunun, söz konusu dönemde Afganistan'da krallık sisteminin hâkim olması ve halkın ayaklanmasını bastırmak için meşruyet elde etme çabası olduğunu söylemek mümkündür.

3.2. Medeni Kanunda

3.2.1. Borçlar Hukukunda

İslam dünyasında borçlar, eşya ve şahıs hukuku alanında yapılan ilk kanunlaştırma *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* ile başlamıştır.⁵⁹ Tanzimat Dönemi'nden sonra borçlar hukukunun da kanunlaştırılması gündeme gelmiştir. Bazı aydınlar, Fransız Medeni Kanunu'nun tercümesi veya iktibas yoluyla borçlar

Sildi: M

Açıklamalı [Y18]: Burada Afgan ceza kanunu hazırlanırken, Osmanlı ceza kanunun da aslını oluşturan Fransız ceza kanununa bakılıp bakılmadığı ya da sadece Osmanlı ceza kanunuyla yetinilip yetinilmediği de belirtilebilir.

⁴⁸ “İdam cezasına müstahak olan karı, hamile olduğunu ledel-ifâde hamli tahakkuk ve kesb-i sübut eylediği takdirde, cezası vad'ı haml ettikten sonra icra olunur”.

⁴⁹ “İdam cezasına mahkum olan kadın şayet hamile ise, cezası çocuğunu doğurduktan sonra uygulanır”.

⁵⁰ “Devletin dahilen ya haricen asayişini ihlal edecek cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan eşhâs, kanunen tayin olunacak müddet-i cezaîyesini tekml ettikten sonra mutlaka zaptiye nezareti altına alınır”.

⁵¹ “Devletin iç ve dış güvenliğini ihlal eden cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan şahıslar, kanunda kendileri için belirtilen cezaları tamamladıktan sonra nezaret altına tutulur”.

⁵² “Bir kimse bir cürmi aslen rızası olmayarak mecburen işlemiş olduğu sabit olursa, kezâlik mecâzât-ı kanuniyeden ma'fû tutulur. Ancak bu babda muteber olan mecburiyet, cürmün derecâtına göre ol kimseyi ş'arı tühmetten bütin bütin berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyet ve kendusunun mukavemet edemeyecek bir zaruret olmak lazım gelup, ebeveynin evlada, efendinin hidmetkâra emri gibi ta'zim ve ihtirâmdan neş'et eden haller mecburiyetten addolunmaz”.

⁵³ “Bir kimsenin aslen rızası olmadığı halde mecburen bir suçu işlediği sabit olursa, cezadan muaf olur. Ancak bu konuda muteber olan mecburiyet, suçların derecelerine göre, birincisi o kimseyi tühmetten tamamen bütüyle berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyetin bulunması, ikincisi ise kendisinin mukavemet edemediğini ispatlaması lazımdır. Aksi takdirde ebeveynin çocuklarına, efendinin hizmetçisine emri gibi ta'zim ve saygıdan neş'et eden haller, mecburiyetten sayılmaz”.

⁵⁴ “Tebe'a-ı devlet-i aliyyeden her kim olursa olsun, saltanat-ı sefinenin düşmanlarıyla beraber olarak aleyhine silah tutar ise idam olunur”.

⁵⁵ “Afganistan'ın düşmanlarıyla ittifak kurup Afganistan devletinin aleyhine silah kaldırmak, idam cezasını gerektirir”.

⁵⁶ “Me'mûrîn ve hademe-i devlet ve sâireden her kim devlet aliyyenin ümûr-i mühimme-i politikasına dâir bir mükaleme-i hafiyesi ve mektûm ve hafî bir hareket-i askeriye tasmîmî serâiriye hasbü'l-me'mûriyye veya resmen vakıf olub da onu devletçe me'mûr ve me'zûn olmadığı halde ecnebi veya hud düşman bir devlet me'mûrlarına doğrudan doğruya veya bil-vâsita ifşa eder ise, idam olunur”.

⁵⁷ “Görevi gereği devletin herhangi bir siyasi ve askeri sırlarına vakıf olup ta söz konusu sırları devletin resmi bir izni olmadan düşmana ifşa etmek, idam cezasını gerektirir”.

⁵⁸ bk. Ceza Kanunânâme-i Humâyûnî md. 53; Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî, md. 35, 37.

⁵⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459.

kanununun oluşturulmasından yana olurken, Cevdet Paşa başta olmak üzere bazıları da yerli bir hukukun oluşturulmasının daha uygun olduğunu savunmuşlardır. Nihayet ikinci görüşü savunanların görüşleri uygun görülmüş ve böyle bir kanunun hazırlanması kararlaştırılmıştır. 1869-1876 tarihleri arasında *Mecelle*, Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki heyet tarafından İslam hukuku ve özellikle Hanefî mezhebi esas alınarak 16 bölüm ve 1851 maddeyi ihtiva edecek şekilde hazırlanmıştır. Hazırlık aşamasında da tamamlanan bölümler sırasıyla yürürlüğe girmiştir.⁶⁰

Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanan *Mecelle*'de Meşrutiyet döneminden 1926 tarihine kadar Avrupa kanunlarından ve Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplerden yararlanılarak⁶¹ tadil çalışmaları yapılmış; ancak söz konusu *tadil çalışmaları, batıdan iktibas edilerek kanunlaştırılmanın yapılacağına karar verildiği 1926 tarihinde* durdurulmuş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiştir.⁶² *Planlandığı şekilde* 1926 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti *Mecelle*'yi yürürlükten kaldırıp yerine İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul etmiştir.⁶³

Çok sayıda şerhi bulunan Mecelle birçok dile de tercüme edilmiştir.⁶⁴ *Mecelle*, alanında ilk olduğu için daha sonra diğer İslam ülkelerinde çıkan kanunlar için öncülük etmiştir.⁶⁵

Genelde Osmanlı hâkimiyeti altında bulunan ülkelerde uygulanan *Mecelle* de Osmanlı hâkimiyetine hiç girmemiş olan Afganistan'da da kısmen uygulanmış ve Afgan Medeni Kanunu'nu etkilemiştir. Nitekim yargı ve yargılama sistemiyle ilgili 04.03.1957 tarihli 279 maddelik "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) adlı kanunda bazı meselelerde *Mecelle*'ye göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶ Yine 22.12.1958 tarihli 264 maddelik "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Hukuk Muhakemeleri Usulü) adlı kanunda, kadıların kanundaki boşlukları *Mecelle* ile doldurmaları gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁷

07.08.1968 tarihinde, yargıda düzenlemeler yapmak ve yargı birliğini sağlamak amacıyla düzenlenen Mahkeme İl Başkanları Semineri'nde dönemin kâdıkudâtı olan Abdülhakim Zıyaî, kadıların hitaben, herkes tarafından kolayca anlaşılabilmesi için Muhammed Hâlid el-Attâsî ve oğlu Muhammed Tâhir el-Attâsî tarafından yapılan *Mecelle* şerhinin tercüme edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. 1971 yılında gerçekleşen ikinci seminerde ise söz konusu şerhin tercüme edilmesi kararlaştırılmış ve Adalet Bakanlığının öncülüğünde tercüme edilip kadıların istifadesine sunulmuştur.⁶⁸ Irak Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan, *Münirü'l-Kâdî* adlı *Mecelle* şerhinden günümüzde de kadılar istifade etmektedir.⁶⁹ Ayrıca *Mecelle*'de 8. madde olarak yer alan "beraet-i zimmet asıldır" şeklindeki külli fıkıh kaidesi Afganistan'da farklı tarihlerde çıkarılan anayasaların tümünde ve Afgan ceza kanununda yer

Sildi: daha sonra

Sildi: Farklı kişiler tarafından şerhi yapılan

Sildi: Prof. Dr.

⁶⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/19-20; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 174-176.

⁶¹ Karaman, *İslam Hukuku Tarihi*, 317.

⁶² Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234; Seda Örsen Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 29 (2011), 43-44.

⁶³ Karaman, *İslam Hukuku Tarihi*, 318.

⁶⁴ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234-235.

⁶⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/231.

⁶⁶ Bk. Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye, (1957) md. 83, 87, 93, 125, 138, 150, 174-175 vd.

⁶⁷ Hazretgul Hosâmî, "Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan", *Kaza* 1/2 (2004), 37.

⁶⁸ Hazretgul Hosâmî, "Mecelletü'l-Hukkâmî'l-Adliyye Av De-heğr Şerhi", *Kaza*, (ts.), 37-39; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 223-226.

⁶⁹ Hazretgul Hosâmî, "Kaza ve Kazavat der 'Ahdı Saltanat-ı 'Ala Hazret Zahir Şah", *Kaza* 7-8 (2004), 26-30.

almaktadır. Bunun yanı sıra diğer İslam ülkelerinde olduğu gibi şekil itibarıyla da *Mecelle* Afgan Medeni Kanun'u için örnek olmuştur.

Günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun hazırlanmasına 1961 yılında başlanmıştır. Afganistan hükümetinin talebiyle Mısır'dan iki hukukçu Afganistan'a gelmiş ve bir sene içinde söz konusu hukukçulardan biri medeni kanununu diğeri ise ceza kanununu tamamlamıştır. Söz konusu kanunlar, Afgan hukukçulardan oluşan komisyon tarafından gerekli inceleme ve düzeltmelerden sonra tercüme edilmiş, 2416 madde olarak 05.01.1977 tarihinde cumhurbaşkanının imzasıyla yürürlüğe konulmuştur.⁷⁰ Bir yandan *Mecelle*'nin maddelerinden istifade edilirken⁷¹ diğer yandan birçok Küllî Kaidesi tercüme edilip bu kanunun başına olduğu gibi yerleştirilmiştir. Burada 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda yer alan *Mecelle*'deki Küllî Kaidelerini tablo şeklinde göstereceğiz.

Sildi: m

Tablo 2. 1977 Tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda Yer Alan *Mecelle*'deki Küllî Kaideler

<i>Mecelle</i> maddeleri	1977 Tarihli Afgan Medeni Kanunu maddeleri
14 ⁷²	1 ⁷³
10 ⁷⁴	3 ⁷⁵
99 ⁷⁶	4 ⁷⁷
33 ⁷⁸	5 ⁷⁹
25 ⁸⁰	6 ⁸¹
30 ⁸²	7 ⁸³
22 ⁸⁴	784 ⁸⁵
27 ⁸⁶	785 ⁸⁷
26 ⁸⁸	786 ⁸⁹

⁷⁰ Hosâmî, "Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan", 18-22; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

⁷¹ Örneğin, *Mecelle*'nin 123, 202, 207, 214, 252, 281,296 vd. maddeleri ile Afgan Medeni Kanun'un sırasıyla 1124, 1041, 1056, 1059, 1070, 1115 ve 1118 maddeleri birbirinin aynısı veya birbirine yakın maddelerdir.

⁷² Mevrid'i nassda içtihadı mesâğ yoktur (Hakkında nass bulunan konuda içtihat yapılmaz).

⁷³ Kanun hükmünün bulunduğu konularda içtihat yapılmaz).

⁷⁴ "Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur" (Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir).

⁷⁵ "Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir".

⁷⁶ "Kim ki, bir şeyi vaktinden evvel ist'câl eder ise mahrumiyetiyle mu'ateb olur" (Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır).

⁷⁷ "Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır".

⁷⁸ "İztırâr gayrin hakkını iptâl etmez" (Zaruret, başkasının hakkını iptal etmez).

⁷⁹ "Zaruret hali, başkasının hakkını iptal etmez".

⁸⁰ "Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz" (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁸¹ "Zarar, kendi misliyle giderilmez".

⁸² "Def-i mefâsid celb-i menâf'den evlâ'dır" (Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten daha iyidir).

⁸³ "Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten önceliklidir".

⁸⁴ "Zarûretler kendi mikdârlarınca takdir olunur" (Zaruret sebebiye mubah olanlar, zaruret miktarı ölçüsünde değerlendirilir).

⁸⁵ "Zaruretlar kendi miktarı ölçüsünde değerlendirilir".

⁸⁶ "Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunur" (Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilebilir).

⁸⁷ "Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilir".

⁸⁸ "Zarar-ı âmmı def' için zarar-ı hâss ihtiyar olunur" (Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir).

⁸⁹ "Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir".

Mecelle maddeleri	1977 Tarihli Afgan Medenî Kanunu maddeleri
25 ⁹⁰	788 ⁹¹

3.2.2. Aile Hukukunda

Osmanlı'da İslam aile hukukunun kanunlaştırılması da Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ile başlamıştır. Bu kanun da aslında Mecelle'nin devamı ve **eksik noktaların** tamamlayıcısı niteliğindedir. Mecelle'de yer verilmeyen aile hukuku ayrı bir kanun şeklinde ele alınmıştır; ancak Mecelle çok erken dönemde hazırlanırken Hukûk-ı Âile Kararnâmesi Osmanlı'nın son döneminde (1917 yılında) hazırlanmış ve yine çok kısa bir süre sonra (1919 yılında) yürürlükten kaldırılmıştır. Münakehât (evlenme) ve müfârakât (boşanma) olmak üzere iki büyük başlık şeklinde ele alınan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi iki kitap, dokuz bab, yirmi bir fasıl ve 157 maddeden oluşmaktadır.⁹² Bu kanunda Müslümanların yanı sıra Ehl-i Kitap olan Yahudi ve Hristiyanların aile hukuku için de ayrı başlıklar halinde kanun düzenlenmiştir. Mecelle'den farklı tarafı ise Mecelle'nin hazırlanmasında sadece Hanefî mezhebi esas alınırken Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nde bazen diğer mezheplerin görüşlerinin⁹³ de tercih edilmiş olmasıdır.⁹⁴ Diğer mezheplerin görüşleri tercih etme sebepleri de tek tek açıklanmıştır.⁹⁵ Bu yönüyle de Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nin, 1953 tarihli Irak Medeni Kanun'u başta olmak üzere birçok kanunu doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiş olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Irak Medeni Kanunu'nda da tek bir mezhebe bağlı kalınmaksızın farklı mezheplerden istifade edilmiştir.⁹⁶

Açıklamalı [Y20]: Konuyu sadece Irakla sınırlandırmamak gerekir. Ürdün vb. Bir çok arap ülkesinde bu etkiyi görmek mümkündür.

Günümüzde hâlâ yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medenî Kanunu da yine bu yönüyle Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenmiştir. Mesela Hanefî fıkıhı esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkıhı dışına çıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Örneğin, Afgan Medeni kanunu'nda, yoksulluk nedeniyle nafakasını sağlayamayan kocaya karşı hanımının tefrik için mahkemeye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı konusu ile ikrah altında gerçekleşmiş olan boşanmanın geçerli olup olmadığı konusunda, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nde olduğu gibi⁹⁷ Maliki, Şafîî ve Hanbelîlerin görüşü tercih edilmiştir. Meşru bir mâzeret söz konusu olmadığı halde kocanın gâibliğinin tefrik sebebi sayılıp sayılmaması konusunda ise Hanbelî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Aynı mecliste verilen birden fazla talakın geçerliliği ve kaç talak sayılacağı konusunda, Zeydiye, İbn Teymiyye ve İbn Kayyım'ın görüşü tercih edilmiştir. Ayrıca evlilik yaşı için **de benzer şekilde**, Afgan Medeni Kanunu'nda evlilik yaşı erkekler

Sildi: meşhur dört fıkıh mezhebinde böyle bir sınırlama bulunmazken...

⁹⁰ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁹¹ “Zarara zarala karşılık vermek aynı şekilde zararı misliyle gidermek caiz değildir”.

⁹² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459-460; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294-295.

⁹³ Tercih edilen diğer mezhep görüşleri için bk. Orhan Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017), 12-13.

⁹⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 303.

⁹⁵ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 77-98.

⁹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/23-24.

⁹⁷ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 105.

için 18 ve kızlar için 16 olarak belirtilmiştir.⁹⁸ Yine Afgan Medeni Kanunu'nun Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenecek evlilik ve boşanmanın tescilini zorunlu hale getirdiğini görmekteyiz.⁹⁹ İslam miras hukukundaki dede yetimliği konusunda da, kişinin kendisinin hayatta olduğu zaman vefat eden çocuğunun çocuklarına vasiyeti de Afgan Medeni Kanunu'da "vacip vasiyet" başlığı altına ele alınmış ve vacip olarak kabul edilmiştir. 8 maddeyle düzenlenen bu meselede¹⁰⁰ dört fıkıh mezhebi tarafından kabul edilmeyen, İbn Hazm'ın görüşünün tercih edildiğini görmekteyiz.¹⁰¹

Sonuç

İslam dünyasında ilk kanunlaştırma hareketini Osmanlı Devleti başlatmıştır. 1840 tarihli ceza kanunu, *Mecelle* ve *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin çıkarılmasıyla Osmanlı Devleti İslam dünyasının kanunlaştırma hareketine öncülük etmiştir. Söz konusu kanunlar, bir yandan bazı İslam ülkelerinde uzun süre uygulanırken diğer yandan da yeni çıkan kanunlara kaynaklık ve rehberlik görevini üstlenmiştir. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan hiçbir zaman Osmanlı Devleti'nin egemenliği altına girmemesine rağmen Osmanlı hukukundan etkilenecektir. 1921 tarihli Nizâm-nâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda Osmanlı tarafından hazırlanan ve uzun zaman yürürlükte kalan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bazı maddeler her iki kanunda aynı olup sadece tercüme edilmiştir, bazı maddelerde ise çok az değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanmasında bizzat Türk hukukçular yer almış ve hazırlanmasında önemli rol oynamışlardır. Bu da Afgan Ceza Kanunu'nun Osmanlı Ceza Kanunu'ndan çokça etkileneceğine yol açmıştır. Afgan Medeni Hukuku da hem *Mecelle*'den hem de Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden, şekil ve muhteva açısından çokça etkilenecektir. Şekil açısından düşündüğümüzde; *Mecelle* İslam dünyasında İslam hukukunun kanunlaştırmasında ilk olduğu için Afgan hukukuna ve özellikle de medeni kanununa örneklik teşkil etmiştir. Muhteva açısından 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun *Mecelle*'de olduğu gibi Hanefî fıkıhı esas alınarak hazırlanmış olması buna örnek olarak gösterilebilir. Afganistan'da modern anlamda ilk kanunlaştırma başladığında, çıkarılan bazı kanunlarda birçok meselede *Mecelle*'nin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine *Mecelle* şerhlerinin tercüme edilerek mahkemelerde kullanılması kararlaştırılmış ve günümüze kadar da mahkemelerde kadılar tarafından *Mecelle* ve şerhlerinden istifade edilmeye devam edilmiştir. Aynı şekilde Afgan Medeni Kanun'u, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden de etkilenecek, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde olduğu gibi bu kanunda da bazı konularda Hanefî mezhebinin hatta dört meşhur fıkıh mezhebinin dışına çıkmıştır.

Açıklamalı [Y21]: Burada ilgili makalelere de atıfta bulunulabilir.

Sildi: Dede vasiyeti ile bilinen

Açıklamalı [Y22]: Osmanlıda bu yönde bir kanunlaştırma hareketi görmüyoruz.

Açıklamalı [Y23]: Etkinin mahiyetinin niteliği ve keyfiyeti burada daha açık bir şekilde belirtilebilir. Bu yönden sonuç bölümü biraz eksik gözüküyor.

⁹⁸ Konuların detayları ve kaynakları için bk. Mehtarkhan Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 379-381.

⁹⁹ Çeker, *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*, md. 37; Afgan Medeni Kanun'u, md. 48.

¹⁰⁰ Afgan Medeni Kanunu, md. 2182-2189.

¹⁰¹ Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdülğaffâr Süleymân el-Bendârî (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002), 8/353.

Kaynakça

- Ağırakça, Muhammed Hamidullah. *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örenği)*. İstanbul: Akdem Yayınları, ts.
- Atâî, Muhammed İbrahim. *Nigâh-i Muhtasar be Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*. çev. Jamiluurahman Kamgar. Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005.
- Atar, Fahrettin. "Fetva". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/486-496. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007.
- Çeker, Orhan. *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017
- Çelikkbilek, Abdul Metin. "Afganistan Emirî Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları". *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (Aralık 2017), 94-110.
- Çolak, Abdullah. *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018.
- Esirgen, Seda Örsten. "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?". *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 31-48.
- Ferheng, Mir Muhammed Siddîk. *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*. Meşhed: İntişarat-ı Durihşîş 1992.
- Gümüş, Musa. "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları". *Tarih Okulu* 14 (2013), 163-200.
- Habîbî, Abdulhay. *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*. ed. Muhammed Haşim Bahrami. Kabil: Devleti Matbaa, 2005.
- Hanioğlu, M. Şükrü. "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 8/305-307. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Hosâmî, Hazretgul. "Kazâ ve Kazâvet der 'Ahdu Saltanat-ı 'Ala Hazret Zâhir Şâh". *Kazâ* 7-8 (2004), 1-30.
- Hosâmî, Hazretgul. "Mecelletü'l-Hukkâmî'l-Adliyye Av De-heğî Şerhi". *Kazâ* (2009). 41-52.
- Hosâmî, Hazretgul. *Revend-i Sistem-i Kânûn-guzârî*. Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011.
- Hosâmî, Hazretgul. "Tarihçe-yi Kazâ ve Kazâvat der Afganistan". *Kazâ*, 1-2 (2004).
- Hosâmî, Hazretgul. *Tarih-i Kazâ Der Afganistan*, yy.: İntişârât-ı Saîd, 2009.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed el-Endelusi. *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî. 12 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Fîkr, 1424/2002.
- Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukuku Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.
- KAŞET, Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu. *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009). Erişim 6 Ocak 2022.
- http://old.moj.gov.af/Content/files/OfficialGazette/0901/OG_0988.pdf
- Khvajamir, Mehtarkhan. "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 369-382.
- Khvajamir, Mehtarkhan. *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015.
- Kılıç, Muhammed Tayyib. *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.

- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Merçil, Erdoğan. “Mahmûd-i Gaznevî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 27/362-365. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Özel, Ahmet. “el-Âlemgîriyye”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm ansiklopedisi*. 2/365-366. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Popelzai, İzzuddîn Vekîlî. *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Evâil-i 'Ahd-i İslâm tâ 'Ahd-i Cumhuriyet*. Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991.
- Saray, Mehmet. “Abdurrahman Han”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 1/163. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Saray, Mehmet. “Ahmed Şah Dürrânî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/133-134. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Saray, Mehmet. “Emânullah Han”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 6/84-85. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Sarıay, Ercimet. “Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi”. *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.
- Tanîn, Zahir. *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*. thk. Muhammed İbrahim Şerî'atî Afganistanî. Tahran: İrfan 2005.
- Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu, Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî. (1858).
- Afganistan Kültür ve İnfomasyon Bakanlığı Yıllık Bülteni. *Sâlnâme-yi Afganistan* “Nazari be Seyr-i Kânûn-guzârî Der Afganistan”. 43 (1976,1977). 741-771.
- Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî. Kabil: Matbaai Sengi-yi Mâşînhane-i Dârü's-saltanat 1921.
- Usulnâme-i İdarî-yi Mehâkim-i Adliye 1957.

Editörlük Kararı

Ad Soyad: [REDACTED]

Rol: Alan Editörü

E-posta: [REDACTED]

Kurum: A [REDACTED] ÜNİVERSİTESİ

Karar Tarihi: 06-03-2022

Yazara Not: Sayın Yazar; Hakem raporları doğrultusunda karar oluşturulmuş ve hakem raporları tarafınıza sunulmuştur. Makalenizi raporlar doğrultusunda tashih etmenizi, tashihlerin editör ve hakem tarafından takip edilebilmesi için Word dosyasında "Değişiklikleri İzle" özelliğini aktif etmenizi veya Kırmızı Font kullanmanızı istirham ederiz.

Karar: Minör Revizyon

Revizyon Dosyası
Author's Revision Files

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Mehterhan Furkani

Doç. Dr., Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

Assoc. Prof., Aksaray University, Faculty of Islamic Studies,
Department of Basic Islamic Sciences

Aksaray/Turkey

mehterhan_4@windowslive.com

Cep:05556317193

ORCID: 0000-0002-4415-7830

Öz

Hız. Peygamber hayatta iken sahabe her meselenin çözümü için ona, vefatından sonra da Kur'ân ve Sünnete başvuruyorlardı. Söz konusu iki kaynakta hükmünü bulamadıkları konularda ise içtihat yoluyla hüküm çıkarıyorlardı. İctihat yapacak seviyede olmayanlar da dini konularda uzman olan kimselere başvurarak bilgi ediniyordu. Onlardan sonra gelen Müslümanlar da aynı yolu takip ettiler. Daha sonra telif edilen fetva kitaplarından, fetvanın yanı sıra kazâ konusunda da istifade edildi. İslam hukukunun kanunlaştırma teklii her ne kadar İbn Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından çok erken bir dönemde yapılmışsa da modern anlamda kanunlaştırma faaliyeti geç başlamıştır. Çağdaş batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır. Osmanlı Devleti Batı'dan etkilenerek 1840'ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine başlamıştır. İslam dünyasında medeni hukukunun kanunlaştırılması ise modern anlamda Mecelle ile başlamıştır. Bunu da 1917 tarihinde çıkarılan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hakimiyeti altında olan birçok ülkede uygulanmıştır. Hatta söz konusu iki kanun, günümüzde Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde bulunan bölgelerde ilga edildikten sonra da diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı, bu çalışmaları ile diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, daha sonra diğer İslam ülkeleri de bunları örnek alarak kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hakimiyeti altına girmediği halde kanunlaştırmada doğrudan veya dolaylı olarak Osmanlı hukukundan etkilenmiş ve Osmanlı hukukunu kendine örnek almıştır. Afganistan'da ilk ceza kanunu hazırlanırken, Osmanlı Devleti'nin 1858 tarihinde çıkardığı Ceza Kanunnâme-i Hümaynu adlı kanun esas alınmıştır. Sözü geçen Ceza Kanunnâme-i Hümaynu'nun bazı maddeleri ya olduğu gibi hiçbir değişiklik yapılmadan veya az bir değişiklik yapılarak 1921 tarihli Nizamnâme-i Cezâ-yı Umûmî adlı ceza kanununa yerleştirilmiştir. 1957 tarihli "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) ile 1958 tarihli "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Adlî Hukûkî Muhakimenin Uygulama Usulü) adlı kanunlarda bazı meselelerde Mecelle'ye göre hüküm verilmesi ve kadıların kanundaki boşlukları Mecelle ile doldurmaları gerektiği ifade edilmektedir. 1977 yılında yürürlüğe giren Afgan Medeni Kanunu'na baktığımızda, Mecelle ve Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilendiğini görmekteyiz. Aynı şekilde Afgan mahkemelerinde

günümüze kadar, Afgan Medenî Kanunu'nun yanı sıra Mecelle ve şerhlerinden istifade edilmektedir. Hanefî fıkıh esas alınarak hazırlanan Afgan Medenî Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkıh dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Bu makalede Osmanlı hukukunun Afgan hukukuna olan etkisi ceza hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı, Afganistan, Hukuk, Etkileşim

The Effect of Ottoman Law on The Afghan Law: In the Example of Panel and Civil Law

Abstract

While the Prophet was alive, the companions had consulted to him personally for the solution of every religious matter and to the Qur'an and Sunnah after his death. On the issues that they could not find information in the two sources mentioned, they have made judgments by making *ijtihad*. Those who were not at the level to make *ijtihad* obtained information by consulting people who were experts in religious matters. The Muslims who came after them continued to follow the same path. Later, fatwa books were prepared, and these works began to be used in the field of qada as well as fatwa. Although the proposal for the codification of Islamic law was made by Ibn al-Muqaffa' (d. 142/759) at a very early period, the act of codification started too late. The legalization activity in the modern western world started at the end of the 18th century and spread to the whole European continent in the 19th century. The Ottoman Empire, influenced by the West, started the act of codification in the modern sense with the Penal Code of 1840. The codification of civil law in the Islamic world started with *al-Majalla al Ahkam al Adliyyah* (The Ottoman Courts Manual). *Hukûk-i Aile Kararnamesi* (the Family Law Decree) which was issued in 1917, followed *al-Majalla* in the field of codification. These two laws, which were prepared based on Islamic law, were applied in many countries under the rule of the Ottoman Empire. Even these two laws continued to be in force in some other Islamic countries a long time after they were declared abolished in the Republic of Turkey. With these works, the Ottoman Empire became a pioneer for other Islamic countries, and later, other Islamic countries took these as an example and prepared and put into effect their civil laws. One of these countries is Afghanistan. Although Afghanistan was not under Ottoman rule, it was directly or indirectly influenced by Ottoman law in enacting and took Ottoman law as an example. While the first penal code was being prepared in Afghanistan, the penal code (Ceza Kanunnâme-i Hümâyun), which was enacted by the Ottoman Empire in 1858, was taken as a basis. Some articles of the aforementioned Ottoman Penal Code of 1958 were incorporated into the Afghan penal code of 1921 (Nizamnâme-i Cezâ-yı Umûmî), either as they are, with little or no change. It is stated that judges should be made according to *al-Majalla* and that the qadis should fill the gaps in the law with *al-Majalla* on some issues in the laws named "Usûlnâme-i İdâri-yi Mahâkim-i Adliye" (Administration of Judicial Courts Law) of 1957 and "Usûl-i İjraati Muhâkimât-ı Huqûqî-yi Adlî" (The Practice of Judicial Jurisdiction) of 1958. When we look at the Afghan Civil Code, which came into force in 1977, we see that it was influenced by the Majalla and the Ottoman Hukûk-ı Âile Kararnamesi (Ottoman Law of the Family Decree). In the same way, Majalla and its annotations have been used in Afghan courts in addition to the Afghan Civil Code until today. It is seen that in the Afghan Civil Code, which was prepared based on Hanafi fiqh, some issues were out of Hanafi fiqh and in this respect, the Ottoman Law of Family Decree was followed. In this article, the effects of Ottoman law on Afghan law will be discussed in the context of criminal law, family law and law of obligations.

Keywords: Islamic Law, Ottoman State, Afghanistan, Codification movements, Interaction.

Giriş

Sahabe döneminden itibaren müslümanlar meselelerin hukukî çözümlerini Kur’ân ve Sünnetten öğrenmişlerdir. Hakkında nass bulunmayan konularda ise müçtehit âlimler içtihat yoluyla hüküm çıkarmışlardır. Ebû Hanife’nin öğrencisi olan Ebû Yûsuf döneminden itibaren de mezhep mensupları karşılaştıkları meselelerde mezhebin ortaya koyduğu eserleri kaynak olarak kabul etmiş ve onu bir kanun gibi kullanmışlardır.¹ Daha sonra da klasik fıkıh kitaplarına göre daha pratik olan fetva kitapları hazırlanmış, fetvanın yanı sıra kazâ² konusunda da bunlardan istifade edilmiştir. İslam dünyasında kanunlaştırma (codification) teklifi ilk defa Abdullah b. Mukaffa’ (öl. 142/759) tarafından yapılmış, ancak bu teklif gerçekleşmemiştir. Batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır.³ 1804’te *Fransız Medeni Kanun’u*, 1807’de *Fransız Ticaret Kanun’u* ve 1810’de *Fransız Ceza Kanun’u* yürürlüğe girmiştir. Osmanlı Devleti, Batı’dan etkilenecek çağın şartlarına cevap verecek kanunların çıkartılmasının gerekli olduğunu hissedip 1840’ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine resmen başlamış ve 1850’de çıkarılan *Kanunnâme-i Ticaret*’le bu süreci devam ettirmiştir. *Alman Medeni Kanun’u* ile *İsviçre Medeni Kanun’u* ise 1900’de yürürlüğe girmiştir.⁴ Buna göre Osmanlı’da kanunlaştırmadan Batı’dan hemen sonra başladığını söylemek mümkündür. Zira görüldüğü gibi her ne kadar bazı Batı ülkelerine göre kanunlaştırmaya geç başlamışsa da diğer bazılarına göre erken harekete geçmiştir.

Daha önce her ne kadar muhtasar eserler ve fetva kitaplarının hazırlanması şeklinde nisbi bir kanunlaştırma gerçekleşmişse de medeni hukukta gerçek ve modern anlamda bir kanunlaştırma *Mecelle* ile başlamıştır.⁵ Bunu da Osmanlı Devleti’nin sonlarında çıkarılan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı’nın hâkimiyeti altında olan Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin ve İsrail gibi birçok ülkede uygulanmış, hatta *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* 1919 yılında ve *Mecelle* de Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda -mülga ilan edilmesine rağmen- diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı Devleti, kanunlaştırmadaki gelişmelerle diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, bunun sonucunda diğer İslam ülkeleri de kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır.⁶ Bunlardan biri de Afganistan’dır. Afganistan Osmanlı hâkimiyetine girmediği halde kanunlaştırmada Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenecektir. Örneğin, ceza kanununda Osmanlı’nın 1858 tarihli *Ceza Kanunu* esas alınmıştır. Afganistan’da kanunlaştırma faaliyeti başlayınca önceden bu konuda tecrübeli oldukları için Osmanlı hukukçularından yardım

¹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/294.

² Fetva ve kazânın ortak ve farklı yönleriyle ilgili detaylı bilgi için bk. Fahrettin Atar, “Fetva”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/487-488.

³ Muhammed Hamidullah Ağırakça, *Mısır’da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)* (İstanbul: Akdem Yayınları, ts.), 36.

⁴ bk. Ağırakça, *Mısır’da Kanunlaştırma Hareketleri*, 38-44; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 140-141.

⁵ Mecelle hakkında detaylı bilgi için bk. Mehmet Akif Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 299; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007), 459.

alınmış,⁷ bazı Türk hukukçuları Afgan hukukçularla beraber 1921 tarihinde *Nizamnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununun oluşturulmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu da ister istemez Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine neden olmuştur. Aynı şekilde günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanun'un hazırlanmasında *Mecelle* ve *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*'nden istifa edilmesi, günümüze kadar kadıların *Afgan Medenî Kanunu*'nun yanı sıra *Mecelle* ve şerhlerinden de yararlanması, Osmanlı hukukunun Afgan hukukunu etkilediğini açıkça göstermektedir.

Bu makalede önce sırasıyla Osmanlı Devleti ile Afganistan'daki kanunlaştırma faaliyeti hakkında kısaca bilgi verilecek ardından ise en çok etkilenmesi sebebiyle Afganistan'ın ceza ve medeni kanunlarının Osmanlı hukukundan etkilenmesi ile ilgili değerlendirilmeye yer verilecektir. Makalenin konu, başlığından anlaşıldığı üzere ceza ve medeni kanunları örneğinde Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna etkisidir. Bu da özellikle 1858'de *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu*, *Mecelle* ve *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* bağlamından ele alınacak, bunlar dışındaki etken sebeplere de değinecektir.

Bu alanda yapılan çalışmalara baktığımızda, konumuza en yakın olanın "Afgan Ceza Hukukunun Kaynakları"⁸ adlı çalışmanın olduğunu görmekteyiz. Ancak söz konusu çalışmada sadece Ceza kanununun genel olarak kaynakları ele alınmıştır. Bunun dışında konumuzla ilişkili olan: 16. Yüzyıl Osmanlı Hukukunun Kaynakları,⁹ Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları,¹⁰ Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi,¹¹ Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar,¹² Osmanlı Hukuk Sistemi'nde Fıkhın Belirleyiciliği (1509 No'lu Rize Şer'iyye Sicili Boşama Kayıtları Örneği)¹³ ve Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri¹⁴ gibi çalışmalar yapılmıştır.

1. Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri

Osmanlı Devleti'nde başlangıçtan Tanzimat Dönemi'ne kadar İslam hukukundan ibaret olan şer'î hukuk ile padişahların emir ve fermanlarından ibaret olan örfî hukuk uygulanmıştır.¹⁵ Osmanlı Devleti, Batı'da başlayan kanunlaştırma faaliyetinden kısa bir süre içerisinde etkilenmiş ve Tanzimat Fermanı'yla birlikte Osmanlı Devleti'nde modern anlamda kanunlaştırma hareketi başlamıştır.¹⁶ 1804'te Fransa'da yürürlüğe giren *Code Napoléon* olarak da adlandırılan Fransız Medeni Kanunu'ndan sonra 1807'de Fransız Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiştir.

⁷ Hazretgul Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî* (Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011), 62.

⁸ Mehtarkhan Khwajamir, Afgan Ceza Hukukunun Kaynakları, *İslam Hukuku Araştırma Dergisi*, 15 (2015), 299-314.

⁹ Şükrü Özen, 16. Yüzyıl Osmanlı Hukukunun Kaynakları, *Sahn-ı Semndan Dârülfünûn'a, Osmanlı'da İlim ve Fikir Dünyası (Alimler, Müesseseler ve Fikrî Eserler)* XVI. Yüzyıl, (İstanbul: İstanbul Bedediyesi, 2017), 21-24.

¹⁰ Said Nuri AKGÜNDÜZ, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları, *dergiabant (AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi)* 4/8 (2016), 1-16.

¹¹ Ercimet SARIAY, Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi, *BAYTEREK | Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.

¹² Recep CİCİ, Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8 (1999), 215-246.

¹³ Ümit Erkan-İlyas Yıldırım, Osmanlı Hukuk Sistemi'nde Fıkhın Belirleyiciliği (1509 No'lu Rize Şer'iyye Sicili Boşama Kayıtları Örneği) *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1 (2012), 241-259.

¹⁴ Adnan Koşum, Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri, *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7 (2004), 145-160.

¹⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 69-70, 72, 456-457.

¹⁶ Musa Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları", *Tarih Okulu* 14 (2013), 164.

Osmanlı'da ilk ceza kanunu 1840'te çıkarılmıştır. Bu ceza kanunu bir mukaddime, bir hâtime ve on üç fasıldan oluşmakta olup 40 maddeyi ihtiva etmekteydi. 1851'de söz konusu kanundaki boşlukları ve eksiklikleri¹⁷ tamamlamak üzere *Kanûn-ı Cedid* adlı ceza kanunu çıkarılmıştır. Bu da üç fasıl ve 43 maddeden oluşmaktadır. Bu kanunların her ikisinde de Batı hukukundan çok az istifade edilmiş ve dolayısıyla söz konusu kanunlar, yerli kanun kategorisinde yer almıştır. 1858'de *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu* adlı yeni bir ceza kanunu çıkarılmıştır. Bunun ilk ikisinden farklı olan tarafı, onların yerli-millî kanunlar olmasına karşın, bu kanunun 1810 tarihli *Fransız Ceza Kanunu*'ndan iktibas edilerek hazırlanmış olmasıdır. Bu kanun bir mukaddime, üç bâb ve 264 maddeden oluşmaktadır. Diğerlerine göre daha kapsamlı olan söz konusu kanun, 1926'ya kadar yürürlükte kalmıştır. 1926'da 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok maddesinde değişiklik yapılmasıyla birlikte 2005'e kadar yürürlükte kalmıştır.¹⁸

Ceza kanunu yanında, 1840'de *Kanunnâme-i Ticâret-i Berriye*, 1850'de *Kanunnâme-i Ticaret*, 1858'de *Arazi Kanunnâmesi*, 1861'de *Usûl-i Muhâkeme-i Ticâret Nizamnâmesi*, 1863'te *Ticâret-i Bahriye Kanunnâmesi*, 1869-1876 yılları aralarında *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 1876'de *Kânûn-ı Esâsi*, 1879'da *Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanûnu*, *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanunları*, 1880'de *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati*, 1881'de *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanûnu*, 1915'te *Nafaka Kanunu* ve en sonunda da 1917'de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* ve *Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îye Nizamnâmesi* çıkarılmıştır.¹⁹

Bunların bir kısmı tamamen yerli-millî kanunlar iken bir kısmı Batı hukukundan iktibas yoluyla hazırlanmıştır. Diğer bir kısmı ise millî kanunlarla Batı kanunlarından istifade edilerek hazırlanan karma kanunlardır.²⁰ Osmanlı Devleti'nin çıkarttığı kanunlardan *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin günümüze kadar Lübnan'da yürürlükte kaldığı²¹ *Mecelle*'den ise Filistin²² ve Afganistan gibi ülkelerde istifade edildiği, geri kalan diğer kanunların tamamının ilga edildiği bilinmektedir.

2. Afganistan'da Kanunlaştırma Hareketi

Daha önce Horasân'nın bir parçası olan ve günümüzde Afganistan'ın sınırları içerisinde yer alan bölgelerde, İslam dininin kabul edilmesiyle beraber fıkıh kitapları, daha sonra ise fıkıh kitaplarının daha pratik şekli olan fetva kitapları hazırlanmış ve yargı sisteminde kullanılmaya başlanmıştır. Bununla beraber zaman zaman fermanlar ve bazı düzenlemeler de çıkarılarak uygulanmıştır. Selçuklular döneminde vezir olan Nizâmülmülk'ün (öl. 485/1092) tavsiyesi üzerine, 1072-1092 yılları arasında Büyük Selçuklu hükümdarı olan Sultan Melikşâh (öl. 485/1092) tarafından 485/1092 yılında bir fetva kitabı hazırlanmış ve ona nispetle söz konusu kitaba *el-Mesâilü'l-Melikşâhiyye fi'l-kavâidi's-şer'îyye*

¹⁷ Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 169-170.

¹⁸ 01.05.2005 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin halihazırda yürürlükte olan yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir. bk. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/238-242; Koca-Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku*, 36-37; Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma", 13-15.

¹⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 456-462; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 36; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 137-149.

²⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 457-462; Ercimet [Ercüment] Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi", *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 13-26; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165.

²¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2014, 1/297; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 148.

²² Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234.

adı verilmiştir.²³ Yine Gazneli Mahmut (öl. 421/1030)²⁴ döneminde Encümen-i Ulemâ adında âlimlerden oluşan bir heyet tarafından *Fetâvâ-yı Sultânî* isiminde bir fetva kitabı telif edilmiştir.²⁵

Bâbürlüler döneminde Sultan Evrengzîb Âlemgîr'in (1658-1707) emriyle bir heyet tarafından *el-Fetâva'l-Hindîyye/el-Fetâva'l-Âlemgîriyye* adlı eser telif edilmiştir.²⁶ Daha sonra Afganistan'ın ilk kurucusu sayılan Ahmed Şah Abdâlî (1747-1773)²⁷ döneminde bir yandan *Fetâvâ-yı Ahmed Şâhî* adlı bir fetva kitabı hazırlanmış, diğer yandan da Ahmed Şâh'ın 16 maddelik bir yasa çıkarmış olduğu da bilinmektedir. Bu gelenek daha sonraki dönemlerde de devam etmiştir.²⁸ 1863-1867, 1868-1878 yılları aralarında Afganistan'da hükümdar olan Emîr Şîr Ali Han²⁹ döneminde Kadı Abdulkadir adlı bir âlim tarafından *Fetâvâ-yı Emîrî/Teşrîhu'l-cerâim* adlı fetva kitabı telif edilmiştir.³⁰ 1880-1901 yıllarında Afganistan hükümdarı olan Emîr Abdurrahman Han (öl. 1901)³¹ döneminde 50 kişiden oluşan bir heyet tarafından 5 cilt şeklinde *Sirâcû'l-ahkâm fî muâmelâtî'l-İslâm* adlı bir fetva kitabı yazılmıştır. Ayrıca Mevlevî Ahmed Can tarafından mezhep içindeki ihtilafların çözümlemesi için kadılar ve yargıçlara klavuz (usûl) mahiyetinde *Esâsû'l-Kudât* adlı bir kitap telif edilmiştir.³²

1919-1929 yılları arasında Afgan kralı olan Emânullâh Han³³ döneminde modern anlamda ilk defa kanunlaştırma hareketi başlamıştır. Emânullah Han, kayınpederi ve aynı zamanda müsteşarı olan Mahmut Tarzî ile beraber, kanunlaştırma başta olmak üzere birçok alanda reform planları hazırlamıştır.³⁴ 1921 yılında şer'î meseleleri düzenlemek için; birinci cildi medeni kanun, ikinci cildi ceza kanunundan ibaret olan *Temessükü'l-Kudâtî'l-Emâniyye* ve ta'zîr cezaları için de *Nizâm-nâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı kanun hazırlanmıştır. İlk defa anayasanın da çıkartıldığı bu dönemde nizâm-nâme adlı toplam 69 adet kanun çıkarılmıştır. *Temessükü'l-kudât* adlı eserde Hanefî mezhebi esas alınırken diğer kanunların da şeriata aykırı olmaması dikkate alınmıştır. Örneğin, Emânullah'ın dinî müsteşarı olan ve *Temessükü'l-Kudât* adlı eserin de müellifi olan Abdulvâsi Kandehârî, 1921 yılında çıkarılan Nizâm-nâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ilk ceza kanununun sonunda, söz konusu kanun maddelerinin İslam şeriatına uygun

²³ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2008), 150.

²⁴ Erdoğan Mercil, "Mahmûd-i Gaznevî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/362-365.

²⁵ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", *Sâlnâme-yi Afganistan* 43 (1977-1976), 741.

²⁶ Ahmet Özel, "el-Âlemgîriyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/365.

²⁷ Mir Muhammed Siddîk Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr* (Meşhed: İntişarat-ı Durihşîş, 1992), 1/113-156; Mehmet Saray, "Ahmed Şah Dürrânî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1989), 2/133-134.

²⁸ İzzuddîn Vekilî Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Avâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet* (Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991), 66.

²⁹ Emir Şîr Ali Han ile ilgili detaylı bilgiler için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/315-379; Abdul Metin Çelikkilek, "Afganistan Emiri Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları", *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.

³⁰ Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 34.

³¹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/381-436; Mehmet Saray, "Abdurrahman Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1/163.

³² Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan*, 369, 413-414; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 36.

³³ Emânullah Han ile ilgili bilgi için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/483-560; Mehmet Saray, "Emânullah Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/84-85.

³⁴ Muhammed İbrahim Atâî, *Nigâh-i Muhtasar be Târih-i Mu'asır-ı Afganistan*, çev. Jamilurrahman Kamgar (Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005), 246-247.

olduğunu yazarak mühürlemiştir.³⁵ Buna rağmen dönemin âlimleri ta'zîr cezalarının kanunlaştırılmasına karşı çıkmış³⁶ ve ta'zîr cezalarının kadıların yetkisini sınırlandıracağını da buna gerekçe olarak göstermişlerdir. Buna karşın Emânullah Han, bunun caydırıcılık açısından daha etkili olacağını öne sürerek ısrar etmiş ve sonunda kanun çıkarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bazı insanlar, kanunu şeriatın alternatifi ve zıddı olarak görmüşlerdir. Bu ve benzeri sebeplerle ilk dönemlerde çıkarılan bütün kanunlar, nizâm-nâme ya da usûl-nâme olarak adlandırılmıştır.³⁷ Ancak kanunların nizamname olarak adlandırılması da buna çözüm olamamış, buna karşı olan bazı âlimler bir eline Kur'ân diğer eline nizâm-nâme alıp halka, "Bunların hangisini tercih edersiniz?" şeklinde sorular sorarak onları dönemin kralına karşı kıskırtmışlardır.³⁸

1924 yılında ise Loya Cirge³⁹ Emânullah Han'a baskı yaparak onun ta'zir cezalarıyla ilgili nizâm-nâmeleri ilga edip kadılara, suçluya yüzünü asmaktan idama kadar olan yetkiyi geri vermesini⁴⁰ ve *Fetâvâ-yı Emâniyye* adlı bir fetva kitabı hazırlanmasını⁴¹ temin etmişlerdir.

1962 yılında yine Afganistan'da ceza kanunu ile medeni kanununun taslağı hazırlanmıştır. Bu kanunlar Mısırlı hukukçular tarafından hazırlanmış ve Afgan hukukçularının inceleme ve kontrolünden sonra 1976 yılında ceza kanunu, 1977 yılında ise medeni kanun yürürlüğe girmiştir.⁴² Medeni kanun Hanefî fihhına göre hazırlanırken ceza kanununun birinci maddesinde de bu kanunun ta'zîr cezalarıyla ilgili olduğu, had, kısas ve diyetin Hanefî fihhına göre düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu ceza kanunu 2018 yılında yenilenirken medeni kanun yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Afganistan tarihinde bütün kanunlar Hanefî fikhî esas alınarak hazırlanırken 2008'de ilk defa ülkede yaşayan Şîî vatandaşlar için Caferî fihhına dayalı "*Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu*"⁴³ adıyla 236 maddelik bir kanun çıkarılıp yürürlüğe konmuştur.⁴⁴ Böylece medeni hukuk ile

³⁵ Hazretgul Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan* (y.y.: İntişârât-ı Saîd, 2009), 125.

³⁶ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁷ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", 741; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 56.

³⁸ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/514; Zahir Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*, thk. Muhammed İbrahim Şeriatî Afganistanî (Tahran: İrfan, 2005), 45; Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 128.

³⁹ "Loya Cirge, Peştuca büyük anlamında 'loya' ve toplantı ve şûra anlamında 'cirge' kelimelerden oluşmakta olup sözlükte 'büyük şûra' demektir. Terim olarak da 'Afganistan'da yeni anayasayı onaylamak veya anayasadaki bir kanunu değiştirmek, cumhurbaşkanını yargılamak ve ülkenin bağımsızlığı, milli hâkimiyeti, toprak bölünmezliği ve büyük maslahatları ile ilgili konular hakkında karar vermek için oluşturulan geçici bir şûrayı ifade eder. Bu şûra, Afganistan'da halkın iradesinin en yüksek göstergesi olarak belirtilmiştir. Loya Cirge; milletvekilleri, bütün il ve ilçe şûra temsilcilerinden oluşur. Bakanlar, yüce divan ve başsavcılığın başkanı ve üyeleri de oy hakkı olmaksızın katılabilirler. Karar ise çoğunluğun oyu ile verilir. bk. 2004 tarihli Afganistan Anayasası, md.110-115." Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, 138.

⁴⁰ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

⁴¹ Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 124.

⁴² Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 297-309.

⁴³ Bu kanun 3 bölüm 236 maddeden oluşmaktadır. Birinci bölümü ehliyet ve şahsiyet başlığı ile 1-66 maddeleri ihtiva etmektedir. Bu bölümdeki alt başlıklar şöyledir: Genel hükümler, (md. 1-2) ehliyet (md. 3-7), gâibin hükmü (md. 8-24), hacir (md. 25-40), vilayet (md. 41-66). İkinci bölümü aile başlığıyla 67-180 maddelerinden oluşmaktadır. Bu bölümün alt başlıkları da şunlardır: Kurâbet (md. 67-73), kız isteme ve nişanlılık (md. 74-80), nikâhın engelleri (md. 81-93), nikâh akdinin sıhat şartları (md. 94-103), nikâh akdinin sonuçları (md. 104-125), nikâh akdinin sona ermesi (md. 126-160), nafaka (md. 161-172) ve çocuklar (md. 173-180). Üçüncü bölümü (madde 181-236) ise vasiyet (md. 181-193), miras (194-220), vakıf ve intifa'ı menafî' (md. 221-231) ve hibe (md. 232-236) konularını içermektedir. Bk. Mehtarkhan Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 381-382.

⁴⁴ Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu (KAŞET), *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009).

ilgili davalarda Hanefîler için 1977 tarihli medeni kanun, Caferîler için ise 2008 tarihli “Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-i Ehl-i Teşeyyu” adlı kanun esas alınmaktadır.⁴⁵

3. Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi

Kanunlaştırmaya Osmanlı’dan sonra başlayan Afganistan, bu konuda Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan etkilenmiştir.⁴⁶ Burada örnek olarak ceza hukuku ile medeni hukuktan, aile ve borçlar hukukunu ele alacağız. Bu için seçmemizin sebebi, bunların en bariz etkilenen kanunlar olmasıdır.

3.1. Ceza Hukukunda

Afganistan’da kanunlaştırma faaliyetlerinin başlangıcında cezalar iki kategoride ele alınmıştır. Had, kısas, diyetlerle ilgili suç ve cezalar ayrı, ta’zîr cezaları ise ayrı kategoride kanunlaştırılmıştır. 1921 yılında modern anlamda Afganistan’da ilk kanunlaştırma başladığında had, kısas ve diyetle ilgili hükümleri düzenlemek için *Temessükü’l-Kudâti’l-Emâniyye* adlı kanun çıkarılırken, ta’zîr cezalarının düzenlenmesi için *Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ayrı bir kanun da çıkarılmıştır. Birincisi tamamen Hanefî fıkıh kitaplarından müftâ-bih görüşlerden oluşurken ikincisinde kanunun İslam hukukuna aykırı olmaması dikkate alınmıştır.

Afganistan’da tazir cezalarının kanunlaştırılması fikri, birçok yeniliklerde olduğu gibi yine Afgan kralı Emanullah Han’a (1919-1929) aittir. Emanullah Han, buna gerekçe olarak da suçların cezalarının belli olmasının caydırıcılık açısından daha etkili olacağını göstermiştir.⁴⁷ Bazı âlimler ise, kadıların yetkisini ortadan kaldırdığını gerekçe göstererek karşı çıkmıştır. Âlimler buna ikna olamayınca Emanullah Han ikinci kez tazir cezaları ile ilgili kanun çıkarttığında cezaları belirtmeden “tazir cezasıyla cezalandırılacak” ifadesini kullanmakla yetinmiştir.⁴⁸

Afgan ceza kanununa da Osmanlı ceza kanunları öncülük etmiştir.⁴⁹ 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanması için Osmanlı kanunlaştırması konusunda bilgi sahibi olan hukukçulardan yardım alınmıştır.⁵⁰ Nitekim kanunlaştırmayla görevli şûrada, Bedri Bey (öl. 1923) ve Ahmed Cemal Paşa (öl. 1922)⁵¹ Afgan hukukçularla beraber üye olarak yer almış ve onlara yol göstermiştir. Bedri Bey, 72 adet kanunu Türkçeden Farsçaya tercüme etmiştir. Bunların, o dönemde çıkarılan nizam-nâmeler için esas teşkil etmeleri,⁵² Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanundan etkilenmesine sebep olmuştur.

Afganistan’da çıkarılan ilk ceza kanunu ve modern anlamda ilk kanun diyebileceğimiz 1921 tarihli ve *Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununda 1858 tarihli *Ceza Kanunnâme-i Hümâyunu* adlı ceza kanunu esas

⁴⁵ Afganistan’daki kanunlaştırma hareketi ile ilgili detaylı bilgi için bk. Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015), 14-126.

⁴⁶ Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 63.

⁴⁷ Au Una, Raj, Narayan, Retting, M., Schaeffer, S., Stephens, A., Sugarman, E., & Swenson, G. (2011). *Mebadi-yi hukuk-ı ceza-yı Afganistan* [Afgan Ceza Hukukuna Giriş] (çev. Şirket-i Hademât-i Hukukî-yi İlî). Kaliforniya: by., 16.

⁴⁸ Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması, IV. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı -IV (İlahiyat) 14-17 Mayıs 2015, Kütahya*, 2015, 291.

⁴⁹ Yaptığımız araştırmaların sonucunda, konuyla ilgili kaynaklarda, Afgan ceza kanunu hazırlanırken, Osmanlı ceza kanununun da aslını oluşturan Fransız Ceza Kanunu’na bakılıp bakılmadığı ya da sadece Osmanlı ceza kanunuyla yetinilip yetinilmediği ile ilgili her hangi bir bilgiye rastlamadık.

⁵⁰ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/531.

⁵¹ Hayatı ve faaliyetleri ile hakkında bilgi için bk. M. Şükrü Hanioğlu, “Cemal Paşa” *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1993), 8/305-307.

⁵² Abdulhay Habibî, *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşim Bahramî (Kabil: Devleti Matbaa, 2005), 27; Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst*, 44.

alınmıştır. Bu kanun daha sonra çıkan diğer ceza kanunlarına da kaynaklık etmiştir. Hatta bazı maddeleri olduğu gibi Farsçaya tercüme edilerek 1921 tarihli kanuna yerleştirilmiştir. Örneğin; 1858 tarihli kanunun birinci maddesi Farsçaya tercüme edilerek olduğu gibi 1921 tarihli Afgan ceza kanununda düzenlenmiş ve sadece sonunda had, kısas ve diyet ile ilgili meselelerde Temessükü'l-kudât'a göre hüküm verileceği eklenmiştir.⁵³ Aynı şekilde her iki kanunun ikinci maddeleri de aynıdır. Sadece 1858 tarihli kanunda suçların tasnifi; cinayet, cünha ve kabahat şeklinde sıralanırken 1921 tarihli nizamnâmede sıralama tam tersi şekliyle kabahat, cünha ve cinayet şeklinde yapılmıştır.⁵⁴ Bunun dışında birçok maddesi ya aynıdır veya az bir farklılıkla birbirine yakın maddelerdir. Burada aynı olan maddelerden tablo şeklinde birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Birbirine yakın olan maddelerlerin ise sadece numaralarını zikredeceğiz.

Tablo 1. Her iki kanunda aynı olan maddeler:

1858 Osmanlı Ceza Kanunu Maddeleri	Tarihli 1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu Maddeleri
1 ⁵⁵	1 ⁵⁶
2 ⁵⁷	2 ⁵⁸
18 ⁵⁹	13 ⁶⁰

⁵³ Ceza Kānunnâme-i Hümâyunu, (1858) md. 1; Nizâm-nâme-i Cezâ-yı 'Umûmî, (1921) md. 1.

⁵⁴ Ceza Kānunnâme-i Hümâyunu, md. 2; Nizâm-nâme-i Cezâ-yı 'Umûmî md. 2.

⁵⁵ Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine vukû bulan cerâimin icra-yı mecâzâtı devlete âid olduğu gibi bir şahıs aleyhinde vukû bulan cerâimin âsâyîş-i umûmiyey-i ihlal eylemesi ciheti dahi kezâlik devlete âid olduğundan, tayin ve icrası şer'an emr-i ülû'lemre âid olan ta'zîrin tayin-i derecâtı dahi işbu kanunnâme mütekeffil ve mütezammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuku şahsiyyeye hâlel gelmeyecektir.

⁵⁶ "Doğrudan doğruya hükümetin alyhine işlenen suçların cezalarının uygulanmasın devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhine işlenen suçların, şer'i ve siyasi tazîr cezasının derece ve sınırlarının belirlenmesi de devlet tarafından olur. Binaen aleyh, ölçüsü ülû'l-emrin görüşleriyle belirtilmiş olan söz konusu iki çeşit ceza için bu nizamnâme tanzim edilmiştir. Kısas, had ve diyet ile ilgili suçlarını kapsadığı için bu nizamnâme şer'i hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu nizamnamenin içerdiği maddeler şeriata mutabıktır. Temessükü'l-kudât adlı eserin ceza ile ilgili bölümü bu nizamnameden sayılır".

⁵⁷ "Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır".

⁵⁸ "Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır".

⁵⁹ "İdam ceasına müstahak olan karı, hamile olduğunu ledel-ifâde hamli tahakkuk ve kesb-i sübut eylediği takdirde, cezası vad'ı haml ettikten sonra icra olunur".

⁶⁰ "İdam cezasına mahkum olan kadın şayet hamile ise, cezası çcuğunu doğurduktan sonra uygulanır".

1858 Osmanlı Ceza Kanunu Maddeleri	Tarihli	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu Maddeleri
13 ⁶¹		20 ⁶²
42 ⁶³		26 ⁶⁴
48 ⁶⁵		32 ⁶⁶
52 ⁶⁷		37 ⁶⁸

Aynı şekilde 1858 tarihli *Osmanlı Ceza Kanunu*'nun 16, 19, 55, 56 ve 57. maddeleri 1921 tarihli Afgan Ceza Kanunu'nun sırasıyla 12, 14, 41, 44 ve 45. maddeleri birbirine çok yakın olan maddelerdir.

Bazı konularda, özellikle de devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçlarda, 1921 tarihli *Afgan Ceza Kanun*'unda yer alan cezaların 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanun'unda yer alan cezalardan daha ağır olduğu görülmektedir. Söz konusu Osmanlı Ceza Kanun'unda kendisi için hapis cezası belirtilen birçok suç için Afgan Ceza Kanun'unda idam cezası tayin edilmiştir.⁶⁹ Bunun, söz konusu dönemde Afganistan'da krallık sisteminin hâkim olması ve halkın ayaklanmasını bastırmak için meşruiyet elde etme çabası olduğunu söylemek mümkündür.

3.2. Medeni Kanunda

3.2.1. Borçlar Hukukunda

İslam dünyasında borçlar, eşya ve şahıs hukuku alanında yapılan ilk kanunlaştırma *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* ile başlamıştır.⁷⁰ Tanzimat Dönemi'nden sonra borçlar hukukunun da kanunlaştırılması gündeme gelmiştir. Bazı aydınlar, Fransız Medeni Kanunu'nun tercümesi veya ictibas yoluyla borçlar kanununun

⁶¹ “Devletin dahilen ya haricen asayişini ihlal edecek cinayat ve cünhaya cüret etmiş olan eşhâs, kanunen tayin olunacak müddet-i cezaîyesini tekmil ettikten sonra mutlaka zaptiye nezareti altına alınır”.

⁶² “Devletin iç ve dış güvenliğini ihlal eden cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan şahıslar, kanunda kendileri için belirtilen cezaları tamamladıktan sonra nezaret altına tutulur”.

⁶³ “Bir kimse bir cürmi aslen rızası olmayarak mecburen işlemiş olduğu sabit olursa, kezâlik mecâzât-ı kanuniyeden ma’fû tutulur. Ancak bu babda muteber olan mecburiyet, cürmün derecâtına göre ol kimseyi şî’arı tühmetten bütün bütün berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyet ve kendusunun mukavemet edemeyecek bir zaruret olmak lazım gelup, ebeveynin evlada, efendinin hizmetkâra emri gibi ta’zim ve ihtirâmdan neş’et eden haller mecburiyetten addolunmaz”.

⁶⁴ “Bir kimsenin aslen rızası olmadığı halde mecburen bir suçu işlediği sabit olursa, cezadan muaf olur. Ancak bu konuda muteber olan mecburiyet, suçların derecelerine göre, birincisi o kimseyi tühmetten tamamen bütüyle berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyetin bulunması, ikincisi ise kendisinin mukavemet edemediğini ispatlaması lazımdır. Aksi takdirde ebeveynin çocuklarına, efendini hizmetçisine emri gibi ta’zim ve saygıdan neş’et eden haller, mecburiyetten sayılmaz”.

⁶⁵ “Tebe’a-ı devlet-i aliyyeden her kim olursa olsun, saltanat-ı sefinenin düşmanlarıyla beraber olarak aleyhine silah tutar ise idam olunur”.

⁶⁶ “Afganistan’ın düşmanlarıyla ittifak kurup Afganistan devletinin aleyhine silah kaldırmak, idam cezasını gerektirir”.

⁶⁷ “Me’mûrîn ve hademe-i devlet ve sâireden her kim devlet aliyyenin ümûr-i mühimme-i politikasına dâir bir mükaleme-i hafiyesi ve mektûm ve hafî bir hareket-i askeriye tasmiî serâiriye hasbû’l-me’mûrîyye veya resmen vakıf olup da onu devletçe me’mûr ve me’zûn olmadığı halde ecnebi veya hud düşman bir devlet me’mûrlarına doğrudan doğruya veya bil-vâsita ifşa eder ise, idam olunur”.

⁶⁸ “Görevi gereği devletin herhangi bir siyasi ve askeri sırlarına vakıf olup da söz konusu sırları devletin resmi bir izni olmadan düşmana ifşa etmek, idam cezasını gerektirir”.

⁶⁹ bk., 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu (Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu) Adliye Nezareti (1335), md. 53; Nizamnâme-i Cezâ-yı ‘Umumî, md. 35, 37.

⁷⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459.

oluşturulmasından yana olurken, Cevdet Paşa başta olmak üzere bazıları da yerli bir hukukun oluşturulmasının daha uygun olduğunu savunmuşlardır. Nihayet ikinci görüşü savunanların görüşleri uygun görülmüş ve böyle bir kanunun hazırlanması kararlaştırılmıştır. 1869-1876 tarihleri arasında *Mecelle*, Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki heyet tarafından İslam hukuku ve özellikle Hanefî mezhebi esas alınarak 16 bölüm ve 1851 maddeyi ihtiva edecek şekilde hazırlanmıştır. Hazırlık aşamasında da tamamlanan bölümler sırasıyla yürürlüğe girmiştir.⁷¹

Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanan *Mecelle*'de Meşrutiyet döneminden 1926 tarihine kadar Avrupa kanunlarından ve Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplerden yararlanılarak⁷² tadil çalışmaları yapılmış; ancak söz konusu tadil çalışmaları, batıdan iktibas edilerek kanunlaştırmanın yapılacağına kararıyla 1926 tarihinde durdurulmuş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiştir.⁷³ Plandandığı şeklinde 1926 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti *Mecelle*'yi yürürlükten kaldırıp yerine İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul etmiştir.⁷⁴ Çok sayıda şerhi bulunan *Mecelle* birçok dile de tercüme edilmiştir.⁷⁵ *Mecelle*, alanında ilk olduğu için daha sonra diğer İslam ülkelerinde çıkan kanunlar için öncülük etmiştir.⁷⁶

Genelde Osmanlı hâkimiyeti altında bulunan ülkelerde uygulanan *Mecelle* de Osmanlı hâkimiyetine hiç girmemiş olan Afganistan'da da kısmen uygulanmış ve Afgan Medeni Kanunu'nu etkilemiştir. Nitekim yargı ve yargılama sistemiyle ilgili 04.03.1957 tarihli 279 maddelik "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) adlı kanunda bazı meselelerde *Mecelle*'ye göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁷ Yine 22.12.1958 tarihli 264 maddelik "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Hukuk Muhakemeleri Usulü) adlı kanunda, kadıların kanundaki boşlukları *Mecelle* ile doldurmaları gerektiği ifade edilmiştir.

07.08.1968 tarihinde, yargıda düzenlemeler yapmak ve yargı birliğini sağlamak amacıyla düzenlenen Mahkeme İl Başkanları Semineri'nde dönemin kâdilkudâtı olan Abdulhakim Zıyaî, kadılara hitaben, herkes tarafından kolayca anlaşılabilmesi için Muhammed Hâlid el-Attâsî ve oğlu Muhammed Tâhir el-Attâsî tarafından yapılan *Mecelle* şerhinin tercüme edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. 1971 yılında gerçekleşen ikinci seminerde ise söz konusu şerhin tercüme edilmesi kararlaştırılmış ve Adalet Bakanlığının öncülüğünde tercüme edilip kadıların istifadesine sunulmuştur.⁷⁸ Irak Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan, *Münirü'l-Kâdî* adlı *Mecelle* şerhinden günümüzde de kadılar istifade etmektedir.⁷⁹ Ayrıca *Mecelle*'de 8. madde olarak yer alan "beraet-i zimmet asıldır" şeklindeki külli fıkıh kaidesi Afganistan'da farklı tarihlerde çıkarılan anayasaların tümünde ve Afgan ceza kanununda yer almaktadır. Bunun yanı sıra diğer İslam ülkelerinde olduğu gibi şekil itibarıyla da *Mecelle* Afgan Medeni

⁷¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/19-20; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 174-176.

⁷² Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 317.

⁷³ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234; Seda Örsen Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 43-44.

⁷⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 318.

⁷⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234-235.

⁷⁶ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/231.

⁷⁷ Bk. Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye, (1957) md. 83, 87, 93, 125, 138, 150, 174-175 vd.

⁷⁸ Hazretgul Hosâmî, "Mecelletü'l-Hukkâmî'l-Adliyye Av De-heği Şerhi", *Qazâ*, (ts.), 37-39; Hosâmî, *Tarih-i Qaza Der Afganistan*, 223-226.

⁷⁹ Hazretgul Hosâmî, "Qazâ ve Qazâvet der 'Ahdı Saltanat-ı 'Ala Hazret Zahir Şah", *Qazâ* 7-8 (2004), 26-30.

Kanun'u için örnek olmuştur.

Günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun hazırlanmasına 1961 yılında başlanmıştır. Afganistan hükümetinin talebiyle Mısır'dan iki hukukçu Afganistan'a gelmiş ve bir sene içinde söz konusu hukukçulardan biri medeni kanununu diğeri ise ceza kanununu tamamlamıştır. Söz konusu kanunlar, Afgan hukukçulardan oluşan komisyon tarafından gerekli inceleme ve düzeltmelerden sonra tercüme edilmiş, 2416 madde olarak 05.01.1977 tarihinde cumhurbaşkanının imzasıyla yürürlüğe konulmuştur.⁸⁰ Bir yandan *Mecelle*'nin maddelerinden istifade edilirken⁸¹ diğer yandan birçok Küllî Kaidesi tercüme edilip bu kanunun başına olduğu gibi yerleştirilmiştir. Burada 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda yer alan *Mecelle*'deki Küllî Kaidelerini tablo şeklinde göstereceğiz.

Tablo 2. 1977 Tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda Yer Alan *Mecelle*'deki Küllî Kaideler

<i>Mecelle</i> maddeleri	1977 Tarihli Afgan Medenî Kanunu maddeleri
14 ⁸²	1 ⁸³
10 ⁸⁴	3 ⁸⁵
99 ⁸⁶	4 ⁸⁷
33 ⁸⁸	5 ⁸⁹
25 ⁹⁰	6 ⁹¹
30 ⁹²	7 ⁹³
22 ⁹⁴	784 ⁹⁵
27 ⁹⁶	785 ⁹⁷
26 ⁹⁸	786 ⁹⁹

⁸⁰ Hosâmî, "Tarihçe-yi Qazâ ve Qazâvat der Afganistan" Qazâ, 1, (2006), 18-22; Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 297-309.

⁸¹ Örneğin, *Mecelle*'nin 123, 202, 207, 214, 252, 281, 296 vd. maddeleri ile Afgan Medeni Kanun'un sırasıyla 1124, 1041, 1056, 1059, 1070, 1115 ve 1118 maddeleri birbirinin aynısı veya birbirine yakın maddelerdir.

⁸² Mevrid'i nassda içtihadı mesâğ yoktur (Hakkında nass bulunan konuda içtihat yapılmaz).

⁸³ Kanun hükmünün bulunduğu konularda içtihat yapılmaz).

⁸⁴ "Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur" (Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir).

⁸⁵ "Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir".

⁸⁶ "Kim ki, bir şeyi vaktinden evvel ist'câl eder ise mahrumiyetiyle mu'ateb olur" (Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır).

⁸⁷ "Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır".

⁸⁸ "İztirâr gayrin hakkını iptâl etmez" (Zaruret, başkasının hakkını iptal etmez).

⁸⁹ "Zaruret hali, başkasının hakkını iptal etmez".

⁹⁰ "Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz" (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁹¹ "Zarar, kendi misliyle giderilmez".

⁹² "Def'-i mefâsid celb-i menâf'den evlâ'dır" (Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten daha iyidir).

⁹³ "Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten önceliklidir".

⁹⁴ "Zarûretler kendi mikdârlarınca takdir olunur" (Zaruret sebebiye mubah olanlar, zaruret miktarı ölçüsünde değerlendirilir).

⁹⁵ "Zaruretlar kendi miktarı ölçüsünde değerlendirilir".

⁹⁶ "Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunur" (Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilebilir).

⁹⁷ "Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilir".

⁹⁸ "Zarar-ı âmmı def' için zarar-ı hâss ihtiyar olunur" (Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir).

⁹⁹ "Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir".

Mecelle maddeleri 25 ¹⁰⁰	1977 maddeleri 788 ¹⁰¹	Tarihli	Afgan	Medenî	Kanunu
---	---	----------------	--------------	---------------	---------------

3.2.2. Aile Hukukunda

Osmanlı'da İslam aile hukukunun kanunlaştırılması da Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ile başlamıştır. Bu kanun da aslında *Mecelle*'nin devamı ve eksik noktaların tamamlayıcısı niteliğindedir. *Mecelle*'de yer verilmeyen aile hukuku ayrı bir kanun şeklinde ele alınmıştır; ancak *Mecelle* çok erken dönemde hazırlanırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* Osmanlı'nın son döneminde (1917 yılında) hazırlanmış ve yine çok kısa bir süre sonra (1919 yılında) yürürlükten kaldırılmıştır. Münakehât (evlenme) ve müfârakât (boşanma) olmak üzere iki büyük başlık şeklinde ele alınan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* iki kitap, dokuz bab, yirmi bir fasıl ve 157 maddeden oluşmaktadır.¹⁰² Bu kanunda Müslümanların yanı sıra Ehl-i Kitap olan Yahudi ve Hristiyanların aile hukuku için de ayrı başlıklar halinde kanun düzenlenmiştir. *Mecelle*'den farklı tarafı ise *Mecelle*'nin hazırlanmasında sadece Hanefî mezhebi esas alınırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nde bazen diğer mezheplerin görüşlerinin¹⁰³ de tercih edilmiş olmasıdır.¹⁰⁴ Diğer mezheplerin görüşleri tercih etme sebepleri de tek tek açıklanmıştır.¹⁰⁵ Bu yönüyle de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nin, 1953 tarihli Irak Medeni Kanun'u ile Mısır Medeni Kanun'u başta olmak üzere İslam dünyasında çıkarılan birçok kanunu doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiş olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Irak Medeni Kanunu'nda da tek bir mezhebe bağlı kalınmaksızın farklı mezheplerden istifade edilmiştir.¹⁰⁶

Günümüzde hâlâ yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medenî Kanunu da yine bu yönüyle Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenmiştir. Mesela Hanefî fıkıhı esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkıhı dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Örneğin, Afgan Medeni kanunu'nda, yoksulluk nedeniyle nafakasını sağlayamayan kocaya karşı hanımının tefrik için mahkemeye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı konusu ile ikrah altında gerçekleşmiş olan boşanmanın geçerli olup olmadığı konusunda, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nde olduğu gibi¹⁰⁷ Maliki, Şafiî ve Hanbelîlerin görüşü tercih edilmiştir. Meşru bir mâzeret söz konusu olmadığı halde kocanın gâibliğinin tefrik sebebi sayılıp sayılmaması konusunda ise Hanbelî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Aynı mecliste verilen birden fazla talakın geçerliliği ve kaç talak sayılacağı konusunda, Zeydiye, İbn Teymiyye ve İbn Kayyim'in görüşü tercih edilmiştir. Ayrıca evlilik yaşı için de benzer şekilde, Afgan Medeni Kanunu'nda evlilik yaşı erkekler için 18 ve kızlar için 16 olarak belirtilmiştir.¹⁰⁸ Yine Afgan Medeni Kanunu'nun *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nden etkilenerek evlilik ve boşanmanın tescilini zorunlu hale getirdiğini görmekteyiz.¹⁰⁹ Hanefî mezhebinin yanı sıra diğer mezheplerden de

¹⁰⁰ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

¹⁰¹ “Zarara zarala karşılık vermek aynı şekilde zararı misliyle gidermek caiz değildir”.

¹⁰² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459-460; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294-295.

¹⁰³ Tercih edilen diğer mezhep görüşleri için bk. Orhan Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017), 12-13.

¹⁰⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 303.

¹⁰⁵ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 77-98.

¹⁰⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/23-24.

¹⁰⁷ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 105.

¹⁰⁸ Konuların detayları ve kaynakları için bk. Khwajamir, “Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası”, 379-381.

¹⁰⁹ Çeker, *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, md. 37; Afgan Medeni Kanun'u, md. 48.

istifade edilme konusunda Afgan Medeni Kanunu'nun *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*"nden etkilendiğine diğer bir örnek ise dede yetimliği¹¹⁰ göstermek mümkündür. İslam miras hukukundaki dede yetimliği konusunda, yani kişinin kendisinin hayatta olduğu zaman vefat eden çocuğunun çocuklarına vasiyeti de Afgan Medeni Kanunu'da "vacip vasiyet" başlığı altına ele alınmış ve vacip olarak kabul edilmiştir. 8 maddeyle düzenlenen bu meselede¹¹¹ dört fıkıh mezhebi tarafından kabul edilmeyen, İbn Hazm'ın görüşünün tercih edildiğini görmekteyiz.¹¹²

Sonuç

İslam dünyasında ilk kanunlaştırma hareketini Osmanlı Devleti başlatmıştır. 1840 tarihli ceza kanunu, *Mecelle ve Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*"nin çıkarılmasıyla Osmanlı Devleti İslam dünyasının kanunlaştırma hareketine öncülük etmiştir. Söz konusu kanunlar, bir yandan bazı İslam ülkelerinde uzun süre uygulanırken diğer yandan da yeni çıkan kanunlara kaynaklık ve rehberlik görevini üstlenmiştir. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan hiçbir zaman Osmanlı Devleti'nin egemenliği altına girmemesine rağmen Osmanlı hukukundan etkilenmiştir. 1921 tarihli Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda Osmanlı tarafından hazırlanan ve uzun zaman yürürlükte kalan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümâyunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bazı maddeler her iki kanunda aynı olup sadece tercüme edilmiştir, bazı maddelerde ise çok az değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanmasında bizzat Türk hukukçular yer almış ve hazırlanmasında önemli rol oynamışlardır. Bu da Afgan Ceza Kanunu'nun Osmanlı Ceza Kanunu'ndan çokça etkilenmesine yol açmıştır. Afgan Medeni Hukuku da hem *Mecelle*'den hem de *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nden, şekil ve muhteva açısından çokça etkilenmiştir. Şekil açısından düşündüğümüzde; *Mecelle* İslam dünyasında İslam hukukunun kanunlaştırmasında ilk olduğu için Afgan hukukuna ve özellikle de medeni kanununa örneklik teşkil etmiştir. Muhteva açısından 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun *Mecelle*'de olduğu gibi Hanefî fıkıhı esas alınarak hazırlanmış olması buna örnek olarak gösterilebilir. Afganistan'da modern anlamda ilk kanunlaştırma başladığında, çıkarılan bazı kanunlarda birçok meselede *Mecelle*'nin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine *Mecelle* şerhlerinin tercüme edilerek mahkemelerde kullanılması kararlaştırılmış ve günümüze kadar da mahkemelerde kadılar tarafından *Mecelle* ve şerhlerinden istifade edilmeye devam edilmiştir. Aynı şekilde Afgan Medeni Kanun'u, *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nden de etkilenmiş, *Hukuk-ı Aile Karanamesi*'nde olduğu gibi bu kanunda da bazı konularda Hanefî mezhebinin hatta dört meşhur sünni fıkıh mezhebinin dışına çıkılmıştır.

Kaynakça

- Ağırakça, Muhammed Hamidullah. *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örenği)*. İstanbul: Akdem Yayınları, ts.
- Arı, Abdüsselâm. Vacip Vasiyet ve Halefiyet Bağlamında 'Dede Yetimi' Problemi. *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* - 12/34 (2008) 249-268
- Atâî, Muhammed İbrahim. *Nigâh-i Muhtasar be Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*. çev. Jamiluurahman Kamgar. Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005.
- Atar, Fahrettin. "Fetva". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/486-496. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.

¹¹⁰ Dede yetimi ve vacip vasiyet konusunda detaylı bilgi için bk. Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, İslam Miras Hukukunda "Halefiyet", "Dede Yetimi" ve "Vacip Vasiyet", Dini Araştırmalar, 1999, cilt: 1, sayı:3, ss. 150-167; Abdüsselâm Arı, Vacip Vasiyet ve Halefiyet Bağlamında 'Dede Yetimi' Problemi, *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* -, 12/34 (2008), s. 249-268.

¹¹¹ Afgan Medenî Kanunu, md. 2182-2189.

¹¹² Ebû Muhammed Alî b. Ahmed, İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002), 8/353.

- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007.
- Afganistan Kültür ve İnfarmasyon Bakanlığı Yıllık Bülteni. *Sâlnânme-yi Afganistan* "Nazari be Seyr-i Kânûn-guzârî Der Afganistan" 43 (1976-1977), 741-771.
- Çeker, Orhan. *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017
- Çelîkbîlek, Abdul Metîn. "Afganistan Emîrî Şîr Alî Han'ın Modernleşme Çabaları". *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (Aralık 2017), 94-110.
<https://doi.org/10.30804/cesmicihan.363312>
- Çolak, Abdullah. *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018.
- Örsten Esîrgen, Seda. "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?". *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 31-48.
https://doi.org/10.1501/OTAM_0000000565
- Ferheng, Mir Muhammed Siddîk. *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*. Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş 1992.
- Gökmenoğlu, Hüseyîn Tekîn. İslam Miras Hukukunda "Halefiyet", "Dede Yetimi" ve "Vacip Vasiyet". *Dini Araştırmalar* 1/3 (1999), 143-170.
- Gümüş, Musa. "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları". *Tarih Okulu* 14 (2013), 163-200.
<http://dx.doi.org/10.14225/Joh7>
- Habîbî, Abdulhay. *Cünbîş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*. ed. Muhammed Haşîm Bahramî. Kabil: Devleti Matbaa, 2005.
- Hanioğlu, M. Şükrü. "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 8/305-307. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Hosâmî, Hazretgul. "Qazâ ve Qazâvet der 'Ahdı Saltanat-ı 'Ala Hazret Zâhir Şâh". *Qazâ* 7-8 (2004), 1-30.
- Hosâmî, Hazretgul. "Mecelletü'l-Ahkâmî'l-Adliyye Av De-heğı Şerhi". *Qazâ* 3 (2009) 41-52.
- Hosâmî, Hazretgul. *Revend-i Sistem-i Kânûn-guzârî*. Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011.
- Hosâmî, Hazretgul. "Tarihçe-yi Qazâ ve Qazâvat der Afganistan". *Qazâ* 1 (2006) 13-24.
- Hosâmî, Hazretgul. *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, yy.: İntişârât-ı Saîd, 2009.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed el-Endelusî. *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî. 12 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Fîkr, 1424/2002.
- Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukuku Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.
- KAŞET, Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu. *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009). Erişim 6 Ocak 2022.
http://old.moj.gov.af/Content/files/OfficialGazette/0901/OG_0988.pdf
- Khvajamir, Mehtarkhan. "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 369-382.
- Khvajamir, Mehtarkhan. *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015.
- Khvajamir, Mehtarkhan. Afganistan'da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması. IV. *Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı -IV (İlahiyat)* 14-17 Mayıs 2015. 285-300. Kütahya: y.y., 2015.
- Kılıç, Muhammed Tayyib. *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

- Merçil, Erdoğan. "Mahmûd-i Gaznevî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 27/362-365. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî. Kabil: Matbaai Sengi-yi Mâşînhane-i Dârü's-saltanat 1921.
- Usulnâme-i İdarî-yi Mehâkim-i Adliye 1957.
- Özel, Ahmet. "el-Âlemgîriyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 2/365-366. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Popelzai, İzzuddîn Vekilî. *Dârü'l-Qazâ der Afganistan ez Evâil-i 'Ahd-i İslâm tâ 'Ahd-i Cumhuriyet*. Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991.
- Saray, Mehmet. "Abdurrahman Han". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 1/163. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Saray, Mehmet. "Ahmed Şah Dürrânî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/133-134. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Saray, Mehmet. "Emânullah Han". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 6/84-85. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Sarıay, Ercimet. "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi". *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.
- Tanîn, Zahir. *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*. thk. Muhammed İbrahim Şeri'atî Afganistanî. Tahran: İrfan 2005.
- Una, Au-Narayan, Raj-Retting, Max- S., Schaeffer- Stephens A., -Sugarman, E., & Swenson, G. *Mebadi-yî hukuk-ı ceza-yı Afganistan* [Afgan Ceza Hukukuna Giriş]. çev. Şirket-i Hademât-i Hukukî-yi İlît). Kaliforniya: y.y., 2011.
- 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu (Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu) Adliye Nezareti (1335).

Karar
Decision

Karar Mektubu-1

Sayın Mehterhan FURKANİ,

Karar: Minör Revizyon

Karar Tarihi: 6 Mart 2022

Editör Yorumu: Sayın Yazar; Hakem raporları doğrultusunda karar oluşturulmuş ve hakem raporları tarafınıza sunulmuştur. Makalenizi raporlar doğrultusunda tashih etmenizi, tashihlerin editör ve hakem tarafından takip edilebilmesi için Word dosyasında "Değişiklikleri İzle" özelliğini aktif etmenizi veya Kırmızı Font kullanmanızı istirham ederiz.

Hakem Değerlendirmeleri

Hakem-1

1. Tarih / Date:

-08-02-2022

2. Makalenin Ağırlıklı Sınıfı / Submission Category::

-Araştırma / Research

3. Başlıklar yazının konusunu kısa açık ve yeterli ölçüde yansıtıyor mu? / Does the title reflect the subject matter of the article clearly and exactly?:

-Kısmen, düzeltilmelidir / Partially, should be revised

4. Özet yazının amacını kapsamını ve sonuçlarını yansıtıyor mu? / Does the Turkish abstract reflect the aim scope and conclusions of the article?:

-Evet / Yes

5. Abstract yazının amacını kapsamını ve sonuçlarını yansıtıyor mu? / Does the abstract reflect the aim scope and conclusions of the article?:

-Evet / Yes

6. Makale dilbilgisi kurallarına uygun açık ve yalın bir anlatım yolu izlenmiş mi? / Is the text of the article clear and flawless as per the grammar rules?:

-Evet / Yes

7. Çalışmanın konusu yeterli ölçüde ele alınabilmiş mi? / Has the author presented the subject of the article in a proper methodological perspective?:

-Kısmen / Partially

8. Çalışmanın amacı yeterli ölçüde belirtilmiş mi? / Has the author presented the aim of the article?:

-Evet / Yes

9. Araştırmada kullanılan yöntem uygun mu? / Is the method used in the research appropriate?:

-Evet / Yes

10. Çalışma neticesinde ulaşılan sonuçlar yeterli mi? / Has the author presented the result of the article sufficiently?:

-Evet / Yes

11. Yazarın ele aldığı konu hakkındaki yorum ve analizleri yeterli mi? / Are the comments and analysis of the subject covered by the author sufficient?:

-Evet / Yes

12. Makalede kullanılan kaynaklar makale yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmiş mi? / Are the resources which are referred in the article shown in accordance with the rules of the Journal?:

-Evet / Yes

13. Kullanılan eserlere kaynakça kısmında yer verilmiş mi? / Are the resources which are referred in the article shown properly in the bibliography?:

-Evet / Yes

14. Çalışma bilimsel yayın etiğine uygun hazırlanmış mı? /Is the study prepared in accordance with scientific publication ethics?:

-Evet / Yes

15. İncelediğiniz makale bilime katkısı olan özgün bir çalışma mıdır? /Does the article have an original contribution to knowledge and the field?:

-Evet / Yes

16. Görüş ve önerilerinizi belirttiğiniz makale metnini WORD veya PDF formatında Dosya olarak eklediniz mi? / Have you attached the article text containing your comments and suggestions to your report in MS Word or Pdf format?:

-Hayır / No

17. Düzeltmeler yapıldıktan sonra tekrar incelenmesi gerekir mi? / Should it be reviewed again after revisions:

-Hayır / No

Öneri: Kabul

Hakem-2

1. Tarih / Date:

-05-03-2022

2. Makalenin Ağırlıklı Sınıfı / Submission Category::

-Araştırma / Research

3. Başlıklar yazının konusunu kısa açık ve yeterli ölçüde yansıtıyor mu? / Does the title reflect the subject matter of the article clearly and exactly?:

-Evet / Yes

4. Özet yazının amacını kapsamını ve sonuçlarını yansıtıyor mu? / Does the Turkish abstract reflect the aim scope and conclusions of the article?:

-Evet / Yes

5. Abstract yazının amacını kapsamını ve sonuçlarını yansıtıyor mu? / Does the abstract reflect the aim scope and conclusions of the article?:
-Evet / Yes

6. Makale dilbilgisi kurallarına uygun açık ve yalın bir anlatım yolu izlenmiş mi? / Is the text of the article clear and flawless as per the grammar rules?:
-Kısmen, düzeltilmelidir / Partially, should be revised

7. Çalışmanın konusu yeterli ölçüde ele alınabilmiş mi? / Has the author presented the subject of the article in a proper methodological perspective?:
-Evet / Yes

8. Çalışmanın amacı yeterli ölçüde belirtilmiş mi? / Has the author presented the aim of the article?:
-Evet / Yes

9. Araştırmada kullanılan yöntem uygun mu? / Is the method used in the research appropriate?:
-Evet / Yes

10. Çalışma neticesinde ulaşılan sonuçlar yeterli mi? / Has the author presented the result of the article sufficiently?:
-Evet / Yes

11. Yazarın ele aldığı konu hakkındaki yorum ve analizleri yeterli mi? / Are the comments and analysis of the subject covered by the author sufficient?:
-Kısmen / Partially

12. Makalede kullanılan kaynaklar makale yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmiş mi? / Are the resources which are referred in the article shown in accordance with the rules of the Journal?:
-Evet / Yes

13. Kullanılan eserlere kaynakça kısmında yer verilmiş mi? / Are the resources which are referred in the article shown properly in the

bibliography?:

-Evet / Yes

14. Çalışma bilimsel yayın etiğine uygun hazırlanmış mı? /Is the study prepared in accordance with scientific publication ethics?:

-Evet / Yes

15. İncelediğiniz makale bilime katkısı olan özgün bir çalışma mıdır? /Does the article have an original contribution to knowledge and the field?:

-Evet / Yes

16. Görüş ve önerilerinizi belirttiğiniz makale metnini WORD veya PDF formatında Dosya olarak eklediniz mi? / Have you attached the article text containing your comments and suggestions to your report in MS Word or Pdf format?:

-Evet / Yes

17. Düzeltmeler yapıldıktan sonra tekrar incelenmesi gerekir mi? / Should it be reviewed again after revisions:

-Hayır / No

Yazar için yorum ve öneriler: Renkli kısımlara dikkat ediniz.

Öneri: Minör Revizyon

Hakem-3

1. Tarih / Date:

-03-02-2022

2. Makalenin Ağırlıklı Sınıfı / Submission Category::

-Araştırma / Research

3. Başlıklar yazının konusunu kısa açık ve yeterli ölçüde yansıtıyor mu? / Does the title reflect the subject matter of the article clearly and

exactly?:

-Kısmen, düzeltilmelidir / Partially, should be revised

4. Özet yazının amacını kapsamını ve sonuçlarını yansıtıyor mu? / Does the Turkish abstract reflect the aim scope and conclusions of the article?:

-Evet / Yes

5. Abstract yazının amacını kapsamını ve sonuçlarını yansıtıyor mu? / Does the abstract reflect the aim scope and conclusions of the article?:

-Evet / Yes

6. Makale dilbilgisi kurallarına uygun açık ve yalın bir anlatım yolu izlenmiş mi? / Is the text of the article clear and flawless as per the grammar rules?:

-Evet / Yes

7. Çalışmanın konusu yeterli ölçüde ele alınabilmiş mi? / Has the author presented the subject of the article in a proper methodological perspective?:

-Kısmen / Partially

8. Çalışmanın amacı yeterli ölçüde belirtilmiş mi? / Has the author presented the aim of the article?:

-Evet / Yes

9. Araştırmada kullanılan yöntem uygun mu? / Is the method used in the research appropriate?:

-Evet / Yes

10. Çalışma neticesinde ulaşılan sonuçlar yeterli mi? / Has the author presented the result of the article sufficiently?:

-Kısmen / Partially

11. Yazarın ele aldığı konu hakkındaki yorum ve analizleri yeterli mi? / Are the comments and analysis of the subject covered by the author sufficient?:

-Evet / Yes

12. Makalede kullanılan kaynaklar makale yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmiş mi? / Are the resources which are referred in the article shown in accordance with the rules of the Journal?:

-Evet / Yes

13. Kullanılan eserlere kaynakça kısmında yer verilmiş mi? / Are the resources which are referred in the article shown properly in the bibliography?:

-Evet / Yes

14. Çalışma bilimsel yayın etiğine uygun hazırlanmış mı? / Is the study prepared in accordance with scientific publication ethics?:

-Evet / Yes

15. İncelediğiniz makale bilime katkısı olan özgün bir çalışma mıdır? / Does the article have an original contribution to knowledge and the field?:

-Evet / Yes

16. Görüş ve önerilerinizi belirttiğiniz makale metnini WORD veya PDF formatında Dosya olarak eklediniz mi? / Have you attached the article text containing your comments and suggestions to your report in MS Word or Pdf format?:

-Evet / Yes

17. Düzeltmeler yapıldıktan sonra tekrar incelenmesi gerekir mi? / Should it be reviewed again after revisions:

-Hayır / No

Yazar için yorum ve öneriler: Bazı noktalarda biraz daha geliştirilmesiyle alana katkısının daha fazla olacağı kanaatindeyim. Bazı noktalar makalede yorum olarak belirtilmiştir.

Öneri: Minör Revizyon

Karar Mektubu-2

Sayın Mehterhan FURKANI,

Karar: Kabul Edildi

Karar Tarihi: 11 Mart 2022

Revizyon Dosyası
Author's Revision Files

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Mehterhan Furkani

Doç. Dr., Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

Assoc. Prof., Aksaray University, Faculty of Islamic Studies,
Department of Basic Islamic Sciences

Aksaray/Turkey

mehterhan_4@windowslive.com

Cep:05556317193

ORCID: 0000-0002-4415-7830

Öz

Hız. Peygamber hayatta iken sahabe her meselenin çözümü için ona, vefatından sonra da Kur'ân ve Sünnete başvuruyorlardı. Söz konusu iki kaynakta hükmünü bulamadıkları konularda ise içtihat yoluyla hüküm çıkarıyorlardı. İctihat yapacak seviyede olmayanlar da dini konularda uzman olan kimselere başvurarak bilgi ediniyordu. Onlardan sonra gelen Müslümanlar da aynı yolu takip ettiler. Daha sonra telif edilen fetva kitaplarından, fetvanın yanı sıra kazâ konusunda da istifade edildi. İslam hukukunun kanunlaştırma teklifi her ne kadar İbn Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından çok erken bir dönemde yapılmışsa da modern anlamda kanunlaştırma faaliyeti geç başlamıştır. Çağdaş batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır. Osmanlı Devleti Batı'dan etkilenerek 1840'ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine başlamıştır. İslam dünyasında medeni hukukunun kanunlaştırılması ise modern anlamda Mecelle ile başlamıştır. Bunu da 1917 tarihinde çıkarılan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hakimiyeti altında olan birçok ülkede uygulanmıştır. Hatta söz konusu iki kanun, günümüzde Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde bulunan bölgelerde ilga edildikten sonra da diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı, bu çalışmaları ile diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, daha sonra diğer İslam ülkeleri de bunları örnek alarak kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hakimiyeti altına girmediği halde kanunlaştırmada doğrudan veya dolaylı olarak Osmanlı hukukundan etkilenmiş ve Osmanlı hukukunu kendine örnek almıştır. Afganistan'da ilk ceza kanunu hazırlanırken, Osmanlı Devleti'nin 1858 tarihinde çıkardığı Ceza Kanunnâme-i Hümaynu adlı kanun esas alınmıştır. Sözü geçen Ceza Kanunnâme-i Hümaynu'nun bazı maddeleri ya olduğu gibi hiçbir değişiklik yapılmadan veya az bir değişiklik yapılarak 1921 tarihli Nizamnâme-i Cezâ-yı Umûmî adlı ceza kanununa yerleştirilmiştir. 1957 tarihli "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) ile 1958 tarihli "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Adlî Hukûkî Muhakimenin Uygulama Usulü) adlı kanunlarda bazı meselelerde Mecelle'ye göre hüküm verilmesi ve kadıların kanundaki boşlukları Mecelle ile doldurmaları gerektiği ifade edilmektedir. 1977 yılında yürürlüğe giren Afgan Medeni Kanunu'na baktığımızda, Mecelle ve Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilendiğini görmekteyiz. Aynı şekilde Afgan mahkemelerinde

günümüze kadar, Afgan Medenî Kanunu'nun yanı sıra Mecelle ve şerhlerinden istifade edilmektedir. Hanefî fıkıh esas alınarak hazırlanan Afgan Medenî Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkıh dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Bu makalede Osmanlı hukukunun Afgan hukukuna olan etkisi ceza hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı, Afganistan, Hukuk, Etkileşim

The Effect of Ottoman Law on The Afghan Law: In the Example of Panel and Civil Law

Abstract

While the Prophet was alive, the companions had consulted to him personally for the solution of every religious matter and to the Qur'an and Sunnah after his death. On the issues that they could not find information in the two sources mentioned, they have made judgments by making *ijtihād*. Those who were not at the level to make *ijtihād* obtained information by consulting people who were experts in religious matters. The Muslims who came after them continued to follow the same path. Later, fatwa books were prepared, and these works began to be used in the field of *qada* as well as fatwa. Although the proposal for the codification of Islamic law was made by Ibn al-Muqaffa' (d. 142/759) at a very early period, the act of codification started too late. The legalization activity in the modern western world started at the end of the 18th century and spread to the whole European continent in the 19th century. The Ottoman Empire, influenced by the West, started the act of codification in the modern sense with the Penal Code of 1840. The codification of civil law in the Islamic world started with *al-Majalla al Ahkam al Adliyyah* (The Ottoman Courts Manual). *Hukûk-i Aile Kararnamesi* (the Family Law Decree) which was issued in 1917, followed *al-Majalla* in the field of codification. These two laws, which were prepared based on Islamic law, were applied in many countries under the rule of the Ottoman Empire. Even these two laws continued to be in force in some other Islamic countries a long time after they were declared abolished in the Republic of Turkey. With these works, the Ottoman Empire became a pioneer for other Islamic countries, and later, other Islamic countries took these as an example and prepared and put into effect their civil laws. One of these countries is Afghanistan. Although Afghanistan was not under Ottoman rule, it was directly or indirectly influenced by Ottoman law in enacting and took Ottoman law as an example. While the first penal code was being prepared in Afghanistan, the penal code (*Ceza Kanunnâme-i Hümāyun*), which was enacted by the Ottoman Empire in 1858, was taken as a basis. Some articles of the aforementioned Ottoman Penal Code of 1958 were incorporated into the Afghan penal code of 1921 (*Nizamnâme-i Cezâ-yı Umûmî*), either as they are, with little or no change. It is stated that judges should be made according to *al-Majalla* and that the *qadis* should fill the gaps in the law with *al-Majalla* on some issues in the laws named "*Usûlnâme-i İdâri-yi Mahâkim-i Adliye*" (Administration of Judicial Courts Law) of 1957 and "*Usûl-i İjraati Muhâkimât-ı Huqûqî-yi Adlî*" (The Practice of Judicial Jurisdiction) of 1958. When we look at the Afghan Civil Code, which came into force in 1977, we see that it was influenced by the *Majalla* and the Ottoman Hukûk-ı Âile Kararnamesi (Ottoman Law of the Family Decree). In the same way, *Majalla* and its annotations have been used in Afghan courts in addition to the Afghan Civil Code until today. It is seen that in the Afghan Civil Code, which was prepared based on Hanafi fiqh, some issues were out of Hanafi fiqh and in this respect, the Ottoman Law of Family Decree was followed. In this article, the effects of Ottoman law on Afghan law will be discussed in the context of criminal law, family law and law of obligations.

Keywords: Islamic Law, Ottoman State, Afghanistan, Codification movements, Interaction.

Giriş

Sahabe döneminden itibaren müslümanlar meselelerin hukukî çözümlerini Kur'ân ve Sünnetten öğrenmişlerdir. Hakkında nass bulunmayan konularda ise müçtehit âlimler içtihat yoluyla hüküm çıkarmışlardır. Ebû Hanife'nin öğrencisi olan Ebû Yûsuf döneminden itibaren de mezhep mensupları karşılaştıkları meselelerde mezhebin ortaya koyduğu eserleri kaynak olarak kabul etmiş ve onu bir kanun gibi kullanmışlardır.¹ Daha sonra da klasik fıkıh kitaplarına göre daha pratik olan fetva kitapları hazırlanmış, fetvanın yanı sıra kazâ² konusunda da bunlardan istifade edilmiştir. İslam dünyasında kanunlaştırma (codification) teklifi ilk defa Abdullah b. Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından yapılmış, ancak bu teklif gerçekleşmemiştir. Batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır.³ 1804'te *Fransız Medeni Kanun'u*, 1807'de *Fransız Ticaret Kanun'u* ve 1810'de *Fransız Ceza Kanun'u* yürürlüğe girmiştir. Osmanlı Devleti, Batı'dan etkilenecek çağın şartlarına cevap verecek kanunların çıkartılmasının gerekli olduğunu hissedip 1840'ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine resmen başlamış ve 1850'de çıkarılan *Kanunnâme-i Ticaret*'le bu süreci devam ettirmiştir. *Alman Medeni Kanun'u* ile *İsviçre Medeni Kanun'u* ise 1900'de yürürlüğe girmiştir.⁴ Buna göre Osmanlı'da kanunlaştırmadan Batı'dan hemen sonra başladığını söylemek mümkündür. Zira görüldüğü gibi her ne kadar bazı Batı ülkelerine göre kanunlaştırmaya geç başlamışsa da diğer bazılarına göre erken harekete geçmiştir.

Daha önce her ne kadar muhtasar eserler ve fetva kitaplarının hazırlanması şeklinde nisbi bir kanunlaştırma gerçekleşmişse de medeni hukukta gerçek ve modern anlamda bir kanunlaştırma *Mecelle* ile başlamıştır.⁵ Bunu da Osmanlı Devleti'nin sonlarında çıkarılan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hâkimiyeti altında olan Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin ve İsrail gibi birçok ülkede uygulanmış, hatta *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* 1919 yılında ve *Mecelle* de Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda -mülga ilan edilmesine rağmen- diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı Devleti, kanunlaştırmadaki gelişmelerle diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, bunun sonucunda diğer İslam ülkeleri de kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır.⁶ Bunlardan biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hâkimiyetine girmediği halde kanunlaştırmada Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenecektir. Örneğin, ceza kanununda Osmanlı'nın 1858 tarihli *Ceza Kanunu* esas alınmıştır. Afganistan'da kanunlaştırma faaliyeti başlayınca önceden bu konuda tecrübeli oldukları için Osmanlı hukukçularından yardım

¹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/294.

² Fetva ve kazânın ortak ve farklı yönleriyle ilgili detaylı bilgi için bk. Fahrettin Atar, "Fetva", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/487-488.

³ Muhammed Hamidullah Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)* (İstanbul: Akdem Yayınları, ts.), 36.

⁴ bk. Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri*, 38-44; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 140-141.

⁵ Mecelle hakkında detaylı bilgi için bk. Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 299; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007), 459.

alınmış,⁷ bazı Türk hukukçuları Afgan hukukçularla beraber 1921 tarihinde *Nizamnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununun oluşturulmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu da ister istemez Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine neden olmuştur. Aynı şekilde günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanun'un hazırlanmasında *Mecelle* ve *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*'nden istifa edilmesi, günümüze kadar kadıların *Afgan Medenî Kanunu*'nun yanı sıra *Mecelle* ve şerhlerinden de yararlanması, Osmanlı hukukunun Afgan hukukunu etkilediğini açıkça göstermektedir.

Bu makalede önce sırasıyla Osmanlı Devleti ile Afganistan'daki kanunlaştırma faaliyeti hakkında kısaca bilgi verilecek ardından ise en çok etkilenmesi sebebiyle Afganistan'ın ceza ve medeni kanunlarının Osmanlı hukukundan etkilenmesi ile ilgili değerlendirilmeye yer verilecektir. Makalenin konu, başlığından anlaşıldığı üzere ceza ve medeni kanunları örneğinde Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna etkisidir. Bu da özellikle 1858'de *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu*, *Mecelle* ve *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* bağlamından ele alınacak, bunlar dışındaki etken sebeplere de değinecektir.

Bu alanda yapılan çalışmalara baktığımızda, konumuza en yakın olanın "Afgan Ceza Hukukunun Kaynakları"⁸ adlı çalışmanın olduğunu görmekteyiz. Ancak söz konusu çalışmada sadece Ceza kanununun genel olarak kaynakları ele alınmıştır. Bunun dışında konumuzla ilişkili olan: 16. Yüzyıl Osmanlı Hukukunun Kaynakları,⁹ Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları,¹⁰ Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi,¹¹ Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar,¹² Osmanlı Hukuk Sistemi'nde Fıkıhın Belirleyiciliği (1509 No'lu Rize Şer'iyye Sicili Boşama Kayıtları Örneği)¹³ ve Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri¹⁴ gibi çalışmalar yapılmıştır.

1. Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri

Osmanlı Devleti'nde başlangıçtan Tanzimat Dönemi'ne kadar İslam hukukundan ibaret olan şer'î hukuk ile padişahların emir ve fermanlarından ibaret olan örfî hukuk uygulanmıştır.¹⁵ Osmanlı Devleti, Batı'da başlayan kanunlaştırma faaliyetinden kısa bir süre içerisinde etkilenmiş ve Tanzimat Fermanı'yla birlikte Osmanlı Devleti'nde modern anlamda kanunlaştırma hareketi başlamıştır.¹⁶ 1804'te Fransa'da yürürlüğe giren *Code Napoléon* olarak da adlandırılan Fransız Medeni Kanunu'ndan sonra 1807'de Fransız Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiştir.

⁷ Hazretgul Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî* (Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011), 62.

⁸ Mehtarkhan Khwajamir, Afgan Ceza Hukukunun Kaynakları, *İslam Hukuku Araştırma Dergisi*, 15 (2015), 299-314.

⁹ Şükrü Özen, 16. Yüzyıl Osmanlı Hukukunun Kaynakları, *Sahn-ı Semndan Dârülfünûn'a, Osmanlı'da İlim ve Fikir Dünyası (Alimler, Müesseseler ve Fikrî Eserler)* XVI. Yüzyıl, (İstanbul: İstanbul Bedediyesi, 2017), 21-24.

¹⁰ Said Nuri AKGÜNDÜZ, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları, *dergiabant (AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi)* 4/8 (2016), 1-16.

¹¹ Ercimet SARIAY, Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi, *BAYTEREK | Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.

¹² Recep CİCİ, Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8 (1999), 215-246.

¹³ Ümit Erkan-İlyas Yıldırım, Osmanlı Hukuk Sistemi'nde Fıkıhın Belirleyiciliği (1509 No'lu Rize Şer'iyye Sicili Boşama Kayıtları Örneği) *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1 (2012), 241-259.

¹⁴ Adnan Koşum, Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri, *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7 (2004), 145-160.

¹⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 69-70, 72, 456-457.

¹⁶ Musa Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları", *Tarih Okulu* 14 (2013), 164.

Osmanlı'da ilk ceza kanunu 1840'te çıkarılmıştır. Bu ceza kanunu bir mukaddime, bir hâtime ve on üç fasıldan oluşmakta olup 40 maddeyi ihtiva etmekteydi. 1851'de söz konusu kanundaki boşlukları ve eksiklikleri¹⁷ tamamlamak üzere *Kanûn-ı Cedid* adlı ceza kanunu çıkarılmıştır. Bu da üç fasıl ve 43 maddeden oluşmaktadır. Bu kanunların her ikisinde de Batı hukukundan çok az istifade edilmiş ve dolayısıyla söz konusu kanunlar, yerli kanun kategorisinde yer almıştır. 1858'de *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu* adlı yeni bir ceza kanunu çıkarılmıştır. Bunun ilk ikisinden farklı olan tarafı, onların yerli-millî kanunlar olmasına karşın, bu kanunun 1810 tarihli *Fransız Ceza Kanunu*'ndan iktibas edilerek hazırlanmış olmasıdır. Bu kanun bir mukaddime, üç bâb ve 264 maddeden oluşmaktadır. Diğerlerine göre daha kapsamlı olan söz konusu kanun, 1926'ya kadar yürürlükte kalmıştır. 1926'da 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok maddesinde değişiklik yapılmasıyla birlikte 2005'e kadar yürürlükte kalmıştır.¹⁸

Ceza kanunu yanında, 1840'de *Kanunnâme-i Ticâret-i Berriye*, 1850'de *Kanunnâme-i Ticaret*, 1858'de *Arazi Kanunnâmesi*, 1861'de *Usûl-i Muhâkeme-i Ticâret Nizamnâmesi*, 1863'te *Ticâret-i Bahriye Kanunnâmesi*, 1869-1876 yılları aralarında *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 1876'de *Kânûn-ı Esâsî*, 1879'da *Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanûnu*, *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanunları*, 1880'de *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati*, 1881'de *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanûnu*, 1915'te *Nafaka Kanunu* ve en sonunda da 1917'de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* ve *Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îye Nizamnâmesi* çıkarılmıştır.¹⁹

Bunların bir kısmı tamamen yerli-millî kanunlar iken bir kısmı Batı hukukundan iktibas yoluyla hazırlanmıştır. Diğer bir kısmı ise millî kanunlarla Batı kanunlarından istifade edilerek hazırlanan karma kanunlardır.²⁰ Osmanlı Devleti'nin çıkarttığı kanunlardan *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin günümüze kadar Lübnan'da yürürlükte kaldığı²¹ *Mecelle*'den ise Filistin²² ve Afganistan gibi ülkelerde istifade edildiği, geri kalan diğer kanunların tamamının ilga edildiği bilinmektedir.

2. Afganistan'da Kanunlaştırma Hareketi

Daha önce Horasân'nın bir parçası olan ve günümüzde Afganistan'ın sınırları içerisinde yer alan bölgelerde, İslam dininin kabul edilmesiyle beraber fıkıh kitapları, daha sonra ise fıkıh kitaplarının daha pratik şekli olan fetva kitapları hazırlanmış ve yargı sisteminde kullanılmaya başlanmıştır. Bununla beraber zaman zaman fermanlar ve bazı düzenlemeler de çıkarılarak uygulanmıştır. Selçuklular döneminde vezir olan Nizâmülmülk'ün (öl. 485/1092) tavsiyesi üzerine, 1072-1092 yılları arasında Büyük Selçuklu hükümdarı olan Sultan Melikşâh (öl. 485/1092) tarafından 485/1092 yılında bir fetva kitabı hazırlanmış ve ona nispetle söz konusu kitaba *el-Mesâilü'l-Melikşâhiyye fi'l-kavâidi's-şer'îyye*

¹⁷ Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 169-170.

¹⁸ 01.05.2005 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin halihazırda yürürlükte olan yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir. bk. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/238-242; Koca-Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku*, 36-37; Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma", 13-15.

¹⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 456-462; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 36; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 137-149.

²⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 457-462; Ercimet [Ercüment] Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi", *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 13-26; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165.

²¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2014, 1/297; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 148.

²² Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234.

adı verilmiştir.²³ Yine Gazneli Mahmut (öl. 421/1030)²⁴ döneminde Encümen-i Ulemâ adında âlimlerden oluşan bir heyet tarafından *Fetâvâ-yı Sultânî* isiminde bir fetva kitabı telif edilmiştir.²⁵

Bâbürlüler döneminde Sultan Evrengzîb Âlemgîr'in (1658-1707) emriyle bir heyet tarafından *el-Fetâva'l-Hindîyye/el-Fetâva'l-Âlemgîriyye* adlı eser telif edilmiştir.²⁶ Daha sonra Afganistan'ın ilk kurucusu sayılan Ahmed Şah Abdâlî (1747-1773)²⁷ döneminde bir yandan *Fetâvâ-yı Ahmed Şâhî* adlı bir fetva kitabı hazırlanmış, diğer yandan da Ahmed Şâh'ın 16 maddelik bir yasa çıkarmış olduğu da bilinmektedir. Bu gelenek daha sonraki dönemlerde de devam etmiştir.²⁸ 1863-1867, 1868-1878 yılları aralarında Afganistan'da hükümdar olan Emîr Şîr Ali Han²⁹ döneminde Kadı Abdulkadir adlı bir âlim tarafından *Fetâvâ-yı Emîrî/Teşrîhu'l-cerâim* adlı fetva kitabı telif edilmiştir.³⁰ 1880-1901 yıllarında Afganistan hükümdarı olan Emîr Abdurrahman Han (öl. 1901)³¹ döneminde 50 kişiden oluşan bir heyet tarafından 5 cilt şeklinde *Sirâcû'l-ahkâm fî muâmelâtî'l-İslâm* adlı bir fetva kitabı yazılmıştır. Ayrıca Mevlevî Ahmed Can tarafından mezhep içindeki ihtilafların çözümlemesi için kadılar ve yargıçlara klavuz (usûl) mahiyetinde *Esâsû'l-Kudât* adlı bir kitap telif edilmiştir.³²

1919-1929 yılları arasında Afgan kralı olan Emânullâh Han³³ döneminde modern anlamda ilk defa kanunlaştırma hareketi başlamıştır. Emânullah Han, kayınpederi ve aynı zamanda müsteşarı olan Mahmut Tarzî ile beraber, kanunlaştırma başta olmak üzere birçok alanda reform planları hazırlamıştır.³⁴ 1921 yılında şer'î meseleleri düzenlemek için; birinci cildi medeni kanun, ikinci cildi ceza kanunundan ibaret olan *Temessükü'l-Kudâtî'l-Emâniyye* ve ta'zîr cezaları için de *Nizâm-nâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı kanun hazırlanmıştır. İlk defa anayasanın da çıkartıldığı bu dönemde nizâm-nâme adlı toplam 69 adet kanun çıkarılmıştır. *Temessükü'l-kudât* adlı eserde Hanefî mezhebi esas alınırken diğer kanunların da şeriata aykırı olmaması dikkate alınmıştır. Örneğin, Emânullah'ın dinî müsteşarı olan ve *Temessükü'l-Kudât* adlı eserin de müellifi olan Abdulvâsi Kandehârî, 1921 yılında çıkarılan Nizâm-nâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ilk ceza kanununun sonunda, söz konusu kanun maddelerinin İslam şeriatına uygun

²³ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2008), 150.

²⁴ Erdoğan Mercil, "Mahmûd-i Gaznevî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/362-365.

²⁵ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", *Sâlnâme-yi Afganistan* 43 (1977-1976), 741.

²⁶ Ahmet Özel, "el-Âlemgîriyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/365.

²⁷ Mir Muhammed Siddîk Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr* (Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş, 1992), 1/113-156; Mehmet Saray, "Ahmed Şah Dürrânî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1989), 2/133-134.

²⁸ İzzuddîn Vekilî Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Avâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet* (Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991), 66.

²⁹ Emir Şîr Ali Han ile ilgili detaylı bilgiler için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/315-379; Abdul Metin Çelikkilek, "Afganistan Emiri Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları", *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.

³⁰ Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 34.

³¹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/381-436; Mehmet Saray, "Abdurrahman Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1/163.

³² Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan*, 369, 413-414; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 36.

³³ Emânullah Han ile ilgili bilgi için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/483-560; Mehmet Saray, "Emânullah Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/84-85.

³⁴ Muhammed İbrahim Atâî, *Nigâh-i Muhtasar be Târih-i Mu'asır-ı Afganistan*, çev. Jamilurrahman Kamgar (Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005), 246-247.

olduğunu yazarak mühürlemiştir.³⁵ Buna rağmen dönemin âlimleri ta'zîr cezalarının kanunlaştırılmasına karşı çıkmış³⁶ ve ta'zîr cezalarının kadıların yetkisini sınırlandıracağını da buna gerekçe olarak göstermişlerdir. Buna karşın Emânullah Han, bunun caydırıcılık açısından daha etkili olacağını öne sürerek ısrar etmiş ve sonunda kanun çıkarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bazı insanlar, kanunu şeriatın alternatifi ve zıddı olarak görmüşlerdir. Bu ve benzeri sebeplerle ilk dönemlerde çıkarılan bütün kanunlar, nizâm-nâme ya da usûl-nâme olarak adlandırılmıştır.³⁷ Ancak kanunların nizamname olarak adlandırılması da buna çözüm olamamış, buna karşı olan bazı âlimler bir eline Kur'ân diğer eline nizâm-nâme alıp halka, "Bunların hangisini tercih edersiniz?" şeklinde sorular sorarak onları dönemin kralına karşı kıskırtmışlardır.³⁸

1924 yılında ise Loya Cirge³⁹ Emânullah Han'a baskı yaparak onun ta'zir cezalarıyla ilgili nizâm-nâmeleri ilga edip kadınlara, suçluya yüzünü asmaktan idama kadar olan yetkiyi geri vermesini⁴⁰ ve *Fetâvâ-yı Emâniyye* adlı bir fetva kitabı hazırlanmasını⁴¹ temin etmişlerdir.

1962 yılında yine Afganistan'da ceza kanunu ile medeni kanununun taslağı hazırlanmıştır. Bu kanunlar Mısırlı hukukçular tarafından hazırlanmış ve Afgan hukukçularının inceleme ve kontrolünden sonra 1976 yılında ceza kanunu, 1977 yılında ise medeni kanun yürürlüğe girmiştir.⁴² Medeni kanun Hanefî fihhına göre hazırlanırken ceza kanununun birinci maddesinde de bu kanunun ta'zîr cezalarıyla ilgili olduğu, had, kısas ve diyetin Hanefî fihhına göre düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu ceza kanunu 2018 yılında yenilenirken medeni kanun yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Afganistan tarihinde bütün kanunlar Hanefî fikhî esas alınarak hazırlanırken 2008'de ilk defa ülkede yaşayan Şîî vatandaşlar için Caferî fihhına dayalı "*Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu*"⁴³ adıyla 236 maddelik bir kanun çıkarılıp yürürlüğe konmuştur.⁴⁴ Böylece medeni hukuk ile

³⁵ Hazretgul Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan* (y.y.: İntişârât-ı Saîd, 2009), 125.

³⁶ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁷ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", 741; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 56.

³⁸ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/514; Zahir Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*, thk. Muhammed İbrahim Şeriatî Afganistanî (Tahran: İrfan, 2005), 45; Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 128.

³⁹ "Loya Cirge, Peştuca büyük anlamında 'loya' ve toplantı ve şûra anlamında 'cirge' kelimelerden oluşmakta olup sözlükte 'büyük şûra' demektir. Terim olarak da 'Afganistan'da yeni anayasayı onaylamak veya anayasadaki bir kanunu değiştirmek, cumhurbaşkanını yargılamak ve ülkenin bağımsızlığı, milli hâkimiyeti, toprak bölünmezliği ve büyük maslahatları ile ilgili konular hakkında karar vermek için oluşturulan geçici bir şûrayı ifade eder. Bu şûra, Afganistan'da halkın iradesinin en yüksek göstergesi olarak belirtilmiştir. Loya Cirge; milletvekilleri, bütün il ve ilçe şûra temsilcilerinden oluşur. Bakanlar, yüce divan ve başsavcılığın başkanı ve üyeleri de oy hakkı olmaksızın katılabilirler. Karar ise çoğunluğun oyu ile verilir. bk. 2004 tarihli Afganistan Anayasası, md.110-115." Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, 138.

⁴⁰ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

⁴¹ Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 124.

⁴² Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 297-309.

⁴³ Bu kanun 3 bölüm 236 maddeden oluşmaktadır. Birinci bölümü ehliyet ve şahsiyet başlığı ile 1-66 maddeleri ihtiva etmektedir. Bu bölümdeki alt başlıklar şöyledir: Genel hükümler, (md. 1-2) ehliyet (md. 3-7), gâibin hükmü (md. 8-24), hacir (md. 25-40), vilayet (md. 41-66). İkinci bölümü aile başlığıyla 67-180 maddelerinden oluşmaktadır. Bu bölümün alt başlıkları da şunlardır: Kurâbet (md. 67-73), kız isteme ve nişanlılık (md. 74-80), nikâhın engelleri (md. 81-93), nikâh akdinin sıhat şartları (md. 94-103), nikâh akdinin sonuçları (md. 104-125), nikâh akdinin sona ermesi (md. 126-160), nafaka (md. 161-172) ve çocuklar (md. 173-180). Üçüncü bölümü (madde 181-236) ise vasiyet (md. 181-193), miras (194-220), vakıf ve intifa'ı menafî' (md. 221-231) ve hibe (md. 232-236) konularını içermektedir. Bk. Mehtarkhan Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 381-382.

⁴⁴ Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu (KAŞET), *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009).

ilgili davalarda Hanefîler için 1977 tarihli medeni kanun, Caferîler için ise 2008 tarihli “Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-i Ehl-i Teşeyyu” adlı kanun esas alınmaktadır.⁴⁵

3. Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi

Kanunlaştırmaya Osmanlı’dan sonra başlayan Afganistan, bu konuda Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan etkilenmiştir.⁴⁶ Burada örnek olarak ceza hukuku ile medeni hukuktan, aile ve borçlar hukukunu ele alacağız. Bu için seçmemizin sebebi, bunların en bariz etkilenen kanunlar olmasıdır.

3.1. Ceza Hukukunda

Afganistan’da kanunlaştırma faaliyetlerinin başlangıcında cezalar iki kategoride ele alınmıştır. Had, kısas, diyetlerle ilgili suç ve cezalar ayrı, ta’zîr cezaları ise ayrı kategoride kanunlaştırılmıştır. 1921 yılında modern anlamda Afganistan’da ilk kanunlaştırma başladığında had, kısas ve diyetle ilgili hükümleri düzenlemek için *Temessükü’l-Kudâti’l-Emâniyye* adlı kanun çıkarılırken, ta’zîr cezalarının düzenlenmesi için *Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ayrı bir kanun da çıkarılmıştır. Birincisi tamamen Hanefî fıkıh kitaplarından müftâ-bih görüşlerden oluşurken ikincisinde kanunun İslam hukukuna aykırı olmaması dikkate alınmıştır.

Afganistan’da tazir cezalarının kanunlaştırılması fikri, birçok yeniliklerde olduğu gibi yine Afgan kralı Emanullah Han’a (1919-1929) aittir. Emanullah Han, buna gerekçe olarak da suçların cezalarının belli olmasının caydırıcılık açısından daha etkili olacağını göstermiştir.⁴⁷ Bazı âlimler ise, kadıların yetkisini ortadan kaldırdığını gerekçe göstererek karşı çıkmıştır. Âlimler buna ikna olamayınca Emanullah Han ikinci kez tazir cezaları ile ilgili kanun çıkarttığında cezaları belirtmeden “tazir cezasıyla cezalandırılacak” ifadesini kullanmakla yetinmiştir.⁴⁸

Afgan ceza kanununa da Osmanlı ceza kanunları öncülük etmiştir.⁴⁹ 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanması için Osmanlı kanunlaştırması konusunda bilgi sahibi olan hukukçulardan yardım alınmıştır.⁵⁰ Nitekim kanunlaştırmayla görevli şûrada, Bedri Bey (öl. 1923) ve Ahmed Cemal Paşa (öl. 1922)⁵¹ Afgan hukukçularla beraber üye olarak yer almış ve onlara yol göstermiştir. Bedri Bey, 72 adet kanunu Türkçeden Farsçaya tercüme etmiştir. Bunların, o dönemde çıkarılan nizam-nâmeler için esas teşkil etmeleri,⁵² Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanundan etkilenmesine sebep olmuştur.

Afganistan’da çıkarılan ilk ceza kanunu ve modern anlamda ilk kanun diyebileceğimiz 1921 tarihli ve *Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununda 1858 tarihli *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu* adlı ceza kanunu esas

⁴⁵ Afganistan’daki kanunlaştırma hareketi ile ilgili detaylı bilgi için bk. Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015), 14-126.

⁴⁶ Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 63.

⁴⁷ Au Una, Raj, Narayan, Retting, M., Schaeffer, S., Stephens, A., Sugarman, E., & Swenson, G. (2011). *Mebadi-yi hukuk-ı ceza-yı Afganistan* [Afgan Ceza Hukukuna Giriş] (çev. Şirket-i Hademât-i Hukukî-yi İlî). Kaliforniya: by., 16.

⁴⁸ Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması, IV. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı -IV (İlahiyat) 14-17 Mayıs 2015, Kütahya*, 2015, 291.

⁴⁹ Yaptığımız araştırmaların sonucunda, konuyla ilgili kaynaklarda, Afgan ceza kanunu hazırlanırken, Osmanlı ceza kanununun da aslını oluşturan Fransız Ceza Kanunu’na bakılıp bakılmadığı ya da sadece Osmanlı ceza kanunuyla yetinilip yetinilmediği ile ilgili her hangi bir bilgiye rastlamadık.

⁵⁰ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/531.

⁵¹ Hayatı ve faaliyetleri ile hakkında bilgi için bk. M. Şükrü Hanioğlu, “Cemal Paşa” *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1993), 8/305-307.

⁵² Abdulhay Habibî, *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşim Bahramî (Kabil: Devleti Matbaa, 2005), 27; Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst*, 44.

alınmıştır. Bu kanun daha sonra çıkan diğer ceza kanunlarına da kaynaklık etmiştir. Hatta bazı maddeleri olduğu gibi Farsçaya tercüme edilerek 1921 tarihli kanuna yerleştirilmiştir. Örneğin; 1858 tarihli kanunun birinci maddesi Farsçaya tercüme edilerek olduğu gibi 1921 tarihli Afgan ceza kanununda düzenlenmiş ve sadece sonunda had, kısas ve diyet ile ilgili meselelerde Temessükü'l-kudât'a göre hüküm verileceği eklenmiştir.⁵³ Aynı şekilde her iki kanunun ikinci maddeleri de aynıdır. Sadece 1858 tarihli kanunda suçların tasnifi; cinayet, cünha ve kabahat şeklinde sıralanırken 1921 tarihli nizamnâmede sıralama tam tersi şekliyle kabahat, cünha ve cinayet şeklinde yapılmıştır.⁵⁴ Bunun dışında birçok maddesi ya aynıdır veya az bir farklılıkla birbirine yakın maddelerdir. Burada aynı olan maddelerden tablo şeklinde birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Birbirine yakın olan maddelerlerin ise sadece numaralarını zikredeceğiz.

Tablo 1. Her iki kanunda aynı olan maddeler:

1858 Osmanlı Ceza Kanunu Maddeleri	Tarihli	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu Maddeleri
1 ⁵⁵		1 ⁵⁶
2 ⁵⁷		2 ⁵⁸
18 ⁵⁹		13 ⁶⁰

⁵³ Ceza Kānunnâme-i Hümâyunu, (1858) md. 1; Nizâm-nâme-i Cezâ-yı 'Umûmî, (1921) md. 1.

⁵⁴ Ceza Kānunnâme-i Hümâyunu, md. 2; Nizâm-nâme-i Cezâ-yı 'Umûmî md. 2.

⁵⁵ Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine vukû bulan cerâimin icra-yı mecâzâtı devlete âid olduğu gibi bir şahıs aleyhinde vukû bulan cerâimin âsâyîş-i umûmiyey-i ihlal eylemesi ciheti dahi kezâlik devlete âid olduğundan, tayin ve icrası şer'an emr-i ülû'lemre âid olan ta'zîrin tayin-i derecâtı dahi işbu kanunnâme mütekeffil ve mütezammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuku şahsiyyeye hâlel gelmeyecektir.

⁵⁶ "Doğrudan doğruya hükümetin alyhine işlenen suçların cezalarının uygulanmasın devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhine işlenen suçların, şer'i ve siyasi tazîr cezasının derece ve sınırlarının belirlenmesi de devlet tarafından olur. Binaen aleyh, ölçüsü ülû'l-emrin görüşleriyle belirtilmiş olan söz konusu iki çeşit ceza için bu nizamnâme tanzim edilmiştir. Kısas, had ve diyet ile ilgili suçlarını kapsadığı için bu nizamnâme şer'i hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu nizamnamenin içerdiği maddeler şeriata mutabıktır. Temessükü'l-kudât adlı eserin ceza ile ilgili bölümü bu nizamnameden sayılır".

⁵⁷ "Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır".

⁵⁸ "Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır".

⁵⁹ "İdam ceasına müstahak olan karı, hamile olduğunu ledel-ifâde hamli tahakkuk ve kesb-i sübut eylediği takdirde, cezası vad'ı haml ettikten sonra icra olunur".

⁶⁰ "İdam cezasına mahkum olan kadın şayet hamile ise, cezası çcuğunu doğurduktan sonra uygulanır".

1858 Osmanlı Ceza Kanunu Maddeleri	Tarihli	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu Maddeleri
13 ⁶¹		20 ⁶²
42 ⁶³		26 ⁶⁴
48 ⁶⁵		32 ⁶⁶
52 ⁶⁷		37 ⁶⁸

Aynı şekilde 1858 tarihli *Osmanlı Ceza Kanunu*'nun 16, 19, 55, 56 ve 57. maddeleri 1921 tarihli Afgan Ceza Kanunu'nun sırasıyla 12, 14, 41, 44 ve 45. maddeleri birbirine çok yakın olan maddelerdir.

Bazı konularda, özellikle de devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçlarda, 1921 tarihli *Afgan Ceza Kanun*'unda yer alan cezaların 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanun'unda yer alan cezalardan daha ağır olduğu görülmektedir. Söz konusu Osmanlı Ceza Kanun'unda kendisi için hapis cezası belirtilen birçok suç için Afgan Ceza Kanun'unda idam cezası tayin edilmiştir.⁶⁹ Bunun, söz konusu dönemde Afganistan'da krallık sisteminin hâkim olması ve halkın ayaklanmasını bastırmak için meşruiyet elde etme çabası olduğunu söylemek mümkündür.

3.2. Medeni Kanunda

3.2.1. Borçlar Hukukunda

İslam dünyasında borçlar, eşya ve şahıs hukuku alanında yapılan ilk kanunlaştırma *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* ile başlamıştır.⁷⁰ Tanzimat Dönemi'nden sonra borçlar hukukunun da kanunlaştırılması gündeme gelmiştir. Bazı aydınlar, Fransız Medeni Kanunu'nun tercümesi veya ictibas yoluyla borçlar kanununun

⁶¹ “Devletin dahilen ya haricen asayişini ihlal edecek cinayat ve cünhaya cüret etmiş olan eşhâs, kanunen tayin olunacak müddet-i cezaîyesini tekmiil ettikten sonra mutlaka zaptiye nezareti altına alınır”.

⁶² “Devletin iç ve dış güvenliğini ihlal eden cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan şahıslar, kanunda kendileri için belirtilen cezaları tamamladıktan sonra nezaret altına tutulur”.

⁶³ “Bir kimse bir cürmi aslen rızası olmayarak mecburen işlemiş olduğu sabit olursa, kezâlik mecâzât-ı kanuniyeden ma’fû tutulur. Ancak bu babda muteber olan mecburiyet, cürmün derecâtına göre ol kimseyi şî’arı tühmetten bütün bütün berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyet ve kendusunun mukavemet edemeyecek bir zaruret olmak lazım gelup, ebeveynin evlada, efendinin hizmetkâra emri gibi ta’zim ve ihtirâmdan neş’et eden haller mecburiyetten addolunmaz”.

⁶⁴ “Bir kimsenin aslen rızası olmadığı halde mecburen bir suçu işlediği sabit olursa, cezadan muaf olur. Ancak bu konuda muteber olan mecburiyet, suçların derecelerine göre, birincisi o kimseyi tühmetten tamamen bütüyle berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyetin bulunması, ikincisi ise kendisinin mukavemet edemediğini ispatlaması lazımdır. Aksi takdirde ebeveynin çocuklarına, efendini hizmetçisine emri gibi ta’zim ve saygıdan neş’et eden haller, mecburiyetten sayılmaz”.

⁶⁵ “Tebe’a-ı devlet-i aliyyeden her kim olursa olsun, saltanat-ı sefinenin düşmanlarıyla beraber olarak aleyhine silah tutar ise idam olunur”.

⁶⁶ “Afganistan’ın düşmanlarıyla ittifak kurup Afganistan devletinin aleyhine silah kaldırmak, idam cezasını gerektirir”.

⁶⁷ “Me’mûrîn ve hademe-i devlet ve sâireden her kim devlet aliyyenin ümûr-i mühimme-i politikasına dâir bir mükaleme-i hafiyesi ve mektûm ve hafî bir hareket-i askeriye tasmiî serâiriye hasbû’l-me’mûrîyye veya resmen vakıf olup da onu devletçe me’mûr ve me’zûn olmadığı halde ecnebi veya hud düşman bir devlet me’mûrlarına doğrudan doğruya veya bil-vâsita ifşa eder ise, idam olunur”.

⁶⁸ “Görevi gereği devletin herhangi bir siyasi ve askeri sırlarına vakıf olup da söz konusu sırları devletin resmi bir izni olmadan düşmana ifşa etmek, idam cezasını gerektirir”.

⁶⁹ bk., 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu (Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu) Adliye Nezareti (1335), md. 53; Nizamnâme-i Cezâ-yı ‘Umumî, md. 35, 37.

⁷⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459.

oluşturulmasından yana olurken, Cevdet Paşa başta olmak üzere bazıları da yerli bir hukukun oluşturulmasının daha uygun olduğunu savunmuşlardır. Nihayet ikinci görüşü savunanların görüşleri uygun görülmüş ve böyle bir kanunun hazırlanması kararlaştırılmıştır. 1869-1876 tarihleri arasında *Mecelle*, Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki heyet tarafından İslam hukuku ve özellikle Hanefî mezhebi esas alınarak 16 bölüm ve 1851 maddeyi ihtiva edecek şekilde hazırlanmıştır. Hazırlık aşamasında da tamamlanan bölümler sırasıyla yürürlüğe girmiştir.⁷¹

Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanan *Mecelle*'de Meşrutiyet döneminden 1926 tarihine kadar Avrupa kanunlarından ve Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplerden yararlanılarak⁷² tadil çalışmaları yapılmış; ancak söz konusu tadil çalışmaları, batıdan iktibas edilerek kanunlaştırmanın yapılacağına kararıyla 1926 tarihinde durdurulmuş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiştir.⁷³ Plandandığı şeklinde 1926 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti *Mecelle*'yi yürürlükten kaldırıp yerine İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul etmiştir.⁷⁴ Çok sayıda şerhi bulunan *Mecelle* birçok dile de tercüme edilmiştir.⁷⁵ *Mecelle*, alanında ilk olduğu için daha sonra diğer İslam ülkelerinde çıkan kanunlar için öncülük etmiştir.⁷⁶

Genelde Osmanlı hâkimiyeti altında bulunan ülkelerde uygulanan *Mecelle* de Osmanlı hâkimiyetine hiç girmemiş olan Afganistan'da da kısmen uygulanmış ve Afgan Medeni Kanunu'nu etkilemiştir. Nitekim yargı ve yargılama sistemiyle ilgili 04.03.1957 tarihli 279 maddelik "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) adlı kanunda bazı meselelerde *Mecelle*'ye göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁷ Yine 22.12.1958 tarihli 264 maddelik "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Hukuk Muhakemeleri Usulü) adlı kanunda, kadıların kanundaki boşlukları *Mecelle* ile doldurmaları gerektiği ifade edilmiştir.

07.08.1968 tarihinde, yargıda düzenlemeler yapmak ve yargı birliğini sağlamak amacıyla düzenlenen Mahkeme İl Başkanları Semineri'nde dönemin kâdilkudâtı olan Abdulhakim Zıyaî, kadılarına hitaben, herkes tarafından kolayca anlaşılabilmesi için Muhammed Hâlid el-Attâsî ve oğlu Muhammed Tâhir el-Attâsî tarafından yapılan *Mecelle* şerhinin tercüme edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. 1971 yılında gerçekleşen ikinci seminerde ise söz konusu şerhin tercüme edilmesi kararlaştırılmış ve Adalet Bakanlığının öncülüğünde tercüme edilip kadıların istifadesine sunulmuştur.⁷⁸ Irak Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan, *Münirü'l-Kâdî* adlı *Mecelle* şerhinden günümüzde de kadılar istifade etmektedir.⁷⁹ Ayrıca *Mecelle*'de 8. madde olarak yer alan "beraet-i zimmet asıldır" şeklindeki külli fıkıh kaidesi Afganistan'da farklı tarihlerde çıkarılan anayasaların tümünde ve Afgan ceza kanununda yer almaktadır. Bunun yanı sıra diğer İslam ülkelerinde olduğu gibi şekil itibarıyla da *Mecelle* Afgan Medeni

⁷¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/19-20; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 174-176.

⁷² Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 317.

⁷³ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234; Seda Örsen Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 43-44.

⁷⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 318.

⁷⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234-235.

⁷⁶ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/231.

⁷⁷ Bk. Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye, (1957) md. 83, 87, 93, 125, 138, 150, 174-175 vd.

⁷⁸ Hazretgul Hosâmî, "Mecelletü'l-Hukkâmî'l-Adliyye Av De-heği Şerhi", *Qazâ*, (ts.), 37-39; Hosâmî, *Tarih-i Qaza Der Afganistan*, 223-226.

⁷⁹ Hazretgul Hosâmî, "Qazâ ve Qazâvet der 'Ahdı Saltanat-ı 'Ala Hazret Zahir Şah", *Qazâ* 7-8 (2004), 26-30.

Kanun'u için örnek olmuştur.

Günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun hazırlanmasına 1961 yılında başlanmıştır. Afganistan hükümetinin talebiyle Mısır'dan iki hukukçu Afganistan'a gelmiş ve bir sene içinde söz konusu hukukçulardan biri medeni kanununu diğeri ise ceza kanununu tamamlamıştır. Söz konusu kanunlar, Afgan hukukçulardan oluşan komisyon tarafından gerekli inceleme ve düzeltmelerden sonra tercüme edilmiş, 2416 madde olarak 05.01.1977 tarihinde cumhurbaşkanının imzasıyla yürürlüğe konulmuştur.⁸⁰ Bir yandan *Mecelle*'nin maddelerinden istifade edilirken⁸¹ diğer yandan birçok Küllî Kaidesi tercüme edilip bu kanunun başına olduğu gibi yerleştirilmiştir. Burada 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda yer alan *Mecelle*'deki Küllî Kaidelerini tablo şeklinde göstereceğiz.

Tablo 2. 1977 Tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda Yer Alan *Mecelle*'deki Küllî Kaideler

<i>Mecelle</i> maddeleri	1977 Tarihli Afgan Medenî Kanunu maddeleri
14 ⁸²	1 ⁸³
10 ⁸⁴	3 ⁸⁵
99 ⁸⁶	4 ⁸⁷
33 ⁸⁸	5 ⁸⁹
25 ⁹⁰	6 ⁹¹
30 ⁹²	7 ⁹³
22 ⁹⁴	784 ⁹⁵
27 ⁹⁶	785 ⁹⁷
26 ⁹⁸	786 ⁹⁹

⁸⁰ Hosâmî, "Tarihçe-yi Qazâ ve Qazâvat der Afganistan" Qazâ, 1, (2006), 18-22; Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 297-309.

⁸¹ Örneğin, *Mecelle*'nin 123, 202, 207, 214, 252, 281, 296 vd. maddeleri ile Afgan Medeni Kanun'un sırasıyla 1124, 1041, 1056, 1059, 1070, 1115 ve 1118 maddeleri birbirinin aynısı veya birbirine yakın maddelerdir.

⁸² Mevrid'i nassda içtihadı mesâğ yoktur (Hakkında nass bulunan konuda içtihat yapılmaz).

⁸³ Kanun hükmünün bulunduğu konularda içtihat yapılmaz).

⁸⁴ "Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur" (Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir).

⁸⁵ "Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir".

⁸⁶ "Kim ki, bir şeyi vaktinden evvel ist'câl eder ise mahrumiyetiyle mu'ateb olur" (Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır).

⁸⁷ "Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır".

⁸⁸ "İztirâr gayrin hakkını iptâl etmez" (Zaruret, başkasının hakkını iptal etmez).

⁸⁹ "Zaruret hali, başkasının hakkını iptal etmez".

⁹⁰ "Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz" (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁹¹ "Zarar, kendi misliyle giderilmez".

⁹² "Def'-i mefâsid celb-i menâf'den evlâ'dır" (Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten daha iyidir).

⁹³ "Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten önceliklidir".

⁹⁴ "Zarûretler kendi mikdârlarınca takdir olunur" (Zaruret sebebiye mubah olanlar, zaruret miktarı ölçüsünde değerlendirilir).

⁹⁵ "Zaruretlar kendi miktarı ölçüsünde değerlendirilir".

⁹⁶ "Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunur" (Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilebilir).

⁹⁷ "Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilir".

⁹⁸ "Zarar-ı âmmı def' için zarar-ı hâss ihtiyar olunur" (Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir).

⁹⁹ "Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir".

Mecelle maddeleri 25 ¹⁰⁰	1977 maddeleri 788 ¹⁰¹	Tarihli	Afgan	Medenî	Kanunu
---	---	----------------	--------------	---------------	---------------

3.2.2. Aile Hukukunda

Osmanlı'da İslam aile hukukunun kanunlaştırılması da Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ile başlamıştır. Bu kanun da aslında *Mecelle*'nin devamı ve eksik noktaların tamamlayıcısı niteliğindedir. *Mecelle*'de yer verilmeyen aile hukuku ayrı bir kanun şeklinde ele alınmıştır; ancak *Mecelle* çok erken dönemde hazırlanırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* Osmanlı'nın son döneminde (1917 yılında) hazırlanmış ve yine çok kısa bir süre sonra (1919 yılında) yürürlükten kaldırılmıştır. Münakehât (evlenme) ve müfârakât (boşanma) olmak üzere iki büyük başlık şeklinde ele alınan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* iki kitap, dokuz bab, yirmi bir fasıl ve 157 maddeden oluşmaktadır.¹⁰² Bu kanunda Müslümanların yanı sıra Ehl-i Kitap olan Yahudi ve Hristiyanların aile hukuku için de ayrı başlıklar halinde kanun düzenlenmiştir. *Mecelle*'den farklı tarafı ise *Mecelle*'nin hazırlanmasında sadece Hanefî mezhebi esas alınırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nde bazen diğer mezheplerin görüşlerinin¹⁰³ de tercih edilmiş olmasıdır.¹⁰⁴ Diğer mezheplerin görüşleri tercih etme sebepleri de tek tek açıklanmıştır.¹⁰⁵ Bu yönüyle de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nin, 1953 tarihli Irak Medeni Kanun'u ile Mısır Medeni Kanun'u başta olmak üzere İslam dünyasında çıkarılan birçok kanunu doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiş olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Irak Medeni Kanunu'nda da tek bir mezhebe bağlı kalınmaksızın farklı mezheplerden istifade edilmiştir.¹⁰⁶

Günümüzde hâlâ yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medenî Kanunu da yine bu yönüyle Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenmiştir. Mesela Hanefî fıkhı esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkhı dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Örneğin, Afgan Medeni kanunu'nda, yoksulluk nedeniyle nafakasını sağlayamayan kocaya karşı hanımının tefrik için mahkemeye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı konusu ile ikrah altında gerçekleşmiş olan boşanmanın geçerli olup olmadığı konusunda, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nde olduğu gibi¹⁰⁷ Maliki, Şafiî ve Hanbelîlerin görüşü tercih edilmiştir. Meşru bir mâzeret söz konusu olmadığı halde kocanın gâibliğinin tefrik sebebi sayılıp sayılmaması konusunda ise Hanbelî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Aynı mecliste verilen birden fazla talakın geçerliliği ve kaç talak sayılacağı konusunda, Zeydiye, İbn Teymiyye ve İbn Kayyım'ın görüşü tercih edilmiştir. Ayrıca evlilik yaşı için de benzer şekilde, Afgan Medeni Kanunu'nda evlilik yaşı erkekler için 18 ve kızlar için 16 olarak belirtilmiştir.¹⁰⁸ Yine Afgan Medeni Kanunu'nun Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenerek evlilik ve boşanmanın tescilini zorunlu hale getirdiğini görmekteyiz.¹⁰⁹ Hanefî mezhebinin yanı sıra diğer mezheplerden de

¹⁰⁰ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

¹⁰¹ “Zarara zarala karşılık vermek aynı şekilde zararı misliyle gidermek caiz değildir”.

¹⁰² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459-460; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294-295.

¹⁰³ Tercih edilen diğer mezhep görüşleri için bk. Orhan Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017), 12-13.

¹⁰⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 303.

¹⁰⁵ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 77-98.

¹⁰⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/23-24.

¹⁰⁷ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 105.

¹⁰⁸ Konuların detayları ve kaynakları için bk. Khwajamir, “Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası”, 379-381.

¹⁰⁹ Çeker, *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, md. 37; Afgan Medeni Kanun'u, md. 48.

istifade edilme konusunda Afgan Medeni Kanunu'nun *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*"nden etkilendiğine diğer bir örnek ise dede yetimliği¹¹⁰ göstermek mümkündür. İslam miras hukukundaki dede yetimliği konusunda, yani kişinin kendisinin hayatta olduğu zaman vefat eden çocuğunun çocuklarına vasiyeti de Afgan Medeni Kanunu'da "vacip vasiyet" başlığı altına ele alınmış ve vacip olarak kabul edilmiştir. 8 maddeyle düzenlenen bu meselede¹¹¹ dört fıkıh mezhebi tarafından kabul edilmeyen, İbn Hazm'ın görüşünün tercih edildiğini görmekteyiz.¹¹²

Sonuç

İslam dünyasında ilk kanunlaştırma hareketini Osmanlı Devleti başlatmıştır. 1840 tarihli ceza kanunu, *Mecelle ve Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*"nin çıkarılmasıyla Osmanlı Devleti İslam dünyasının kanunlaştırma hareketine öncülük etmiştir. Söz konusu kanunlar, bir yandan bazı İslam ülkelerinde uzun süre uygulanırken diğer yandan da yeni çıkan kanunlara kaynaklık ve rehberlik görevini üstlenmiştir. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan hiçbir zaman Osmanlı Devleti'nin egemenliği altına girmemesine rağmen Osmanlı hukukundan etkilenmiştir. 1921 tarihli Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda Osmanlı tarafından hazırlanan ve uzun zaman yürürlükte kalan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümâyunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bazı maddeler her iki kanunda aynı olup sadece tercüme edilmiştir, bazı maddelerde ise çok az değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanmasında bizzat Türk hukukçular yer almış ve hazırlanmasında önemli rol oynamışlardır. Bu da Afgan Ceza Kanunu'nun Osmanlı Ceza Kanunu'ndan çokça etkilenmesine yol açmıştır. Afgan Medeni Hukuku da hem *Mecelle*'den hem de *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nden, şekil ve muhteva açısından çokça etkilenmiştir. Şekil açısından düşündüğümüzde; *Mecelle* İslam dünyasında İslam hukukunun kanunlaştırmasında ilk olduğu için Afgan hukukuna ve özellikle de medeni kanununa örneklik teşkil etmiştir. Muhteva açısından 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun *Mecelle*'de olduğu gibi Hanefî fıkıhı esas alınarak hazırlanmış olması buna örnek olarak gösterilebilir. Afganistan'da modern anlamda ilk kanunlaştırma başladığında, çıkarılan bazı kanunlarda birçok meselede *Mecelle*'nin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine *Mecelle* şerhlerinin tercüme edilerek mahkemelerde kullanılması kararlaştırılmış ve günümüze kadar da mahkemelerde kadılar tarafından *Mecelle* ve şerhlerinden istifade edilmeye devam edilmiştir. Aynı şekilde Afgan Medeni Kanun'u, *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nden de etkilenmiş, *Hukuk-ı Aile Karanamesi*'nde olduğu gibi bu kanunda da bazı konularda Hanefî mezhebinin hatta dört meşhur sünni fıkıh mezhebinin dışına çıkılmıştır.

Kaynakça

- Ağırakça, Muhammed Hamidullah. *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örenği)*. İstanbul: Akdem Yayınları, ts.
- Arı, Abdüsselâm. Vacip Vasiyet ve Halefiyet Bağlamında 'Dede Yetimi' Problemi. *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* - 12/34 (2008) 249-268
- Atâî, Muhammed İbrahim. *Nigâh-i Muhtasar be Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*. çev. Jamiluurahman Kamgar. Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005.
- Atar, Fahrettin. "Fetva". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/486-496. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.

¹¹⁰ Dede yetimi ve vacip vasiyet konusunda detaylı bilgi için bk. Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, İslam Miras Hukukunda "Halefiyet", "Dede Yetimi" ve "Vacip Vasiyet", Dini Araştırmalar, 1999, cilt: 1, sayı:3, ss. 150-167; Abdüsselâm Arı, Vacip Vasiyet ve Halefiyet Bağlamında 'Dede Yetimi' Problemi, *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* -, 12/34 (2008), s. 249-268.

¹¹¹ Afgan Medenî Kanunu, md. 2182-2189.

¹¹² Ebû Muhammed Alî b. Ahmed, İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002), 8/353.

- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007.
- Afganistan Kültür ve İnfarmasyon Bakanlığı Yıllık Bülteni. *Sâlnânme-yi Afganistan* "Nazari be Seyr-i Kânûn-guzârî Der Afganistan" 43 (1976-1977), 741-771.
- Çeker, Orhan. *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017
- Çelîkbîlek, Abdul Metin. "Afganistan Emîrî Şîr Alî Han'ın Modernleşme Çabaları". *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (Aralık 2017), 94-110.
<https://doi.org/10.30804/cesmicihan.363312>
- Çolak, Abdullah. *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018.
- Örsten Esîrgen, Seda. "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?". *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 31-48.
https://doi.org/10.1501/OTAM_0000000565
- Ferheng, Mir Muhammed Siddîk. *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*. Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş 1992.
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin. İslam Miras Hukukunda "Halefiyet", "Dede Yetimi" ve "Vacip Vasiyet". *Dini Araştırmalar* 1/3 (1999), 143-170.
- Gümüş, Musa. "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları". *Tarih Okulu* 14 (2013), 163-200.
<http://dx.doi.org/10.14225/Joh7>
- Habîbî, Abdulhay. *Cünbîş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*. ed. Muhammed Haşîm Bahramî. Kabil: Devleti Matbaa, 2005.
- Hanioğlu, M. Şükrü. "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 8/305-307. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Hosâmî, Hazretgul. "Qazâ ve Qazâvet der 'Ahdı Saltanat-ı 'Ala Hazret Zâhir Şâh". *Qazâ* 7-8 (2004), 1-30.
- Hosâmî, Hazretgul. "Mecelletü'l-Ahkâmî'l-Adliyye Av De-heğı Şerhi". *Qazâ* 3 (2009) 41-52.
- Hosâmî, Hazretgul. *Revend-i Sistem-i Kânûn-guzârî*. Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011.
- Hosâmî, Hazretgul. "Tarihçe-yi Qazâ ve Qazâvat der Afganistan". *Qazâ* 1 (2006) 13-24.
- Hosâmî, Hazretgul. *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, yy.: İntişârât-ı Saîd, 2009.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed el-Endelusî. *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî. 12 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Fîkr, 1424/2002.
- Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukuku Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.
- KAŞET, Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu. *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009). Erişim 6 Ocak 2022.
http://old.moj.gov.af/Content/files/OfficialGazette/0901/OG_0988.pdf
- Khvajamir, Mehtarkhan. "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 369-382.
- Khvajamir, Mehtarkhan. *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015.
- Khvajamir, Mehtarkhan. Afganistan'da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması. IV. *Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı -IV (İlahiyat)* 14-17 Mayıs 2015. 285-300. Kütahya: y.y., 2015.
- Kılıç, Muhammed Tayyib. *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

- Merçil, Erdoğan. "Mahmûd-i Gaznevî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 27/362-365. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî. Kabil: Matbaai Sengi-yi Mâşînhane-i Dârü's-saltanat 1921.
- Usulnâme-i İdarî-yi Mehâkim-i Adliye 1957.
- Özel, Ahmet. "el-Âlemgîriyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 2/365-366. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Popelzai, İzzuddîn Vekilî. *Dârü'l-Qazâ der Afganistan ez Evâil-i 'Ahd-i İslâm tâ 'Ahd-i Cumhuriyet*. Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991.
- Saray, Mehmet. "Abdurrahman Han". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 1/163. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Saray, Mehmet. "Ahmed Şah Dürrânî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/133-134. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Saray, Mehmet. "Emânullah Han". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 6/84-85. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Sarıay, Ercimet. "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi". *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.
- Tanîn, Zahir. *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*. thk. Muhammed İbrahim Şeri'atî Afganistanî. Tahran: İrfan 2005.
- Una, Au-Narayan, Raj-Retting, Max- S., Schaeffer- Stephens A., -Sugarman, E., & Swenson, G. *Mebadi-yî hukuk-ı ceza-yı Afganistan* [Afgan Ceza Hukukuna Giriş]. çev. Şirket-i Hademât-i Hukukî-yi İlî. Kaliforniya: y.y., 2011.
- 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu (Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu) Adliye Nezareti (1335).

Nihai Karar
The Final Decision

Editörlük Kararı

Ad Soyad: Abdullah Demir

Rol: Editör

E-posta: abduhahdemir@hotmail.com

Kurum: ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ, İSLAMİ İLİMLER
FAKÜLTESİ, TEMEL İSLAM BİLİMLERİ BÖLÜMÜ, KELAM VE İSLAM
MEZHEPLERİ TARİHİ ANABİLİM DALI

Karar Tarihi: 11-03-2022

Karar: Kabul Edildi

İngilizce Dil İncelemesi
English Editing

Eskiyeni

İngilizce Dil Editörü Makale İnceleme Formu

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği



Dil Editörü

15 Mart 2022

Makalenin başlığı İngilizce açısından uygun mu?

- Uygundur.

Makalenin özeti İngilizce açısından uygun mu?

- Uygundur, bu şekli ile yayımlanabilir.

Makalenin anahtar kelimeleri, İngilizce imla açısından doğru yazılmış mı?

- Uygundur, bu şekli ile yayımlanabilir.

Dil editörü olarak üzerinde düzeltme yaptığınız makale metnini, ek dosya olarak DergiPark sistemine eklediniz mi?

- Evet

İngilizce metin tashih mi edilmeli, baştan mı çevrilmelidir?

- Tashih edilmesi yeterlidir.

Diğer

- Metin üzerinde yapılan düzeltmelerin kabul edilmesi durumunda metnin yayınlanması uygundur.

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi:

Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Mehterhan Furkani

Doç. Dr., Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Anabilim
Dalı

Assoc. Prof., Aksaray University, Faculty of Islamic Education, Department of Basic Is-
lamic Sciences,

Aksaray/Turkey

mehterhan_4@windowslive.com

Cep:05556317193

ORCID: 0000-0002-4415-7830

Öz

Hız. Peygamber hayatta iken sahabe her meselenin çözümünü için ona, vefatından sonra da Kur'an ve Sünnete başvuruyorlardı. Söz konusu iki kaynakta hükmünü bulamadıkları konularda ise içtihat yoluyla hüküm çıkarıyorlardı. İctihat yapacak seviyede olmayanlar da dini konularda uzman olan kimselere başvurarak bilgi ediniyorlardı. Onlardan sonra gelen Müslümanlar da aynı yolu takip ettiler. Daha sonra telif edilen fetva kitaplarından, fetvanın yanı sıra kazâ konusunda da istifade edildi. İslam hukukunun kanunlaştırma teklifi her ne kadar İbn Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından çok erken bir dönemde yapılmışsa da modern anlamda kanunlaştırma faaliyeti geç başlamıştır. Çağdaş batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır. Osmanlı Devleti Batı'dan etkilenerek 1840'da çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine başlamıştır. İslam dünyasında medeni hukukunun kanunlaştırılması ise modern anlamda Mecelle ile başlamıştır. Bunu da 1917 tarihinde çıkarılan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hakimiyeti altında olan birçok ülkede uygulanmıştır. Hatta söz konusu iki kanun, günümüzde Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde bulunan bölgelerde ilga edildikten sonra da diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı, bu çalışmaları ile diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, daha sonra diğer İslam ülkeleri de bunları örnek alarak kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hakimiyeti altına girmediği halde kanunlaştırmada doğrudan veya dolaylı olarak Osmanlı hukukundan etkilenmiş ve Osmanlı hukukunu kendine örnek almıştır. Afganistan'da ilk ceza kanunu hazırlanırken, Osmanlı Devleti'nin 1858 tarihinde çıkardığı Ceza Kanunnâme-i Hümaynu adlı kanun esas alınmıştır. Sözü geçen Ceza Kanunnâme-i Hümaynu'nun bazı maddeleri ya olduğu gibi hiçbir değişiklik yapılmadan veya az bir değişiklik yapılarak 1921 tarihli Nizamnâme-i Cezâ-yı Umûmî adlı ceza kanununa yerleştirilmiştir. 1957 tarihli "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) ile 1958 tarihli "Usûl-i

İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Adlî Hukûkî Muhakimenin Uygulama Usulü) adlı kanunlarda bazı meselelerde Mecelle'ye göre hüküm verilmesi ve kadıların kanundaki boşlukları Mecelle ile doldurmaları gerektiği ifade edilmektedir. 1977 yılında yürürlüğe giren Afgan Medeni Kanunu'na baktığımızda, Mecelle ve Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilendiğini görmekteyiz. Aynı şekilde Afgan mahkemelerinde günümüze kadar, Afgan Medenî Kanunu'nun yanı sıra Mecelle ve şerhlerinden istifade edilmektedir. Hanefî fıkıh esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkı dışına çıktığı ve bu yönden Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Bu makalede Osmanlı hukukunun Afgan hukukuna olan etkisi ceza hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı, Afganistan, hukuk, etkileşim.

The Effect of Ottoman Law on The Afghan Law: In the Example of Panel and Civil Law

Abstract

While the Prophet was alive, the companions had consulted to him personally for the solution of every religious matter and to the Qur'an and Sunnah after his death. On the issues that they could not find information in the two sources mentioned, they have made judgments by making ijtehad. Those who were not at the level to make ijtehad obtained information by consulting people who were experts in religious matters. The Muslims who came after them continued to follow the same path. Later on, fatwa books were prepared, and these works began to be used in the field of qada as well as fatwa. Although the proposal for the codification of Islamic law was made by Ibn al-Muqaffa' (d. 142/759) at a very early period, the act of codification started too late. The legalization activity in the modern western world started at the end of the 18th century and spread to the whole European continent in the 19th century. The Ottoman Empire, influenced by the West, started the act of codification in the modern sense with the Penal Code of 1840. The codification of civil law in the Islamic world started with *al-Majalla al-Ahkam al-Adliyyah* (The Ottoman Courts Manual). *Hukûk-i Aile Kararnamesi* (the Family Law Decree) which was issued in 1917, followed *al-Majalla* in the field of codification. These two laws, which were prepared based on Islamic law, were applied in many countries under the rule of the Ottoman Empire. Even these two laws continued to be in force in some other Islamic countries a long time after they were declared abolished in the Republic of Turkey. With these works, the Ottoman Empire became a pioneer for other Islamic countries, and later, other Islamic countries took these as an example and prepared and put into effect their civil laws. One of these countries is Afghanistan. Although Afghanistan was not under Ottoman rule, it was directly or indirectly influenced by Ottoman law in enacting and took Ottoman law as an example. While the first penal code was being prepared in Afghanistan, the penal code (*Ceza Kanunnâme-i Hümayun*), which was enacted by the Ottoman Empire in 1858, was taken as a basis. Some articles of the aforementioned Ottoman Penal Code of 1958 were incorporated into the Afghan penal code of 1921 (*Nizamnâme-i Cezâ-yı Umûmî*), either as they are, with little or no change. It is stated that judges should be made according to *al-Majalla* and that the qadis should fill the gaps in the law with *al-Majalla* on some issues in the laws named "Usulnâme-i İdâri-yi Mahakim-i Adliye" (Administration of Judicial Courts Law) of 1957 and "Usul-i İjraati Muhakimât-ı Huquqî-yi Adlî" (The Practice of Judicial Jurisdiction) of 1958. When we look at the Afghan Civil Code, which came into force in 1977, we see that it was influenced by the *Majalla* and the Ottoman *Hukûk-ı Aile Kararnamesi* (Ottoman Law of the Family Decree). In the same way, *Majalla* and its annotations have been used in Afghan courts in addition to the Afghan Civil Code until today. It is seen that in the Afghan Civil Code, which was prepared

Açıklamalı [A1]: sahabe özel isim değil sanırım, büyük harf ile yazmaya gerek yok.

Sildi: c

Sildi: to

Sildi: prepared

Sildi: Ibn Mukaffa'

Sildi:

Sildi:

Sildi: on the basis of

Sildi: laws continued

Sildi: .

Sildi: own

Biçimlendirdi: Yazı tipi: İtalik Değil, Karmaşık Yazı İçin Yazı Tipi: İtalik Değil

Sildi: k

Sildi: â

Sildi: â

Sildi: â

Sildi: ü

Sildi: â

Sildi: â

Sildi: ü

Sildi: î

Sildi: î

Açıklamalı [A2]: türkçe özetteki bu cümle tercüme edilmemişti, tercüme ettim. kontrol ederseniz iyi olur.

based on Hanafi fiqh, some issues were out of Hanafi fiqh, and in this respect, the Ottoman Law of Family Decree was followed. In this article, the effects of Ottoman law on Afghan law will be discussed in the context of criminal law, family law and law of obligations.

Sildi: on the basis of

Keywords: Islamic Law, Ottoman State, Afghanistan, codification movements, interaction.

Giriş

Sahabe döneminden itibaren müslümanlar meselelerin hukukî çözümlerini Kur’ân ve Sünnetten öğrenmişlerdir. Hakkında nass bulunmayan konularda ise müçtehit âlimler içtihat yoluyla hüküm çıkarmışlardır. Ebû Hanife’nin öğrencisi olan Ebû Yûsuf döneminden itibaren de mezhep mensupları karşılaştıkları meselelerde mezhebin ortaya koyduğu eserleri kaynak olarak kabul etmiş ve onu bir kanun gibi kullanmışlardır.¹ Daha sonra da klasik fıkıh kitaplarına göre daha pratik olan fetva kitapları hazırlanmış, fetvanın yanı sıra kazâ² konusunda da bunlardan istifade edilmiştir. İslam dünyasında kanunlaştırma (codification) teklifi ilk defa Abdullah b. Mukaffa’ (öl. 142/759) tarafından yapılmış, ancak bu teklif gerçekleşmemiştir. Batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır.³ 1804’te *Fransız Medeni Kanun’u*, 1807’de *Fransız Ticaret Kanun’u* ve 1810’de *Fransız Ceza Kanun’u* yürürlüğe girmiştir. Osmanlı Devleti, Batı’dan etkilenecek çağın şartlarına cevap verecek kanunların çıkartılmasının gerekli olduğunu hissedip 1840’ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine resmen başlamış ve 1850’de çıkarılan *Kanunnâme-i Ticaret*’le bu süreci devam ettirmiştir. *Alman Medeni Kanun’u* ile *İsviçre Medeni Kanun’u* ise 1900’de yürürlüğe girmiştir.⁴ Buna göre Osmanlı’da kanunlaştırmının Batı’dan hemen sonra başladığını söylemek mümkündür. Zira görüldüğü gibi her ne kadar bazı Batı ülkelerine göre kanunlaştırmaya geç başlamışsa da diğer bazılarına göre erken harekete geçmiştir.

Daha önce her ne kadar muhtasar eserler ve fetva kitaplarının hazırlanması şeklinde nisbi bir kanunlaştırma gerçekleşmişse de medeni hukukta gerçek ve modern anlamda bir kanunlaştırma *Mecelle* ile başlamıştır.⁵ Bunu da Osmanlı Devleti’nin sonlarında çıkarılan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı’nın hâkimiyeti altında olan Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin ve İsrail gibi birçok ülkede uygulanmış, hatta *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* 1919 yılında ve *Mecelle* de Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda -mülga ilan edilmesine rağmen- diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı Devleti, kanunlaştırmadaki gelişmelerle diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, bunun sonucunda diğer İslam ülkeleri de kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır.⁶ Bunlardan biri de Afganistan’dır. Afganistan Osmanlı hâkimiyetine girmediği halde kanunlaştırmada Osmanlı hukukunu örnek almış

¹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/294.

² Fetva ve kazânın ortak ve farklı yönleriyle ilgili detaylı bilgi için bk. Fahrettin Atar, “Fetva”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/487-488.

³ Muhammed Hamidullah Ağırakça, *Mısır’da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)* (İstanbul: Akdem Yayınları, ts.), 36.

⁴ bk. Ağırakça, *Mısır’da Kanunlaştırma Hareketleri*, 38-44; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 140-141.

⁵ Mecelle hakkında detaylı bilgi için bk. Mehmet Akif Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 299; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007), 459.

Revizyon Dosyası
Author's Revision Files

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi:

Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Mehterhan Furkani

Doç. Dr., Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Anabilim
Dalı

Assoc. Prof., Aksaray University, Faculty of Islamic Education Department of Basic Is-
lamic Sciences,

Aksaray/Turkey

mehterhan_4@windowslive.com

Cep:05556317193

ORCID: 0000-0002-4415-7830

Öz

Hiz. Peygamber hayatta iken sahabe her meselenin çözümü için ona, vefatından sonra da Kur'ân ve Sünnete başvuruyorlardı. Söz konusu iki kaynaktan hükümünü bulamadıkları konularda ise içtihat yoluyla hüküm çıkarıyorlardı. İctihat yapacak seviyede olmayanlar da dini konularda uzman olan kimselere başvurarak bilgi ediniyordu. Onlardan sonra gelen Müslümanlar da aynı yolu takip ettiler. Daha sonra telif edilen fetva kitaplarından, fetvanın yanı sıra kazâ konusunda da istifade edildi. İslam hukukunun kanunlaştırma teklifi her ne kadar İbn Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından çok erken bir dönemde yapılmışsa da modern anlamda kanunlaştırma faaliyeti geç başlamıştır. Çağdaş batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır. Osmanlı Devleti Batı'dan etkilenecek 1840'da çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine başlamıştır. İslam dünyasında medeni hukukunun kanunlaştırılması ise modern anlamda Mecelle ile başlamıştır. Bunu da 1917 tarihinde çıkarılan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hakimiyeti altında olan birçok ülkede uygulanmıştır. Hatta söz konusu iki kanun, günümüzde Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde bulunan bölgelerde ilga edildikten sonra da diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı, bu çalışmaları ile diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, daha sonra diğer İslam ülkeleri de bunları örnek alarak kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hakimiyeti altına girmediği halde kanunlaştırmada doğrudan veya dolaylı olarak Osmanlı hukukundan etkilenmiş ve Osmanlı hukukunu kendine örnek almıştır. Afganistan'da ilk ceza kanunu hazırlanırken, Osmanlı Devleti'nin 1858 tarihinde çıkardığı Ceza Kanunnâme-i Hümaynu adlı kanun esas alınmıştır. Sözü geçen Ceza Kanunnâme-i Hümaynu'nun bazı maddeleri ya olduğu gibi hiçbir değişiklik yapılmadan veya az bir değişiklik yapılarak 1921 tarihli Nizamnâme-i Cezâ-yı Umûmî adlı ceza kanununa yerleştirilmiştir. 1957 tarihli "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) ile 1958 tarihli "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Adlî Hukûkî Muhakimenin Uygulama Usulü) adlı kanunlarda bazı meselelerde Mecelle'ye göre hüküm verilmesi ve kadıların kanundaki boşlukları Mecelle ile doldurmaları

gerektiği ifade edilmektedir. 1977 yılında yürürlüğe giren Afgan Medeni Kanunu'na baktığımızda, Mecelle ve Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilendiğini görmekteyiz. Aynı şekilde Afgan mahkemelerinde günümüze kadar, Afgan Medenî Kanunu'nun yanı sıra Mecelle ve şerhlerinden istifade edilmektedir. Hanefî fıkıh esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkıhı dışına çıkmış ve bu yönden Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Bu makalede Osmanlı hukukunun Afgan hukukuna olan etkisi ceza hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı, Afganistan, hukuk, etkileşim.

The Effect of Ottoman Law on The Afghan Law: In the Example of Panel and Civil Law

Abstract

While the Prophet was alive, the companions had consulted to him personally for the solution of every religious matter and to the Qur'an and Sunnah after his death. On the issues that they could not find information in the two sources mentioned, they have made judgments by making ijtihad. Those who were not at the level to make ijtihad obtained information by consulting people who were experts in religious matters. The Muslims who came after them continued to follow the same path. Later on, fatwa books were prepared and these works began to be used in the field of qada as well as fatwa. Although the proposal for the codification of Islamic law was made by Ibn al-Muqaffa' (d. 142/759) at a very early period, the act of codification started too late. The legalization activity in the modern western world started at the end of the 18th century and spread to the whole European continent in the 19th century. The Ottoman Empire, influenced by the West, started the act of codification in the modern sense with the Penal Code of 1840. The codification of civil law in the Islamic world started with *al-Majalla al Ahkam al Adliyyah* (The Ottoman Courts Manual). *Hukûk-i Aile Kararnamesi* (the Family Law Decree) which was issued in 1917, followed *al-Majalla* in the field of codification. These two laws, which were prepared based on Islamic law, were applied in many countries under the rule of the Ottoman Empire. Even these two laws continued to be in force in some other Islamic countries a long time after they were declared abolished in the Republic of Turkey. With these works, the Ottoman Empire became a pioneer for other Islamic countries, and later, other Islamic countries took these as an example and prepared and put into effect their civil laws. One of these countries is Afghanistan. Although Afghanistan was not under Ottoman rule, it was directly or indirectly influenced by Ottoman law in enacting and took Ottoman law as an example. While the first penal code was being prepared in Afghanistan, the penal code (Ceza Kanunnâme-i Hümayun), which was enacted by the Ottoman Empire in 1858, was taken as a basis. Some articles of the aforementioned Ottoman Penal Code of 1958 were incorporated into the Afghan penal code of 1921 (Nizamnâme-i Cezâ-yı Umûmî), either as they are, with little or no change. It is stated that judges should be made according to *al-Majalla* and that the qadis should fill the gaps in the law with *al-Majalla* on some issues in the laws named "Usûlnâme-i İdâri-yi Mahâkim-i Adliye" (Administration of Judicial Courts Law) of 1957 and "Usûl-i İjraati Muhâkimât-ı Huquqî-yi Adli" (The Practice of Judicial Jurisdiction) of 1958. When we look at the Afghan Civil Code, which came into force in 1977, we see that it was influenced by the Majalla and the Ottoman Hukûk-ı Âile Kararnamesi (Ottoman Law of the Family Decree). In the same way, Majalla and its annotations have been used in Afghan courts in addition to the Afghan Civil Code until today. It is seen that in the Afghan Civil Code, which was prepared based on Hanafi fiqh, some issues were out of Hanafi fiqh and in this respect, the Ottoman Law of Family Decree was followed. In this article, the effects of Ottoman law on Afghan law will be discussed in the

context of criminal law, family law and law of obligations.

Keywords: Islamic Law, Ottoman State, Afghanistan, codification movements, interaction.

Giriş

Sahabe döneminden itibaren müslümanlar meselelerin hukukî çözümlerini Kur’ân ve Sünnetten öğrenmişlerdir. Hakkında nass bulunmayan konularda ise müçtehit âlimler içtihat yoluyla hüküm çıkarmışlardır. Ebû Hanife’nin öğrencisi olan Ebû Yûsuf döneminden itibaren de mezhep mensupları karşılaştıkları meselelerde mezhebin ortaya koyduğu eserleri kaynak olarak kabul etmiş ve onu bir kanun gibi kullanmışlardır.¹ Daha sonra da klasik fıkıh kitaplarına göre daha pratik olan fetva kitapları hazırlanmış, fetvanın yanı sıra kazâ² konusunda da bunlardan istifade edilmiştir. İslam dünyasında kanunlaştırma (codification) teklifi ilk defa Abdullah b. Mukaffa’ (öl. 142/759) tarafından yapılmış, ancak bu teklif gerçekleşmemiştir. Batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır.³ 1804’te *Fransız Medeni Kanun’u*, 1807’de *Fransız Ticaret Kanun’u* ve 1810’de *Fransız Ceza Kanun’u* yürürlüğe girmiştir. Osmanlı Devleti, Batı’dan etkilenecek çağın şartlarına cevap verecek kanunların çıkartılmasının gerekli olduğunu hissedip 1840’ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine resmen başlamış ve 1850’de çıkarılan *Kanunnâme-i Ticaret*’le bu süreci devam ettirmiştir. *Alman Medeni Kanun’u* ile *İsviçre Medeni Kanun’u* ise 1900’de yürürlüğe girmiştir.⁴ Buna göre Osmanlı’da kanunlaştırmmanın Batı’dan hemen sonra başladığını söylemek mümkündür. Zira görüldüğü gibi her ne kadar bazı Batı ülkelerine göre kanunlaştırmaya geç başlamışsa da diğer bazılarına göre erken harekete geçmiştir.

Daha önce her ne kadar muhtasar eserler ve fetva kitaplarının hazırlanması şeklinde nisbi bir kanunlaştırma gerçekleşmişse de medeni hukukta gerçek ve modern anlamda bir kanunlaştırma *Mecelle* ile başlamıştır.⁵ Bunu da Osmanlı Devleti’nin sonlarında çıkarılan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı’nın hâkimiyeti altında olan Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin ve İsrail gibi birçok ülkede uygulanmış, hatta *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* 1919 yılında ve *Mecelle* de Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda -mülga ilan edilmesine rağmen- diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı Devleti, kanunlaştırmadaki gelişmelerle diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, bunun sonucunda diğer İslam ülkeleri de kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır.⁶ Bunlardan biri de Afganistan’dır. Afganistan Osmanlı hâkimiyetine girmediği halde kanunlaştırmada Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmiştir. Örneğin, ceza kanununda Osmanlı’nın 1858 tarihli *Ceza Kanunu* esas alınmıştır. Afganistan’da kanunlaştırma faaliyeti başlayınca önceden bu konuda

¹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/294.

² Fetva ve kazânın ortak ve farklı yönleriyle ilgili detaylı bilgi için bk. Fahrettin Atar, “Fetva”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/487-488.

³ Muhammed Hamidullah Ağırakça, *Mısır’da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)* (İstanbul: Akdem Yayınları, ts.), 36.

⁴ bk. Ağırakça, *Mısır’da Kanunlaştırma Hareketleri*, 38-44; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 140-141.

⁵ *Mecelle* hakkında detaylı bilgi için bk. Mehmet Akif Aydın, “*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 299; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007), 459.

tecrübeleri oldukları için Osmanlı hukukçularından yardım alınmış,⁷ bazı Türk hukukçuları Afgan hukukçularla beraber 1921 tarihinde *Nizamnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununun oluşturulmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu da ister istemez Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine neden olmuştur. Aynı şekilde günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanun'un hazırlanmasında *Mecelle* ve *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*'nden istifa edilmesi, günümüze kadar kadınların *Afgan Medenî Kanunu*'nun yanı sıra *Mecelle* ve şerhlerinden de yararlanması, Osmanlı hukukunun Afgan hukukunu etkilediğini açıkça göstermektedir.

Bu makalede önce sırasıyla Osmanlı Devleti ile Afganistan'daki kanunlaştırma faaliyeti hakkında kısaca bilgi verilecek ardından ise en çok etkilenmesi sebebiyle Afganistan'ın ceza ve medeni kanunlarının Osmanlı hukukundan etkilenmesi ile ilgili değerlendirilmeye yer verilecektir. Makalenin konu, başlığından anlaşıldığı üzere ceza ve medeni kanunları örneğinde Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna etkisidir. Bu da özellikle 1858'de *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu*, *Mecelle* ve *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* bağlamından ele alınacak, bunlar dışındaki etken sebeplere de değinecektir.

Bu alanda yapılan çalışmalara baktığımızda, konumuza en yakın olanın "Afgan Ceza Hukukunun Kaynakları"⁸ adlı çalışmanın olduğunu görmekteyiz. Ancak söz konusu çalışmada sadece Ceza kanununun genel olarak kaynakları ele alınmıştır. Bunun dışında konumuzla ilişkili olan: 16. Yüzyıl Osmanlı Hukukunun Kaynakları,⁹ Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları,¹⁰ Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi,¹¹ Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar,¹² Osmanlı Hukuk Sistemi'nde Fıkhın Belirleyiciliği (1509 No'lu Rize Şer'iyye Sicili Boşama Kayıtları Örneği)¹³ ve Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri¹⁴ gibi çalışmalar yapılmıştır.

1. Osmanlı'da Kanunlaştırma Hareketleri

Osmanlı Devleti'nde başlangıçtan Tanzimat Dönemi'ne kadar İslam hukukundan ibaret olan şer'î hukuk ile padişahların emir ve fermanlarından ibaret olan örfî hukuk uygulanmıştır.¹⁵ Osmanlı Devleti, Batı'da başlayan kanunlaştırma faaliyetinden kısa bir süre içerisinde etkilenmiş ve Tanzimat Fermanı'yla birlikte Osmanlı Devleti'nde modern anlamda kanunlaştırma hareketi başlamıştır.¹⁶ 1804'te Fransa'da yürürlüğe giren *Code Napoléon* olarak da adlandırılan Fransız Medeni Kanunu'ndan

⁷ Hazretgul Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî* (Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011), 62.

⁸ Mehtarkhan Khwajamir, *Afgan Ceza Hukukunun Kaynakları*, *İslam Hukuku Araştırma Dergisi*, sy: 15, yıl: 2015, ss. 299-314.

⁹ Şükrü Özen, 16. Yüzyıl Osmanlı Hukukunun Kaynakları, *Sahn-ı Semndan Dârülfünûn'a, Osmanlı'da İlim ve Fikir Dünyası (Alimler, Müesseseler ve Fikrî Eserler)* XVI. Yüzyıl, (İstanbul: İstanbul Bedediyesi, 2017), ss. 21-24.

¹⁰ Said Nuri AKGÜNDÜZ, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları*, *dergiabant* (AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi), Güz 2016, Cilt:4, Sayı:8, 4:1-16.

¹¹ Ercimet SARIAY, *Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi*, *BAYTEREK / Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi*, 2019, 2(1), ss. 9-35.

¹² Recep CİCİ, *Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar*, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1999, 8 (8) ss. 215-246.

¹³ Ümit Erkan-İlyas Yıldırım, *Osmanlı Hukuk Sistemi'nde Fıkhın Belirleyiciliği (1509 No'lu Rize Şer'iyye Sicili Boşama Kayıtları Örneği)* *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1 (2012), ss. 241-259.

¹⁴ Adnan Koşum, *Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri*, *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 7, 2004, ss. 145-160.

¹⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 69-70, 72, 456-457.

¹⁶ Musa Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları", *Tarih Okulu* 14 (2013), 164.

sonra 1807'de Fransız Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Osmanlı'da ilk ceza kanunu 1840'te çıkarılmıştır. Bu ceza kanunu bir mukaddime, bir hâtime ve on üç fasıldan oluşmakta olup 40 maddeyi ihtiva etmekteydi. 1851'de söz konusu kanundaki boşlukları ve eksiklikleri¹⁷ tamamlamak üzere *Kanûn-ı Cedid* adlı ceza kanunu çıkarılmıştır. Bu da üç fasıl ve 43 maddeden oluşmaktadır. Bu kanunların her ikisinde de Batı hukukundan çok az istifade edilmiş ve dolayısıyla söz konusu kanunlar, yerli kanun kategorisinde yer almıştır. 1858'de *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu* adlı yeni bir ceza kanunu çıkarılmıştır. Bunun ilk ikisinden farklı olan tarafı, onların yerli-millî kanunlar olmasına karşın, bu kanunun 1810 tarihli *Fransız Ceza Kanunu*'ndan iktibas edilerek hazırlanmış olmasıdır. Bu kanun bir mukaddime, üç bâb ve 264 maddeden oluşmaktadır. Diğerlerine göre daha kapsamlı olan söz konusu kanun, 1926'ya kadar yürürlükte kalmıştır. 1926'da 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok maddesinde değişiklik yapılmasıyla birlikte 2005'e kadar yürürlükte kalmıştır.¹⁸

Ceza kanunu yanında, 1840'de *Kanunnâme-i Ticâret-i Berriye*, 1850'de *Kanunnâme-i Ticaret*, 1858'de *Arazi Kanunnâmesi*, 1861'de *Usûl-i Muhâkeme-i Ticâret Nizamnâmesi*, 1863'te *Ticâret-i Bahriye Kanunnâmesi*, 1869-1876 yılları aralarında *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 1876'de *Kânûn-ı Esâsi*, 1879'da *Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanûnu*, *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanunları*, 1880'de *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati*, 1881'de *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanûnu*, 1915'te *Nafaka Kanunu* ve en sonunda da 1917'de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* ve *Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îye Nizamnâmesi* çıkarılmıştır.¹⁹

Bunların bir kısmı tamamen yerli-millî kanunlar iken bir kısmı Batı hukukundan iktibas yoluyla hazırlanmıştır. Diğer bir kısmı ise millî kanunlarla Batı kanunlarından istifade edilerek hazırlanan karma kanunlardır.²⁰ Osmanlı Devleti'nin çıkarttığı kanunlardan *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin günümüze kadar Lübnan'da yürürlükte kaldığı²¹ *Mecelle*'den ise Filistin²² ve Afganistan gibi ülkelerde istifade edildiği, geri kalan diğer kanunların tamamının ilga edildiği bilinmektedir.

2. Afganistan'da Kanunlaştırma Hareketi

Daha önce Horasân'nın bir parçası olan ve günümüzde Afganistan'ın sınırları içerisinde yer alan bölgelerde, İslam dininin kabul edilmesiyle beraber fıkıh kitapları, daha sonra ise fıkıh kitaplarının daha pratik şekli olan fetva kitapları hazırlanmış ve yargı sisteminde kullanılmaya başlanmıştır. Bununla beraber zaman zaman fermanlar ve bazı düzenlemeler de çıkarılarak uygulanmıştır. Selçuklular döneminde vezir olan Nizâmülmülk'ün (öl. 485/1092) tavsiyesi üzerine, 1072-1092 yılları arasında Büyük Selçuklu hükümdarı olan Sultan Melikşâh (öl. 485/1092) tarafından 485/1092 yılında bir fetva kitabı hazırlanmış ve ona nispetle söz konusu kitaba *el-Mesâilü'l-Melikşâhiyye fi'l-kavâidi's-şer'iyye*

¹⁷ Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 169-170.

¹⁸ 01.05.2005 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin halihazırda yürürlükte olan yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir. bk. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/238-242; Koca-Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku*, 36-37; Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma", 13-15.

¹⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 456-462; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 36; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 137-149.

²⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 457-462; Ercimet [Ercüment] Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi", *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 13-26; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165.

²¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2014, 1/297; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 148.

²² Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234.

adı verilmiştir.²³ Yine Gazneli Mahmut (öl. 421/1030)²⁴ döneminde Encümen-i Ulemâ adında âlimlerden oluşan bir heyet tarafından *Fetâvâ-yı Sultânî* isiminde bir fetva kitabı telif edilmiştir.²⁵

Bâbürlülere döneminde Sultan Evrengzîb Âlemgîr'in (1658-1707) emriyle bir heyet tarafından *el-Fetâvâ'l-Hindiyîye/el-Fetâvâ'l-Âlemgîriyye* adlı eser telif edilmiştir.²⁶ Daha sonra Afganistan'ın ilk kurucusu sayılan Ahmed Şah Abdâlî (1747-1773)²⁷ döneminde bir yandan *Fetâvâ-yı Ahmed Şâhî* adlı bir fetva kitabı hazırlanmış, diğer yandan da Ahmed Şâh'ın 16 maddelik bir yasa çıkarmış olduğu da bilinmektedir. Bu gelenek daha sonraki dönemlerde de devam etmiştir.²⁸ 1863-1867, 1868-1878 yılları arasında Afganistan'da hükümdar olan Emîr Şîr Ali Han²⁹ döneminde Kadı Abdulkadir adlı bir âlim tarafından *Fetâvâ-yi Emîrî/Teşrîhu'l-cerâim* adlı fetva kitabı telif edilmiştir.³⁰ 1880-1901 yıllarında Afganistan hükümdarı olan Emîr Abdurrahman Han (öl. 1901)³¹ döneminde 50 kişiden oluşan bir heyet tarafından 5 cilt şeklinde *Sirâcü'l-ahkâm fî muâmelâtî'l-İslâm* adlı bir fetva kitabı yazılmıştır. Ayrıca Mevlevî Ahmed Can tarafından mezhep içindeki ihtilafların çözümlemesi için kadılar ve yargıçlara klavuz (usûl) mahiyetinde *Esâsü'l-Kudât* adlı bir kitap telif edilmiştir.³²

1919-1929 yılları arasında Afgan kralı olan Emânüllâh Han³³ döneminde modern anlamda ilk defa kanunlaştırma hareketi başlamıştır. Emânullah Han, kayınpederi ve aynı zamanda müsteşarı olan Mahmut Tarzî ile beraber, kanunlaştırma başta olmak üzere birçok alanda reform planları hazırlamıştır.³⁴ 1921 yılında şer'î meseleleri düzenlemek için; birinci cildi medeni kanun, ikinci cildi ceza kanunundan ibaret olan *Temessükü'l-Kudâtî'l-Emânîyye* ve ta'zîr cezaları için de *Nizâm-nâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı kanun hazırlanmıştır. İlk defa anayasanın da çıkartıldığı bu dönemde nizâm-nâme adlı toplam 69 adet kanun çıkarılmıştır. *Temessükü'l-kudât* adlı eserde Hanefî mezhebi esas alınırken diğer kanunların da şeriata aykırı olmaması dikkate alınmıştır. Örneğin, Emânullah'ın dinî müsteşarı olan ve *Temessükü'l-Kudât* adlı eserin de müellifi olan Abdulvâsi Kandehârî, 1921 yılında çıkarılan *Nizâm-nâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ilk ceza kanununun sonunda, söz konusu kanun maddelerinin İslam şeriatına uygun olduğunu yazarak mühürlemiştir.³⁵ Buna rağmen dönemin âlimleri ta'zîr cezalarının

²³ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2008), 150.

²⁴ Erdoğan Merçil, "Mahmûd-i Gaznevî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/362-365.

²⁵ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", *Sâlnâme-yi Afganistan* 43 (1977-1976), 741.

²⁶ Ahmet Özel, "el-Âlemgîriyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/365.

²⁷ Mir Muhammed Sıddîk Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr* (Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş, 1992), 1/113-156; Mehmet Saray, "Ahmed Şah Dürrânî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1989), 2/133-134.

²⁸ İzzuddîn Vekîlî Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Avâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet* (Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991), 66.

²⁹ Emir Şîr Ali Han ile ilgili detaylı bilgiler için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/315-379; Abdul Metin Çelikkilek, "Afganistan Emiri Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları", *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.

³⁰ Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 34.

³¹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/381-436; Mehmet Saray, "Abdurrahman Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1/163.

³² Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan*, 369, 413-414; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 36.

³³ Emânullah Han ile ilgili bilgi için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/483-560; Mehmet Saray, "Emânullah Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/84-85.

³⁴ Muhammed İbrahim Atâî, *Nigâh-i Muhtasar be Târih-i Mu'asır-ı Afganistan*, çev. Jamilurrahman Kamgar (Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005), 246-247.

³⁵ Hazretgul Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan* (İntişârât-ı Saîd, 2009), 125.

kanunlaştırılmasına karşı çıkmış³⁶ ve ta'zîr cezalarının kadıların yetkisini sınırlandıracağını da buna gerekçe olarak göstermişlerdir. Buna karşın Emânullah Han, bunun caydırıcılık açısından daha etkili olacağını öne sürerek ısrar etmiş ve sonunda kanun çıkarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bazı insanlar, kanunu şeriatın alternatifi ve zıddı olarak görmüşlerdir. Bu ve benzeri sebeplerle ilk dönemlerde çıkarılan bütün kanunlar, nizâm-nâme ya da usûl-nâme olarak adlandırılmıştır.³⁷ Ancak kanunların nizamname olarak adlandırılması da buna çözüm olamamış, buna karşı olan bazı âlimler bir eline Kur'ân diğer eline nizâm-nâme alıp halka, "Bunların hangisini tercih edersiniz?" şeklinde sorular sorarak onları dönemin kralına karşı kışkırtmışlardır.³⁸

1924 yılında ise Loya Cirge³⁹ Emânullah Han'a baskı yaparak onun ta'zîr cezalarıyla ilgili nizam-nâmeleri ilga edip kadınlara, suçluya yüzünü asmaktan idama kadar olan yetkiyi geri vermesini⁴⁰ ve *Fetâvâ-yı Emâniyye* adlı bir fetva kitabı hazırlanmasını⁴¹ temin etmişlerdir.

1962 yılında yine Afganistan'da ceza kanunu ile medeni kanununun taslağı hazırlanmıştır. Bu kanunlar Mısırlı hukukçular tarafından hazırlanmış ve Afgan hukukçularının inceleme ve kontrolünden sonra 1976 yılında ceza kanunu, 1977 yılında ise medeni kanun yürürlüğe girmiştir.⁴² Medeni kanun Hanefî fihhına göre hazırlanırken ceza kanununun birinci maddesinde de bu kanunun ta'zîr cezalarıyla ilgili olduğu, had, kısas ve diyetin Hanefî fihhına göre düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu ceza kanunu 2018 yılında yenilenirken medeni kanun yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Afganistan tarihinde bütün kanunlar Hanefî fikhî esas alınarak hazırlanırken 2008'de ilk defa ülkede yaşayan Şîî vatandaşlar için Caferî fihhına dayalı "*Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu*"⁴³ adıyla 236 maddelik bir kanun çıkarılıp yürürlüğe konmuştur.⁴⁴ Böylece medeni hukuk ile ilgili davalarda Hanefîler için 1977 tarihli medeni kanun, Caferîler için ise 2008 tarihli "*Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i*

³⁶ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁷ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", 741; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 56.

³⁸ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/514; Zahir Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*, thk. Muhammed İbrahim Şeriatî Afganistanî (Tahran: İrfan, 2005), 45; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 128.

³⁹ "Loya Cirge, Peştuca büyük anlamında 'loya' ve toplantı ve şûra anlamında 'cirge' kelimelerden oluşmakta olup sözlükte 'büyük şûra' demektir. Terim olarak da 'Afganistan'da yeni anayasayı onaylamak veya anayasadaki bir kanunu değiştirmek, cumhurbaşkanını yargılamak ve ülkenin bağımsızlığı, milli hâkimiyeti, toprak bölünmezliği ve büyük maslahatları ile ilgili konular hakkında karar vermek için oluşturulan geçici bir şûrayı ifade eder. Bu şûra, Afganistan'da halkın iradesinin en yüksek göstergesi olarak belirtilmiştir. Loya Cirge; milletvekilleri, bütün il ve ilçe şûra temsilcilerinden oluşur. Bakanlar, yüce divan ve başsavcılığın başkanı ve üyeleri de oy hakkı olmaksızın katılabilirler. Karar ise çoğunluğun oyu ile verilir. bk. 2004 tarihli Afganistan Anayasası, md.110-115." Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, 138.

⁴⁰ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

⁴¹ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 124.

⁴² Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

⁴³ Bu kanun 3 bölüm 236 maddeden oluşmaktadır. Birinci bölümü ehliyet ve şahsiyet başlığı ile 1-66 maddeleri ihtiva etmektedir. Bu bölümdeki alt başlıklar şöyledir: Genel hükümler, (md. 1-2) ehliyet (md. 3-7), gâibin hükmü (md. 8-24), hacir (md. 25-40), vilayet (md. 41-66). İkinci bölümü aile başlığıyla 67-180 maddelerinden oluşmaktadır. Bu bölümün alt başlıkları da şunlardır: Kurâbet (md. 67-73), kız isteme ve nişanlılık (md. 74-80), nikâhın engelleri (md. 81-93), nikâh akdinin sıhat şartları (md. 94-103), nikâh akdinin sonuçları (md. 104-125), nikâh akdinin sona ermesi (md. 126-160), nafaka (md. 161-172) ve çocuklar (md. 173-180). Üçüncü bölümü (madde 181-236) ise vasiyet (md. 181-193), miras (194-220), vakıf ve intifa'ı menafî' (md. 221-231) ve hibe (md. 232-236) konularını içermektedir. Bk. Mehtarkhan Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 381-382.

⁴⁴ *Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu* (KAŞET), *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009).

Teşeyyu” adlı kanun esas alınmaktadır.⁴⁵

3. Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi

Kanunlaştırmaya Osmanlı’dan sonra başlayan Afganistan, bu konuda Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan etkilenmiştir.⁴⁶ Burada örnek olarak ceza hukuku ile medeni hukuktan, aile ve borçlar hukukunu ele alacağız. Bu için seçmemizin sebebi, bunların en bariz etkilenen kanunlar olmasıdır.

3.1. Ceza Hukukunda

Afganistan’da kanunlaştırma faaliyetlerinin başlangıcında cezalar iki kategoride ele alınmıştır. Had, kısas, diyetlerle ilgili suç ve cezalar ayrı, ta’zîr cezaları ise ayrı kategoride kanunlaştırılmıştır. 1921 yılında modern anlamda Afganistan’da ilk kanunlaştırma başladığında had, kısas ve diyetle ilgili hükümleri düzenlemek için *Temessükü’l-Kudâti’l-Emâniyye* adlı kanun çıkarılırken, ta’zîr cezalarının düzenlenmesi için *Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ayrı bir kanun da çıkarılmıştır. Birincisi tamamen Hanefî fıkıh kitaplarından müftâ-bih görüşlerden oluşurken ikincisinde kanunun İslam hukukuna aykırı olmaması dikkate alınmıştır.

Afganistan’da tazir cezalarının kanunlaştırılması fikri, bir çok yeniliklerde olduğu gibi yine Afgan kralı Emanullah Han’a (1919-1929) aittir. Emanullah Han, buna gerekçe olarak da suçların cezalarının belli olmasının caydırıcılık açısından daha etkili olacağını göstermiştir.⁴⁷ Bazı âlimler ise, kadıların yetkisini ortadan kaldırdığını gerekçe göstererek karşı çıkmıştır. Âlimler buna ikna olamayınca Emanullah Han ikinci kez tazîr cezaları ile ilgili kanun çıkarttığında cezaları belirtmeden “tazir cezasıyla cezalandırılacak” ifadesini kullanmakla yetinmiştir.⁴⁸

Afgan ceza kanununa da Osmanlı ceza kanunları öncülük etmiştir.⁴⁹ 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanması için Osmanlı kanunlaştırması konusunda bilgi sahibi olan hukukçulardan yardım alınmıştır.⁵⁰ Nitekim kanunlaştırmayla görevli şûrada, Bedri Bey (öl. 1923) ve Ahmed Cemal Paşa (öl. 1922)⁵¹ Afgan hukukçularla beraber üye olarak yer almış ve onlara yol göstermiştir. Bedri Bey, 72 adet kanunu Türkçeden Farsçaya tercüme etmiştir. Bunların, o dönemde çıkarılan nizam-nâmeler için esas teşkil etmeleri,⁵² Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine

⁴⁵ Afganistan’daki kanunlaştırma hareketi ile ilgili detaylı bilgi için bk. Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015), 14-126.

⁴⁶ Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 63.

⁴⁷ Au Una, Raj, Narayan, Retting, M., Schaeffer, S., Stephens, A., Sugarman, E., & Swenson, G. (2011). *Mebadi-yi hukuk-ı ceza-yı Afganistan* [Afgan Ceza Hukukuna Giriş] (çev. Şirket-i Hademât-i Hukukî-yi İlîl). Kaliforniya: by., 16.

⁴⁸ Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması, IV. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı -IV (İlahiyat) 14-17 Mayıs 2015, Kütahya*, 2015, 291.

⁴⁹ Yaptığımız araştırmaların sonucunda, konuyla ilgili kaynaklarda, Afgan ceza kanunu hazırlanırken, Osmanlı ceza kanunun da aslını oluşturan Fransız Ceza Kanunu’na bakılıp bakılmadığı ya da sadece Osmanlı ceza kanunuyla yetinilip yetinilmediği ile ilgili her hangi bir bilgiye rastlamadık.

⁵⁰ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/531.

⁵¹ Hayatı ve faaliyetleri ile hakkında bilgi için bk. M. Şükrü Hanioglu, “Cemal Paşa” *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1993), 8/305-307.

⁵² Abdulhay Habibî, *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşim Bahramî (Kabil: Devleti Matbaa, 2005), 27; Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst*, 44.

sebepe olmuştur.

Afganistan’da çıkarılan ilk ceza kanunu ve modern anlamda ilk kanun diyebileceğimiz 1921 tarihli ve *Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununda 1858 tarihli *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu* adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bu kanun daha sonra çıkan diğer ceza kanunlarına da kaynaklık etmiştir. Hatta bazı maddeleri olduğu gibi Farsçaya tercüme edilerek 1921 tarihli kanuna yerleştirilmiştir. Örneğin; 1858 tarihli kanunun birinci maddesi Farsçaya tercüme edilerek olduğu gibi 1921 tarihli Afgan ceza kanununda düzenlenmiş ve sadece sonunda had, kısas ve diyet ile ilgili meselelerde Temessükü’l-kudât’a göre hüküm verileceği eklenmiştir.⁵³ Aynı şekilde her iki kanunun ikinci maddeleri de aynıdır. Sadece 1858 tarihli kanunda suçların tasnifi; cinayet, cünha ve kabahat şeklinde sıralanırken 1921 tarihli nizamnâmede sıralama tam tersi şekliyle kabahat, cünha ve cinayet şeklinde yapılmıştır.⁵⁴ Bunun dışında birçok maddesi ya aynıdır veya az bir farklılıkla birbirine yakın maddelerdir. Burada aynı olan maddelerden tablo şeklinde birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Birbirine yakın olan maddelerlerin ise sadece numaralarını zikredeceğiz.

Tablo 1. Her iki kanunda aynı olan maddeler:

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu
Maddeleri	Maddeleri
1 ⁵⁵	1 ⁵⁶
2 ⁵⁷	2 ⁵⁸
18 ⁵⁹	13 ⁶⁰
13 ⁶¹	20 ⁶²
42 ⁶³	26 ⁶⁴

⁵³ Ceza Kānunnâme-i Hümayunu, (1858) md. 1; Nizâm-nâme-i Cezâ-yı ‘Umûmî, (1921) md. 1.

⁵⁴ Ceza Kānunnâme-i Hümayunu, md. 2; Nizamnâme-i Cezâ-yı ‘Umûmî md. 2.

⁵⁵ Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine vukû bulan cerâimin icra-yı mecâzâtı devlete âid olduğu gibi bir şahıs aleyhinde vukû bulan cerâimin âsâyış-i umûmiyey-i ihlal eylemesi ciheti dahi kezâlik devlete âid olduğundan, tayin ve icrası şer’an emr-i ülü’lemre âid olan ta’zîrin tayin-i derecâtı dahi işbu kanunnâme mütekeffil ve mütezammın olup ancak herhalde şer’an muayyen olan hukuku şahsiyyeye hâlel gelmeyecektir.

⁵⁶ “Doğrudan doğruya hükümetin alyhine işlenen suçların cezalarının uygulanmasın devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhine işlenen suçların, şer’î ve siyasi tazîr cezasının derece ve sınırlarının belirlenmesi de devlet tarafından olur. Binaen aleyh, ölçüsü ülü’l-emrin görüşleriyle belirtilmiş olan söz konusu iki çeşit ceza için bu nizamnâme tanzim edilmiştir. Kısas, had ve diyet ile ilgili suçlarını kapsadığı için bu nizamnâme şer’î hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu nizamnâmenin içerdiği maddeler şeriata mutabıktır. Temessükü’l-kudât adlı eserin ceza ile ilgili bölümü bu nizamnâmeden sayılır”.

⁵⁷ “Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır”.

⁵⁸ “Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır”.

⁵⁹ “İdam cezasına müstahak olan karı, hamile olduğunu ledel-ifâde hamli tahakkuk ve kesb-i sübut eylediği takdirde, cezası vad’ı haml ettikten sonra icra olunur”.

⁶⁰ “İdam cezasına mahkum olan kadın şayet hamile ise, cezası çuğunu doğurduktan sonra uygulanır”.

⁶¹ “Devletin dahilen ya haricen asayişini ihlal edecek cinayat ve cünhaya cüret etmiş olan eşhâs, kanunen tayin olunacak müddet-i cezaiyesini tekml ettikten sonra mutlaka zaptiye nezareti altına alınır”.

⁶² “Devletin iç ve dış güvenliğini ihlal eden cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan şahıslar, kanunda kendileri için belirtilen cezaları tamamladıktan sonra nezaret altına tutulur”.

⁶³ “Bir kimse bir cürmi aslen rızası olmayarak mecburen işlemiş olduğu sabit olursa, kezâlik mecâzât-ı kanuniyeden ma’fû tutulur. Ancak bu babda muteber olan mecburiyet, cürmün derecâtına göre ol kimseyi şi’arı tühmetten bütün bütün berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyet ve kendusunun mukavemet edemeyecek bir zaruret olmak lazım gelup, ebeveynin evlada, efendinin hidmetkâra emri gibi ta’zim ve ihtirâmdan neş’et eden haller mecburiyetten addolunmaz”.

⁶⁴ “Bir kimsenin aslen rızası olmadığı halde mecburen bir suçu işlediği sabit olursa, cezadan muaf olur. Ancak bu konuda

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu
Maddeleri	Maddeleri
48 ⁶⁵	32 ⁶⁶
52 ⁶⁷	37 ⁶⁸

Aynı şekilde 1858 tarihli *Osmanlı Ceza Kanunu*'nun 16, 19, 55, 56 ve 57. maddeleri 1921 tarihli Afgan Ceza Kanunu'nun sırasıyla 12, 14, 41, 44 ve 45. maddeleri birbirine çok yakın olan maddelerdir.

Bazı konularda, özellikle de devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçlarda, 1921 tarihli *Afgan Ceza Kanun*'unda yer alan cezaların 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanun'unda yer alan cezalardan daha ağır olduğu görülmektedir. Söz konusu Osmanlı Ceza Kanun'unda kendisi için hapis cezası belirtilen birçok suç için Afgan Ceza Kanun'unda idam cezası tayin edilmiştir.⁶⁹ Bunun, söz konusu dönemde Afganistan'da krallık sisteminin hâkim olması ve halkın ayaklanmasını bastırmak için meşruiyet elde etme çabası olduğunu söylemek mümkündür.

3.2. Medeni Kanunda

3.2.1. Borçlar Hukukunda

İslam dünyasında borçlar, eşya ve şahıs hukuku alanında yapılan ilk kanunlaştırma *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* ile başlamıştır.⁷⁰ Tanzimat Dönemi'nden sonra borçlar hukukunun da kanunlaştırılması gündeme gelmiştir. Bazı aydınlar, Fransız Medeni Kanunu'nun tercümesi veya iktibas yoluyla borçlar kanununun oluşturulmasından yana olurken, Cevdet Paşa başta olmak üzere bazıları da yerli bir hukukun oluşturulmasının daha uygun olduğunu savunmuşlardır. Nihayet ikinci görüşü savunanların görüşleri uygun görülmüş ve böyle bir kanunun hazırlanması kararlaştırılmıştır. 1869-1876 tarihleri arasında *Mecelle*, Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki heyet tarafından İslam hukuku ve özellikle Hanefî mezhebi esas alınarak 16 bölüm ve 1851 maddeyi ihtiva edecek şekilde hazırlanmıştır. Hazırlık aşamasında da tamamlanan bölümler sırasıyla yürürlüğe girmiştir.⁷¹

Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanan *Mecelle*'de Meşrutiyet döneminden 1926 tarihine kadar Avrupa kanunlarından ve Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplerden yararlanılarak⁷² tadil çalışmaları yapılmış; ancak söz konusu tadil çalışmaları, batıdan iktibas edilerek kanunlaştırmanın

muteber olan mecburiyet, suçların derecelerine göre, birincisi o kimseyi tühmetten tamamen bütüyle berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyetin bulunması, ikincisi ise kendisinin mukavemet edemediğini ispatlaması lazımdır. Aksi takdirde ebeveynin çocuklarına, efendini hizmetçisine emri gibi ta'zim ve saygıdan neş'et eden haller, mecburiyetten sayılmaz".⁶⁵ "Tebe'a-ı devlet-i aliyyeden her kim olursa olsun, saltanat-ı sefinenin düşmanlarıyla beraber olarak aleyhine silah tutar ise idam olunur".

⁶⁶ "Afganistan'ın düşmanlarıyla ittifak kurup Afganistan devletinin aleyhine silah kaldırmak, idam cezasını gerektirir".

⁶⁷ "Me'mûrîn ve hademe-i devlet ve sâireden her kim devlet aliyyenin ümûr-i mühimme-i politikasına dâir bir mükaleme-i hafiyesi ve mektûm ve hafî bir hareket-i askeriye tasmiî serâiriye hasbü'l-me'mûriyye veya resmen vakıf olub da onu devletçe me'mûr ve me'zûn olmadığı halde ecnebi veya hud düşman bir devlet me'mûrlarına doğrudan doğruya veya bil-vâsita ifşa eder ise, idam olunur".

⁶⁸ "Görevi gereği devletin herhangi bir siyasi ve askeri sırlarına vakıf olup ta söz konusu sırları devletin resmi bir izni olmadan düşmana ifşa etmek, idam cezasını gerektirir".

⁶⁹ bk. Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî md. 53; Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî, md. 35, 37.

⁷⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459.

⁷¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/19-20; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 174-176.

⁷² Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 317.

yapılacağına kararıyla 1926 tarihinde durdurulmuş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiştir.⁷³ Plandandığı şeklinde 1926 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti *Mecelle*'yi yürürlükten kaldırıp yerine İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul etmiştir.⁷⁴ Çok sayıda şerhi bulunan *Mecelle* birçok dile de tercüme edilmiştir.⁷⁵ *Mecelle*, alanında ilk olduğu için daha sonra diğer İslam ülkelerinde çıkan kanunlar için öncülük etmiştir.⁷⁶

Genelde Osmanlı hâkimiyeti altında bulunan ülkelerde uygulanan *Mecelle* de Osmanlı hâkimiyetine hiç girmemiş olan Afganistan'da da kısmen uygulanmış ve Afgan Medeni Kanunu'nu etkilemiştir. Nitekim yargı ve yargılama sistemiyle ilgili 04.03.1957 tarihli 279 maddelik "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) adlı kanunda bazı meselelerde *Mecelle*'ye göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁷ Yine 22.12.1958 tarihli 264 maddelik "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Hukuk Muhakemeleri Usulü) adlı kanunda, kadıların kanundaki boşlukları *Mecelle* ile doldurmaları gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁸

07.08.1968 tarihinde, yargıda düzenlemeler yapmak ve yargı birliğini sağlamak amacıyla düzenlenen Mahkeme İl Başkanları Semineri'nde dönemin kâdilkudâtı olan Abdülhakim Zıyaî, kadılarına hitaben, herkes tarafından kolayca anlaşılabilmesi için Muhammed Hâlid el-Attâsî ve oğlu Muhammed Tâhir el-Attâsî tarafından yapılan *Mecelle* şerhinin tercüme edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. 1971 yılında gerçekleşen ikinci seminerde ise söz konusu şerhin tercüme edilmesi kararlaştırılmış ve Adalet Bakanlığının öncülüğünde tercüme edilip kadıların istifadesine sunulmuştur.⁷⁹ Irak Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan, *Münîrî'l-Kâdî* adlı *Mecelle* şerhinden günümüzde de kadılar istifade etmektedir.⁸⁰ Ayrıca *Mecelle*'de 8. madde olarak yer alan "beraet-i zimmet asıldır" şeklindeki külli fıkıh kaidesi Afganistan'da farklı tarihlerde çıkarılan anayasaların tümünde ve Afgan ceza kanununda yer almaktadır. Bunun yanı sıra diğer İslam ülkelerinde olduğu gibi şekil itibarıyla da *Mecelle* Afgan Medeni Kanun'u için örnek olmuştur.

Günümüzde yürürlükte olan 197v tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun hazırlanmasına 1961 yılında başlanmıştır. Afganistan hükümetinin talebiyle Mısır'dan iki hukukçu Afganistan'a gelmiş ve bir sene içinde söz konusu hukukçulardan biri medeni kanununu diğeri ise ceza kanununu tamamlamıştır. Söz konusu kanunlar, Afgan hukukçulardan oluşan komisyon tarafından gerekli inceleme ve düzeltmelerden sonra tercüme edilmiş, 2416 madde olarak 05.01.1977 tarihinde cumhurbaşkanının imzasıyla yürürlüğe konulmuştur.⁸¹ Bir yandan *Mecelle*'nin maddelerinden istifade edilirken⁸² diğer

⁷³ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234; Seda Örseren Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?", Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 29 (2011), 43-44.

⁷⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 318.

⁷⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234-235.

⁷⁶ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/231.

⁷⁷ Bk. Usulnâme-i İdari-yi Mehâkim-i Adliye, (1957) md. 83, 87, 93, 125, 138, 150, 174-175 vd.

⁷⁸ Hazretgul Hosâmî, "Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan", *Kaza* 1/2 (2004), 37.

⁷⁹ Hazretgul Hosâmî, "Mecelletü'l-Hukkâmi'l-Adliyye Av De-heğî Şerhi", *Kaza*, (ts.), 37-39; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 223-226.

⁸⁰ Hazretgul Hosâmî, "Kaza ve Kazavat der 'Ahdi Saltanat-ı 'Ala Hazret Zahir Şah", *Kaza* 7-8 (2004), 26-30.

⁸¹ Hosâmî, "Tarihçe-yi Kaza ve Kazavat der Afganistan", 18-22; Hosâmî, *Tarih-i Kaza Der Afganistan*, 297-309.

⁸² Örneğin, *Mecelle*'nin 123, 202, 207, 214, 252, 281, 296 vd. maddeleri ile Afgan Medeni Kanun'un sırasıyla 1124, 1041, 1056, 1059, 1070, 1115 ve 1118 maddeleri birbirinin aynısı veya birbirine yakın maddelerdir.

yandan birçok Küllî Kaidesi tercüme edilip bu kanunun başına olduğu gibi yerleştirilmiştir. Burada 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda yer alan *Mecelle*'deki Külli Kaidelerini tablo şeklinde göstereceğiz.

Tablo 2. 1977 Tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda Yer Alan *Mecelle*'deki Külli Kaideler

<i>Mecelle</i> maddeleri	1977 Tarihli Afgan Medenî Kanunu maddeleri
14 ⁸³	1 ⁸⁴
10 ⁸⁵	3 ⁸⁶
99 ⁸⁷	4 ⁸⁸
33 ⁸⁹	5 ⁹⁰
25 ⁹¹	6 ⁹²
30 ⁹³	7 ⁹⁴
22 ⁹⁵	784 ⁹⁶
27 ⁹⁷	785 ⁹⁸
26 ⁹⁹	786 ¹⁰⁰
25 ¹⁰¹	788 ¹⁰²

3.2.2. Aile Hukukunda

Osmanlı'da İslam aile hukukunun kanunlaştırılması da Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ile başlamıştır. Bu kanun da aslında *Mecelle*'nin devamı ve eksik noktaların tamamlayıcısı niteliğindedir. *Mecelle*'de yer verilmeyen aile hukuku ayrı bir kanun şeklinde ele alınmıştır; ancak *Mecelle* çok erken dönemde hazırlanırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* Osmanlı'nın son döneminde (1917 yılında) hazırlanmış ve yine çok kısa bir süre sonra (1919 yılında) yürürlükten kaldırılmıştır. Münakehât (evlenme) ve müfârakât

⁸³ Mevrid'i nassda içtihadı mesâğ yoktur (Hakkında nass bulunan konuda içtihat yapılmaz).

⁸⁴ Kanun hükmünün bulunduğu konularda içtihat yapılmaz.

⁸⁵ “Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsiyla hükmolunur” (Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir).

⁸⁶ “Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir”.

⁸⁷ “Kim ki, bir şeyi vaktinden evvel ist'câl eder ise mahrumiyetiyle mu'ateb olur” (Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır).

⁸⁸ “Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır”.

⁸⁹ “İztirâr gayrin hakkını iptâl etmez” (Zaruret, başkasının hakkını iptal etmez).

⁹⁰ “Zaruret hali, başkasının hakkını iptal etmez”.

⁹¹ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁹² “Zarar, kendi misliyle giderilmez”.

⁹³ “Def-i mefâsid celb-i menâf'den evlâ'dır” (Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten daha iyidir).

⁹⁴ “Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten önceliklidir”.

⁹⁵ “Zarûretler kendi mikdârlarınca takdir olunur” (Zaruret sebebiye mubah olanlar, zaruret miktarı ölçüsünde değerlendirilir).

⁹⁶ “Zarûretler kendi miktarı ölçüsünde değerlendirilir”.

⁹⁷ “Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunur” (Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilebilir).

⁹⁸ “Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilir”.

⁹⁹ “Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur” (Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir).

¹⁰⁰ “Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir”.

¹⁰¹ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

¹⁰² “Zarara zarala karşılık vermek aynı şekilde zararı misliyle gidermek caiz değildir”.

(boşanma) olmak üzere iki büyük başlık şeklinde ele alınan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* iki kitap, dokuz bab, yirmi bir fasıl ve 157 maddeden oluşmaktadır.¹⁰³ Bu kanunda Müslümanların yanı sıra Ehl-i Kitap olan Yahudi ve Hristiyanların aile hukuku için de ayrı başlıklar halinde kanun düzenlenmiştir. *Mecelle*'den farklı tarafı ise *Mecelle*'nin hazırlanmasında sadece Hanefî mezhebi esas alınırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nde bazen diğer mezheplerin görüşlerinin¹⁰⁴ de tercih edilmiş olmasıdır.¹⁰⁵ Diğer mezheplerin görüşleri tercih etme sebepleri de tek tek açıklanmıştır.¹⁰⁶ Bu yönüyle de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nin, 1953 tarihli Irak Medeni Kanun'u ile Mısır Medeni Kanun'u başta olmak üzere İslam dünyasında çıkarılan birçok kanunu doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiş olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Irak Medeni Kanunu'nda da tek bir mezhebe bağlı kalınsızın farklı mezheplerden istifade edilmiştir.¹⁰⁷

Günümüzde hâlâ yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medenî Kanunu da yine bu yönüyle *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nden etkilenmiştir. Mesela Hanefî fıkhi esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkhi dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'ne uyulduğu görülmektedir. Örneğin, Afgan Medeni kanunu'nda, yoksulluk nedeniyle nafakasını sağlayamayan kocaya karşı hanımının tefrik için mahkemeye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı konusu ile ikrah altında gerçekleşmiş olan boşanmanın geçerli olup olmadığı konusunda, *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nde olduğu gibi¹⁰⁸ Maliki, Şafîî ve Hanbelîlerin görüşü tercih edilmiştir. Meşru bir mâzeret söz konusu olmadığı halde kocanın gâibliğinin tefrîk sebebi sayılıp sayılmaması konusunda ise Hanbelî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Aynı mecliste verilen birden fazla talakın geçerliliği ve kaç talak sayılacağı konusunda, Zeydiye, İbn Teymiyye ve İbn Kayyim'in görüşü tercih edilmiştir. Ayrıca evlilik yaşı için de benzer şekilde, Afgan Medeni Kanunu'nda evlilik yaşı erkekler için 18 ve kızlar için 16 olarak belirtilmiştir.¹⁰⁹ Yine Afgan Medeni Kanunu'nun *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nden etkilenecek evlilik ve boşanmanın tescilini zorunlu hale getirdiğini görmekteyiz.¹¹⁰ Hanefî mezhebinin yanı sıra diğer mezheplerden de istifade edilme konusunda Afgan Medeni Kanunu'nun *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nden etkilendiğine diğer bir örnek ise dede yetimliği¹¹¹ göstermek mümkündür. İslam miras hukukundaki dede yetimliği konusunda, yani kişinin kendisinin hayatta olduğu zaman vefat eden çocuğunun çocuklarına vasiyeti de Afgan Medeni Kanunu'da "vacip vasiyet" başlığı altına ele alınmış ve vacip olarak kabul edilmiştir. 8 maddeyle düzenlenen bu meselede¹¹² dört fıkhi mezhebi tarafından kabul edilmeyen, İbn Hazm'ın görüşünün tercih edildiğini

¹⁰³ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459-460; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294-295.

¹⁰⁴ Tercih edilen diğer mezhep görüşleri için bk. Orhan Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017), 12-13.

¹⁰⁵ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 303.

¹⁰⁶ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 77-98.

¹⁰⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/23-24.

¹⁰⁸ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 105.

¹⁰⁹ Konuların detayları ve kaynakları için bk. Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", 379-381.

¹¹⁰ Çeker, *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, md. 37; Afgan Medeni Kanun'u, md. 48.

¹¹¹ Dede yetimi ve vacip vasiyet konusunda detaylı bilgi için bk. Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, *İslam Miras Hukukunda "Halefiyet", "Dede Yetimi" ve "Vacip Vasiyet"*, Dini Araştırmalar, 1999, cilt: 1, sayı:3, ss. 150-167; Abdüsselâm Arı, *Vacip Vasiyet ve Halefiyet Bağlamında 'Dede Yetimi' Problemi*, *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* -, 2008, cilt: 12, sayı: 34, s. 249-268.

¹¹² Afgan Medenî Kanunu, md. 2182-2189.

görmekteyiz.¹¹³

Sonuç

İslam dünyasında ilk kanunlaştırma hareketini Osmanlı Devleti başlatmıştır. 1840 tarihli ceza kanunu, *Mecelle* ve *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*’nin çıkarılmasıyla Osmanlı Devleti İslam dünyasının kanunlaştırma hareketine öncülük etmiştir. Söz konusu kanunlar, bir yandan bazı İslam ülkelerinde uzun süre uygulanırken diğer yandan da yeni çıkan kanunlara kaynaklık ve rehberlik görevini üstlenmiştir. Bu ülkelerden biri de Afganistan’dır. Afganistan hiçbir zaman Osmanlı Devleti’nin egemenliği altına girmemesine rağmen Osmanlı hukukundan etkilenmiştir. 1921 tarihli Nizâm-nâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda Osmanlı tarafından hazırlanan ve uzun zaman yürürlükte kalan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bazı maddeler her iki kanunda aynı olup sadece tercüme edilmiştir, bazı maddelerde ise çok az değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanmasında bizzat Türk hukukçular yer almış ve hazırlanmasında önemli rol oynamışlardır. Bu da Afgan Ceza Kanunu’nun Osmanlı Ceza Kanunu’ndan çokça etkilenmesine yol açmıştır. Afgan Medeni Hukuku da hem *Mecelle*’den hem de *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*’nden, şekil ve muhteva açısından çokça etkilenmiştir. Şekil açısından düşündüğümüzde; *Mecelle* İslam dünyasında İslam hukukunun kanunlaştırmasında ilk olduğu için Afgan hukukuna ve özellikle de medeni kanununa örneklik teşkil etmiştir. Muhteva açısından 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu’nun *Mecelle*’de olduğu gibi Hanefî fıkıhı esas alınarak hazırlanmış olması buna örnek olarak gösterilebilir. Afganistan’da modern anlamda ilk kanunlaştırma başladığında, çıkarılan bazı kanunlarda birçok meselede *Mecelle*’nin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine *Mecelle* şerhlerinin tercüme edilerek mahkemelerde kullanılması kararlaştırılmış ve günümüze kadar da mahkemelerde kadılar tarafından *Mecelle* ve şerhlerinden istifade edilmeye devam edilmiştir. Aynı şekilde Afgan Medeni Kanun’u, *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*’nden de etkilenmiş, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*’nde olduğu gibi bu kanunda da bazı konularda Hanefî mezhebinin hatta dört meşhur sünni fıkıh mezhebinin dışına çıkmıştır.

Kaynakça

- Ağırakça, Muhammed Hamidullah. *Mısır’da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örenği)*. İstanbul: Akdem Yayınları, ts.
- Arı, Abdüsselâm. Vacip Vasiyet ve Halefiyet Bağlamında ‘Dede Yetimi’ Problemi. *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* -. 12/34, (2008) 249-268
- Atâî, Muhammed İbrahim. *Nigâh-i Muhtasar be Tarih-i Mu’asır-ı Afganistan*. çev. Jamiluurahman Kamgar. Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005.
- Atar, Fahrettin. “Fetva”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/486-496. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Aydın, Mehmet Akif. “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007.
- Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu, Ceza Kanunnâme-i Humâyûnî. (1858).
- Afganistan Kültür ve İnfomasyon Bakanlığı Yıllık Bülteni. *Sâlnânme-yi Afganistan* “Nazari be Seyr-i

¹¹³ Ebû Muhammed Alî b. Ahmed, İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002), 8/353.

- Kânûn-guzârî Der Afganistan". 43 (1976,1977). 741-771.
- Çeker, Orhan. *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017
- Çelikbilek, Abdul Metin. "Afganistan Emîrî Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları". *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (Aralık 2017), 94-110.
<https://doi.org/10.30804/cesmicihan.363312>
- Çolak, Abdullah. *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018.
- Örsten Esirgen, Seda. "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?". Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi 29 (2011), 31-48. https://doi.org/10.1501/OTAM_0000000565
- Ferheng, Mir Muhammed Sıddîk. *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*. Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş 1992.
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin. İslam Miras Hukukunda "Halefiyet", "Dede Yetimi" ve "Vacip Vasiyet". *Dini Araştırmalar*, 1/3 (1999), 143-170.
- Gümüş, Musa. "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları". *Tarih Okulu* 14 (2013), 163-200. <http://dx.doi.org/10.14225/Joh7>
- Habîbî, Abdulhay. *Cünbîş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*. ed. Muhammed Haşim Bahramî. Kabil: Devleti Matbaa, 2005.
- Hanoğlu, M. Şükrü. "Cemal Paşa" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 8/305-307. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Hosâmî, Hazretgul. "Kazâ ve Kazâvet der 'Ahdi Saltanat-ı 'Ala Hazret Zâhir Şâh". *Kazâ* 7-8 (2004), 1-30.
- Hosâmî, Hazretgul. "Mecelletü'l-Hukkâmî'l-Adliyye Av De-heği Şerhi". *Kazâ* (2009). 41-52.
- Hosâmî, Hazretgul. *Revend-i Sistem-i Kânûn-guzârî*. Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011.
- Hosâmî, Hazretgul. "Tarihçe-yi Kazâ ve Kazâvat der Afganistan". *Kazâ*, 1-2 (2004).
- Hosâmî, Hazretgul. *Tarih-i Kazâ Der Afganistan*, yy.: İntişârât-ı Saîd, 2009.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed el-Endelusî. *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî. 12 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Fîkr, 1424/2002.
- Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukuku Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.
- KAŞET, Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu. *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009). Erişim 6 Ocak 2022. http://old.moj.gov.af/Content/files/OfficialGazette/0901/OG_0988.pdf
- Khwajamir, Mehtarkhan. "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 369-382.
- Khwajamir, Mehtarkhan. *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015.
- Khwajamir, Mehtarkhan. *Afganistan'da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması. IV. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı -IV (İlahiyat) 14-17 Mayıs 2015, Kütahya*, 2015, s. 285-300.
- Kılıç, Muhammed Tayyib. *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Koca, Mahmut-Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Merçil, Erdoğan. "Mahmûd-i Gaznevî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 27/362-365. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî. Kabil: Matbaai Sengi-yi Mâşînhane-i Dârü's-saltanat 1921.

Usulnâme-i İdarî-yi Mehâkim-i Adliye 1957.

Özel, Ahmet. “el-Âlemgîriyye”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm ansiklopedisi*. 2/365-366. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.

Popelzai, İzzuddîn Vekîlî. *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Evâil-i ‘Ahd-i İslâm tâ ‘Ahd-i Cumhuriyet*. Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991.

Saray, Mehmet. “Abdurrahman Han”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 1/163. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.

Saray, Mehmet. “Ahmed Şah Dürrânî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 12/133-134. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.

Saray, Mehmet. “Emânullah Han”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 6/84-85. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.

Sarıay, Ercimet. “Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi”. *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.

Tanîn, Zahir. *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*. thk. Muhammed İbrahim Şerî‘atî Afganistanî. Tahran: İrfan 2005.

Una, Au-Narayan, Raj-Retting, Max- S., Schaeffer- Stephens A., -Sugarman, E., & Swenson, G. (2011). *Mebadi-yi hukuk-ı ceza-yı Afganistan [Afgan Ceza Hukukuna Giriş]* (çev. Şirket-i Hademât-i Hukukî-yi İlît). Kaliforniya: by.

Kabul Edilen Metin
Accepted Manuscript

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Mehterhan Furkani

Doç. Dr., Aksaray Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

Assoc. Prof., Aksaray University, Faculty of Islamic Studies, Department of Basic Islamic Sciences

Aksaray/Turkey

mehterhan_4@windowslive.com

Cep:05556317193

ORCID: 0000-0002-4415-7830

Öz

Hiz. Peygamber hayatında iken sahabe her meselenin çözümü için ona, vefatından sonra da Kur'ân ve Sünnete başvuruyorlardı. Söz konusu iki kaynaktan hükmünü bulamadıkları konularda ise içtihat yoluyla hüküm çıkarıyorlardı. İctihat yapacak seviyede olmayanlar da dini konularda uzman olan kimselere başvurarak bilgi ediniyordu. Onlardan sonra gelen Müslümanlar da aynı yolu takip ettiler. Daha sonra telif edilen fetva kitaplarından, fetvanın yanı sıra kazâ konusunda da istifade edildi. İslam hukukunun kanunlaştırma teklifi her ne kadar İbn Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından çok erken bir dönemde yapılmışsa da modern anlamda kanunlaştırma faaliyeti geç başlamıştır. Çağdaş batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır. Osmanlı Devleti Batı'dan etkilenecek 1840'ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine başlamıştır. İslam dünyasında medeni hukukunun kanunlaştırılması ise modern anlamda Mecelle ile başlamıştır. Bunu da 1917 tarihinde çıkarılan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hakimiyeti altında olan birçok ülkede uygulanmıştır. Hatta söz konusu iki kanun, günümüzde Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde bulunan bölgelerde ilga edildikten sonra da diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı, bu çalışmaları ile diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, daha sonra diğer İslam ülkeleri de bunları örnek alarak kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hakimiyeti altına girmediği halde kanunlaştırmada doğrudan veya dolaylı olarak Osmanlı hukukundan etkilenmiş ve Osmanlı hukukunu kendine örnek almıştır. Afganistan'da ilk ceza kanunu hazırlanırken, Osmanlı Devleti'nin 1858 tarihinde çıkardığı Ceza Kanunnâme-i Hümaynu adlı kanun esas alınmıştır. Sözü geçen Ceza Kanunnâme-i Hümaynu'nun bazı maddeleri ya olduğu gibi hiçbir değişiklik yapılmadan veya az bir değişiklik yapılarak 1921 tarihli Nizamnâme-i Cezâ-yı Umûmî adlı ceza kanununa yerleştirilmiştir. 1957 tarihli "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) ile 1958 tarihli "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Adlî Hukûkî Muhakimenin Uygulama Usulü) adlı kanunlarda bazı

meselerde Mecelle'ye göre hüküm verilmesi ve kadıların kanundaki boşlukları Mecelle ile doldurmaları gerektiği ifade edilmektedir. 1977 yılında yürürlüğe giren Afgan Medeni Kanunu'na baktığımızda, Mecelle ve Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilendiğini görmekteyiz. Aynı şekilde Afgan mahkemelerinde günümüze kadar, Afgan Medenî Kanunu'nun yanı sıra Mecelle ve şerhlerinden istifade edilmektedir. Hanefi fıkıh esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkı dışına çıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Bu makalede Osmanlı hukukunun Afgan hukukuna olan etkisi ceza hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı, Afganistan, Hukuk, Etkileşim

The Effect of Ottoman Law on The Afghan Law: In the Example of Penal and Civil Law

Abstract

While the Prophet was alive, the companions had consulted to him personally for the solution of every religious matter and to the Qur'an and Sunnah after his death. On the issues that they could not find information in the two sources mentioned, they have made judgments by making ijtihad. Those who were not at the level to make ijtihad obtained information by consulting people who were experts in religious matters. The Muslims who came after them continued to follow the same path. Later, fatwa books were prepared, and these works began to be used in the field of qada as well as fatwa. Although the proposal for the codification of Islamic law was made by Ibn al-Muqaffa' (d. 142/759) at a very early period, the act of codification started too late. The legalization activity in the modern western world started at the end of the 18th century and spread to the whole European continent in the 19th century. The Ottoman Empire, influenced by the West, started the act of codification in the modern sense with the Penal Code of 1840. The codification of civil law in the Islamic world started with *al-Majalla al Ahkam al Adliyyah* (The Ottoman Courts Manual). *Hukûk-i Aile Kararnamesi* (the Family Law Decree) which was issued in 1917, followed *al-Majalla* in the field of codification. These two laws, which were prepared based on Islamic law, were applied in many countries under the rule of the Ottoman Empire. Even these two laws continued to be in force in some other Islamic countries a long time after they were declared abolished in the Republic of Turkey. With these works, the Ottoman Empire became a pioneer for other Islamic countries, and later, other Islamic countries took these as an example and prepared and put into effect their civil laws. One of these countries is Afghanistan. Although Afghanistan was not under Ottoman rule, it was directly or indirectly influenced by Ottoman law in enacting and took Ottoman law as an example. While the first penal code was being prepared in Afghanistan, the penal code (Ceza Kanunnâme-i Hümâyun), which was enacted by the Ottoman Empire in 1858, was taken as a basis. Some articles of the aforementioned Ottoman Penal Code of 1958 were incorporated into the Afghan penal code of 1921 (Nizamnâme-i Cezâ-yı Umûmî), either as they are, with little or no change. It is stated that judges should be made according to *al-Majalla* and that the qadis should fill the gaps in the law with *al-Majalla* on some issues in the laws named "Usûlnâme-i İdâri-yi Mahâkim-i Adliye" (Administration of Judicial Courts Law) of 1957 and "Usûl-i İjraati Muhâkimât-ı Huquqî-yi Adli" (The Practice of Judicial Jurisdiction) of 1958. When we look at the Afghan Civil Code, which came into force in 1977, we see that it was influenced by the Majalla and the Ottoman Hukûk-ı Âile Kararnamesi (Ottoman Law of the Family Decree). In the same way, Majalla and its annotations have been used in Afghan courts in addition to the Afghan Civil Code until today. It is seen that in the Afghan Civil Code, which was prepared based on Hanafi fiqh, some issues were out of Hanafi fiqh and in this respect, the Ottoman Law of Family

Decree was followed. In this article, the effects of Ottoman law on Afghan law will be discussed in the context of criminal law, family law and law of obligations.

Keywords: Islamic Law, Ottoman State, Afghanistan, Codification movements, Interaction.

Giriş

Sahabe döneminden itibaren müslümanlar meselelerin hukukî çözümlerini Kur'ân ve Sünnet'ten öğrenmişlerdir. Hakkında nass bulunmayan konularda ise müçtehit âlimler içtihat yoluyla hüküm çıkarmışlardır. Ebû Hanife'nin öğrencisi olan Ebû Yûsuf döneminden itibaren de mezhep mensupları karşılaştıkları meselelerde mezhebin ortaya koyduğu eserleri kaynak olarak kabul etmiş ve onu bir kanun gibi kullanmışlardır.¹ Daha sonra da klasik fıkıh kitaplarına göre daha pratik olan fetva kitapları hazırlanmış, fetvanın yanı sıra kazâ² konusunda da bunlardan istifade edilmiştir. İslam dünyasında kanunlaştırma (codification) teklifi ilk defa Abdullah b. Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından yapılmış, ancak bu teklif gerçekleşmemiştir. Batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır.³ 1804'te *Fransız Medeni Kanun'u*, 1807'de *Fransız Ticaret Kanun'u* ve 1810'de *Fransız Ceza Kanun'u* yürürlüğe girmiştir. Osmanlı Devleti, Batı'dan etkilenecek çağın şartlarına cevap verecek kanunların çıkartılmasının gerekli olduğunu hissedip 1840'ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine resmen başlamış ve 1850'de çıkarılan *Kanunnâme-i Ticaret*'le bu süreci devam ettirmiştir. *Alman Medeni Kanun'u* ile *İsviçre Medeni Kanun'u* ise 1900'de yürürlüğe girmiştir.⁴ Buna göre Osmanlı'da kanunlaştırmanın Batı'dan hemen sonra başladığını söylemek mümkündür. Zira görüldüğü gibi her ne kadar bazı Batı ülkelerine göre kanunlaştırmaya geç başlamışsa da diğer bazılarına göre erken harekete geçmiştir.

Daha önce her ne kadar muhtasar eserler ve fetva kitaplarının hazırlanması şeklinde nisbi bir kanunlaştırma gerçekleşmişse de medeni hukukta gerçek ve modern anlamda bir kanunlaştırma *Mecelle* ile başlamıştır.⁵ Bunu da Osmanlı Devleti'nin sonlarında çıkarılan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hâkimiyeti altında olan Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin ve İsrail gibi birçok ülkede uygulanmış, hatta *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* 1919 yılında ve *Mecelle* de Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda -mülga ilan edilmesine rağmen- diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı Devleti, kanunlaştırmadaki gelişmelerle diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, bunun sonucunda diğer İslam ülkeleri de kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır.⁶ Bunlardan biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hâkimiyetine girmediği halde kanunlaştırmada Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmiştir. Örneğin, ceza kanununda Osmanlı'nın 1858 tarihli

¹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/294.

² Fetva ve kazânın ortak ve farklı yönleriyle ilgili detaylı bilgi için bk. Fahrettin Atar, "Fetva", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/487-488.

³ Muhammed Hamidullah Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örneği)* (İstanbul: Akdem Yayınları, ts.), 36.

⁴ bk. Ağırakça, *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri*, 38-44; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 140-141.

⁵ Mecelle hakkında detaylı bilgi için bk. Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 299; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007), 459.

Ceza Kanunu esas alınmıştır. Afganistan’da kanunlaştırma faaliyeti başlayınca önceden bu konuda tecrübeli oldukları için Osmanlı hukukçularından yardım alınmış,⁷ bazı Türk hukukçuları Afgan hukukçularla beraber 1921 tarihinde *Nizamnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununun oluşturulmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu da ister istemez Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine neden olmuştur. Aynı şekilde günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanun’un hazırlanmasında *Mecelle* ve *Hukûk-ı Aile Kararnamesi*’nden istifa edilmesi, günümüze kadar kadıların *Afgan Medenî Kanunu*’nun yanı sıra *Mecelle* ve şerhlerinden de yararlanması, Osmanlı hukukunun Afgan hukukunu etkilediğini açıkça göstermektedir.

Bu makalede önce sırasıyla Osmanlı Devleti ile Afganistan’daki kanunlaştırma faaliyeti hakkında kısaca bilgi verilecek ardından ise en çok etkilenmesi sebebiyle Afganistan’ın ceza ve medeni kanunlarının Osmanlı hukukundan etkilenmesi ile ilgili değerlendirilmeye yer verilecektir. Makalenin konu, başlığından anlaşıldığı üzere ceza ve medeni kanunları örneğinde Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna etkisidir. Bu da özellikle 1858’de *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu*, *Mecelle* ve *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* bağlamından ele alınacak, bunlar dışındaki etken sebeplere de değinecektir.

Bu alanda yapılan çalışmalara baktığımızda, konumuza en yakın olanın “Afgan Ceza Hukukunun Kaynakları”⁸ adlı çalışmanın olduğunu görmekteyiz. Ancak söz konusu çalışmada sadece Ceza kanununun genel olarak kaynakları ele alınmıştır. Bunun dışında konumuzla ilişkili olan: 16. Yüzyıl Osmanlı Hukukunun Kaynakları,⁹ Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları,¹⁰ Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi,¹¹ Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar,¹² Osmanlı Hukuk Sistemi’nde Fıkhın Belirleyiciliği (1509 No’lu Rize Şer’iyye Sicili Boşama Kayıtları Örneği)¹³ ve Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri¹⁴ gibi çalışmalar yapılmıştır.

1. Osmanlı’da Kanunlaştırma Hareketleri

Osmanlı Devleti’nde başlangıçtan Tanzimat Dönemi’ne kadar İslam hukukundan ibaret olan şer’î hukuk ile padişahların emir ve fermanlarından ibaret olan örfî hukuk uygulanmıştır.¹⁵ Osmanlı Devleti, Batı’da başlayan kanunlaştırma faaliyetinden kısa bir süre içerisinde etkilenmiş ve Tanzimat Fermanı’yla birlikte Osmanlı Devleti’nde modern anlamda kanunlaştırma hareketi başlamıştır.¹⁶

⁷ Hazretgul Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî* (Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011), 62.

⁸ Mehtarkhan Khwajamir, *Afgan Ceza Hukukunun Kaynakları*, *İslam Hukuku Araştırma Dergisi*, 15 (2015), 299-314.

⁹ Şükrü Özen, 16. Yüzyıl Osmanlı Hukukunun Kaynakları, *Sahn-ı Semndan Dârülfünûn’a, Osmanlı’da İlim ve Fikir Dünyası (Alimler, Müesseseler ve Fikrî Eserler)* XVI. Yüzyıl, (İstanbul: İstanbul Bedediyesi, 2017), 21-24.

¹⁰ Said Nuri AKGÜNDÜZ, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları*, *dergiabant (AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi)* 4/8 (2016), 1-16.

¹¹ Ercimet SARIAY, *Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi*, *BAYTEREK / Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.

¹² Recep CİCİ, *Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar*, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8 (1999), 215-246.

¹³ Ümit Erkan-İlyas Yıldırım, *Osmanlı Hukuk Sistemi’nde Fıkhın Belirleyiciliği (1509 No’lu Rize Şer’iyye Sicili Boşama Kayıtları Örneği)* *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1 (2012), 241-259.

¹⁴ Adnan Koşum, *Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri*, *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7 (2004), 145-160.

¹⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 69-70, 72, 456-457.

¹⁶ Musa Gümüş, “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları”, *Tarih Okulu* 14 (2013), 164.

1804'te Fransa'da yürürlüğe giren *Code Napoléon* olarak da adlandırılan Fransız Medeni Kanunu'ndan sonra 1807'de Fransız Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Osmanlı'da ilk ceza kanunu 1840'te çıkarılmıştır. Bu ceza kanunu bir mukaddime, bir hâtime ve on üç fasıldan oluşmakta olup 40 maddeyi ihtiva etmekteydi. 1851'de söz konusu kanundaki boşlukları ve eksiklikleri¹⁷ tamamlamak üzere *Kanûn-ı Cedid* adlı ceza kanunu çıkarılmıştır. Bu da üç fasıl ve 43 maddeden oluşmaktadır. Bu kanunların her ikisinde de Batı hukukundan çok az istifade edilmiş ve dolayısıyla söz konusu kanunlar, yerli kanun kategorisinde yer almıştır. 1858'de *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu* adlı yeni bir ceza kanunu çıkarılmıştır. Bunun ilk ikisinden farklı olan tarafı, onların yerli-millî kanunlar olmasına karşın, bu kanunun 1810 tarihli *Fransız Ceza Kanunu*'ndan iktibas edilerek hazırlanmış olmasıdır. Bu kanun bir mukaddime, üç bâb ve 264 maddeden oluşmaktadır. Diğerlerine göre daha kapsamlı olan söz konusu kanun, 1926'ya kadar yürürlükte kalmıştır. 1926'da 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok maddesinde değişiklik yapılmasıyla birlikte 2005'e kadar yürürlükte kalmıştır.¹⁸

Ceza kanunu yanında, 1840'de *Kanunnâme-i Ticâret-i Berriye*, 1850'de *Kanunnâme-i Ticaret*, 1858'de *Arazi Kanunnâmesi*, 1861'de *Usûl-i Muhâkeme-i Ticâret Nizamnâmesi*, 1863'te *Ticâret-i Bahriye Kanunnâmesi*, 1869-1876 yılları aralarında *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*, 1876'de *Kânûn-ı Esâsi*, 1879'da *Usûl-i Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanûnu*, *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanunları*, 1880'de *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati*, 1881'de *Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanûnu*, 1915'te *Nafaka Kanunu* ve en sonunda da 1917'de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* ve *Usûl-i Muhâkeme-i Şer'îye Nizamnâmesi* çıkarılmıştır.¹⁹

Bunların bir kısmı tamamen yerli-millî kanunlar iken bir kısmı Batı hukukundan iktibas yoluyla hazırlanmıştır. Diğer bir kısmı ise millî kanunlarla Batı kanunlarından istifade edilerek hazırlanan karma kanunlardır.²⁰ Osmanlı Devleti'nin çıkarttığı kanunlardan *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nin günümüze kadar Lübnan'da yürürlükte kaldığı²¹ *Mecelle*'den ise Filistin²² ve Afganistan gibi ülkelerde istifade edildiği, geri kalan diğer kanunların tamamının ilga edildiği bilinmektedir.

2. Afganistan'da Kanunlaştırma Hareketi

Daha önce Horasân'nın bir parçası olan ve günümüzde Afganistan'ın sınırları içerisinde yer alan bölgelerde, İslam dininin kabul edilmesiyle beraber fıkıh kitapları, daha sonra ise fıkıh kitaplarının daha pratik şekli olan fetva kitapları hazırlanmış ve yargı sisteminde kullanılmaya başlanmıştır. Bununla beraber zaman zaman fermanlar ve bazı düzenlemeler de çıkarılarak uygulanmıştır. Selçuklular döneminde vezir olan Nizâmülmülk'ün (öl. 485/1092) tavsiyesi üzerine, 1072-1092 yılları arasında Büyük Selçuklu hükümdarı olan Sultan Melikşâh (öl. 485/1092) tarafından 485/1092 yılında bir

¹⁷ Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 169-170.

¹⁸ 01.05.2005 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin halihazırda yürürlükte olan yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir. bk. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/238-242; Koca-Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku*, 36-37; Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma", 13-15.

¹⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 456-462; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 36; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 137-149.

²⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 457-462; Ercimet [Ercüment] Sarıay, "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi", *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 13-26; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 165.

²¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2014, 1/297; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 148.

²² Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234.

fetva kitabı hazırlanmış ve ona nispetle söz konusu kitaba *el-Mesâilü'l-Melikşâhiyye fi'l-kavâidi's-şer'iyye* adı verilmiştir.²³ Yine Gazneli Mahmut (öl. 421/1030)²⁴ döneminde Encümen-i Ulemâ adında âlimlerden oluşan bir heyet tarafından *Fetâvâ-yı Sultânî* isiminde bir fetva kitabı telif edilmiştir.²⁵

Bâbürlülür döneminde Sultan Evrengzîb Âlemgîr'in (1658-1707) emriyle bir heyet tarafından *el-Fetâvâ'l-Hindîyye/el-Fetâvâ'l-Âlemgîriyye* adlı eser telif edilmiştir.²⁶ Daha sonra Afganistan'ın ilk kurucusu sayılan Ahmed Şah Abdalî (1747-1773)²⁷ döneminde bir yandan *Fetâvâ-yı Ahmed Şâhî* adlı bir fetva kitabı hazırlanmış, diğer yandan da Ahmed Şâh'ın 16 maddelik bir yasa çıkarmış olduğu da bilinmektedir. Bu gelenek daha sonraki dönemlerde de devam etmiştir.²⁸ 1863-1867, 1868-1878 yılları aralarında Afganistan'da hükümdar olan Emîr Şîr Ali Han²⁹ döneminde Kadı Abdulkadir adlı bir âlim tarafından *Fetâvâ-yı Emîrî/Teşrîhu'l-cerâim* adlı fetva kitabı telif edilmiştir.³⁰ 1880-1901 yıllarında Afganistan hükümdarı olan Emîr Abdurrahman Han (öl. 1901)³¹ döneminde 50 kişiden oluşan bir heyet tarafından 5 cilt şeklinde *Sirâcü'l-ahkâm fî muâmelâtî'l-İslâm* adlı bir fetva kitabı yazılmıştır. Ayrıca Mevlevî Ahmed Can tarafından mezhep içindeki ihtilafların çözümlemesi için kadılar ve yargıçlara klavuz (usûl) mahiyetinde *Esâsü'l-Kudât* adlı bir kitap telif edilmiştir.³²

1919-1929 yılları arasında Afgan kralı olan Emânullâh Han³³ döneminde modern anlamda ilk defa kanunlaştırma hareketi başlamıştır. Emânullah Han, kayınpederi ve aynı zamanda müsteşarı olan Mahmut Tarzî ile beraber, kanunlaştırma başta olmak üzere birçok alanda reform planları hazırlamıştır.³⁴ 1921 yılında şer'î meseleleri düzenlemek için; birinci cildi medeni kanun, ikinci cildi ceza kanunundan ibaret olan *Temessükü'l-Kudâtî'l-Emâniyye* ve ta'zîr cezaları için de *Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî* adlı kanun hazırlanmıştır. İlk defa anayasanın da çıkartıldığı bu dönemde nizamnâme adlı toplam 69 adet kanun çıkarılmıştır. *Temessükü'l-kudât* adlı eserde Hanefî mezhebi esas alınırken diğer kanunların da şeriata aykırı olmaması dikkate alınmıştır. Örneğin, Emânullah'ın dinî müsteşarı olan ve *Temessükü'l-Kudât* adlı eserin de müellifi olan Abdulvâsi Kandeârî, 1921 yılında çıkarılan Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ilk ceza kanununun sonunda, söz konusu kanun maddelerinin İslam şeriatına

²³ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2008), 150.

²⁴ Erdoğan Merçil, "Mahmûd-i Gaznevî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/362-365.

²⁵ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", *Sâlnâme-yi Afganistan* 43 (1977-1976), 741.

²⁶ Ahmet Özel, "el-Âlemgîriyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/365.

²⁷ Mir Muhammed Sıddîk Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr* (Meşhed: İntişarat-ı Durihşîş, 1992), 1/113-156; Mehmet Saray, "Ahmed Şah Dürrânî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1989), 2/133-134.

²⁸ İzzuddîn Vekilî Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Avâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet* (Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991), 66.

²⁹ Emir Şîr Ali Han ile ilgili detaylı bilgiler için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/315-379; Abdul Metin Çelikkilek, "Afganistan Emiri Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları", *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.

³⁰ Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 34.

³¹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/381-436; Mehmet Saray, "Abdurrahman Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1/163.

³² Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan*, 369, 413-414; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 36.

³³ Emânullah Han ile ilgili bilgi için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/483-560; Mehmet Saray, "Emânullah Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/84-85.

³⁴ Muhammed İbrahim Atâî, *Nigâh-i Muhtasar be Târih-i Mu'asır-ı Afganistan*, çev. Jamilurrahman Kamgar (Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005), 246-247.

uygun olduğunu yazarak mühürlemiştir.³⁵ Buna rağmen dönemin âlimleri ta'zîr cezalarının kanunlaştırılmasına karşı çıkmış³⁶ ve ta'zîr cezalarının kadıların yetkisini sınırlandıracağını da buna gerekçe olarak göstermişlerdir. Buna karşın Emânullah Han, bunun caydırıcılık açısından daha etkili olacağını öne sürerek ısrar etmiş ve sonunda kanun çıkarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bazı insanlar, kanunu şeriatın alternatifi ve zıddı olarak görmüşlerdir. Bu ve benzeri sebeplerle ilk dönemlerde çıkarılan bütün kanunlar, nizâmnâme ya da usûlnâme olarak adlandırılmıştır.³⁷ Ancak kanunların nizamname olarak adlandırılması da buna çözüm olamamış, buna karşı olan bazı âlimler bir eline Kur'ân diğer eline nizâmnâme alıp halka, "Bunların hangisini tercih edersiniz?" şeklinde sorular sorarak onları dönemin kralına karşı kıskırtmışlardır.³⁸

1924 yılında ise Loya Cirge³⁹ Emânullah Han'a baskı yaparak onun ta'zir cezalarıyla ilgili nizamnâmeleri ilga edip kadılara, suçluya yüzünü asmaktan idama kadar olan yetkiyi geri vermesini⁴⁰ ve *Fetâvâ-yi Emâniyye* adlı bir fetva kitabı hazırlanmasını⁴¹ temin etmişlerdir.

1962 yılında yine Afganistan'da ceza kanunu ile medeni kanununun taslağı hazırlanmıştır. Bu kanunlar Mısırlı hukukçular tarafından hazırlanmış ve Afgan hukukçularının inceleme ve kontrolünden sonra 1976 yılında ceza kanunu, 1977 yılında ise medeni kanun yürürlüğe girmiştir.⁴² Medeni kanun Hanefî fikhına göre hazırlanırken ceza kanununun birinci maddesinde de bu kanunun ta'zîr cezalarıyla ilgili olduğu, had, kısas ve diyetin Hanefî fikhına göre düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu ceza kanunu 2018 yılında yenilenirken medeni kanun yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Afganistan tarihinde bütün kanunlar Hanefî fikhı esas alınarak hazırlanırken 2008'de ilk defa ülkede yaşayan Şîî vatandaşlar için Caferî fikhına dayalı "*Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu*"⁴³ adıyla 236 maddelik bir kanun çıkarılıp yürürlüğe konmuştur.⁴⁴ Böylece medeni hukuk ile ilgili davalarda

³⁵ Hazretgul Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan* (y.y.: İntişârât-ı Saîd, 2009), 125.

³⁶ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁷ "Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan", 741; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 56.

³⁸ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/514; Zahir Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*, thk. Muhammed İbrahim Şeriatî Afganistanî (Tahran: İrfan, 2005), 45; Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 128.

³⁹ "Loya Cirge, Peştuca büyük anlamında 'loya' ve toplantı ve şûra anlamında 'cirge' kelimelerden oluşmakta olup sözlükte 'büyük şûra' demektir. Terim olarak da 'Afganistan'da yeni anayasayı onaylamak veya anayasadaki bir kanunu değiştirmek, cumhurbaşkanını yargılamak ve ülkenin bağımsızlığı, milli hâkimiyeti, toprak bölünmezliği ve büyük maslahatları ile ilgili konular hakkında karar vermek için oluşturulan geçici bir şûrayı ifade eder. Bu şûra, Afganistan'da halkın iradesinin en yüksek göstergesi olarak belirtilmiştir. Loya Cirge; milletvekilleri, bütün il ve ilçe şûra temsilcilerinden oluşur. Bakanlar, yüce divan ve başsavcılığın başkanı ve üyeleri de oy hakkı olmaksızın katılabilirler. Karar ise çoğunluğun oyu ile verilir. bk. 2004 tarihli Afganistan Anayasası, md.110-115." Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, 138.

⁴⁰ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

⁴¹ Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 124.

⁴² Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 297-309.

⁴³ Bu kanun 3 bölüm 236 maddeden oluşmaktadır. Birinci bölümü ehliyet ve şahsiyet başlığı ile 1-66 maddeleri ihtiva etmektedir. Bu bölümdeki alt başlıklar şöyledir: Genel hükümler, (md. 1-2) ehliyet (md. 3-7), gâibin hükmü (md. 8-24), hacir (md. 25-40), vilayet (md. 41-66). İkinci bölümü aile başlığıyla 67-180 maddelerinden oluşmaktadır. Bu bölümün alt başlıkları da şunlardır: Kurâbet (md. 67-73), kız isteme ve nişanlılık (md. 74-80), nikâhın engelleri (md. 81-93), nikâh akdinin sıhat şartları (md. 94-103), nikâh akdinin sonuçları (md. 104-125), nikâh akdinin sona ermesi (md. 126-160), nafaka (md. 161-172) ve çocuklar (md. 173-180). Üçüncü bölümü (madde 181-236) ise vasiyet (md. 181-193), miras (194-220), vakıf ve intifa'ı menafî' (md. 221-231) ve hibe (md. 232-236) konularını içermektedir. Bk. Mehtarkhan Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 381-382.

⁴⁴ *Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu* (KAŞET), *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009).

Hanefîler için 1977 tarihli medeni kanun, Caferîler için ise 2008 tarihli “Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-i Ehl-i Teşeyyu” adlı kanun esas alınmaktadır.⁴⁵

3. Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi

Kanunlaştırmaya Osmanlı’dan sonra başlayan Afganistan, bu konuda Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan etkilenmiştir.⁴⁶ Burada örnek olarak ceza hukuku ile medeni hukuktan, aile ve borçlar hukukunu ele alacağız. Bu üçün seçmemizin sebebi, bunların en bariz etkilenen kanunlar olmasıdır.

3.1. Ceza Hukukunda

Afganistan’da kanunlaştırma faaliyetlerinin başlangıcında cezalar iki kategoride ele alınmıştır. Had, kısas, diyetlerle ilgili suç ve cezalar ayrı, ta’zîr cezaları ise ayrı kategoride kanunlaştırılmıştır. 1921 yılında modern anlamda Afganistan’da ilk kanunlaştırma başladığında had, kısas ve diyetle ilgili hükümleri düzenlemek için *Temessükü’l-Kudâtî’l-Emâniyye* adlı kanun çıkarılırken, ta’zîr cezalarının düzenlenmesi için *Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ayrı bir kanun da çıkarılmıştır. Birincisi tamamen Hanefî fıkıh kitaplarından müftâ-bih görüşlerden oluşurken ikincisinde kanunun İslam hukukuna aykırı olmaması dikkate alınmıştır.

Afganistan’da tazir cezalarının kanunlaştırılması fikri, birçok yeniliklerde olduğu gibi yine Afgan kralı Emanullah Han’a (1919-1929) aittir. Emanullah Han, buna gerekçe olarak da suçların cezalarının belli olmasının caydırıcılık açısından daha etkili olacağını göstermiştir.⁴⁷ Bazı âlimler ise, kadınların yetkisini ortadan kaldırdığını gerekçe göstererek karşı çıkmıştır. Âlimler buna ikna olamayınca Emanullah Han ikinci kez tazîr cezaları ile ilgili kanun çıkarttığında cezaları belirtmeden “tazir cezasıyla cezalandırılacak” ifadesini kullanmakla yetinmiştir.⁴⁸

Afgan ceza kanununa da Osmanlı ceza kanunları öncülük etmiştir.⁴⁹ 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanması için Osmanlı kanunlaştırması konusunda bilgi sahibi olan hukukçulardan yardım alınmıştır.⁵⁰ Nitekim kanunlaştırmayla görevli şûrada, Bedri Bey (öl. 1923) ve Ahmed Cemal Paşa (öl. 1922)⁵¹ Afgan hukukçularla beraber üye olarak yer almış ve onlara yol göstermiştir. Bedri Bey, 72 adet kanunu Türkçeden Farsçaya tercüme etmiştir. Bunların, o dönemde çıkarılan nizamnâmeler için esas teşkil etmeleri,⁵² Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanundan etkilenmesine

⁴⁵ Afganistan’daki kanunlaştırma hareketi ile ilgili detaylı bilgi için bk. Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015), 14-126.

⁴⁶ Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 63.

⁴⁷ Au Una, Raj, Narayan, Retting, M., Schaeffer, S., Stephens, A., Sugarman, E., & Swenson, G. (2011). *Mebadi-yi hukuk-ı ceza-yı Afganistan* [Afgan Ceza Hukukuna Giriş] (çev. Şirket-i Hademât-i Hukukî-yi İlîl). Kaliforniya: by., 16.

⁴⁸ Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması, IV. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı -IV (İlahiyat) 14-17 Mayıs 2015, Kütahya, 2015, 291.*

⁴⁹ Yaptığımız araştırmaların sonucunda, konuyla ilgili kaynaklarda, Afgan ceza kanunu hazırlanırken, Osmanlı ceza kanunun da aslını oluşturan Fransız Ceza Kanunu’na bakılıp bakılmadığı ya da sadece Osmanlı ceza kanunuyla yetinilip yetinilmediği ile ilgili her hangi bir bilgiye rastlamadık.

⁵⁰ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/531.

⁵¹ Hayatı ve faaliyetleri ile hakkında bilgi için bk. M. Şükrü Hanoğlu, “Cemal Paşa” *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1993), 8/305-307.

⁵² Abdulhay Habîbî, *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşim Bahramî (Kabil: Devleti Matbaa, 2005), 27; Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst*, 44.

sebepe olmuştur.

Afganistan’da çıkarılan ilk ceza kanunu ve modern anlamda ilk kanun diyebileceğimiz 1921 tarihli ve *Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî* adlı ceza kanununda 1858 tarihli *Ceza Kanunnâme-i Hümayunu* adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bu kanun daha sonra çıkan diğer ceza kanunlarına da kaynaklık etmiştir. Hatta bazı maddeleri olduğu gibi Farsçaya tercüme edilerek 1921 tarihli kanuna yerleştirilmiştir. Örneğin; 1858 tarihli kanunun birinci maddesi Farsçaya tercüme edilerek olduğu gibi 1921 tarihli Afgan ceza kanununda düzenlenmiş ve sadece sonunda had, kısas ve diyet ile ilgili meselelerde Temessükü’l-kudât’a göre hüküm verileceği eklenmiştir.⁵³ Aynı şekilde her iki kanunun ikinci maddeleri de aynıdır. Sadece 1858 tarihli kanunda suçların tasnifi; cinayet, cünha ve kabahat şeklinde sıralanırken 1921 tarihli nizamnâmede sıralama tam tersi şekliyle kabahat, cünha ve cinayet şeklinde yapılmıştır.⁵⁴ Bunun dışında birçok maddesi ya aynıdır veya az bir farklılıkla birbirine yakın maddelerdir. Burada aynı olan maddelerden tablo şeklinde birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Birbirine yakın olan maddelerlerin ise sadece numaralarını zikredeceğiz.

Tablo 1. Her iki kanunda aynı olan maddeler:

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu Maddeleri	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu Maddeleri
1 ⁵⁵	1 ⁵⁶
2 ⁵⁷	2 ⁵⁸
18 ⁵⁹	13 ⁶⁰
13 ⁶¹	20 ⁶²

⁵³ Ceza Kānunnâme-i Hümayunu, (1858) md. 1; Nizâm-nâme-i Cezâ-yı ‘Umûmî, (1921) md. 1.

⁵⁴ Ceza Kānunnâme-i Hümayunu, md. 2; Nizamnâme-i Cezâ-yı ‘Umûmî md. 2.

⁵⁵ Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine vukû bulan cerâimin icra-yı mecâzâtı devlete âid olduğu gibi bir şahıs aleyhinde vukû bulan cerâimin âsâyış-i umûmiyey-i ihlal eylemesi ciheti dahi kezâlik devlete âid olduğundan, tayin ve icrası şer’an emr-i ülü’lemre âid olan ta’zîrin tayin-i derecâtı dahi işbu kanunnâme mütekeffil ve mütezammın olup ancak herhalde şer’an muayyen olan hukuku şahsiyyeye hâlel gelmeyecektir.

⁵⁶ “Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine işlenen suçların cezalarının uygulanması devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhine işlenen suçların, şer’î ve siyasi tazîr cezasının derece ve sınırlarının belirlenmesi de devlet tarafından olur. Binaen aleyh, ölçüsü ülü’l-emrin görüşleriyle belirtilmiş olan söz konusu iki çeşit ceza için bu nizamnâme tanzim edilmiştir. Kısas, had ve diyet ile ilgili suçlarını kapsadığı için bu nizamnâme şer’î hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu nizamnâmenin içerdiği maddeler şeriata mutabıktır. Temessükü’l-kudât adlı eserin ceza ile ilgili bölümü bu nizamnâmeden sayılır”.

⁵⁷ “Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır”.

⁵⁸ “Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kabahattır”.

⁵⁹ “İdam cezasına müstahak olan karı, hamile olduğunu ledel-ifâde hamli tahakkuk ve kesb-i sübut eylediği takdirde, cezası vad’ı haml ettikten sonra icra olunur”.

⁶⁰ “İdam cezasına mahkum olan kadın şayet hamile ise, cezası çocuğunu doğurduktan sonra uygulanır”.

⁶¹ “Devletin dahilen ya haricen asayişini ihlal edecek cinayat ve cünhaya cüret etmiş olan eşhâs, kanunen tayin olunacak müddet-i cezaiyesini tekml ettikten sonra mutlaka zaptiye nezareti altına alınır”.

⁶² “Devletin iç ve dış güvenliğini ihlal eden cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan şahıslar, kanunda kendileri için belirtilen cezaları tamamladıktan sonra nezaret altına tutulur”.

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu Maddeleri	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu Maddeleri
42 ⁶³	26 ⁶⁴
48 ⁶⁵	32 ⁶⁶
52 ⁶⁷	37 ⁶⁸

Aynı şekilde 1858 tarihli *Osmanlı Ceza Kanunu*'nun 16, 19, 55, 56 ve 57. maddeleri 1921 tarihli *Afgan Ceza Kanunu*'nun sırasıyla 12, 14, 41, 44 ve 45. maddeleri birbirine çok yakın olan maddelerdir.

Bazı konularda, özellikle de devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçlarda, 1921 tarihli *Afgan Ceza Kanun*'unda yer alan cezaların 1858 tarihli *Osmanlı Ceza Kanun*'unda yer alan cezalardan daha ağır olduğu görülmektedir. Söz konusu *Osmanlı Ceza Kanun*'unda kendisi için hapis cezası belirtilen birçok suç için *Afgan Ceza Kanun*'unda idam cezası tayin edilmiştir.⁶⁹ Bunun, söz konusu dönemde Afganistan'da krallık sisteminin hâkim olması ve halkın ayaklanmasını bastırmak için meşruiyet elde etme çabası olduğunu söylemek mümkündür.

3.2. Medeni Kanunda

3.2.1. Borçlar Hukukunda

İslam dünyasında borçlar, eşya ve şahıs hukuku alanında yapılan ilk kanunlaştırma *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* ile başlamıştır.⁷⁰ Tanzimat Dönemi'nden sonra borçlar hukukunun da kanunlaştırılması gündeme gelmiştir. Bazı aydınlar, Fransız Medeni Kanunu'nun tercümesi veya iktibas yoluyla borçlar kanununun oluşturulmasından yana olurken, Cevdet Paşa başta olmak üzere bazıları da yerli bir hukukun oluşturulmasının daha uygun olduğunu savunmuşlardır. Nihayet ikinci görüşü savunanların görüşleri uygun görülmüş ve böyle bir kanunun hazırlanması kararlaştırılmıştır. 1869-1876 tarihleri arasında *Mecelle*, Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki heyet tarafından İslam hukuku ve özellikle Hanefî mezhebi esas alınarak 16 bölüm ve 1851 maddeyi ihtiva edecek şekilde hazırlanmıştır. Hazırlık

⁶³ “Bir kimse bir cürmi aslen rızası olmayarak mecburen işlemiş olduğu sabit olursa, kezâlik mecâzât-ı kanuniyeden ma'fû tutulur. Ancak bu babda muteber olan mecburiyet, cürmün derecâtına göre ol kimseyi şî'arı tühmetten bütün bütün berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyet ve kendusunun mukavemet edemeyecek bir zaruret olmak lazım gelup, ebeveynin evlada, efendinin hidmetkâra emri gibi ta'zim ve ihtirâmdan neş'et eden haller mecburiyetten addolunmaz”.

⁶⁴ “Bir kimsenin aslen rızası olmadığı halde mecburen bir suçu işlediği sabit olursa, cezadan muaf olur. Ancak bu konuda muteber olan mecburiyet, suçların derecelerine göre, birincisi o kimseyi tühmetten tamamen bütüyle berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyetin bulunması, ikincisi ise kendisinin mukavemet edemediğini ispatlaması lazımdır. Aksi takdirde ebeveynin çocuklarına, efendini hizmetçisine emri gibi ta'zim ve saygıdan neş'et eden haller, mecburiyetten sayılmaz”.

⁶⁵ “Tebe'a-ı devlet-i aliyyeden her kim olursa olsun, saltanat-ı sefinenin düşmanlarıyla beraber olarak aleyhine silah tutar ise idam olunur”.

⁶⁶ “Afganistan'ın düşmanlarıyla ittifak kurup Afganistan devletinin aleyhine silah kaldırmak, idam cezasını gerektirir”.

⁶⁷ “Me'mûrîn ve hademe-i devlet ve sâireden her kim devlet aliyyenin ümûr-i mühimme-i politikasına dâir bir mükaleme-i hafiyesi ve mektûm ve hafî bir hareket-i askeriye tasnîmî serâiriye hasbü'l-me'mûrîyye veya resmen vakıf olub da onu devletçe me'mûr ve me'zûn olmadığı halde ecnebi veya hud düşman bir devlet me'mûrlarına doğrudan doğruya veya bil-vâsita ifşa eder ise, idam olunur”.

⁶⁸ “Görevi gereği devletin herhangi bir siyasi ve askeri sırlarına vakıf olup da söz konusu sırları devletin resmi bir izni olmadan düşmana ifşa etmek, idam cezasını gerektirir”.

⁶⁹ bk., 1858 tarihli *Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu* (Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu) Adliye Nezareti (1335), md. 53; *Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî*, md. 35, 37.

⁷⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459.

aşamasında da tamamlanan bölümler sırasıyla yürürlüğe girmiştir.⁷¹

Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanan *Mecelle*'de Meşrutiyet döneminden 1926 tarihine kadar Avrupa kanunlarından ve Hanefî mezhebi dışındaki diğer mezheplerden yararlanılarak⁷² tadil çalışmaları yapılmış; ancak söz konusu tadil çalışmaları, batıdan iktibas edilerek kanunlaştırmanın yapılacağına kararıyla 1926 tarihinde durdurulmuş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiştir.⁷³ Plandandığı şeklinde 1926 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti *Mecelle*'yi yürürlükten kaldırıp yerine İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul etmiştir.⁷⁴ Çok sayıda şerhi bulunan *Mecelle* birçok dile de tercüme edilmiştir.⁷⁵ *Mecelle*, alanında ilk olduğu için daha sonra diğer İslam ülkelerinde çıkan kanunlar için öncülük etmiştir.⁷⁶

Genelde Osmanlı hâkimiyeti altında bulunan ülkelerde uygulanan *Mecelle* de Osmanlı hâkimiyetine hiç girmemiş olan Afganistan'da da kısmen uygulanmış ve Afgan Medeni Kanunu'nu etkilemiştir. Nitekim yargı ve yargılama sistemiyle ilgili 04.03.1957 tarihli 279 maddelik "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) adlı kanunda bazı meselelerde *Mecelle*'ye göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁷ Yine 22.12.1958 tarihli 264 maddelik "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Hukuk Muhakemeleri Usulü) adlı kanunda, kadıların kanundaki boşlukları *Mecelle* ile doldurmaları gerektiği ifade edilmiştir.

07.08.1968 tarihinde, yargıda düzenlemeler yapmak ve yargı birliğini sağlamak amacıyla düzenlenen Mahkeme İl Başkanları Semineri'nde dönemin kâdilkudâtı olan Abdülhakim Zıyaî, kadıların hitaben, herkes tarafından kolayca anlaşılabilmesi için Muhammed Hâlid el-Attâsî ve oğlu Muhammed Tâhir el-Attâsî tarafından yapılan *Mecelle* şerhinin tercüme edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. 1971 yılında gerçekleşen ikinci seminerde ise söz konusu şerhin tercüme edilmesi kararlaştırılmış ve Adalet Bakanlığının öncülüğünde tercüme edilip kadıların istifadesine sunulmuştur.⁷⁸ Irak Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan, *Münîrül-Kâdî* adlı *Mecelle* şerhinden günümüzde de kadılar istifade etmektedir.⁷⁹ Ayrıca *Mecelle*'de 8. madde olarak yer alan "beraet-i zimmet asıldır" şeklindeki külli fıkıh kaidesi Afganistan'da farklı tarihlerde çıkarılan anayasaların tümünde ve Afgan ceza kanununda yer almaktadır. Bunun yanı sıra diğer İslam ülkelerinde olduğu gibi şekil itibarıyla da *Mecelle* Afgan Medeni Kanun'u için örnek olmuştur.

Günümüzde yürürlükte olan 197_v tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun hazırlanmasına 1961 yılında başlanmıştır. Afganistan hükümetinin talebiyle Mısır'dan iki hukukçu Afganistan'a gelmiş ve bir sene içinde söz konusu hukukçulardan biri medeni kanununu diğeri ise ceza kanununu tamamlamıştır. Söz konusu kanunlar, Afgan hukukçulardan oluşan komisyon tarafından gerekli inceleme ve

⁷¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/19-20; Gümüş, "Osmanlı Devleti'nde Kanunlaştırma Hareketleri", 174-176.

⁷² Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 317.

⁷³ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234; Seda Örseren Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 43-44.

⁷⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 318.

⁷⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234-235.

⁷⁶ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/231.

⁷⁷ Bk. Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye, (1957) md. 83, 87, 93, 125, 138, 150, 174-175 vd.

⁷⁸ Hazretgul Hosâmî, "Mecelletü'l-Hukkâmî'l-Adliyye Av De-heğî Şerhi", *Qazâ*, (ts.), 37-39; Hosâmî, *Tarih-i Qaza Der Afganistan*, 223-226.

⁷⁹ Hazretgul Hosâmî, "Qazâ ve Qazâvet der 'Ahdi Saltanat-ı 'Ala Hazret Zahir Şah", *Qazâ* 7-8 (2004), 26-30.

düzeltilmelerden sonra tercüme edilmiş, 2416 madde olarak 05.01.1977 tarihinde cumhurbaşkanının imzasıyla yürürlüğe konulmuştur.⁸⁰ Bir yandan *Mecelle*'nin maddelerinden istifade edilirken⁸¹ diğer yandan birçok Küllî Kaidesi tercüme edilip bu kanunun başına olduğu gibi yerleştirilmiştir. Burada 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda yer alan *Mecelle*'deki Külli Kaidelerini tablo şeklinde göstereceğiz.

Tablo 2. 1977 Tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda Yer Alan *Mecelle*'deki Külli Kaideler

<i>Mecelle</i> maddeleri	1977 Tarihli Afgan Medenî Kanunu maddeleri
14 ⁸²	1 ⁸³
10 ⁸⁴	3 ⁸⁵
99 ⁸⁶	4 ⁸⁷
33 ⁸⁸	5 ⁸⁹
25 ⁹⁰	6 ⁹¹
30 ⁹²	7 ⁹³
22 ⁹⁴	784 ⁹⁵
27 ⁹⁶	785 ⁹⁷
26 ⁹⁸	786 ⁹⁹
25 ¹⁰⁰	788 ¹⁰¹

3.2.2. Aile Hukukunda

Osmanlı'da İslam aile hukukunun kanunlaştırılması da Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ile

- ⁸⁰ Hosâmî, “Tarihçe-yi Qazâ ve Qazâvat der Afganistan” Qazâ, 1, (2006), 18-22; Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 297-309.
- ⁸¹ Örneğin, *Mecelle*'nin 123, 202, 207, 214, 252, 281,296 vd. maddeleri ile Afgan Medeni Kanun'un sırasıyla 1124, 1041, 1056, 1059, 1070, 1115 ve 1118 maddeleri birbirinin aynısı veya birbirine yakın maddelerdir.
- ⁸² Mevrid'i nassda içtihadı mesâğ yoktur (Hakkında nass bulunan konuda içtihat yapılmaz).
- ⁸³ Kanun hükmünün bulunduğu konularda içtihat yapılmaz).
- ⁸⁴ “Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur” (Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir).
- ⁸⁵ “Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir”.
- ⁸⁶ “Kim ki, bir şeyi vaktinden evvel ist'câl eder ise mahrumiyetiyle mu'ateb olur” (Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır).
- ⁸⁷ “Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır”.
- ⁸⁸ “İztırâr gayrin hakkını iptâl etmez” (Zaruret, başkasının hakkını iptal etmez).
- ⁸⁹ “Zaruret hali, başkasının hakkını iptal etmez”.
- ⁹⁰ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).
- ⁹¹ “Zarar, kendi misliyle giderilmez”.
- ⁹² “Def-i mefâsid celb-i menâf'den evlâ'dır” (Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten daha iyidir).
- ⁹³ “Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten önceliklidir”.
- ⁹⁴ “Zarûretler kendi mikdârlarınca takdir olunur” (Zaruret sebebiye mubah olanlar, zaruret miktarı ölçüsünde değerlendirilir).
- ⁹⁵ “Zaruretler kendi miktarı ölçüsünde değerlendirilir”.
- ⁹⁶ “Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunur” (Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilebilir).
- ⁹⁷ “Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilir”.
- ⁹⁸ “Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur” (Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir).
- ⁹⁹ “Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir”.
- ¹⁰⁰ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).
- ¹⁰¹ “Zarara zarala karşılık vermek aynı şekilde zararı misliyle gidermek caiz değildir”.

başlamıştır. Bu kanun da aslında *Mecelle*'nin devamı ve eksik noktaların tamamlayıcısı niteliğindedir. *Mecelle*'de yer verilmeyen aile hukuku ayrı bir kanun şeklinde ele alınmıştır; ancak *Mecelle* çok erken dönemde hazırlanırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* Osmanlı'nın son döneminde (1917 yılında) hazırlanmış ve yine çok kısa bir süre sonra (1919 yılında) yürürlükten kaldırılmıştır. Münakehât (evlenme) ve müfârakât (boşanma) olmak üzere iki büyük başlık şeklinde ele alınan *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi* iki kitap, dokuz bab, yirmi bir fasıl ve 157 maddeden oluşmaktadır.¹⁰² Bu kanunda Müslümanların yanı sıra Ehl-i Kitap olan Yahudi ve Hristiyanların aile hukuku için de ayrı başlıklar halinde kanun düzenlenmiştir. *Mecelle*'den farklı tarafı ise *Mecelle*'nin hazırlanmasında sadece Hanefî mezhebi esas alınırken *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nde bazen diğer mezheplerin görüşlerinin¹⁰³ de tercih edilmiş olmasıdır.¹⁰⁴ Diğer mezheplerin görüşleri tercih etme sebepleri de tek tek açıklanmıştır.¹⁰⁵ Bu yönüyle de *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nin, 1953 tarihli Irak Medeni Kanun'u ile Mısır Medeni Kanun'u başta olmak üzere İslam dünyasında çıkarılan birçok kanunu doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiş olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Irak Medeni Kanunu'nda da tek bir mezhebe bağlı kalınmaksızın farklı mezheplerden istifade edilmiştir.¹⁰⁶

Günümüzde hâlâ yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medenî Kanunu da yine bu yönüyle *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nden etkilenmiştir. Mesela Hanefî fıkhi esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fıkhi dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'ne uyulduğu görülmektedir. Örneğin, Afgan Medeni kanunu'nda, yoksulluk nedeniyle nafakasını sağlayamayan kocaya karşı hanımının tefrik için mahkemeye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı konusu ile ikrah altında gerçekleşmiş olan boşanmanın geçerli olup olmadığı konusunda, *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nde olduğu gibi¹⁰⁷ Maliki, Şafî ve Hanbelîlerin görüşü tercih edilmiştir. Meşru bir mâzeret söz konusu olmadığı halde kocanın gâibliğinin tefrik sebebi sayılıp sayılmaması konusunda ise Hanbelî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Aynı mecliste verilen birden fazla talakın geçerliliği ve kaç talak sayılacağı konusunda, Zeydiye, İbn Teymiyye ve İbn Kayyim'in görüşü tercih edilmiştir. Ayrıca evlilik yaşı için de benzer şekilde, Afgan Medeni Kanunu'nda evlilik yaşı erkekler için 18 ve kızlar için 16 olarak belirtilmiştir.¹⁰⁸ Yine Afgan Medeni Kanunu'nun *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*'nden etkilenerek evlilik ve boşanmanın tescilini zorunlu hale getirdiğini görmekteyiz.¹⁰⁹ Hanefî mezhebinin yanı sıra diğer mezheplerden de istifade edilme konusunda Afgan Medeni Kanunu'nun *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*'nden etkilendiğine diğer bir örnek ise dede yetimliği¹¹⁰ göstermek mümkündür. İslam miras hukukundaki dede yetimliği konusunda, yani kişinin kendisinin hayatta olduğu zaman vefat eden çocuğunun çocuklarına vasiyeti de Afgan Medeni Kanunu'da "vacip

¹⁰² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459-460; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294-295.

¹⁰³ Tercih edilen diğer mezhep görüşleri için bk. Orhan Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017), 12-13.

¹⁰⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 303.

¹⁰⁵ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 77-98.

¹⁰⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/23-24.

¹⁰⁷ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 105.

¹⁰⁸ Konuların detayları ve kaynakları için bk. Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", 379-381.

¹⁰⁹ Çeker, *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, md. 37; Afgan Medeni Kanun'u, md. 48.

¹¹⁰ Dede yetimi ve vacip vasiyet konusunda detaylı bilgi için bk. Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, *İslam Miras Hukukunda "Halefiyet", "Dede Yetimi" ve "Vacip Vasiyet"*, Dini Araştırmalar, 1999, cilt: 1, sayı:3, ss. 150-167; Abdüsselâm Arı, *Vacip Vasiyet ve Halefiyet Bağlamında 'Dede Yetimi' Problemi*, *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* -, 12/34 (2008), s. 249-268.

vasiyet” başlığı altına ele alınmış ve vacip olarak kabul edilmiştir. 8 maddeyle düzenlenen bu meselede¹¹¹ dört fıkıh mezhebi tarafından kabul edilmeyen, İbn Hazm’ın görüşünün tercih edildiğini görmekteyiz.¹¹²

Sonuç

İslam dünyasında ilk kanunlaştırma hareketini Osmanlı Devleti başlatmıştır. 1840 tarihli ceza kanunu, *Mecelle* ve *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*’nin çıkarılmasıyla Osmanlı Devleti İslam dünyasının kanunlaştırma hareketine öncülük etmiştir. Söz konusu kanunlar, bir yandan bazı İslam ülkelerinde uzun süre uygulanırken diğer yandan da yeni çıkan kanunlara kaynaklık ve rehberlik görevini üstlenmiştir. Bu ülkelerden biri de Afganistan’dır. Afganistan hiçbir zaman Osmanlı Devleti’nin egemenliği altına girmemesine rağmen Osmanlı hukukundan etkilenmiştir. 1921 tarihli Nizâm-nâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda Osmanlı tarafından hazırlanan ve uzun zaman yürürlükte kalan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bazı maddeler her iki kanunda aynı olup sadece tercüme edilmiştir, bazı maddelerde ise çok az değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanmasında bizzat Türk hukukçular yer almış ve hazırlanmasında önemli rol oynamışlardır. Bu da Afgan Ceza Kanunu’nun Osmanlı Ceza Kanunu’ndan çokça etkilenmesine yol açmıştır. Afgan Medeni Hukuku da hem *Mecelle*’den hem de *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*’nden, şekil ve muhteva açısından çokça etkilenmiştir. Şekil açısından düşündüğümüzde; *Mecelle* İslam dünyasında İslam hukukunun kanunlaştırmasında ilk olduğu için Afgan hukukuna ve özellikle de medeni kanununa örneklik teşkil etmiştir. Muhteva açısından 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu’nun *Mecelle*’de olduğu gibi Hanefî fıkıhı esas alınarak hazırlanmış olması buna örnek olarak gösterilebilir. Afganistan’da modern anlamda ilk kanunlaştırma başladığında, çıkarılan bazı kanunlarda birçok meselede *Mecelle*’nin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine *Mecelle* şerhlerinin tercüme edilerek mahkemelerde kullanılması kararlaştırılmış ve günümüze kadar da mahkemelerde kadılar tarafından *Mecelle* ve şerhlerinden istifade edilmeye devam edilmiştir. Aynı şekilde Afgan Medeni Kanun’u, *Hukuk-ı Âile Kararnâmesi*’nden de etkilenmiş, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*’nde olduğu gibi bu kanunda da bazı konularda Hanefî mezhebinin hatta dört meşhur sünni fıkıh mezhebinin dışına çıkılmıştır.

Kaynakça

- Ağırakça, Muhammed Hamidullah. *Mısır’da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örenği)*. İstanbul: Akdem Yayınları, ts.
- Arı, Abdüsselâm. Vacip Vasiyet ve Halefiyet Bağlamında ‘Dede Yetimi’ Problemi. *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* - 12/34 (2008) 249-268
- Atâî, Muhammed İbrahim. *Nigâh-i Muhtasar be Tarih-i Mu’asır-ı Afganistan*. çev. Jamiluurahman Kamgar. Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005.
- Atar, Fahrettin. “Fetva”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/486-496. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Aydın, Mehmet Akif. “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.

¹¹¹ Afgan Medenî Kanunu, md. 2182-2189.

¹¹² Ebû Muhammed Alî b. Ahmed, İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002), 8/353.

- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007.
- Afganistan Kültür ve İnfarmasyon Bakanlığı Yıllık Bülteni. *Sâlnânme-yi Afganistan* “Nazari be Seyr-i Kânûn-guzârî Der Afganistan” 43 (1976-1977), 741-771.
- Çeker, Orhan. *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017
- Çelîkbîlek, Abdul Metin. “Afganistan Emirî Şîr Ali Han’ın Modernleşme Çabaları”. *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (Aralık 2017), 94-110.
<https://doi.org/10.30804/cesmicihan.363312>
- Çolak, Abdullah. *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018.
- Örsten Esîrgen, Seda. “Osmanlı Devleti’nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun’u mu?”. *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 31-48. https://doi.org/10.1501/OTAM_00000000565
- Ferheng, Mir Muhammed Sıddîk. *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*. Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş 1992.
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin. İslam Miras Hukukunda “Halefiyet”, “Dede Yetimi” ve “Vacip Vasiyet”. *Dini Araştırmalar* 1/3 (1999), 143-170.
- Gümüş, Musa. “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları”. *Tarih Okulu* 14 (2013), 163-200. <http://dx.doi.org/10.14225/Joh7>
- Habîbî, Abdulhay. *Cünbîş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*. ed. Muhammed Haşîm Bahramî. Kabil: Devleti Matbaa, 2005.
- Hanıoğlu, M. Şükrü. “Cemal Paşa” *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 8/305-307. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Hosâmî, Hazretgul. “Qazâ ve Qazâvet der ‘Ahdi Saltanat-ı ‘Ala Hazret Zâhir Şâh”. *Qazâ* 7-8 (2004), 1-30.
- Hosâmî, Hazretgul. “Mecelletü’l-Ahkâmî’l-Adliyye Av De-heği Şerhi”. *Qazâ* 3 (2009) 41-52.
- Hosâmî, Hazretgul. *Revend-i Sistem-i Kânûn-guzârî*. Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011.
- Hosâmî, Hazretgul. “Tarihçe-yi Qazâ ve Qazâvat der Afganistan”. *Qazâ* 1 (2006) 13-24.
- Hosâmî, Hazretgul. *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, yy.: İntişârât-ı Saîd, 2009.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed el-Endelûsî. *el-Muhallâ bi’l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî. 12 Cilt. Beyrut: Dârü’l-Fîkr, 1424/2002.
- Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukuku Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.
- KAŞET, Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu. *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009). Erişim 6 Ocak 2022. http://old.moj.gov.af/Content/files/OfficialGazette/0901/OG_0988.pdf
- Khvajamir, Mehtarkhan. “Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 369-382.
- Khvajamir, Mehtarkhan. *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015.
- Khvajamir, Mehtarkhan. *Afganistan’da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*. IV. *Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı -IV (İlahiyat)* 14-17 Mayıs 2015. 285-300. Kütahya: y.y., 2015.
- Kılıç, Muhammed Tayyib. *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Merçil, Erdoğan. “Mahmûd-i Gaznevî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 27/362-365. Ankara:

- TDV Yayınları, 2003.
- Nizamnâme-i Cezâ-yı 'Umumî. Kabil: Matbaai Sengi-yi Mâşînhane-i Dârü's-saltanat 1921.
- Usulnâme-i İdarî-yi Mehâkim-i Adliye 1957.
- Özel, Ahmet. "el-Âlemgîriyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 2/365-366. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Popelzai, İzzuddîn Vekilî. *Dârü'l-Qazâ der Afganistan ez Evâil-i 'Ahd-i İslâm tâ 'Ahd-i Cumhuriyet*. Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991.
- Saray, Mehmet. "Abdurrahman Han". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 1/163. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Saray, Mehmet. "Ahmed Şah Dürrânî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/133-134. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Saray, Mehmet. "Emânullah Han". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 6/84-85. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Sarıay, Ercimet. "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi". *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.
- Tanîn, Zahir. *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*. thk. Muhammed İbrahim Şeri'atî Afganistanî. Tahran: İrfan 2005.
- Una, Au-Narayan, Raj-Retting, Max- S., Schaeffer- Stephens A., -Sugarman, E., & Swenson, G. *Mebadi-yi hukuk-ı ceza-yı Afganistan* [Afgan Ceza Hukukuna Giriş]. çev. Şirket-i Hademât-i Hukukî-yi İlît). Kaliforniya: y.y., 2011.
- 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu (Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu) Adliye Nezareti (1335).

Yayımlanan Makale
Article

Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği

Mehterhan Furkani | ORCID: 0000-0002-4415-7830

Doç. Dr. | Sorumlu Yazar | mehterhan_4@windowslive.com

Aksaray Üniversitesi | ROR ID: 026db3d50

İslami İlimler Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı

Aksaray, Türkiye

Öz

Hız. Peygamber hayatta iken sahabe her meselenin çözümü için ona, vefatından sonra da Kur'ân ve Sünnete başvuruyorlardı. Söz konusu iki kaynaktan hükümünü bulamadıkları konularda ise icthat yoluyla hüküm çıkarıyorlardı. İctihat yapacak seviyede olmayanlar da dini konularda uzman olan kimselere başvurarak bilgi ediniyordu. Onlardan sonra gelen Müslümanlar da aynı yolu takip ettiler. Daha sonra telif edilen fetva kitaplarından, fetvanın yanı sıra kazâ konusunda da istifade edildi. İslam hukukunun kanunlaştırma teklifi her ne kadar İbn Mukaffa' (öl. 142/759) tarafından çok erken bir dönemde yapılmışsa da modern anlamda kanunlaştırma faaliyeti geç başlamıştır. Çağdaş batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır. Osmanlı Devleti Batı'dan etkilenecek 1840'ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine başlamıştır. İslam dünyasında medeni hukukunun kanunlaştırılması ise modern anlamda Mecelle ile başlamıştır. Bunu da 1917 tarihinde çıkarılan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı'nın hakimiyeti altında olan birçok ülkede uygulanmıştır. Hatta söz konusu iki kanun, günümüzde Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde bulunan bölgelerde ilga edildikten sonra da diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı, bu çalışmaları ile diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, daha sonra diğer İslam ülkeleri de bunları örnek alarak kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlüğe koymuşlardır. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hakimiyeti altına girmediği halde kanunlaştırmada doğrudan veya dolaylı olarak Osmanlı hukukundan etkilenmiş ve Osmanlı hukukunu kendine örnek almıştır. Afganistan'da ilk ceza kanunu hazırlanırken, Osmanlı Devleti'nin 1858 tarihinde çıkardığı Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı kanun esas alınmıştır. Sözü geçen Ceza Kanunnâme-i Hümayunu'nun bazı maddeleri ya olduğu gibi hiçbir değişiklik yapılmadan veya az bir değişiklik yapılarak 1921 tarihli Nizamnâme-i Cezâ-yı Umûmî adlı ceza kanununa yerleştirilmiştir. 1957 tarihli "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) ile 1958 tarihli "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Adlî Hukûkî Muhakimenin Uygulama Usulü) adlı kanunlarda bazı meselelerde Mecelle'ye göre hüküm verilmesi ve kadıların kanundaki boşlukları Mecelle ile doldurmaları gerektiği ifade edilmektedir. 1977 yılında yürürlüğe giren Afgan Medeni Kanunu'na baktığımızda, Mecelle ve Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilendiğini

görmekteyiz. Aynı şekilde Afgan mahkemelerinde günümüze kadar, Afgan Medenî Kanunu'nun yanı sıra Mecelle ve şerhlerinden istifade edilmektedir. Hanefî fıkıh esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fikhî dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Bu makalede Osmanlı hukukunun Afgan hukukuna olan etkisi ceza hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

İslam Hukuku, Osmanlı, Afganistan, Hukuk, Etkileşim

Atıf Bilgisi

Furkani, Mehterhan. "Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi: Ceza ve Medeni Kanunları Örneği". *Eskiyeni* 47 (Eylül 2022), 743-763.

<https://doi.org/10.37697/eskiyeni.1050804>

Geliş Tarihi	30 Aralık 2021
Kabul Tarihi	11 Mart 2022
Yayın Tarihi	20 Eylül 2022
Hakem Sayısı	Ön inceleme: İki İç Hakem (Editörler – Yayın Kurulu Üyeleri) İçerik inceleme: İki Dış Hakem
Değerlendirme	Çift Taraflı Kör Hakemlik + Şeffaf Hakemlik Modeli Hakemlerin raporları, makale ile birlikte yayımlanmaktadır. https://dergipark.org.tr/tr/pub/eskiyeni/page/13397
Etik Beyan	Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunur.
Benzerlik Taraması	Yapıldı – Turnitin
Etik Bildirim	eskiyenidergi@gmail.com
Çıkar Çatışması	Çıkar çatışması beyan edilmemiştir.
Finansman	Bu araştırmayı desteklemek için dış fon kullanılmamıştır.
Telif Hakkı & Lisans	Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

The Effect of Ottoman Law on the Afghan Law: In the Example of Panel and Civil Law

Mehterhan Furkani | ORCID: 0000-0002-4415-7830

Assist. Prof. Dr. | Corresponding Author | mehterhan_4@windowslive.com

Aksaray University | ROR ID: 026db3d50

Faculty of Islamic Studies, Department of Basic Islamic Sciences

Aksaray, Türkiye

Abstract

While the Prophet was alive, the companions had consulted to him personally for the solution of every religious matter and to the Qur'an and Sunnah after his death. On the issues that they could not find information in the two sources mentioned, they have made judgments by making *ijtihad*. Those who were not at the level to make *ijtihad* obtained information by consulting people who were experts in religious matters. The Muslims who came after them continued to follow the same path. Later, *fatwa* books were prepared, and these works began to be used in the field of *qada* as well as *fatwa*. Although the proposal for the codification of Islamic law was made by Ibn al-Muqaffa^c (d. 142/759) at a very early period, the act of codification started too late. The legalization activity in the modern western world started at the end of the 18th century and spread to the whole European continent in the 19th century. The Ottoman Empire, influenced by the West, started the act of codification in the modern sense with the Penal Code of 1840. The codification of civil law in the Islamic world started with *al-Majalla al Ahkam al Adliyyah* (The Ottoman Courts Manual). *Hukuk-i Aile Kararnamesi* (the Family Law Decree) which was issued in 1917, followed *al-Majalla* in the field of codification. These two laws, which were prepared based on Islamic law, were applied in many countries under the rule of the Ottoman Empire. Even these two laws continued to be in force in some other Islamic countries a long time after they were declared abolished in the Republic of Turkey. With these works, the Ottoman Empire became a pioneer for other Islamic countries, and later, other Islamic countries took these as an example and prepared and put into effect their civil laws. One of these countries is Afghanistan. Although Afghanistan was not under Ottoman rule, it was directly or indirectly influenced by Ottoman law in enacting and took Ottoman law as an example. While the first penal code was being prepared in Afghanistan, the penal code (*Ceza Kanunnāme-i Hümāyunu*), which was enacted by the Ottoman Empire in 1858, was taken as a basis. Some articles of the aforementioned Ottoman Penal Code of 1958 were incorporated into the Afghan penal code of 1921 (*Nizamnāme-i Cezā-yı Umūmī*), either as they are, with little or no change. It is stated that judges should be made according to *al-Majalla* and that the *qadis* should fill the gaps in the law with *al-Majalla* on some issues in the laws named “*Usūlnāme-i İdāri-yi Mahākim-i Adliye*” (Administration of Judicial Courts Law) of 1957 and “*Usūl-i İjraati Muhākimāt-ı Huqūqī-*

yi Adli” (the Practice of Judicial Jurisdiction) of 1958. When we look at the Afghan Civil Code, which came into force in 1977, we see that it was influenced by the Majalla and the Ottoman Hukûk-ı Âile Kararnamesi (Ottoman Law of the Family Decree). In the same way, Majalla and its annotations have been used in Afghan courts in addition to the Afghan Civil Code until today. It is seen that in the Afghan Civil Code, which was prepared based on Hanafî fiqh, some issues were out of Hanafî fiqh, and in this respect, the Ottoman Law of Family Decree was followed. In this article, the effects of Ottoman law on Afghan law will be discussed in the context of criminal law, family law, and law of obligations.

Keywords

Islamic Law, Ottoman State, Afghanistan, Codification Movements, Interaction

Citation

Furkani, Mehteran. “The Effect of Ottoman Law on the Afghan Law: In the Example of Panel and Civil Law”. *Eskiyeni* 47 (September 2022), 743-763.
<https://doi.org/10.37697/eskiyeni.1050804>

Date of submission	30 December 2021
Date of acceptance	11 March 2022
Date of publication	20 September 2022
Reviewers	Single anonymized - Two Internal (Editorial board members) Double anonymized - Two External Double-blind + Transparent Peer Review
Review reports	The reviewers’ reports and the authors’ responses to the reviewers are published alongside the article. https://dergipark.org.tr/tr/pub/eskiyeni/page/13397
Ethical statement	It is declared that scientific and ethical principles have been followed while carrying out and writing this study and that all the sources used have been properly cited.
Plagiarism checks	Yes - Turnitin
Conflicts of Interest	The author(s) has no conflict of interest to declare.
Complaints	eskiyenidergi@gmail.com
Grant Support	The author(s) acknowledge that they received no external funding in support of this research.
Copyright & License	Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the CC BY-NC 4.0 .

Giriş

Sahabe döneminden itibaren Müslümanlar meselelerin hukukî çözümlerini Kur’ân ve Sünnetten öğrenmişlerdir. Hakkında nass bulunmayan konularda ise müçtehit âlimler ictihat yoluyla hüküm çıkarmışlardır. Ebû Hanife’nin öğrencisi olan Ebû Yûsuf döneminden itibaren de mezhep mensupları karşılaştıkları meselelerde mezhebin ortaya koyduğu eserleri kaynak olarak kabul etmiş ve onu bir kanun gibi kullanmışlardır.¹ Daha sonra da klasik fıkıh kitaplarına göre daha pratik olan fetva kitapları hazırlanmış, fetvanın yanı sıra kazâ² konusunda da bunlardan istifade edilmiştir. İslam dünyasında kanunlaştırma (codification) teklifi ilk defa Abdullah b.Mukaffa’(öl. 142/759) tarafından yapılmış, ancak bu teklif gerçekleşmemiştir. Batı dünyasında kanunlaştırma faaliyeti 18. asrın sonlarında başlamış, 19. yüzyılda bütün Avrupa kıtasına yayılmıştır.³ 1804’te Fransız Medeni Kanun’u, 1807’de Fransız Ticaret Kanun’u ve 1810’de Fransız Ceza Kanun’u yürürlüğe girmiştir. Osmanlı Devleti, Batı’dan etkilenecek çağın şartlarına cevap verecek kanunların çıkartılmasının gerekli olduğunu hissedip 1840’ta çıkarılan Ceza Kanunu ile modern anlamda kanunlaştırma hareketine resmen başlamış ve 1850’de çıkarılan Kanunnâme-i Ticaret’le bu süreci devam ettirmiştir. Alman Medeni Kanun’u ile İsviçre Medeni Kanun’u ise 1900’de yürürlüğe girmiştir.⁴ Buna göre Osmanlı’da kanunlaştırmadan Batı’dan hemen sonra başladığını söylemek mümkündür. Zira görüldüğü gibi her ne kadar bazı Batı ülkelerine göre kanunlaştırmaya geç başlamışsa da diğer bazılarına göre erken harekete geçmiştir.

Daha önce her ne kadar muhtasar eserler ve fetva kitaplarının hazırlanması şeklinde nisbi bir kanunlaştırma gerçekleşmişse de medeni hukukta gerçek ve modern anlamda bir kanunlaştırma Mecelle ile başlamıştır.⁵ Bunu da Osmanlı Devleti’nin sonlarında çıkarılan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi takip etmiştir. İslam hukuku esas alınarak hazırlanan bu iki kanun Osmanlı’nın hâkimiyeti altında olan Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Filistin ve İsrail gibi birçok ülkede uygulanmış, hatta Hukûk-ı Âile Kararnâmesi 1919 yılında ve Mecelle de Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda -mülga ilan edilmesine rağmen- diğer bazı İslam ülkelerinde uzun süre yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Osmanlı Devleti, kanunlaştırmadaki gelişmelerle diğer İslam ülkeleri için de öncül olmuş, bunun sonucunda diğer İslam ülkeleri de kendi medeni kanunlarını hazırlayıp yürürlü-

¹ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2014), 1/294.

² Fetva ve kazânın ortak ve farklı yönleriyle ilgili detaylı bilgi için bk. Fahrettin Atar, “Fetva”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 12/487-488.

³ Muhammed Hamidullah Ağırakça, *Mısır’da Kanunlaştırma Hareketleri: 19. Yüzyıl Örneği* (İstanbul: Akdem Yayınları, ts.), 36.

⁴ bk. Ağırakça, *Mısır’da Kanunlaştırma Hareketleri*, 38-44; Abdullah Çolak, *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018), 140-141.

⁵ Mecelle hakkında detaylı bilgi için bk. Mehmet Akif Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 28/231-234.

ğe koymuşlardır.⁶ Bunlardan biri de Afganistan'dır. Afganistan Osmanlı hâkimi-yetine girmediği halde kanunlaştırmada Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenmiştir. Örneğin, ceza kanununda Osmanlı'nın 1858 tarihli Ceza Kanunu esas alınmıştır. Afganistan'da kanunlaştırma faaliyeti başlayınca önceden bu konuda tecrübeli oldukları için Osmanlı hukukçularından yardım alınmış,⁷ bazı Türk hukukçuları Afgan hukukçularla beraber 1921 tarihinde Nizamnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununun oluşturulmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu da ister istemez Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanunundan etkilenmesine neden olmuştur. Aynı şekilde günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanun'un hazırlanmasında Mecelle ve Hukûk-ı Aile Kararnamesi'nden istifa edilmesi, günümüze kadar kadıların Afgan Medenî Kanunu'nun yanı sıra Mecelle ve şerhlerinden de yararlanması, Osmanlı hukukunun Afgan hukukunu etkilediğini açıkça göstermektedir.

Bu makalede önce sırasıyla Osmanlı Devleti ile Afganistan'daki kanunlaştırma faaliyeti hakkında kısaca bilgi verilecek ardından ise en çok etkilenmesi sebebiyle Afganistan'ın ceza ve medeni kanunlarının Osmanlı hukukundan etkilenmesi ile ilgili değerlendirilmeye yer verilecektir. Makalenin konu, başlığından anlaşıldığı üzere ceza ve medeni kanunları örneğinde Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna etkisidir. Bu da özellikle 1858'de Ceza Kanunnâme-i Hümayunu, Mecelle ve *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* bağlamından ele alınacak, bunlar dışındaki etken sebeplere de değinecektir.

Bu alanda yapılan çalışmalara baktığımızda, konumuza en yakın olanın “Afgan Ceza Hukukunun Kaynakları”⁸ adlı çalışmanın olduğunu görmekteyiz. Ancak söz konusu çalışmada sadece Ceza kanununun genel olarak kaynakları ele alınmıştır. Bunun dışında konumuzla ilişkili olan: 16. Yüzyıl Osmanlı Hukukunun Kaynakları,⁹ Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları,¹⁰ Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi,¹¹ Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar,¹² Osmanlı Hukuk Sistemi'nde Fık-

⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294; Hayreddin Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2009), 299; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007), 459.

⁷ Hazretgul Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî* (Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011), 62.

⁸ Mehtarkhan Khwajamir, “Afgan Ceza Hukukunun Kaynakları”, *İslam Hukuku Araştırma Dergisi* 15 (2015), 299-314.

⁹ Şükrü Özen, “16. Yüzyıl Osmanlı Hukukunun Kaynakları”, *Sahn-ı Semndan Dârülfünûn'a, Osmanlı'da İlim ve Fikir Dünyası (Alimler, Müesseseler ve Fikrî Eserler) XVI. Yüzyıl* (İstanbul: İstanbul Belediyesi, 2017), 21-24.

¹⁰ Said Nuri Akgündüz, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukukunun Kaynakları”, *dergiabant* 4/8 (2016), 1-16.

¹¹ Ercimet Sarıay, “Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi”, *BAYTEREK / Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.

¹² Recep Cici, “Osmanlı Hukuk Düşüncesini Etkileyen Başlıca Kaynaklar”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8 (1999), 215-246.

hın Belirleyiciliği (1509 No’lu Rize Şer’iyye Sicili Boşama Kayıtları Örneği)¹³ ve Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri¹⁴ gibi çalışmalar yapılmıştır.

1. Osmanlı’da Kanunlaştırma Hareketleri

Osmanlı Devleti’nde başlangıçtan Tanzimat Dönemi’ne kadar İslam hukukundan ibaret olan şer’î hukuk ile padişahların emir ve fermanlarından ibaret olan örfî hukuk uygulanmıştır.¹⁵ Osmanlı Devleti, Batı’da başlayan kanunlaştırma faaliyetinden kısa bir süre içerisinde etkilenmiş ve Tanzimat Fermanı’yla birlikte Osmanlı Devleti’nde modern anlamda kanunlaştırma hareketi başlamıştır.¹⁶ 1804’te Fransa’da yürürlüğe giren Code Napoléon olarak da adlandırılan Fransız Medeni Kanunu’ndan sonra 1807’de Fransız Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Osmanlı’da ilk ceza kanunu 1840’te çıkarılmıştır. Bu ceza kanunu bir mukaddime, bir hâtime ve on üç fasıldan oluşmakta olup 40 maddeyi ihtiva etmekteydi. 1851’de söz konusu kanundaki boşlukları ve eksiklikleri¹⁷ tamamlamak üzere Kanûn-ı Cedid adlı ceza kanunu çıkarılmıştır. Bu da üç fasıl ve 43 maddeden oluşmaktadır. Bu kanunların her ikisinde de Batı hukukundan çok az istifade edilmiş ve dolayısıyla söz konusu kanunlar, yerli kanun kategorisinde yer almıştır. 1858’de Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı yeni bir ceza kanunu çıkarılmıştır. Bunun ilk ikisinden farklı olan tarafı, onların yerli-milli kanunlar olmasına karşın, bu kanunun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu’ndan iktibas edilerek hazırlanmış olmasıdır. Bu kanun bir mukaddime, üç bâb ve 264 maddeden oluşmaktadır. Diğerlerine göre daha kapsamlı olan söz konusu kanun, 1926’ya kadar yürürlükte kalmıştır. 1926’da 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunu’ndan iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok maddesinde değişiklik yapılmasıyla birlikte 2005’e kadar yürürlükte kalmıştır.¹⁸

Ceza kanunu yanında, 1840’de Kanunnâme-i Ticâret-i Berriye, 1850’de Kanunnâme-i Ticaret, 1858’de Arazi Kanunnâmesi, 1861’de Usûl-i Muhâkeme-i Ticâret Nizamnâmesi, 1863’te Ticâret-i Bahriye Kanunnâmesi, 1869-1876 yılları aralarında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 1876’de Kânûn-ı Esâsi, 1879’da Usûl-i

¹³ Ümit Erkan-İlyas Yıldırım, “Osmanlı Hukuk Sistemi’nde Fıkhın Belirleyiciliği (1509 No’lu Rize Şer’iyye Sicili Boşama Kayıtları Örneği)”, *Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1 (2012), 241-259.

¹⁴ Adnan Koşum, “Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri”, *Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 7 (2004), 145-160.

¹⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 69-70, 72, 456-457.

¹⁶ Musa Gümüş, “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları”, *Tarih Okulu* 14 (2013), 164.

¹⁷ Gümüş, “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri”, 169-170.

¹⁸ 01.05.2005 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti’nin halihazırda yürürlükte olan yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir. bk. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/238-242; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku*, 36-37; Sarıay, “Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma”, 13-15.

Muhâkemât-ı Cezâiyye Kanûnu, Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanunları, 1880’de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati, 1881’de Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kanûnu, 1915’te Nafaka Kanunu ve en sonunda da 1917’de Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ve Usûl-i Muhâkeme-i Şer’iye Nizamnâmesi çıkarılmıştır.¹⁹

Bunların bir kısmı tamamen yerli-millî kanunlar iken bir kısmı Batı hukukundan iktibas yoluyla hazırlanmıştır. Diğer bir kısmı ise millî kanunlarla Batı kanunlarından istifade edilerek hazırlanan karma kanunlardır.²⁰ Osmanlı Devleti’nin çıkarttığı kanunlardan Hukuk-ı Âile Kararnâmesi’nin günümüze kadar Lübnan’da yürürlükte kaldığı²¹ Mecelle’den ise Filistin²² ve Afganistan gibi ülkelerde istifade edildiği, geri kalan diğer kanunların tamamının ilga edildiği bilinmektedir.

2. Afganistan’da Kanunlaştırma Hareketi

Daha önce Horasân’nın bir parçası olan ve günümüzde Afganistan’ın sınırları içerisinde yer alan bölgelerde, İslam dininin kabul edilmesiyle beraber fıkıh kitapları, daha sonra ise fıkıh kitaplarının daha pratik şekli olan fetva kitapları hazırlanmış ve yargı sisteminde kullanılmaya başlanmıştır. Bununla beraber zaman zaman fermanlar ve bazı düzenlemeler de çıkarılarak uygulanmıştır. Selçuklular döneminde vezir olan Nizâmülmülk’ün (öl. 485/1092) tavsiyesi üzerine, 1072-1092 yılları arasında Büyük Selçuklu hükümdarı olan Sultan Melikşâh (öl. 485/1092) tarafından 485/1092 yılında bir fetva kitabı hazırlanmış ve ona nispetle söz konusu kitaba el-Mesâilü’l-Melikşâhiyye fi’l-kavâidi’ş-şer’iyye adı verilmiştir.²³ Yine Gazneli Mahmut (öl. 421/1030)²⁴ döneminde Encümen-i Ulemâ adında âlimlerden oluşan bir heyet tarafından Fetâvâ-yı Sultânî isiminde bir fetva kitabı telif edilmiştir.²⁵

Bâbürlüler döneminde Sultan Evrengzîb Âlemgîr’in (1658-1707) emriyle bir heyet tarafından el-Fetâvâ’l-Hindiyîye/el-Fetâvâ’l-Âlemgîriyye adlı eser telif edilmiştir.²⁶ Daha sonra Afganistan’ın ilk kurucusu sayılan Ahmed Şah Abdalî

¹⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 456-462; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 36; Gümüş, “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri”, 165; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 137-149.

²⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 457-462; Ercimet [Ercüment] Sarıay, “Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi”, *BAYTEREK Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 13-26; Gümüş, “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri”, 165.

²¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2014, 1/297; Çolak, *İslam Hukuku Tarihi*, 148.

²² Aydın, “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, 28/234.

²³ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi 2008), 150.

²⁴ Erdoğan Merçil, “Mahmûd-i Gaznevî”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2003), 27/362-365.

²⁵ “Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan”, *Sâlnâme-yi Afganistan* 43 (1977-1976), 741.

²⁶ Ahmet Özel, “el-Âlemgîriyye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 2/365.

(1747-1773)²⁷ döneminde bir yandan Fetâvâ-yı Ahmed Şâhî adlı bir fetva kitabı hazırlanmış, diğer yandan da Ahmed Şâh'ın 16 maddelik bir yasa çıkarmış olduğu da bilinmektedir. Bu gelenek daha sonraki dönemlerde de devam etmiştir.²⁸ 1863-1867, 1868-1878 yılları aralarında Afganistan'da hükümdar olan Emîr Şîr Ali Han²⁹ döneminde Kadı Abdulkadir adlı bir âlim tarafından Fetâvâ-yi Emîrî/Teşrîhu'l-cerâim adlı fetva kitabı telif edilmiştir.³⁰ 1880-1901 yıllarında Afganistan hükümdarı olan Emîr Abdurrahman Han (öl. 1901)³¹ döneminde 50 kişiden oluşan bir heyet tarafından 5 cilt şeklinde Sirâcü'l-ahkâm fî muâmelâtî'l-İslâm adlı bir fetva kitabı yazılmıştır. Ayrıca Mevlevî Ahmed Can tarafından mezhep içindeki ihtilafların çözümlemesi için kadılar ve yargıçlara klavuz (usûl) mahiyetinde Esâsü'l-Kudât adlı bir kitap telif edilmiştir.³²

1919-1929 yılları arasında Afgan kralı olan Emânüllâh Han³³ döneminde modern anlamda ilk defa kanunlaştırma hareketi başlamıştır. Emânullah Han, kayınpederi ve aynı zamanda müsteşarı olan Mahmut Tarzî ile beraber, kanunlaştırma başta olmak üzere birçok alanda reform planları hazırlamıştır.³⁴ 1921 yılında şer'î meseleleri düzenlemek için; birinci cildi medeni kanun, ikinci cildi ceza kanunundan ibaret olan Temessükü'l-Kudâtî'l-Emâniyye ve ta'zîr cezaları için de Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı kanun hazırlanmıştır. İlk defa anayasanın da çıkartıldığı bu dönemde nizâmnâme adlı toplam 69 adet kanun çıkarılmıştır. Temessükü'l-kudât adlı eserde Hanefî mezhebi esas alınırken diğer kanunların da şeriata aykırı olmaması dikkate alınmıştır. Örneğin, Emânullah'ın dinî müsteşarı olan ve Temessükü'l-Kudât adlı eserin de müellifi olan Abdolvâsi Kandehârî, 1921 yılında çıkarılan Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ilk ceza kanununun sonunda, söz konusu kanun maddelerinin İslam şeriatına uygun olduğunu yazarak mühürlemiştir.³⁵ Buna rağmen dönemin âlimleri ta'zîr cezalarının kanunlaştı-

²⁷ Mir Muhammed Siddîk Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr* (Meşhed: İntişarat-ı Durîhşîş, 1992), 1/113-156; Mehmet Saray, "Ahmed Şah Dürrânî", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1989), 2/133-134.

²⁸ İzzuddîn Vekilî Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan ez Avâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet* (Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991), 66.

²⁹ Emir Şîr Ali Han ile ilgili detaylı bilgiler için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/315-379; Abdul Metin Çelikbilek, "Afganistan Emiri Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları", *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (14 Aralık 2017), 94-110.

³⁰ Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 34.

³¹ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/381-436; Mehmet Saray, "Abdurrahman Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 1/163.

³² Popelzai, *Dârü'l-kazâ der Afganistan*, 369, 413-414; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 36.

³³ Emânullah Han ile ilgili bilgi için bk. Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/483-560; Mehmet Saray, "Emânullah Han", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/84-85.

³⁴ Muhammed İbrahim Atâî, *Nigâh-i Muhtasar be Târih-i Mu'asır-ı Afganistan*, çev. Jamilurrahman Kamgar (Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005), 246-247.

³⁵ Hazretgul Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan* (y.y.: İntişârât-ı Saîd, 2009), 125.

rılmasına karşı çıkmış³⁶ ve ta'zîr cezalarının kadıların yetkisini sınırlandıracağını da buna gerekçe olarak göstermişlerdir. Buna karşın Emânullah Han, bunun caydırıcılık açısından daha etkili olacağını öne sürerek ısrar etmiş ve sonunda kanun çıkarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da bazı insanlar, kanunu şeriatın alternatifi ve zıddı olarak görmüşlerdir. Bu ve benzeri sebeplerle ilk dönemlerde çıkarılan bütün kanunlar, nizâmnâme ya da usûlnâme olarak adlandırılmıştır.³⁷ Ancak kanunların nizamname olarak adlandırılması da buna çözüm olamamış, buna karşı olan bazı âlimler bir eline Kur'ân diğer eline nizâmnâme alıp halka, “Bunların hangisini tercih edersiniz?” şeklinde sorular sorarak onları dönemin kralına karşı kıskırtmışlardır³⁸

1924 yılında ise Loya Cirge³⁹ Emânullah Han'a baskı yaparak onun ta'zir cezalarıyla ilgili nizamnâmeleri ilga edip kadıların, suçluya yüzünü asmaktan idama kadar olan yetkiyi geri vermesini⁴⁰ ve Fetâvâ-yı Emâniyye adlı bir fetva kitabı hazırlanmasını⁴¹ temin etmişlerdir.

1962 yılında yine Afganistan'da ceza kanunu ile medeni kanununun taslağı hazırlanmıştır. Bu kanunlar Mısırlı hukukçular tarafından hazırlanmış ve Afgan hukukçularının inceleme ve kontrolünden sonra 1976 yılında ceza kanunu, 1977 yılında ise medeni kanun yürürlüğe girmiştir.⁴² Medeni kanun Hanefî fık-hına göre hazırlanırken ceza kanununun birinci maddesinde de bu kanunun ta'zîr cezalarıyla ilgili olduğu, had, kısas ve diyetin Hanefî fık-hına göre düzenleneceği belirtilmiştir. Söz konusu ceza kanunu 2018 yılında yenilenirken medeni kanun yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Afganistan tarihinde bütün kanunlar Hanefî fık-hı esas alınarak hazırlanırken 2008'de ilk defa ülkede yaşayan Şîî vatandaşlar için Caferî fık-hına dayalı “Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i

³⁶ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

³⁷ “Nazari be Seyr-i Kanun-guzârî Der Afganistan”, 741; Hosâmî, *Revend-i Sistem-i Kanun-guzârî*, 56.

³⁸ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/514; Zahir Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst* (1900-1996), thk. Muhammed İbrahim Şeriatî Afganistanî (Tahrân: İrfan, 2005), 45; Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 128.

³⁹ “Loya Cirge, Peştuca büyük anlamında ‘loya’ ve toplantı ve şûra anlamında ‘cirge’ kelimelerden oluşmakta olup sözlükte ‘büyük şûra’ demektir. Terim olarak da ‘Afganistan’da yeni anayasayı onaylamak veya anayasadaki bir kanunu değiştirmek, cumhurbaşkanını yargılamak ve ülkenin bağımsızlığı, millî hâkimiyeti, toprak bölünmezliği ve büyük maslahatları ile ilgili konular hakkında karar vermek için oluşturulan geçici bir şûrayı ifade eder. Bu şûra, Afganistan’da halkın iradesinin en yüksek göstergesi olarak belirtilmiştir. Loya Cirge; milletvekilleri, bütün il ve ilçe şûra temsilcilerinden oluşur. Bakanlar, yüce divan ve başsavcılığın başkanı ve üyeleri de oy hakkı olmaksızın katılabilirler. Karar ise çoğunluğun oyu ile verilir. bk. 2004 tarihli Afganistan Anayasası, md.110-115.” Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, 138.

⁴⁰ Atâî, *Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*, 266.

⁴¹ Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 124.

⁴² Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 297-309.

Teşeyyu”⁴³ adıyla 236 maddelik bir kanun çıkarılıp yürürlüğe konmuştur.⁴⁴ Böylece medeni hukuk ile ilgili davalarda Hanefîler için 1977 tarihli medeni kanun, Caferîler için ise 2008 tarihli “Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-i Ehl-i Teşeyyu” adlı kanun esas alınmaktadır.⁴⁵

3. Osmanlı Hukukunun Afgan Hukukuna Etkisi

Kanunlaştırmaya Osmanlı’dan sonra başlayan Afganistan, bu konuda Osmanlı hukukunu örnek almış ve ondan etkilenmiştir.⁴⁶ Burada örnek olarak ceza hukuku ile medeni hukuktan, aile ve borçlar hukukunu ele alacağız. Bu üçün seçmemizin sebebi, bunların en bariz etkilenen kanunlar olmasıdır.

3.1. Ceza Hukukunda

Afganistan’da kanunlaştırma faaliyetlerinin başlangıcında cezalar iki kategoride ele alınmıştır. Had, kısas, diyetlerle ilgili suç ve cezalar ayrı, ta’zîr cezaları ise ayrı kategoride kanunlaştırılmıştır. 1921 yılında modern anlamda Afganistan’da ilk kanunlaştırma başladığında had, kısas ve diyetle ilgili hükümleri düzenlemek için Temessükü’l-Kudâti’l-Emâniyye adlı kanun çıkarılırken, ta’zîr cezalarının düzenlenmesi için Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî adlı ayrı bir kanun da çıkarılmıştır. Birincisi tamamen Hanefî fıkıh kitaplarından müftâ-bih görüşlerden oluşurken ikincisinde kanunun İslam hukukuna aykırı olmaması dikkate alınmıştır.

Afganistan’da tazir cezalarının kanunlaştırılması fikri, birçok yeniliklerde olduğu gibi yine Afgan kralı Emanullah Han’a (1919-1929) aittir. Emanullah Han, buna gerekçe olarak da suçların cezalarının belli olmasının caydırıcılık açısından daha etkili olacağını göstermiştir.⁴⁷ Bazı âlimler ise, kadıların yetkisini ortadan

⁴³ Bu kanun 3 bölüm 236 maddeden oluşmaktadır. Birinci bölümü ehliyet ve şahsiyet başlığı ile 1-66 maddeleri ihtiva etmektedir. Bu bölümdeki alt başlıklar şöyledir: Genel hükümler, (md. 1-2) ehliyet (md. 3-7), gâibin hükmü (md. 8-24), hacir (md. 25-40), vilayet (md. 41-66). İkinci bölümü aile başlığıyla 67-180 maddelerinden oluşmaktadır. Bu bölümün alt başlıkları da şunlardır: Kurâbet (md. 67-73), kız isteme ve nişanlılık (md. 74-80), nikâhın engelleri (md. 81-93), nikâh akdinin sıhat şartları (md. 94-103), nikâh akdinin sonuçları (md. 104-125), nikâh akdinin sona ermesi (md. 126-160), nafaka (md. 161-172) ve çocuklar (md. 173-180). Üçüncü bölümü (madde 181-236) ise vasiyet (md. 181-193), miras (194-220), vakıf ve intifa’ı menafî’ (md. 221-231) ve hibe (md. 232-236) konularını içermektedir. Bk. Mehtarkhan Khwajamir, “Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 381-382.

⁴⁴ Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu (KAŞET), *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009).

⁴⁵ Afganistan’daki kanunlaştırma hareketi ile ilgili detaylı bilgi için bk. Mehtarkhan Khwajamir, *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması* (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015), 14-126.

⁴⁶ Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 63.

⁴⁷ Au Una, Raj vd., *Mebadi-yi hukuk-ı ceza-yı Afganistan [Afgan Ceza Hukukuna Giriş]* (çev. Şirket-i Hademât-i Hukukî-yi İlîl). Kaliforniya: by., 16.

kaldırdığını gerekçe göstererek karşı çıkmıştır. Âlimler buna ikna olamayınca Emanullah Han ikinci kez tazîr cezaları ile ilgili kanun çıkarttığında cezaları belirtmeden “tazir cezasıyla cezalandırılacak” ifadesini kullanmakla yetinmiştir.⁴⁸

Afgan ceza kanununa da Osmanlı ceza kanunları öncülük etmiştir.⁴⁹ 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanması için Osmanlı kanunlaştırması konusunda bilgi sahibi olan hukukçulardan yardım alınmıştır.⁵⁰ Nitekim kanunlaştırmayla görevli şûrada, Bedri Bey (öl. 1923) ve Ahmed Cemal Paşa (öl. 1922)⁵¹ Afgan hukukçularla beraber üye olarak yer almış ve onlara yol göstermiştir. Bedri Bey, 72 adet kanunu Türkçeden Farsçaya tercüme etmiştir. Bunların, o dönemde çıkarılan nizamnâmeler için esas teşkil etmeleri,⁵² Afgan ceza kanununun Osmanlı ceza kanundan etkilenmesine sebep olmuştur.

Afganistan’da çıkarılan ilk ceza kanunu ve modern anlamda ilk kanun diyebileceğimiz 1921 tarihli ve Nizâm-nâme-yi Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümayunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bu kanun daha sonra çıkan diğer ceza kanunlarına da kaynaklık etmiştir. Hatta bazı maddeleri olduğu gibi Farsçaya tercüme edilerek 1921 tarihli kanuna yerleştirilmiştir. Örneğin; 1858 tarihli kanunun birinci maddesi Farsçaya tercüme edilerek olduğu gibi 1921 tarihli Afgan ceza kanununda düzenlenmiş ve sadece sonunda had, kısas ve diyet ile ilgili meselelerde Temes-sükü’l-kudât’a göre hüküm verileceği eklenmiştir.⁵³ Aynı şekilde her iki kanunun ikinci maddeleri de aynıdır. Sadece 1858 tarihli kanunda suçların tasnifi; cinayet, cünha ve kabahat şeklinde sıralanırken 1921 tarihli nizamnâmede sıralama tam tersi şekliyle kabahat, cünha ve cinayet şeklinde yapılmıştır.⁵⁴ Bunun dışında birçok maddesi ya aynıdır veya az bir farklılıkla birbirine yakın maddelerdir. Burada aynı olan maddelerden tablo şeklinde birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Birbirine yakın olan maddelerin ise sadece numaralarını zikredeceğiz.

⁴⁸ Mehtarkhan Khwajamir, “Afganistan’da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması”, IV. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı -IV (İlahiyat) 14-17 Mayıs 2015, Kütahya, 2015, 291.

⁴⁹ Yaptığımız araştırmaların sonucunda, konuyla ilgili kaynaklarda, Afgan ceza kanunu hazırlanırken, Osmanlı ceza kanununun da aslını oluşturan Fransız Ceza Kanunu’na bakılıp bakılmadığı ya da sadece Osmanlı ceza kanunuyla yetinilip yetinilmediği ile ilgili herhangi bir bilgiye rastlamadık.

⁵⁰ Ferheng, *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*, 1/531.

⁵¹ Hayatı ve faaliyetleri ile hakkında bilgi için bk. M. Şükrü Hanioğlu, “Cemal Paşa”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları 1993), 8/305-307.

⁵² Abdulhay Habibî, *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*, ed. Muhammed Haşim Bahramî (Kabil: Devleti Matbaa, 2005), 27; Tanîn, *Afganistan der Karn-ı Bîst*, 44.

⁵³ Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, (1858) md. 1; Nizâm-nâme-i Cezâ-yı ‘Umûmî, (1921) md. 1.

⁵⁴ Ceza Kânunnâme-i Hümayunu, md. 2; Nizâm-nâme-i Cezâ-yı ‘Umûmî md. 2.

Tablo 1. Her iki kanunda aynı olan maddeler:

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu Maddeleri	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu Maddeleri
1 ⁵⁵	1 ⁵⁶
2 ⁵⁷	2 ⁵⁸
18 ⁵⁹	13 ⁶⁰
13 ⁶¹	20 ⁶²
42 ⁶³	26 ⁶⁴
48 ⁶⁵	32 ⁶⁶

⁵⁵ Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine vukû bulan cerâimin icra-yı mecâzâtı devlete âid olduğu gibi bir şahıs aleyhinde vukû bulan cerâimin âsâyîş-i umûmiyey-i ihlal eylemesi ciheti dahi kezâlik devlete âid olduğundan, tayin ve icrası şer'an emr-i ülü'lemre âid olan ta'zîrin tayin-i derecâtı dahi işbu kanunnâme mütekeffil ve mütezammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuku şahsiyyeye hâlel gelmeyecektir.

⁵⁶ “Doğrudan doğruya hükümetin aleyhine işlenen suçların cezalarının uygulanmasın devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhine işlenen suçların, şerî ve siyasi tazîr cezasının derece ve sınırlarının belirlenmesi de devlet tarafından olur. Binaen aleyh, ölçüsü ülü'l-emrin görüşleriyle belirlenmiş olan söz konusu iki çeşit ceza için bu nizamnâme tanzim edilmiştir. Kısas, had ve diyet ile ilgili suçlarını kapsadığı için bu nizamnâme şerî hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu nizamnâmenin içerdiği maddeler şeriata mutabıktır. Temessükü'l-kudât adlı eserin ceza ile ilgili bölümü bu nizamnâmeden sayılır”.

⁵⁷ “Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kaba-hattır”.

⁵⁸ “Kanunen mecâzât olunan cerâim üç nevidir: Birincisi cinâyet, ikincisi cünha, üçüncüsü kaba-hattır”.

⁵⁹ “İdam cezasına müstahak olan karı, hamile olduğunu ledel-ifâde hamli tahakkuk ve kesb-i sübut eylediği takdirde, cezası vad'ı hamlettikten sonra icra olunur”.

⁶⁰ “İdam cezasına mahkûm olan kadın şayet hamile ise, cezası çocuğunu doğurduktan sonra uygulanır”.

⁶¹ “Devletin dahilen ya haricen asayişini ihlal edecek cinayat ve cünhaya cüret etmiş olan eşhâs, kanunen tayin olunacak müddet-i cezaiyesini tekmil ettikten sonra mutlaka zaptiye nezareti altına alınır”.

⁶² “Devletin iç ve dış güvenliğini ihlal eden cinayet ve cünhaya cüret etmiş olan şahıslar, kanunda kendileri için belirtilen cezaları tamamladıktan sonra nezaret altına tutulur”.

⁶³ “Bir kimse bir cürmi aslen rızası olmayarak mecburen işlemiş olduğu sabit olursa, kezâlik mecâzât-ı kanuniyeden ma'fû tutulur. Ancak bu babda muteber olan mecburiyet, cürmün derecâtına göre ol kimseyi şî'arı tühmetten bütün bütün berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyet ve kendusunun mukavemet edemeyecek bir zaruret olmak lazım gelup, ebeveynin evlada, efendinin hidmetkâra emri gibi ta'zim ve ihtirâmdan neş'et eden haller mecburiyetten addolunmaz”.

⁶⁴ “Bir kimsenin aslen rızası olmadığı halde mecburen bir suçu işlediği sabit olursa, cezadan muaf olur. Ancak bu konuda muteber olan mecburiyet, suçların derecelerine göre, birincisi o kimseyi tühmetten tamamen bütüyle berî-üz-zimme gösterecek bir keyfiyyetin bulunması, ikincisi ise kendisinin mukavemet edemediğini ispatlaması lazımdır. Aksi takdirde ebeveynin çocuklarına, efendini hizmetçisine emri gibi ta'zim ve saygıdan neş'et eden haller, mecburiyetten sayılmaz”.

⁶⁵ “Tebe'a-ı devlet-i aliyyeden her kim olursa olsun, saltanat-ı sefinenin düşmanlarıyla beraber olarak aleyhine silah tutar ise idam olunur”.

⁶⁶ “Afganistan'ın düşmanlarıyla ittifak kurup Afganistan devletinin aleyhine silah kaldırmak, idam cezasını gerektirir”.

1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu Maddeleri 52 ⁶⁷	1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu Maddeleri 37 ⁶⁸
---	---

Aynı şekilde 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu’nun 16, 19, 55, 56 ve 57. maddeleri 1921 tarihli Afgan Ceza Kanunu’nun sırasıyla 12, 14, 41, 44 ve 45. maddeleri bir birne çok yakın olan maddelerdir.

Bazı konularda, özellikle de devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçlarda, 1921 tarihli Afgan Ceza Kanun’unda yer alan cezaların 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanun’unda yer alan cezalardan daha ağır olduğu görülmektedir. Söz konusu Osmanlı Ceza Kanun’unda kendisi için hapis cezası belirtilen birçok suç için Afgan Ceza Kanun’unda idam cezası tayin edilmiştir.⁶⁹ Bunun, söz konusu dönemde Afganistan’da krallık sisteminin hâkim olması ve halkın ayaklanmasını bastırmak için meşruiyet elde etme çabası olduğunu söylemek mümkündür.

3.2. Medeni Kanunu’nda

3.2.1. Borçlar Hukukunda

İslam dünyasında borçlar, eşya ve şahıs hukuku alanında yapılan ilk kanunlaştırma Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye ile başlamıştır.⁷⁰ Tanzimat Dönemi’nden sonra borçlar hukukunun da kanunlaştırılması gündeme gelmiştir. Bazı aydınlar, Fransız Medeni Kanunu’nun tercümesi veya iktibas yoluyla borçlar kanununun oluşturulmasından yana olurken, Cevdet Paşa başta olmak üzere bazıları da yerli bir hukukun oluşturulmasının daha uygun olduğunu savunmuşlardır. Nihayet ikinci görüşü savunanların görüşleri uygun görülmüş ve böyle bir kanunun hazırlanması kararlaştırılmıştır. 1869-1876 tarihleri arasında Mecelle, Cevdet Paşa’nın başkanlığındaki heyet tarafından İslam hukuku ve özellikle Hanefî mezhebi esas alınarak 16 bölüm ve 1851 maddeyi ihtiva edecek şekilde hazırlanmıştır. Hazırlık aşamasında da tamamlanan bölümler sırasıyla yürürlüğe girmiştir.⁷¹

Hanefî mezhebi esas alınarak hazırlanan Mecelle’de Meşruiyet döneminden 1926 tarihine kadar Avrupa kanunlarından ve Hanefî mezhebi dışındaki diğer

⁶⁷ “Me’mûrîn ve hademe-i devlet ve sâireden her kim devlet aliyenin ümûr-i mühimme-i politikasına dâir bir mükaleme-i hafiyesi ve mektûm ve hafî bir hareket-i askeriye tasmiî serâiriye hasbû’l-me’mûriyye veya resmen vakıf olup da onu devletçe me’mûr ve me’zûn olmadığı halde ecnebi veya hud düşman bir devlet me’mûrlarına doğrudan doğruya veya bil-vâsita ifşa eder ise idam olunur”.

⁶⁸ “Görevi gereği devletin herhangi bir siyasi ve askeri sırlarına vakıf olup da söz konusu sırları devletin resmi bir izni olmadan düşmana ifşa etmek, idam cezasını gerektirir”.

⁶⁹ bk., 1858 Tarihli Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu (Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu) Adliye Nezareti (1335), md. 53; Nizamnâme-i Cezâ-yı ’Umumî, md. 35, 37.

⁷⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459.

⁷¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/19-20; Gümüş, “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri”, 174-176.

mezheplerden yararlanılarak⁷² tadil çalışmaları yapılmış; ancak söz konusu tadil çalışmaları, batıdan iktibas edilerek kanunlaştırmanın yapılacağına kararıyla 1926 tarihinde durdurulmuş ve dolayısıyla yürürlüğe girmemiştir.⁷³ Planlandığı şekilde 1926 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti Mecelle'yi yürürlükten kaldırıp yerine İsviçre Medeni Kanunu'nu kabul etmiştir.⁷⁴ Çok sayıda şerhi bulunan Mecelle birçok dile de tercüme edilmiştir.⁷⁵ Mecelle, alanında ilk olduğu için daha sonra diğer İslam ülkelerinde çıkan kanunlar için öncülük etmiştir.⁷⁶

Genelde Osmanlı hâkimiyeti altında bulunan ülkelerde uygulanan Mecellede Osmanlı hâkimiyetine hiç girmemiş olan Afganistan'da da kısmen uygulanmış ve Afgan Medeni Kanunu'nu etkilemiştir. Nitekim yargı ve yargılama sistemiyle ilgili 04.03.1957 tarihli 279 maddelik "Usulnâme-i İdâri-yi Mehâkim-i Adliye" (Adli Mahkemeler İdaresi Kanunu) adlı kanunda bazı meselelerde Mecelle'ye göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁷ Yine 22.12.1958 tarihli 264 maddelik "Usûl-i İcraât-ı Muhâkimât-ı Hukûkî-yi Adlî" (Hukuk Muhakemeleri Usulü) adlı kanunda, kadıların kanundaki boşlukları Mecelle ile doldurmaları gerektiği ifade edilmiştir.

07.08.1968 tarihinde, yargıda düzenlemeler yapmak ve yargı birliğini sağlamak amacıyla düzenlenen Mahkeme İl Başkanları Semineri'nde dönemin kâdilkudâtı olan Abdulhakim Zıyaî, kadılarına hitaben, herkes tarafından kolayca anlaşılabilmesi için Muhammed Hâlid el-Attâsî ve oğlu Muhammed Tâhir el-Attâsî tarafından yapılan Mecelle şerhinin tercüme edilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. 1971 yılında gerçekleşen ikinci seminerde ise söz konusu şerhin tercüme edilmesi kararlaştırılmış ve Adalet Bakanlığının öncülüğünde tercüme edilip kadıların istifadesine sunulmuştur.⁷⁸ Irak Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan, Münîrû'l-Kâdî adlı Mecelle şerhinden günümüzde de kadılar istifade etmektedir.⁷⁹ Ayrıca Mecelle'de 8. madde olarak yer alan "beraet-i zimmet asıldır" şeklindeki külli fıkıh kaidesi Afganistan'da farklı tarihlerde çıkarılan anayasaların tümünde ve Afgan ceza kanununda yer almaktadır. Bunun yanı sıra diğer İslam ülkelerinde olduğu gibi şekil itibarıyla da Mecelle Afgan Medeni Kanun'u için örnek olmuştur.

⁷² Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 317.

⁷³ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234; Seda Örseren Esirgen, "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun'u mu?", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 43-44.

⁷⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 318.

⁷⁵ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/234-235.

⁷⁶ Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye", 28/231.

⁷⁷ Bk. Usulnâme-i İdari-yi Mehâkim-i Adliye, (1957) md. 83, 87, 93, 125, 138, 150, 174-175 vd.

⁷⁸ Hazretgul Hosâmî, "Mecelletü'l-Hukâmî'l-Adliyye Av De-heği Şerhi", *Qazâ*, (ts.), 37-39; Hosâmî, *Tarih-i Qaza Der Afganistan*, 223-226.

⁷⁹ Hazretgul Hosâmî, "Qazâve Qazâvet der 'Ahdi Saltanat-ı 'Ala Hazret Zahir Şah", *Qazâ* 7-8 (2004), 26-30.

Günümüzde yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun hazırlanmasına 1961 yılında başlanmıştır. Afganistan hükümetinin talebiyle Mısır'dan iki hukukçu Afganistan'a gelmiş ve bir sene içinde söz konusu hukukçulardan biri medeni kanununu diğeri ise ceza kanununu tamamlamıştır. Söz konusu kanunlar, Afgan hukukçulardan oluşan komisyon tarafından gerekli inceleme ve düzeltmelerden sonra tercüme edilmiş, 2416 madde olarak 05.01.1977 tarihinde cumhurbaşkanının imzasıyla yürürlüğe konulmuştur.⁸⁰Bir yandan Mecelle'nin maddelerinden istifade edilirken⁸¹ diğer yandan birçok Küllî Kaidesi tercüme edilip bu kanunun başına olduğu gibi yerleştirilmiştir. Burada 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda yer alan Mecelle'deki Külli Kaidelerini tablo şeklinde göstereceğiz.

Tablo 2. 1977 Tarihli Afgan Medeni Kanunu'nda Yer Alan Mecelle'deki Külli Kaideler

Mecelle maddeleri	1977 Tarihli Afgan Medenî Kanunu maddeleri
14 ⁸²	1 ⁸³
10 ⁸⁴	3 ⁸⁵
99 ⁸⁶	4 ⁸⁷
33 ⁸⁸	5 ⁸⁹
25 ⁹⁰	6 ⁹¹
30 ⁹²	7 ⁹³
22 ⁹⁴	784 ⁹⁵
27 ⁹⁶	785 ⁹⁷

⁸⁰ Hosâmî, "Tarihçe-yi Qazâ ve Qazâvat der Afganistan", *Qazâ*, 1, (2006), 18-22; Hosâmî, *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*, 297-309.

⁸¹ Örneğin, Mecelle'nin 123, 202, 207, 214, 252, 281, 296 vd. maddeleri ile Afgan Medeni Kanun'un sırasıyla 1124, 1041, 1056, 1059, 1070, 1115 ve 1118 maddeleri birbirinin aynısı veya birbirine yakın maddelerdir.

⁸² Mevrid'i nassda içtihad mesâğ yoktur (Hakkında nass bulunan konuda içtihat yapılmaz).

⁸³ Kanun hükmünün bulunduğu konularda içtihat yapılmaz.

⁸⁴ "Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur" (Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir).

⁸⁵ "Bir zamanda sabit olan bir şeyin aksine delil bulunmadıkça var olduğuna hükmedilir".

⁸⁶ "Kim ki, bir şeyi vaktinden evvel ist'câl eder ise mahrumiyetiyle mu'ateb olur" (Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır).

⁸⁷ "Kim bir şeyi vaktinden önce elde etmeye çalışırsa o şeyden mahrum bırakılmakla cezalandırılır".

⁸⁸ "İztırâr gayrin hakkını ibtâl etmez" (Zaruret, başkasının hakkını iptal etmez).

⁸⁹ "Zaruret hali, başkasının hakkını iptal etmez".

⁹⁰ "Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz" (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

⁹¹ "Zarar, kendi misliyle giderilmez".

⁹² "Def-i mefâsid celb-i menâf'den evlâ'dır" (Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten daha iyidir).

⁹³ "Kötülükleri defetmek, fayda elde etmekten önceliklidir".

⁹⁴ "Zarûretler kendi mikdârlarınca takdir olunur" (Zaruret sebebiye mubah olanlar, zaruret miktarı ölçüsünde değerlendirilir).

⁹⁵ "Zarûretler kendi miktarı ölçüsünde değerlendirilir".

Mecelle maddeleri	1977 Tarihli Afgan Medenî Kanunu maddeleri
26 ⁹⁸	786 ⁹⁹
25 ¹⁰⁰	788 ¹⁰¹

3.2.2. Aile Hukukunda

Osmanlı'da İslam aile hukukunun kanunlaştırılması da Hukûk-ı Âile Kararnâmesi ile başlamıştır. Bu kanun da aslında Mecelle'nin devamı ve eksik noktaların tamamlayıcısı niteliğindedir. Mecelle'de yer verilmeyen aile hukuku ayrı bir kanun şeklinde ele alınmıştır; ancak Mecelle çok erken dönemde hazırlanırken Hukûk-ı Âile Kararnâmesi Osmanlı'nın son döneminde (1917 yılında) hazırlanmış ve yine çok kısa bir süre sonra (1919 yılında) yürürlükten kaldırılmıştır. Münakehât (evlenme) ve müfârakât (boşanma) olmak üzere iki büyük başlık şeklinde ele alınan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi iki kitap, dokuz bab, yirmi bir fasıl ve 157 maddeden oluşmaktadır.¹⁰² Bu kanunda Müslümanların yanı sıra Ehl-i Kitap olan Yahudi ve Hristiyanların aile hukuku için de ayrı başlıklar halinde kanun düzenlenmiştir. Mecelle'den farklı tarafı ise Mecelle'nin hazırlanmasında sadece Hanefî mezhebi esas alınırken Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nde bazen diğer mezheplerin görüşlerinin¹⁰³ de tercih edilmiş olmasıdır.¹⁰⁴ Diğer mezheplerin görüşleri tercih etme sebepleri de tek tek açıklanmıştır.¹⁰⁵ Bu yönüyle de Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nin, 1953 tarihli Irak Medeni Kanun'u ile Mısır Medeni Kanun'u başta olmak üzere İslam dünyasında çıkarılan birçok kanunu doğrudan veya dolaylı olarak etkilemiş olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Irak Medeni Kanunu'nda da tek bir mezhebe bağlı kalınmaksızın farklı mezheplerden istifade edilmiştir.¹⁰⁶

Günümüzde hâlâ yürürlükte olan 1977 tarihli Afgan Medenî Kanunu da yine bu yönüyle Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenmiştir. Mesela Hanefî fihkî esas alınarak hazırlanan Afgan Medeni Kanunu'nda bazı konularda Hanefî fihkî dışına çıkıldığı ve bu yönden Osmanlı Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'ne uyulduğu görülmektedir. Örneğin, Afgan Medeni kanunu'nda, yoksulluk nedeniyle nafakasını

⁹⁶ “Zarar-ı eşedd zarar-ı ehaff ile izâle olunur” (Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilebilir).

⁹⁷ “Büyük bir zarar daha hafif bir zararla giderilir”.

⁹⁸ “Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur” (Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir).

⁹⁹ “Genel zararı gidermek için özel zarar tercih edilir”.

¹⁰⁰ “Bir zarar kendi misliyle izâle olunamaz” (Zarar, kendi misliyle giderilmez).

¹⁰¹ “Zarara zarara karşılık vermek aynı şekilde zararı misliyle gidermek caiz değildir”.

¹⁰² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 459-460; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/294-295.

¹⁰³ Tercih edilen diğer mezhep görüşleri için bk. Orhan Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi* (Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017), 12-13.

¹⁰⁴ Karaman, *İslâm Hukuku Tarihi*, 303.

¹⁰⁵ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, 77-98.

¹⁰⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/23-24.

sağlayamayan kocaya karşı hanımının tefrik için mahkemeye başvurma hakkının bulunup bulunmadığı konusu ile ikrah altında gerçekleşmiş olan boşanmanın geçerli olup olmadığı konusunda, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nde olduğu gibi¹⁰⁷ Maliki, Şafiî ve Hanbelîlerin görüşü tercih edilmiştir. Meşru bir mâzeret söz konusu olmadığı halde kocanın gâibliğinin tefrîk sebebi sayılıp sayılmaması konusunda ise Hanbelî mezhebinin görüşü tercih edilmiştir. Aynı mecliste verilen birden fazla talakın geçerliliği ve kaç talak sayılacağı konusunda, Zeydiye, İbn Teymiyye ve İbn Kayyım'ın görüşü tercih edilmiştir. Ayrıca evlilik yaşı için de benzer şekilde, Afgan Medeni Kanunu'nda evlilik yaşı erkekler için 18 ve kızlar için 16 olarak belirtilmiştir.¹⁰⁸ Yine Afgan Medeni Kanunu'nun Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilenerek evlilik ve boşanmanın tescilini zorunlu hale getirdiğini görmekteyiz.¹⁰⁹ Hanefî mezhebinin yanı sıra diğer mezheplerden de istifade edilme konusunda Afgan Medeni Kanunu'nun Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden etkilendiğine diğer bir örnek ise dede yetimliği¹¹⁰ göstermek mümkündür. İslam miras hukukundaki dede yetimliği konusunda, yani kişinin kendisinin hayatta olduğu zaman vefat eden çocuğunun çocuklarına vasiyeti de Afgan Medeni Kanunu'da "vacip vasiyet" başlığı altına ele alınmış ve vacip olarak kabul edilmiştir. 8 maddeyle düzenlenen bu meselede¹¹¹ dört fıkıh mezhebi tarafından kabul edilmeyen, İbn Hazm'ın görüşünün tercih edildiğini görmekteyiz.¹¹²

Sonuç

İslam dünyasında ilk kanunlaştırma hareketini Osmanlı Devleti başlatmıştır. 1840 tarihli ceza kanunu, Mecelle ve Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nin çıkarılmasıyla Osmanlı Devleti İslam dünyasının kanunlaştırma hareketine öncülük etmiştir. Söz konusu kanunlar, bir yandan bazı İslam ülkelerinde uzun süre uygulanırken diğer yandan da yeni çıkan kanunlara kaynaklık ve rehberlik görevini üstlenmiştir. Bu ülkelerden biri de Afganistan'dır. Afganistan hiçbir zaman Osmanlı Devleti'nin egemenliği altına girmemesine rağmen Osmanlı hukukundan etkilenmiştir. 1921 tarihli Nizâmnâme-i Ceza-yı Umûmî adlı ceza kanununda Osmanlı tarafından hazırlanan ve uzun zaman yürürlükte kalan 1858 tarihli Ceza Ka-

¹⁰⁷ Çeker, *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, md. 105.

¹⁰⁸ Konuların detayları ve kaynakları için bk. Khwajamir, "Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası", 379-381.

¹⁰⁹ Çeker, *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, md. 37; *Afgan Medeni Kanunu*, md. 48.

¹¹⁰ Dede yetimi ve vacip vasiyet konusunda detaylı bilgi için bk. Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, "İslam Miras Hukukunda Halefiyet, Dede Yetimi ve Vacip Vasiyet", *Dini Araştırmalar* 1/3 (1999), 150-167; Abdüsselâm Arı, "Vacip Vasiyet ve Halefiyet Bağlamında 'Dede Yetimi' Problemi", *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* 12/34 (2008), s. 249-268.

¹¹¹ *Afgan Medenî Kanunu*, md. 2182-2189.

¹¹² Ebû Muhammed Alî b. Ahmed İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*. thk. Abdülğaffâr Süleymân el-Bendârî (Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1424/2002), 8/353.

nunnâme-i Hümâyunu adlı ceza kanunu esas alınmıştır. Bazı maddeler her iki kanunda aynı olup sadece tercüme edilmiştir, bazı maddelerde ise çok az değişiklik yapılmıştır. Ayrıca 1921 tarihli söz konusu ceza kanununun hazırlanmasında bizzat Türk hukukçular yer almış ve hazırlanmasında önemli rol oynamışlardır. Bu da Afgan Ceza Kanunu'nun Osmanlı Ceza Kanunu'ndan çokça etkilenmesine yol açmıştır. Afgan Medeni Hukuku da hem Mecelle'den hem de Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden, şekil ve muhteva açısından çokça etkilenmiştir. Şekil açısından düşündüğümüzde; Mecelle İslam dünyasında İslam hukukunun kanunlaştırmasında ilk olduğu için Afgan hukukuna ve özellikle de medeni kanununa örneklik teşkil etmiştir. Muhteva açısından 1977 tarihli Afgan Medeni Kanunu'nun Mecelle'de olduğu gibi Hanefî fikhî esas alınarak hazırlanmış olması buna örnek olarak gösterilebilir. Afganistan'da modern anlamda ilk kanunlaştırma başladığında, çıkarılan bazı kanunlarda birçok meselede Mecelle'nin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine Mecelle şerhlerinin tercüme edilerek mahkemelerde kullanılması kararlaştırılmış ve günümüze kadar da mahkemelerde kadılar tarafından Mecelle ve şerhlerinden istifade edilmeye devam edilmiştir. Aynı şekilde Afgan Medeni Kanun'u, Hukuk-ı Âile Kararnâmesi'nden de etkilenmiş, Hukuk-ı Aile Karanamesi'nde olduğu gibi bu kanunda da bazı konularda Hanefî mezhebinin hatta dört meşhur sünni fikh mezhebinin dışına çıkmıştır.

Kaynakça | References

- Ağırakça, Muhammed Hamidullah. *Mısır'da Kanunlaştırma Hareketleri (19. Yüzyıl Örenği)*. İstanbul: Akdem Yayınları, ts.
- Arı, Abdüsselâm. Vacip Vasiyet ve Halefiyet Bağlamında 'Dede Yetimi' Problemi. *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* 12/34 (2008) 249-268
- Atâî, Muhammed İbrahim. *Nigâh-i Muhtasar be Tarih-i Mu'asır-ı Afganistan*. çev. Jami-luurahman Kamgar. Kabil: Bungah İntişarat-ı Meyvend, 2005.
- Atar, Fahrettin. "Fetva". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/486-496. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 28/231-235. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Hars Yayıncılık, 2007.
- Afganistan Kültür ve İnfomasyon Bakanlığı Yıllık Bülteni. "Nazari be Seyr-i Kânûn-guzârî Der Afganistan". *Sâlnânme-yi Afganistan* 43 (1976-1977), 741-771.
- Çeker, Orhan. *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*. Konya: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017
- Çelikkilek, Abdul Metin. "Afganistan Emirî Şîr Ali Han'ın Modernleşme Çabaları". *Çeşm-i Cihan: Tarih Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi E-Dergisi* 4/2 (Aralık 2017), 94-110. <https://doi.org/10.30804/cesmicihan.363312>
- Çolak, Abdullah. *İslam Hukuku Tarihi ve İslam Hukukunun Kaynakları*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2018.

- Esirgen, Seda. “Osmanlı Devleti’nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanun’u mu?”. *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (2011), 31-48. https://doi.org/10.1501/OTAM_00000000565
- Ferheng, Mir Muhammed Sıddîk. *Afganistan der Penc Karn-ı Ehîr*. Meşhed: İntişarat-ı Durih-şîş 1992.
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin. İslam Miras Hukukunda “Halefiyet”, “Dede Yetimi” ve “Vacip Vasiyet”. *Dini Araştırmalar* 1/3 (1999), 143-170.
- Gümüş, Musa. “Osmanlı Devleti’nde Kanunlaştırma Hareketleri, İdeolojisi ve Kurumları”. *Tarih Okulu* 14 (2013), 163-200. <http://dx.doi.org/10.14225/Joh7>
- Habibî, Abdulhay. *Cünbiş-i Meşrûtiyet Der Afganistan*. ed. Muhammed Haşim Bahrami. Kabil: Devleti Matbaa, 2005.
- Hanioğlu, M. Şükrü. “Cemal Paşa” *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 8/305-307. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Hosâmî, Hazretgul. “Qazâ ve Qazâvet der ‘Ahdı Saltanat-ı ‘Ala Hazret Zâhir Şâh”. *Qazâ* 7-8 (2004), 1-30.
- Hosâmî, Hazretgul. “Mecelletü’l-Ahkâmî’l-Adliyye Av Deheği Şerhi”. *Qazâ* 3(2009) 41-52.
- Hosâmî, Hazretgul. *Revend-i Sistem-i Kânûn-guzârî*. Kabil: İntişârât-ı Saîd, 2011.
- Hosâmî, Hazretgul. “Tarihçe-yi Qazâ ve Qazâvat der Afganistan”. *Qazâ* 1 (2006) 13-24.
- Hosâmî, Hazretgul. *Tarih-i Qazâ Der Afganistan*. y.y.: İntişârât-ı Saîd, 2009.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed el-Endelusî. *el-Muhallâ bi’l-Âsâr*. thk. Abdulğaffâr Süleymân el-Bendârî. 12 Cilt. Beyrut: Dârü’l-Fikr, 1424/2002.
- Karaman, Hayreddin. *İslâm Hukuku Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2009.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2014.
- KAŞET, *Kânûn-ı Ahvâl-i Şahsiyye-yi Ehl-i Teşeyyu*. *Resmî Cerîde* 988 (27 Temmuz 2009). Erişim 6 Ocak 2022. http://old.moj.gov.af/Content/files/OfficialGazette/0901/OG_0988.pdf
- Khwajamir, Mehtarkhan. “Afgan Medeni Kanununun Oluşum Süreci ve Muhtevası”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 26 (2015), 369-382.
- Khwajamir, Mehtarkhan. *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015.
- Khwajamir, Mehtarkhan. *Afganistan’da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması. IV. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi Bildiriler Kitabı -IV (İlahiyat) 14-17 Mayıs 2015*. 285-300. Kütahya: y.y., 2015.
- Kılıç, Muhammed Tayyib. *İslâm Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Koca, Mahmut - Üzülmmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Merçil, Erdoğan. “Mahmûd-i Gaznevî”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 27/362-365. Ankara: TDV Yayınları, 2003.
- Nizamnâme-i Cezâ-yı ‘Umumî*. Kabil: Matbaai Sengi-yi Mâşînhane-i Dârü’s-saltanat 1921.
- Usulnâme-i İdarî-yi Mehâkim-i Adliye* 1957.
- Özel, Ahmet. “el-Âlemgîriyye”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 2/365-366. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.

- Popelzai, İzzuddîn Vekîl. *Dârü'l-Qazâ der Afganistan ez Evâil-i 'Ahd-i İslâm tâ 'Ahd-i Cumhuriyet*. Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991.
- Saray, Mehmet. "Abdurrahman Han". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 1/163. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.
- Saray, Mehmet. "Ahmed Şah Dürrânî". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 12/133-134. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Saray, Mehmet. "Emânullah Han". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 6/84-85. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Sarıay, Ercimet. "Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmalarının Kaynakları ve Metodolojisi". *Bayterek Uluslararası Akademik Araştırmalar Dergisi* 2/1 (2019), 9-35.
- Tanîn, Zahir. *Afganistan der Karn-ı Bîst (1900-1996)*. thk. Muhammed İbrahim Şerî'atî Afganistanî. Tahran: İrfan 2005.
- Una, Au-Narayan, Raj-Retting, Max- S., Schaeffer- Stephens A., -Sugarman, E., & Swenson. *G. Mebadi-yi hukuk-ı ceza-yı Afganistan [Afgan Ceza Hukukuna Giriş]*. çev. Şirket-i Hademât-i Hukukî-yi İlî. Kaliforniya: y.y., 2011.
- 1858 Tarihli Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu (Ceza Kanunnâme-i Humâyûnu) Adliye Nezaretî (1335).

HAKEM RAPORLARININ YAYINI
The Review Reports' Publication

Hakem raporları hakem isimleri kapatılarak yayımlanır.
Peer reviews are published but not signed.
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/eskiyeni/page/13397>