



T.C.

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLER ANA BİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI**

**HANEFÎ MEZHEBİYLE MUKÂYESELİ OLARAK AFGAN CEZA KANUNUNDA
CİNSEL SUÇLAR**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN

Prof. Dr. Ahmet YAMAN

ABDUL NASER MANSOOR

19810601009

KONYA

2023



Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencim	Adı Soyadı	Abdul Naser MANSOOR		
	Numarası	19810601009		
	Ana Bilim/Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri/ İslam Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans		
		Doktora		
Tezin Adı	Hanefi Mezhebiyle Mukayeseli Olarak Afgan Ceza Kanununda Cinsel Suçlar			

Bu tezin hazırlanmasında bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin Adı Soyadı
Abdul Naser MANSOOR



ÖZET

Öğrencin	Adı Soyadı	Abdul Naser MANSOOR		
	Numarası	19810601009		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Temel İslam Bilimleri/İslam Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans		
		Doktora		
	Tez Danışmanı	Prof. Dr. Ahmet YAMAN		
Tezin Adı	Hanefi Mezhebiyle Mukayeseli Olarak Afgan Ceza Kanununda Cinsel Suçlar			

Bir toplumun sağlamlığı, o toplumun temelini oluşturan ailelerin sağlamlığına bağlıdır. Aile içindeki üyeler arasındaki sadakat ve samimiyet, gelecek nesillerin teminatını oluşturur. Eğer bu sadakat ve samimiyet kaybolursa, bu durum ailede yetişen çocukların geleceğini de olumsuz şekilde etkileyebilir.

İnsanların hayatlarını inanca devam edilebilmesi için vazgeçilmez temel haklar olarak bilinen can, mal ve ırzın himaye edilmesi gerekir. Bu haklar hemen hemen bütün hukuk sistemlerinin esasını oluşturmuştur. Bu haklara haksız tecavüzde bulunanlar, farklı şekillerde de olsa bütün hukuk sistemlerinde cezalandırılmış, haksız tecavüzde bulunan kimseler, toplum tarafından da kınanmıştır. İşte bu noktadan hareketle, diğer suçlara nazaran ahlâka aykırı fiillere verilen cezalar daha ağır olmuştur. Diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da konulmuş olan hükümler, insanların menfaatlerini gözetmiş ve onların en iyi bir şekilde hayatlarını devam etmesini hedef almıştır.

Günümüzde Afganistan'da ceza kanunu da diğer kanunlar gibi İslam hukukuna uygun bir şekilde hazırlanmıştır.

Bu bağlamda biz Afganistan ceza kanununda yer alan cinsel suçların neler olduğunu tez konusu olarak inceledik. Afgan ceza hukuku içerisinde yer alan cinsel suçların neler olduğunu incelerken de Hanefî mezhebinin görüşlerini esas aldık.

Anahtar Kelimeler: Afgan Ceza Kanunu, Emânullah Han, cinsel, suçlar



ABSTRACT

Author's	Name and Surname	Abdul Naser MANSOOR		
	Student Number	19810601009		
	Department	Department Of Foundations Of Islamic/İslamic Law		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)		
		Doctoral Degree (Ph.D.)		
	Supervisor	Prof. Dr. Ahmet YAMAN		
Title of the Thesis/Dissertation	Sexual Crimes In Afgan Criminal Law Compared To The Hanafi Section			

The strength of a society depends on the strength of the families that form the foundation of that society. Loyalty and sincerity among the family members are the guarantee of future generations. If the loyalty and sincerity are lost, it can negatively affect the future of the children growing up in the family.

People, in order to continue to live their lives based on faith; human life, property, and honor must be protected, which are known as indispensable fundamental rights. This rule has formed the basis of almost all legal systems. Those who unjustly violate these rights, albeit in different ways they are being punished in all legal systems, and those who commit unjust violations are condemned by society as well. From this point of view, the penalties for acts against morality have been more severe than other types of crimes. As in other legal systems, the provisions of Islamic law are based on the interests of the people and aim to ensure that they live their lives in the best possible way.

Today, the penal code in Afghanistan, like other laws, has been prepared in accordance with Islamic law.

In this context, we examined the sexual crimes in the Afghanistan penal code as a thesis topic. While examining the sexual crimes in the Afghan penal code, we took the views of the Hanafi madhhab as a basis.

Keywords: Afghan Penal Code, Amanullah Khan, sexual, crime

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	V
ÖNSÖZ	VI

Giriş

I. ARAŞTIRMANIN KONUSU, AMACI, ÖNEMİ VE SINIRLARI	1
II. KONUNUN KAYNAKLARI.....	5

BİRİNCİ BÖLÜM

AFGAN CEZA KANUNUNDA CİNSEL SUÇLAR

I. Afgan Ceza Kanununun Tarihçesi	10
A. Afgan Ceza Kanunu'nun (ACK) Oluşumu	13
B. Emir Şah Emânullah Han Dönemi (1919-1929)	15
C. Temessuku'l Kudati'l- Emaniyye.....	17
D. Nizamnâme-i Ceza-yi Umumî	20
II. Afgan Ceza Kanununun Sistematiği.....	26
III. Afgan Ceza Kanununda Cinsel Suçlar.....	35
A. Cinsel Tecavüz Suçu	36
1. Tanımı.....	37
2. Unsurları	38
3. Şartları	40
4. İspat yolları.....	41
a) Had olarak ispatlanması.....	41
b) Tâ'zîr cezasının uygulanması için aranan şartlar	45
5. Cezası	47
6. Tecavüz Suçunda Çocukların ve Hukukî Ehliyeti Olmayan Kişilerin Durumu	48
7. Tecavüz Suçunun Müşeddede (ağırlaştırılmış) Durumları.....	48

8. Toplu bir Şekilde Cinsel Tecavüz Suçu	49
B. Zina.....	49
1. Tanımı.....	50
2. Unsurları	52
3. Şartları	53
4. İspat Yolları	54
5. Cezası	54
6. Zina Haddinin Düşmesi Hâlinde Suçlunun Cezalandırılması	55
C. Livâta (Homoseksüellik)	56
1. Tanımı.....	57
2. Unsurları	58
3. Şartları	59
4. İspat Yollar	60
6. Homoseksüellik Suçunu Ağırlaştırıcı Durumlar	61
D. Sihâk (Lezbiyenlik)	62
1. Tanımı.....	63
2. Unsurları	64
3. Şartları	65
4. İspat Yolları	65
5. Cezası	65
6. Musâhika'nın Türleri.....	66
E. Tefhîz (Duhul Bulunmayan Cinsel Yaklaşım)	66
1. Tanımı.....	67
2. Unsurları	67
3. Şartları	68
4. İspat Yolları	68

5. Cezası	69
F. Kazf.....	69
1. Tanımı.....	70
2. Unsurları	70
3. Şartları	71
4. İspat yolları.....	72
5. Cezası	72

İKİNCİ BÖLÜM

HANEFİ MEZHEBİ KAYNAKLARINDA İNCELENEN CİNSEL SUÇLAR VE AFGAN CEZA KANUNU İLE MUKAYESESİ

I. Hanefî Mezhebi Kaynaklarında İncelenen Cinsel Suçlar ve Afgan Ceza kanunu ile Mukayesesi	75
A. Zina.....	75
1. Tanımı.....	77
2. Unsurları	78
3. Şartları	80
4. İspat Yolları	81
5. Cezası	85
a) Evli Olmayan Kişinin Cezası.....	85
b) Evli Olan Kişinin Cezası	87
B. Livâta (Homoseksüellik)	89
1. Tanımı.....	91
2. Unsurları	92
3. Şartları	95
4. Cezası	95
C. Sihâk (Lezbiyenlik)	96

1. Tanımı.....	97
2. Unsurları.....	98
3. Şartları	99
4. İspat Yolları	99
5. Cezası	100
D. Tefhîz (duhul bulunmayan cinsel yaklaşım)	101
1. Tanımı.....	101
2. Unsurları	102
3. Şartları	102
4. İspat Yolları	103
5. Cezası	103
E. Kazf.....	103
1. Tanımı.....	104
2. Unsurları	105
3. Şartları	108
4. İspat Yolları	109
5. Cezası	110
II. Cinsel Suçlar Konusunda Afganistan Ceza Kanunu ile Hanefî Mezhebinin Genel bir Mukâyesesi.....	113
Sonuç	121
Kaynakça	124

KISALTMALAR

a.s.	aleyhi's selam
ACK	Afgan Ceza Kanunu
b.	bin, ibn
bk.	bakınız
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
H.z.	Hazreti
KEA	Kanun-i Esasi Afganistan
m.	milâdî
md.	madde
NCU	Nizamnâme-i Ceza-yi Ümumi
ö.	Ölümü, Ölüm Târihi
r.a	Radiyallâhu Anhu
RC.	Resmî Ceride (Afganistan'ın Resmî Gazetesi)
s.	Sayfa
sy.	Sayı
s.a.	Sallallâhu Aleyhi ve Sellem
TC	Türkiye Cumhuriyeti
vb.	ve benzeri

ÖNSÖZ

Kitabında koyduğu hükümleri açıklayıp, insanlara örnek olması için bize rasûl gönderen âlemlerin rabbi olan Cenâb-ı Hak'ka sonsuz hamd-ü senâlar olsun. Kur'an-ı Kerim'in âyetlerini bize yaşayarak açıklayan, cinsel sapıklıkların neler olduğunu beyan eden ve haram olduğunu bildiren Hz. Peygamber'e (s.a.) ve onun pak ailesine ve sahâbesine salât ve selâm olsun.

Bir toplumun sağlamlığı, o toplumun temelini oluşturan ailelerin sağlamlığına bağlıdır. Aile içindeki üyeler arasındaki sadakat ve samimiyet, gelecek nesillerin teminatını oluşturur. Eğer sadakat ve samimiyet kaybolması, ailede yetişen çocukların geleceğini de olumsuz şekilde etkileyebilir.

İnsanların hayatlarını refah içerisinde geçirebilmeleri için, İslam beş temel değerini korumasını istemektedir. Bu değerler şunlardır:

- 1- Can güvenliği,
- 2- Mal güvenliği,
- 3- Namus/ırz güvenliği,
- 4- Akıl güvenliği,
- 5- Din güvenliği.

Bu değerleri korumak hemen hemen bütün hukuk sistemlerinin esasını oluşturmuştur. Bu değerlere haksız müdahalede bulunanlar, farklı şekilleri ile bütün hukuk sistemlerinde cezalandırılmış ve toplum tarafından da ayıplanmıştır. Bu bağlamda Afganistan toplumunda insanlar hukuk kurallarının getireceği yaptırımlardan daha çok; toplumun o insanlara karşı takınacağı tavırdan korkarlar. İşte bu noktadan hareketle, diğer suçlara nazaran ahlâka aykırı fiillere verilen cezalar daha ağır olmuştur.

Bu bağlamda Afganistan'da kanunlaştırma hareketi ilk kez 19. yüzyılda başlamış, bu hareket ile ilk olarak fatva kitapları sonrasında da usulnâmeler yazılmış ve hâkimlerin İslâm hukukuna göre hüküm vermeleri için bir takım usul ve kaideler tespit edilmiştir. Daha sonra 20. yüzyılın başlarında *Nizamnâme-i Ceza-yi Umumî*

(نظام نامه ی جزای عمومی) adlı kanun ile birlikte İslâm ceza hukukunu yasalastırma faaliyeti, resmî bir şekilde başlamıştır. Emânullah Han döneminde kanunlaştırma sırasında muhafazakârların tepkisiyle karşılaşmamak için "hukuk" kelimesi yerine "Nizamnâme" kelimesi kullanılmıştır. Bu dönemde ilk kez *Nizamnâme-i Ceza-yi Umumî* adıyla bir ceza kanunu çıkartılmış ve aynı zamanda hâkimlerin şer'î meselelerde hüküm verirken müracaat edebileceği *Temessuku'l-Kudâti'l-Emâniyye* (تمسك القضاة الأمانية) isimli bir kitap hazırlanmıştır. Şu anda Afganistan'da yürürlükte olan ceza kanunu Mısırlı hukukçular tarafından 1961 yılında hazırlanmış ve söz konusu ceza kanunu 1973-1976 yılları arasında Afgan hukukçuları tarafından incelenip gereken düzenlemeler yapıldıktan sonra 1976 yılında yürürlüğe girmiştir.

Günümüzde Afganistan'da ceza kanunu da diğer kanunlar gibi İslam hukukuna uygun bir şekilde hazırlanmıştır.

Bu bağlamda biz Afganistan ceza kanununda yer alan cinsel suçların neler olduğunu tez konusu olarak inceledik. Afgan ceza hukuku içerisinde yer alan cinsel suçların neler olduğunu incelerken de Hanefî mezhebinin görüşlerini esas aldık. Araştırmamız iki bölümden oluşmaktadır:

Birinci bölümde, Afgan Ceza Kanununda Cinsel Suçların tanımı yapılmış ve bu suçlarla ilgili maddeler ve bu maddeler ile ilgili Afgan hukukçuların görüşleri zikredilmiştir.

İkinci bölümde ise, genel olarak İslâm Hukukunda ve özel olarak da Hanefî mezhebinde cinsel suçlarla alakalı görüşler incelenerek Afgan Ceza Kanunu ile karşılaştırılması yapılmıştır.

Konu tespiti ve çalışma süresince maddî-mânevî desteklerini esirgemeyen, bilgi ve tecrübeleriyle bize destek olan kıymetli Prof. Dr. Ahmet YAMAN hocamıza teşekkür etmeyi kendime bir borç bilirim.

Yaptığım çalışmamda bana yardımcı olan, bilgi ve birikiminden yararlandığım Doç. Dr. Mehterhan FURKANİ hocama şükranlarımı sunuyorum.

Abdul Naser MANSOOR

KONYA 2023

GİRİŞ

Suç, insanlık tarihinde var olan bir olgudur. Suçsuz bir dünya fikri hayal edilebilir ancak bu fikrin gerçek dünyada hayata geçirilmesi imkansızdır. Çünkü insanlık var olduktan bu yana suç işlenmeye devam edilmiştir. Nitekim Allah'ı tealâ bunu Kur'ân-ı Kerîm'de Hz. Âdem'in (a.s.) oğulları kıssasında açıkça belirtmiştir.¹ Dolayısıyla peygamberlerin yaşadığı dönemlerde ve Hz. Muhammed (s.a.) döneminde bile insanlar suç işlemiş ve bu suçlar için cezaî müeyyideler uygulanmıştır. Peygamber olmadığı dönemlerde ise suçluların cezasını veren hukuki müeyyideler uygulanarak toplumun selameti ve huzuru temin edilmeye çalışılmıştır.

I. ARAŞTIRMANIN KONUSU, AMACI, ÖNEMİ VE SINIRLARI

İnsan yaratılış itibari ile suç işlemeye meyillidir. Suçun neden işlendiği meselesi ve temel sebepleri arasında; yaratılıştan gelen farklılıklar yer alır.² İnsanın benliğinde güzel özellikleri gibi, çirkin huyları da mevcuttur. Her zaman insanı suçta iten dış ve iç etkenler vardır. Dolayısıyla İslam insanı suç işlemeyen bir varlık olarak değil, aksine suç işlemeye meyilli bir varlık olarak görmüş ve suç işlemeyi insana özgü bir nitelik olarak açıklamıştır.³ Şöyle ki, eğer insan suç veya günah işlememiş olsaydı, imtihanın, iradenin, akıl kullanmanın ve sorumluluk taşımanın bir amacı olmazdı. Bu hakikati efendimiz (s.a.) şöyle beyan etmiştir:

“Nefsim kudreti elinde olan Allah'a yemin ederim ki, eğer siz hiç günah işlemeseydiniz, Allah sizi toptan helak eder, günah işleyen, ardından da istiğfar eden (af dileyen) bir kavim yaratır ve onları bağışlardı.”⁴

Bir toplumda suçun yaygınlaşması ve doğal bir durum olarak kanıksanması bireysel ve toplumsal huzuru bozup barışı tehdit edici hâle getirir. Günümüz

¹ Mâide, 5/ 27-31.

² (Eğer Rabbin dilesaydı bütün insanları İslâm üzere tek bir ümmet yapardı. Fakat onlar, kendilerine irade hürriyeti verildiği için haktan ayrılıp farklı farklı yollara gitmekten hiçbir zaman kurtulamazlar. Ancak Rabbinin merhamet ettikleri haktan ayrılmaz ve anlaşmazlığa düşmezler. Zâten Allah onları asıl bunun için yaratmıştır. Böylece Rabbinin: “Cehennemi mutlaka cinler ve insanlarla dolduracağım” sözü yerine gelmiş olacaktır.), Hûd, 11/ 118,119.

³ Bu konu ile alakalı bazı âyetler bk. Nisâ, 4/ 28, 115, 128; Arâf, 7/ 24; Hicr, 15/ 47; İsrâ, 17/ 11; Kehf, 18/ 54.

⁴ Müslim, “Tevbeh”, 6963.

dünyasında da suç işleme oranları giderek arttığı görülmektedir. Yaşadığımız asırda cinsel sapıklık gibi suçlar da işlenmekte ve toplumun ahlaki düzenini bozmaktadır. İslam'ın men ettiği cinsel suçlar günümüz dünyasının birçok yerinde işlendiği gibi söz konusu bu suç dünyanın bir parçası olan Afganistan'da görülebilmektedir. Dolayısıyla bu tür sapkınlıklara karşı İslâm hukukunun aldığı cezâi tedbirlerin incelenerek ortaya konması büyük bir önem arz etmektedir.

Milâdî 7. yüzyılın ortasında Arap yarımadasında İslâm dini yayıldığında günümüz Afganistan coğrafyasında yer alan bölgeler de merkezî bir devlet olmayıp bunlar mahallî hükümetler tarafından yönetiliyordu ve doğu ile batı dinlerinin etkisi altında bulunuyordu. Sistan, Herat ve bunlara bağlı bölgelerin batı kısmı; dini Zerdüştlük ve dili Pehlevîce olan Sâsânîlerin siyasî, edebî ve dinî nüfuzu altındayken; Kandahar, Argandâb vadisi, Hindukuş dağlarından Sind'e kadar ülkenin kuzey ve doğu bölgelerinde, Ak Hun İmparatorluğu ve daha sonra Kuşaniler tarafından yönetiliyordu. Bazı bölgelerde de mahallî hükümdarlar hüküm sürdürmekteydi. Genelde bu bölgelerin halkı Budizm ve Brahmanizm dinlerine mensuptular.⁵ Bu dinlerin yanı sıra güneşe tapma, Hinduizm ve Hıristiyanlığın bazı mezhepleri de yaygındı.⁶

Afganistan'da fetih hareketleri Hz. Ömer (r.a) (ö. 23/644) zamanında başlamıştır. İslâm ordusunun Nihâvend savaşından sonra 400 yıllık Sâsânî imparatorluğuna son vermesi için fetih hareketleri devam ettirilmiş ve halife tarafından bu göreve Ahnef b. Kays vazifelendirilmiştir.⁷ Hz. Ömer zamanında başlayan bu fetih hareketi bazı bölgelerde uzun süre devam ettirilmiştir.⁸

⁵ Habibi, Abdulhey *Târih-i Muhtasar-i Afganistan*, s. 2-3; Khwajamir, Mehtarhan, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun kanunlaştırılması*, s. 7.

⁶ Khwajamir, Mehtarhan, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun kanunlaştırılması*, s. 7; Habibi, Abdulhey *Târih-i Muhtasar-i Afganistan* s. 4; Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan der Mesîr-i Târih*, 1/157

⁷ Habibi, Abdulhey *Târih-i Afganistan bad az İslâm*, s. 147-148; Khwajamir, Mehtarhan, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun kanunlaştırılması*, s. 8.

⁸ Habibi, Abdulhey, *Târih-i Muhtasar-i Afganistan*, s. 98; Habibi, Abdulhey, *Târih-i Afganistan bad az İslâm*, s. 148; Khwajamir, Mehtarhan, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun kanunlaştırılması*, s. 7-8.

İslâm dini Afganistan'a yayıldıktan sonra daha önce var olan Zerdüştlük, Budizm ve diğer dinler, yerini İslam dinine ve onların hukuk sistemleri de doğal olarak yerini İslâm Hukukuna bırakmıştır⁹.

Günümüzdeki Afganistan devleti de bir İslâm ülkesidir ve bu ülkede yüzyıllardır İslâm ceza hukuku uygulanmaktadır. İslam hukuku tarihinde kanunlaştırma önerisi ilk kez Abdullah İbnu'l Mukaffa (ö.142/759) tarafından Abbâsî halifesi Ebû Câfer el-Mansûr'a (ö. 158/775) sunuldu, ancak bu öneri Ebû Câfer tarafından kabul edilmedi. Daha sonraki dönemde ise Ebû Câfer'in oğlu el-Mehdi Billah ve torunu Hârûnürreşîd (ö. 193/809), Mâlik b. Enes'ten el-Muvatta adlı eserini kanun hükmüne getirip onun devletin resmi hukuk kitabı olarak kullanılmasını istediler. Ancak İmam Mâlik, tüm bu teklifleri reddedip kabul etmedi.¹⁰ 13. yüzyılda Hindistan yarımadasında fetva kitaplarının derlenmesiyle birlikte genel anlamda hukuki düzenlemelerin yapılması süreci başlamıştır. Bu çabalar, Delhi Sultanlığı döneminde başlamış ve daha sonra da devam etmiştir. Her bölgenin mezheplerine uygun olarak hazırlanan bu fetva kitapları, ana kaynaklar olarak kabul edilmiş ve o bölgelerdeki mahkemelerde hükümler bu kitaplara göre verilmiştir.¹¹ Osmanlı İmparatorluğu döneminde, İslam hukuku esas alınarak hazırlanan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* adlı kanunnâme, İslam coğrafyasındaki kanunlaştırma çabalarına öncülük etmiş ve bu çabaların daha sonraki dönemlerde diğer İslam topraklarında hız kazanmasına yol açmıştır.¹²

Emir Abdurrahman Han zamanında (1880-1901), Hanefi mezhebindeki farklı görüş ayrılıklarını ortadan kaldırmak amacıyla, hâkimlere yol gösterici bir nitelik taşıyan "Esâsu'l kudât" adlı kitap oluşturuldu ve bu kitapta belirtilen prensiplere göre hâkimlerin davranmaları istendi.¹³ Emir Habîbullah Han zamanında (1901-1919),

⁹ Khwajamir, Mehtarhan, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, s. 8; Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan der Mesîr-i Târih*, 1/154.

¹⁰ İbnu'l Mukaffa, *Âsâr-i İbnu'l Mukaffa*, s. 317-318; Eş-Şesrî, *Taknînu's Şeria Beyne't Tahlîli ve't Tahrîm*, s. 12.

¹¹ Yaşaroğlu, M. Kamil, *Pakistan'da İslâm Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, s. 13; Khwajamir, Mehtarhan, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, s. 14.

¹² Eş-Şesrî, *Taknînu's Şeria Beyne't Tahlîli ve't Tahrîm*, s. 14.

¹³ Alikozai, Ahmed Can, *Esâsu-l Kudât*, s. 7.

"Sirâcu'l Ahkâm fi Muâmelâti'l İslâm" adlı 5 ciltlik bir kanun kitabı hazırlanmış ve hâkimlere yalnızca bu kitabı temel alınarak hüküm verme yetkisi verilmişti. Emanullah Han döneminde (1919-1929) ise ta'zîr cezalarını içeren "Nizamnâme-i Ceza-i Umumî" adlı 244 maddelik bir ceza kanunu hazırlandı. Bu dönemde ayrıca, birinci cildi medenî kanunun ikinci cildi Had, Kısas ve Diyetle ilgili ceza hükümleri kapsayan Temessuku'l kudâti'l-Emâniyye isimli bir kanun kitabı da hazırlanmıştı.¹⁴ Nihayet, 1976'de Davut Han tarafından daha geniş ve kapsamlı bir ceza kanunu çıkarılmış, ama bu kanunda sadece ta'zîr cezalarına odaklanılmıştı. Had, kısas ve diyetle ilgili cürm ve cezaları ise Hanefî fihına göre hüküm verilmesi gerektiği belirtilmişti.¹⁵ Bahsettiğimiz kanun, zaman içinde çeşitli dönemlerde bazı değişikliklere uğrayarak günümüze kadar varlığını sürdürmüştür. Ceza hukukunun resmileştirilmesinden sonra, hiçbir yasanın İslam hukukuna aykırı olamayacağı ilkesi anayasal düzeye taşınmıştır.¹⁶

Afganistan Anayasasında devletin dininin İslâm olduğu açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla İslâmî bir ülkede kanun koyucuların İslâm kurallarına ne kadar uyduklarını tespit edebilmek adına elimizdeki bu çalışmayı hazırladık. Hanefî Mezhebiyle Mukâyeseli Olarak Afgan Ceza Kanununda Cinsel Suçlar adlı çalışmamız ilim dünyasına katkı sunmasını amaçlıyoruz. Zira yapılan bu çalışma özelde Afganistan, genelde tüm dünya ülkeleri için son derece öneme sahip "Ahlak" mefhumu üzerinde durulacaktır. Ahlaklı bir nesil oluşabilmesi için gerektiğinde yaptırımlar uygulanmalıdır.

Ayrıca tezimizde Afgan Ceza Kanununda İslâm hukuk kurallarının ne derecede uygulandığını ve hangi noktalarda ihmal edildiğini tespit etmeyi amaçladık. Özellikle cinsel suçlar konusundaki hükümleri değerlendirmeyi Afgan Ceza Kanunundaki bazı eksikleri netleştirmeyi amaç edindik.

Araştırmamızda cinsel suçları, Afgan Ceza Kanunu ve Hanefî fihına göre karşılaştırmalı bir şekilde ele almayı planladık. Araştırmamızı Hanefî mezhebi ile

¹⁴ Habibi, Abdulhey *Cunbiş-i meşrutîye der Afganistan*, s. 54.

¹⁵ Kanun-i Ceza-yi Afganistan musevveb, 1976, md.1.

¹⁶ Khwajamir, Mehtarhan, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun kanunlaştırılması*, s. 87.

sınırlandırdık. Çünkü Afganistan'ın ceza kanununda genellikle Hanefî fikhının usûl ve yöntemleri benimsenmiştir.

Araştırmamızın konusuyla ilgili olarak, veri toplama açısından Afganistan anayasasını ve Afgan Ceza Kanununu merkeze aldık. Konuyu daha anlaşılır kılmak için, Bünyâd-i Âsya (Âsya Vakfı¹⁷) öncülüğünde çok sayıda hâkim ve öğretim üyesi tarafından hazırlanan Afgan Ceza Kanunu'nun şerhine de atıfta bulunduk. Ayrıca Afgan Ceza Kanunu ile ilgili şu ana kadar elimize ulaşan eserlere de müracaat ettik.

Konumuzla ilgili olarak Hanefî mezhebinin görüşünü ifade etmek için Hanefî mezhebinin aslî kaynaklarına başvurduk. Bu kaynaklardan bazıları şunlardır:

Serahsî'nin (ö. 483/1090) *el-Mebsût'u*, Kâsânî'nin (ö. 587/1191) *Bedâ'i'u's sanâ'i' fi Tertîbi's şerâ'i'* adlı eseri, Mevsilî'nin (ö. 683/1284) *el-İhtiyâr li Talîli'l Muhtar*. Bu eserler merkezinde şu sorulara da cevap bulmaya çalıştık: Cinsel suçlar konusunda İmam Ebû Hanîfe (ö. 150/767), İmam Ebû Yusuf (ö. 182/798) ve İmam Muhammed'in (ö. 189/805) görüşleri nelerdir? Cinsel suçlar konusunda âyet ve hadisleri nasıl yorumlamışlardır? Bu soruların cevaplarıyla mevcut konuyu mukayese yapmayı amaç edindik.

II. KONUNUN KAYNAKLARI

Bu çalışmamızın temel kaynağını; Afgan Ceza Kanununun maddeleri ve Hanefî mezhebinin temel eserleri oluşturmaktadır. Ayrıca Afganistan, İran ve Arap ülkelerinde ceza kanunu alanında modern çalışmalardan da istifade etmeye gayret gösterdik. Bununla birlikte araştırmamız boyunca gerek maddelerin daha iyi anlaşılması gerekse Hanefî mezhebinde muteber kabul edilen temel eserlerden İmam Ebû Hanîfe'nin görüşlerinin izini sürmek adına şu eserlere de başvurduk:

¹⁷ Asia Society (Âsya Vakfı), dünyayı Âsya ile tanıştırmayı amaçlayan bir kuruluştur. Bu derneğin Amerika'da (Houston, Los Angeles, San Francisco ve Washington DC) farklı yerlerde merkezleri bulunmaktadır. Hong Kong, Filipinler, Hindistan, Güney Kore, Çin ve Avustralya gibi diğer ülkelerde de birkaç merkezi bulunmaktadır. Tüm bu merkezler, New York'taki ana merkezin denetimi altındadır. New York'taki Asya Merkezi'nde Çin, Japonya, Hindistan, Güney Kore, Tibet, Nepal, Kamboçya ve Endonezya gibi Asya ülkelerinden önemli eserlerin sergilendiği bir müze bulunmaktadır. Asia Society, 1956'da John D. Rockefeller III tarafından kurulmuştur. <http://asiasociety.org/about/mission-history>

a) Çalışmamızın temel kaynağı, 1976'dan 2017 tarihine kadar yürürlükte olan ve 523 madde ve 13 bölümden oluşan Afgan Ceza Kanunu'dur. Bu kanun yeni düzenlemelerle birlikte 2016 yılında Adâlet Bakanlığı tarafından tekrar hazırlanıp yürürlüğe girmiştir. Araştırmamızda ceza kanunundaki cinsel suçlarla alakalı bütün maddeleri, suçların tarifi, unsurları ve cezaları bu kanundan istifade edilerek alınmıştır.

b) *Târih-i Kada der Afganistan* (تاریخ قضا در افغانستان) Hazretgül Husâmî tarafından 330 sayfa olarak 2010 yılında Afganistan'da İntişarat-ı Sayyid yayınevi tarafından Farsça olarak yayımlanmıştır. Bu eser, üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde yargı kavramı ele alınmakta ve yargının İslam öncesi ve sonraki dönemlerine dair farklı normları incelenmektedir.

İkinci bölümde ise Afganistan'da uygulanan yargı sisteminin İslâm'dan önceki ve sonraki şekilleri ele alınmaktadır.

Üçüncü bölümde ise Afganistan'ın 1919 yılında bağımsızlığını kazandıktan sonra Şah Emânullah Han döneminde (1919-1929) başlayan kanunlaştırma sürecinden, 1976 yılına kadar farklı dönemlerde çıkartılan Nizamnâmeler, Anayasalar ve yargı sistemleri incelenmektedir.

c) *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslâm* (حقوق جزای اختصاصی اسلام) Dad Muhammed Nezir'in 358 sayfada Farsça olarak kaleme aldığı bu eser 2015 yılında Kabil'de İntişarat-i Numani tarafından neşredilmiştir.

Bu eser üç ana kısımdan oluşmaktadır; Birinci kısımda had kısımları ele almıştır. Bu kısımda zina, kazıf, içki içme, hırsızlık, yol kesme, begâvet ve irtidad suçlardan bahsedilmektedir.

İkinci kısımda kısas ve diyetle ilgili konular ele alınmıştır. Bu kısımda kısas ve diyetle ilgili bütün imamların görüşleri zikrolunarak organlara karşı işlenen suçlar detaylıca bahsedilmiştir.

Üçüncü kısımda tâ'zîr gerektiren suçlar ele alınarak suçların ispat yolları belirtilerek liân ve yemin konularına değinilmiştir.

Dolayısıyla bu eser de çalışmamızda başvurduğumuz önemli kaynaklardan biridir.

d) Nasrallah İstanikzey tarafından Farsça kaleme alınan *Mebâd-i Hukuk* (مبادئ حقوق) isimli eseri 288 sayfadan ibaret olan 2008 yılında Kabil’de İntişarat-i Danişgah-i Kabil yayınevi tarafından neşredilmiştir. Söz konusu eser altı bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde hukuk kavramı tanıtılıp bu ilmin diğer ilimlerle ilişkisi açıklanmıştır.

İkinci bölümde ise hukukun kaideleri ve sıfatlarını izah edilerek hukuku teşkil eden kaynaklar belirtilmiştir.

Üçüncü bölümde ise hukukun gayeleri ve hedefleri izah edilmiştir.

Dördüncü ve beşinci bölümde ise bütün hukuk alanları taksim edilip hukuk kaynaklarına yer ver verilmiştir.

Altıncı bölümde ise kanun nasıl açıklanır, açıklanan mercî’de kimler olabilir gibi konular detaylıca izah edilmiştir.

e) *Hukuk-i Ceza-yi İslâm* (حقوق جزای اسلام) Sultaşah Sultani’nin telif ettiği 347 sayfadan oluşan bu eser 2016 yılında Kabil’de İntişarat-i Sekâfet yayınevi tarafından yayımlandı.

Bu eser on ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ceza terimleri ve istilahları, ikinci bölümde suçların rukünleri, üçüncü bölümden dokuzuncu bölüme kadar had cezaları onuncu bölümde ise ta’zîr gerektiren suçlar yer almaktadır.

Bu eser de Afganistan Ceza Hukuku ile mukâyeseli bir şekilde hazırlandığı için çalışmamızda büyük önem arz etmektedir.

ACK (Afgan Ceza Kanunu)’nun şerhlerinden birisi olan, *Şerh-i Kanun-i Ceza* (شرح قانون جزا) isimli 4 ciltlik eser, Bunyad Âsya tarafından hazırlanmış ve Çaphane-i Seyyid yayınevi tarafından 2018 yılında yayımlanmıştır. Ceza kanunu maddelerini daha iyi anlayabilmek için bu eser çok önemli bir konuma sahiptir. Nitekim araştırmamızda bu eserden de çok yararlandık.

Hanefî mezhebinin görüşlerini nakletmek için şu meşhur eserlere de başvurduk:

Serahsî'nin (ö. 483/1090) *el-Mebsût*.

Kâsânî'nin (ö. 587/1191) *Bedâ'î'u's-Sanâ'i' fi Tertîbi's-Şerâ'i*.

Burhânüddîn el-Mergînânî (ö. 593/1197) nin *el-Hidâye fi Şerhi'l-Bidâye*.

Mevsilî'nin (ö. 683/1284) *el-İhtiyar li Talîli'l Muhtar* adlı eserleri

Tezimizde ayrıca çağdaş bazı fıkıh eserlerinden de istifade edilmiştir ki bunları şöyle zikredebiliriz:

Ebû Zehrâ'nın (1898-1974) *el-'Ukûbe*.

Vehbe Zuhaylî'nin (ö. 2015) *el-fıkhu'l İslâmî ve Edilletuhu*.

Seyyid Sâbık'ın *el Fıkhu-s Sunne*.

Abdülkâdir Udeh'nin, *et-Teşri'u'l-Cinâ'iyü'l-İslâmî* adlı eserleri

Çalışmamızda Arapça, Farsça ve Türkçe kaynaklar da kullanılmıştır. Ancak bu alanda yazılan eserler genelde Arapça ve Farsça olduğu için bu kaynaklardan daha fazla istifade edilmiştir



BİRİNCİ BÖLÜM
AFGAN CEZA KANUNUNDA CİNSEL SUÇLAR

I. Afgan Ceza Kanununun Târihçesi

Bu dönem, İslâm'ın Afganistan'a girişinin (m. 7. yüzyıl) ardından Ahmed Şah Durrani'nin (ö. 1187/1773) Afganistan'ın kurucusu olarak yönetimde olduğu m. 1747 tarihine kadar olan süreci içermektedir. Bu zaman diliminde, günümüz Afganistan'ı henüz kurulmamış ve Horasan'ın bir parçası olduğu için, bu dönem Horasan adı altında ele alınmaktadır.

Afganistan Orta Asya'da yer alan bir ülkedir. Güney ve Doğu'sunda Pakistan'la, Batısında İran'la, Kuzeyinde Tacikistan, Özbekistan, Türkmenistan, Kuzeydoğusunda Çin ile sınırı bulunmaktadır.¹⁸

Afganistan ismi, günümüz Afganistan devletini kuran lider, Ahmed Şah Durrani tarafından 1747 yılında verilmiştir. Ahmed Şah Durrani, Afganistan'ı bağımsız bir devlet olarak kurarak Kandahar'ı başkent yapmış ve kendisini "Afganların Padişahı" olarak ilan etmiştir. O dönemde Afganistan toprakları, Fars İmparatorluğu ve Hindistan'daki Büyük Britanya İmparatorluğu'na komşu olacak şekilde genişletmiştir.

Ancak, günümüzdeki Afganistan'ın siyasi haritasının çizimi daha sonraki dönemde gerçekleşmişti. 19. yüzyılın sonlarına doğru, Büyük Britanya İmparatorluğu ve Rus İmparatorluğu arasındaki stratejik mücadelenin sebebiyle, Afganistan'ın siyasi sınırları etkilenmişti. 1893 yılında, Büyük Britanya ile Rus İmparatorluğu arasında Afganistan'ın kuzeybatı sınırlarının belirlendiği Durand Hattı anlaşması imzalanmış, bu anlaşma ile günümüz Afganistan'ının sınırları büyük ölçüde belirlenmiş ve modern siyasi haritası oluşturulmuştur.¹⁹

Afganistan'da ceza hukukunun henüz yasalaşmadığı ve İslâm dininin henüz ortaya çıkmadığı veya Afganistan'a ulaşmadığı bir dönemde, anlaşmazlıklar ve cezaî meseleler kabîle reisi tarafından örf ve âdetlere göre halledilirdi.²⁰ İslâm bu coğrafyaya

¹⁸ Mutanoğlu, Metin, *Afganistan Moğol İstilasından Amerikan İşgaline*, s. 13-16; Khwajamir, Mehtarkhan, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, s. 7.

¹⁹ Tanin, Zahir, *Afganistan der Kern-i Bistom*, s.19.

²⁰ Danış, Hafizullah, *Ceza Şinasi*, s. 163.

hâkim olduktan sonra, diğer İslâm dünyasında olduğu gibi²¹ Horasan (şimdiki Afganistan) da²² klasik İslâm Hukuku'nun uygulanmakta olduğu ve aynı şekilde Kâdılık sisteminin bulunduğu bilinmektedir.²³

İslâm'ın ilk dönemlerinde (m. 7. Yüzyıl) mahallî hükümdarlar tarafından yönetilen ve doğu ile batı dinlerinin etkisi altında olan Afganistan, özellikle Sâsânîlerin siyasi ve dini etkisi altındaydı. Söz konusu dönemde, Afganistan'ın batı kesimi, Sistan (Sicistan) ve Herat gibi bölgelerde Zerdüştlük dinine mensup ve Pehlevice dili konuşulan bir ülkeyken, Kandahar ve Argandab vadisi ile Hindukuş dağlarından Sind'e kadar olan Kuzey ve Doğu bölgeleri ise Ak Hun İmparatorluğu ve Kuşânîler tarafından yönetilmiştir. Diğer kalan bazı bölgeler, mahallî hükümdarların kendi yasalarıyla yönetiliyordu. Bu bölgelerde yaşayan insanlar, Budizm ve Brahmanizm inançlarına bağlı topluluklardı.²⁴ Afganistan'ın İslâm'la tanışmasından önce m. 7. Asırda bölgede Budizm ve Zerdüştlük dinlerinin yanı sıra güneşe tapınanlar, Hinduizm ve bazı Hıristiyan ekolleri de oldukça yaygın olarak varlığını sürdürüyordu.²⁵ Daha önce de belirtildiği gibi, İslâm'ın Afganistan'a gelişi sırasında, bugün Afganistan olarak bildiğimiz coğrafyada merkezî bir hükümet yoktu. Ülkenin kuzey, güney, doğu ve batısında farklı dil ve kültürlere sahip olan halk, mahallî hükümdarlar tarafından idare ediliyorlardı.²⁶

²¹ Imber, Colin, *Şeri'at'tan Kanuna* (Ebussuud ve Osmanlı'da İslâm Hukuku), s. 11.

²² Horasan ismi eski Farsça'da **hur** (güneş) ve **âsân** (**âyân** “gelen, doğan”) kelimelerinden meydana gelmiştir ve “güneşin doğduğu yer, güneş ülkesi; doğu bölgesi” anlamını taşımaktadır. İsim muhtemelen Sâsânîler zamanında ortaya çıkmış ve kısa zamanda yaygınlaşmıştır. Horasan târihte İran'ın kuzeydoğusunda yer alan çok geniş bir coğrafi bölgenin adı idi. Günümüzde bölgenin toprakları üç parçaya ayrılmış olup Merv (Mari), Nesâ ve Serahs yöresi Türkmenistan, Belh ve Herat yöresi Afganistan, kalan kısmı da İran sınırları içinde bulunmaktadır. En geniş kesimi İran'ın elindedir. Adı geçen iki devletle İran'ın diğer eyaletlerinden Mâzenderan, Simnân, Yezd, Kirman, Belûcistan ve Sistan'la çevrilidir; idarî merkezi aynı zamanda dinî bir merkez olan Meşhed'dir ve eyalete (ustân) Meşhed, İsferyân, Bucnûrd, Bircend, Tayyibat, Türbeticâm, Türbetihaydarî, Darrıgaz, Sebzevâr, Şirvan, Tabes, Firdevs, Kâbnât, Kûcân, Kâşmir, Gunâbâd ve Nîşâbur vilâyetleri (şehristan) bağlıdır. Horasan eyaletinin 1996 sayımına göre nüfusu 6.047.661'dir. Osman, Çetin, “Horasan”, *DİA*, 18/234-241.

²³ Wakili, Azizuddin, *Daru'l-Kaza der Afganistan*, s. 45-48.

²⁴ Habîbî, Abdulhey, *Târih-i Afganistan ba'd az İslâm*, s. 2-3.

²⁵ Habîbî, Abdulhey, *Târih-i Afganistan ba'd az İslâm*, s. 4; Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan der mesîr-i Târih*, s. 68-70.

²⁶ Habîbî, Abdulhey, *Târih-i Afganistan ba'd az İslâm*, s.147; Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 7.

Afganistan'ın İslam ile tanışması genellikle Hz. Osman (ö. 35/656) veya Hz. Muaviye (ö. 60/680) dönemlerine bağlanmasına rağmen, aslında İslam mücahidlerinin fetih hareketleri Hz. Ömer (ö. 23/644) döneminde başlamış ve bölgenin İslamiyet'in etkisi altına girmesi o dönemde gerçekleşmiştir.²⁷ Çünkü İslam ordusu Sasanların imparatorluğu sona erdiği zaman, Sâsânîlerin son hükümdarı olan Üçüncü Yezdgird'i Horasan'a (günümüz Afganistan'ına) kaçmaya mecbur bırakmıştır. İslâm'ın ikinci Halifesi Hz. Ömer, Ahnef b. Kays'ı (ö. 67/686-87) Yezdgird'i izini sürmekle vazifelendirmiş ve böylece günümüz Afganistan'ının fetih hareketleri de başlamıştır.²⁸ Lâkin Hz. Ömer döneminde başlatılan fetih hareketleri hemen tamamlanmamış, bazı bölgelerde fetihler dört Halife dönemi ve hatta Emevîler dönemi boyunca yaklaşık 130 yıl devam etmiştir.²⁹ Bahsedilen coğrafyalarda bulunan Zerdüştlük, Budizm ve diğer dinler, İslam'ın Afganistan'a girişinden sonra zamanla İslam'a yerini bırakıp ve bu dinlere mensup olan hukuk sistemi doğal olarak İslam hukukuyla değişmiştir.³⁰

İslam'ın Horasan'a girmesinin ardından, Emevîler ve Abbasîler dönemlerinde, diğer İslam coğrafyalarında olduğu gibi Afganistan bölgeleri de İslam hukukuyla idare olunmaya başlamıştır. İslam halifesi tarafından Afganistan bölgesine hakimler atanmış ve bu hakimler Kur'an ve Sünnet'e göre hareket etmiş, bütün işlerinde İslam hukukunu temel almışlardır. İmam-ı Âzam'ın vefatından sonra oluşan Hanefî hukuku, bu dönemdeki hükümlerde temel alınmıştır.³¹

Yukarıda verdiğimiz kısa açıklamadan sonra, odak noktamızın Afgan Ceza Kanunu olduğunu göz önünde bulundurarak, İslam'ın Afganistan'a girişinden 20. yüzyıla kadar olan süreçte İslam hukuk sisteminin işleyişini incelemek çalışmamızın sınırlarını aşacağından dolayı, konuyu 20. yüzyıldan itibaren ele almayı planladık.

²⁷ Saray, Mehmet, "Afganistan", DİA, 1/404.

²⁸ Habîbî, Abdulhey, *Târih-i Afganistan ba'd az İslâm*, s.147-148.

²⁹ Habîbî, Abdulhey, *Târih-i Afganistan ba'd az İslâm*, s.130. Khwajamir, Mehtarkhan, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, s. 7-8.

³⁰ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 8.

³¹ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 8; Daniş, Server, *Hukuk-i Esasi-yi Afganistan*; s. 697; Wakili, Azizuddin, *Daru'l-Kadâ Der Afganistan*, s. 45.

Çünkü kaynaklara göre ceza kanunu bu dönemde yazılmaya başlamıştır.³² Bu sebeple, Afganistan'da Ceza Kanununun oluşumunu ele alırken, konuyu "Afgan Ceza Kanunu'nun Oluşumu" başlığı altında incelemeye planladık.

A. Afgan Ceza Kanunu'nun (ACK) Oluşumu

Afganistan'da genel olarak hukuk sisteminin ve özellikle Afgan Ceza Kanunu'nun modern anlamda ortaya çıkışı Emânullah Han'ın hükümdarlık döneminde (1919-1929) gerçekleşmiştir. Zira bu dönem Afganistan hukuk tarihinde kanunlaştırma sürecinin başladığı dönemdir. Bu dönemden itibaren bütün anayasa ve ceza kanunları oluşturulmuştur.³³

Kaynaklardan öğrendiğimize göre, İslam'ın Afganistan'a girişinden sonra ülkede kâdılık sisteminin mevcut olduğu ve İslam hukukuna dayalı hükümler verildiği bilinmektedir. 19. Yüzyıl'dan bir örnek vermek gerekirse; Afganistan Padişahı Emir Abdurrahman Han döneminde (1880-1901), Ahmed Can Alikozaî tarafından "Esâsu'l-Kudât (أساس القضاة)" adında bir risale yazılmıştır. Bu risale, Hanefî fıkıh kitapları ve usûlleri temel alınarak hazırlanmış ve 136 fikhî kaidenin yer aldığı bir çalışmadır. Amacı, mezhep içindeki farklılıkların çözmek, hâkimlere rehberlik etmek ve faaliyetlerini kolaylaştırmaktır, ki bu hedef müellif tarafından risalenin giriş kısmında ifade edilmiştir.³⁴

Ayrıca, Ahmed Can Alikozai tarafından "*Destûru 'l-amel-i Hükkâm ve Zubbât* (دستور العمل الحكام و زبّات)" ismiyle yazılmış başka bir risale de bulunmaktadır. Bu risale, hâkimlerin adlî işlerle ilgili davalarında taraflar arasındaki anlaşmazlıkları kolayca çözebilmeleri, valilerin, başkanların ve yöneticilerin vazifeleri sırasında uymaları gereken kaideleri içermektedir. Bu eserde padişahın fermanıyla 1885 yılında Daru's-

³² Wakili, Azizuddin. *Daru'l Kadâ Der Afganistan*, s. 443.

³³ Daniş Server, *Hukuk-i Esasi-yi Afganistan*, s. 71. Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 9.

³⁴ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 9; Husâmi, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ Der Afganistan*, s. 44.

Saltana Sengi-ye yayınevi (انتشارات سنگيه دار السلطنه) Kabil’de basılmıştır.³⁵ Bu dönemde gerçekleştirilen başka düzenlemeler de mevcuttur.³⁶

Yine, Emir Habîbullah Han'ın (1901-1919) zamanında İslâmi ilimleri araştırmak, telif ve tercüme etmek amacıyla *Mahfil-i Mizan-ı Tahkikat-ı Şer’iyya* (محفل میزان تحقیقات شرعیه) adıyla bir araştırma merkezi kurulmuştur. Bu merkezde *Cem’iyet-i Telif-i Fetâvâ-yi Siraci’l-Ahkâm* (جمیعت تالیف فتاوی سراج الأحكام) ismi altında onbeş müfettiş, önde gelen elli meşhur âlim ve kâdılardan oluşan bir heyet Siracu’l-ahkâm’ın tamamlanması için vazifelendirilmiştir.³⁷ Abdurrahman Han döneminde başlatılan, ancak padişahın vefatı nedeniyle ertelenen ve Habîbullah Han'ın emriyle tamamlanan *Siracu’l-ahkâm fi Muâmelâti’l-İslâm* (سراج الأحكام في معاملات الإسلام) adlı eser, dört ciltten oluşmaktadır ve mukaddimede belirtildiği üzere Hanefî fıkıh kaynaklarından (metin, şerh, fetva ve hâşiye) istifade edilerek hazırlanmıştır.³⁸

Aynı şekilde bu dönemde hazırlanan bir diğer eser ise "*Tefsir ve İzah*" adlı risaledir. Bu risale 99 fikhî kaideyi içermektedir.³⁹ Ancak, bu dönemlerde hazırlanan risaleler ve fetva kitaplarına rağmen, bazı cezalandırmalarda İslâm'la tamamen bağdaşmayan durumlarla karşılaşılıyor. Örneğin, Abdurrahman Han döneminde suçluların sadece kendileriyle sınırlı kalmayıp tüm aile ve akrabalarına da sirayet eden ve İslâm hukukuyla hiçbir alakası olmayan cezaların uygulandığını görüyoruz. Kulakların kesilmesi, gözlerin çıkarılması, üzerlerine kaynar yağ dökülmesi ve insanların onur ve haysiyetini zedeleyen cezaların yaygın olarak uygulandığına dair tarih kaynaklarından bilgi edinmekteyiz.⁴⁰ Ancak babasının ardından tahta geçen Emir Habîbullah Han (1901), ülkenin iç işlerine dair bazı çalışmalar yapmış ve babasının dönemindeki suçlularla ilgili uygulamalarda değişiklikler getirmiştir. 9 Aralık 1912

³⁵ Wakili, Azizuddin, *Daru’l Kadâ Der Afganistan*, s. 369.

³⁶ Detaylı bilgi için bk: Ghulam Muhammed, Gubar, *Afganistan der Mesîr-i Târih*, 1/671.

³⁷ Habîbî, Abdulhay, *Cünbiş-i Meşrutiyet Der Afganistan*, s. 36; Wakili, Azizuddin, *Daru’l- Kadâ Der Afganistan*, s. 406.

³⁸ Wakili, Azizuddin, *Daru’l- Kadâ Der Afganistan*, s.406; Heyet, *Siracu’l-Ahkâm fi Muâmelâti’l-İslâm*, 1/5; Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu’nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 10.

³⁹ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu’nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 10; Husâmî, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ Der Afganistan*, s. 48.

⁴⁰ Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan Der Mesîr-i Târih*, 1/680.

tarhinde, kendi eliyle yazılmış olan "Mahbusin-i Kotvalay"⁴¹ isimli kitapta şu ifadelere yer vermiştir: "Bundan böyle suçluların kör edilmesini yasaklanmış ve yerine 12 yıl hapis cezası uygulanacaktır. Kulak kesme cezası yerine ise 6 yıl hapis cezası getirilmiştir. Şer'î cezalar dışında ise el kesmeye karşılık 10 yıl hapis cezası verilecektir. Tüm bu değişiklikler siyasi suçlular için de geçerlidir. Şer'î cezalarda ise "والسن بالسن بالجروح قصاص"⁴² âyetinin hükmü tatbik edilecektir."⁴³

Ancak kendi söyledikleriyle çelişkiye düşen Emir Habîbullah bir gencin kırmızı elbise giyip ata bindiğini arkadaşlarına anlatınca ve arkadaşlarının da onun emir olacağı yorumunu yapınca, Emir genci taşlatarak acımasızca öldürmüştür. Daha ilginç bir olay ise, babası zamanında bir kızın bir erkekle ilişkisinin olduğu suçlaması üzerine, Emir Habîbullah genç kadının iki gözünü bıçakla söküp almış ve kadının güzelliğini kaybetmesi sonucu kadın bu acı olayın etkisiyle intihar etmek zorunda kalmıştır.⁴⁴

Önceden bahsedilen dönemleri gözden geçirdikten sonra modern anlamda ceza kanununun ortaya çıktığı Şah Emânullah Han dönemi (1919-1929) hakkında da kısa bir açıklama yapmak istiyoruz.

B. Emir Şah Emânullah Han Dönemi (1919-1929)

Modern anlamda kanunların genel mimarı ve özellikle ceza kanununun öncüsü olan Şah Emânullah Han hakkında kısa bir bilgi sunarak, mevzumuzla ilgili bu dönemde çıkarılan nizamnâmelerin⁴⁵ açıklamasına geçeceğiz. Şöyle ki, Emânullah Han, 1892 yılında Kabil'in Paghman (Pağman) semtinde doğmuş olup soyu

⁴¹Kotvalay" kelimesi, Paştunca bir terim olup, Şer'i meseleler dışındaki davalara ilgilenen polis merkezindeki mahkemeyi ifade eder. Şer'i meseleler ise, Şer'i mahkemelerde görülürken diğer davalar bu mahkemelerde ele alınırđı. "Mahbusin-i Kotvalay" ise devlete karşı işlenen suçlardan dolayı cezaevine konan kişileri ifade eder.

⁴² Mâide, 5/45.

⁴³ Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan Der Mesîr-i Târih*, 1/701; Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 11.

⁴⁴ Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan Der Mesîr-i Târih*, 1/733.

⁴⁵ Afganistan'da o zamanlarda yürürlüğe konulan düzenlemelere Nizamnâme adı verilmişti. Bu ismin tercih edilmesinin sebebi, "kanun" terini halk tarafından olumsuz algılanmasıdır. Çünkü o dönemde "kanun" terimi, İslam'a aykırı ve Hıristiyan kültürüne dayanan bir kavram olarak görülmekteydi. Bu nedenle, bütün düzenlemelere ya Desturu'l amel ya da Nizamnâme adı verilmiştir. Bkz: Hazretgöl, Husâmî, *Târih-i Kadâ der Afganistan*, s. 56.

Muhammedzaî kabilesine dayanmaktadır. Babası Habîbullah Han, dedesi Abdurrahman Han, büyük dedesi Muhammed Afzal Han ve Muhammed Afzal Han'ın babası ise Muhammedzaî kabilesinin kurucusu olan Dost Muhammed Han'dır.⁴⁶ Muhammedzaî kabilesinin iktidarı Dost Muhammed Han ile başlamış ve Emânullah Han dönemiyle sona ermiştir.⁴⁷

Şah Emir Habîbullah, son yıllarında halkın ve çevresindekilerin kendisine karşı artan bir nefret beslemesine maruz kalmıştı. 18 yıllık krallık döneminin ardından, 20.Şubat.1919 senesinde Afganistan'ın Lağman şehrinde gece yatağında uyurken meçhul bir kişi tarafından suikaste uğrayarak hayatını kaybetti. Onun yerine payitahta vekil olarak bıraktığı oğlu Emânullah Han krallığını ilan etti..⁴⁸

Şah Emânullah Han, kraliyet dönemi boyunca talim, askerî ve hukukî alanlarda birçok reforma öncülük etmiştir. İslam'ın çağdaşlaşma ve kalkınma hareketinin başladığı bir dönemde, inkılapçı âlimler Cemaluddin Afganî (1838-1897) ve Muhammed Abduh (1849-1905) gibi öncülerin tohumlarını ektiği Batı'ya karşı özgürlük mücadelesinin cereyan ettiği bir zamanda iktidara gelmiştir.⁴⁹ Bu nedenle tahta çıktıktan hemen sonra Şah Emânullah Han, daha önce dış siyasetinde İngilizlere bağlı olan Afganistan'ın artık iç ve dış politikalarında bağımsız olduğunu ilan etme kararı almıştı. Ayrıca ülke içinde bir dizi reform gerçekleştireceğini duyurmuş ve yönetimde Kur'an'ın "*İş konusunda onlarla müşavere et*"⁵⁰ âyetine göre hareket edeceğini ilan etmiştir.⁵¹ Tahta çıktıktan sonra, ülkesinde hukukun hakimiyetini vurgulayan ve krallığı boyunca (1919-1929) birçok önemli reforma imza atan Emânullah Han, Afganistan'da ilk defa Kanun-i Esasî olarak adlandırılan temel yasaların ve aynı zamanda ilk Ceza Kanunu'nun yanı sıra birçok alanda yeni kanunların çıkarılmasına öncülük etmiştir. Bu çabalarıyla ülkede modern anlamda

⁴⁶ Resul, Seyyid, *Nigahi be Ahd-i Saltanat-ı Emanî*, s. 15.

⁴⁷ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 12.

⁴⁸ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s.12; Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan Der Mesîr-i Târih*, 1/782-784.

⁴⁹ Resul, Seyyid, *Nigahi be Ahd-i Saltanat-ı Emanî*, s. 20.

⁵⁰ Âli İmran, 3/159.

⁵¹ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 12; Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan Der Mesîr-i Târih*, 1/ 797.

hukuk sisteminin temellerini atarak kanunun tüm alanlarda uygulanmasını sağlamıştır.⁵²

Emânullah Han döneminde Ceza Hukuku Mahkemeleri, Islah ve Temyiz Mahkemeleri gibi birçok yargı organı kurulmuştur. Ayrıca bu dönemde ilk defa Adalet Bakanlığı kurulmuştur. Bu adımlarla Afganistan'da hukuk sistemi güçlendirilmiş ve yargı sistemi daha kurumsal bir yapıya kavuşturulmuştur.⁵³ Bu dönem modern anlamda kanunlaştırma faaliyetinin başlatıldığı bir dönem olarak öne çıkmaktadır.

Emânullah Han, ülkede düzeni sağladıktan sonra, devletin önemli meselelerini kapsayan adlî, idarî, ekonomik, medenî, cezaî, ticarî ve sosyal alanlarda yüzde seksenden (%80) daha fazla yasal düzenlemeyi hayata geçirmiştir.⁵⁴

Emânullah Han döneminde örnek olarak 1923 yılında Afganistan tarihinde bir ilki temsil eden "*Nizamnâme-i Esasiyye-i Devlet-i Aliyye-i Afganistan*" (نظام نامه اساسيه) (دولت عاليه افغانستان) adıyla anayasa çıkartılmıştır. Bu anayasa, hukukî kaidelere dayanarak ülkenin temel düzenini ve yönetim şeklini belirlemiştir.⁵⁵ Bu dönemde, ceza kanunuyla ilgili olarak önemli olan iki nizamname çıkarılmıştır. Bunlardan biri "Temessuku'l-Kudâti'l-Emaniyye" (تمسك القضاة الامانية) diğeri ise "Nizamnâme-i Ceza-yi Umumî" (نظام نامه جزايى عمومى) olarak adlandırılmıştır. Bu iki eser, Afganistan'da ceza hukukunun şekillenmesine ve modern anlamda düzenlenmesine önemli katkılarda bulunmuştur.

C. Temessuku'l Kudati'l- Emaniyye

Şah Emânullah Han (1919-1929) döneminde Abdul Vasi Kandahari tarafından telif edilen bu kanun, kralın fermanıyla hazırlanmıştır. Baş Kâdi'nın kontrol ve tasdik etmesinin ardından krala sunulmuş ve kralın onayıyla 1922 tarihinde "Matbaa-ı Sengi-

⁵² Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s.13; Husâmî, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ der Afganistan*, s. 69-70; Wakili, Azizuddin, *Daru'l- Kadâ Der Afganistan*, s. 462.

⁵³ Wakili, Azizuddin, *Daru'l- Kadâ Der Afganistan*, s. 443; Husâmî, *Târih-i Kadâ der Afganistan*, s. 73.

⁵⁴ Faryabî, Muhammed Azim, *Nigahî be Pişine-i Kanun Guzari Der Afganistan*, s. 119; Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 13.

⁵⁵ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 13; Daniş, Server, *Hukuk-i Esasi-yi Afganistan*, s. 71; Husâmî, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ Der Afganistan*, s. 69.

yi Mâşinhane-i Daru's-Saltana Kabil" isimli taş matbaada basılarak yürürlüğe girmiştir. Bu önemli kitap iki ciltten oluşmaktadır; birinci cilt Medenî Kanun'u, ikinci cilt ise Ceza Kanunu'nu içermektedir. Bu şekilde Afganistan'da modern anlamda düzenlenmiş olan bu eser, ceza hukuku alanında önemli bir adımı temsil etmektedir.⁵⁶ Bu kısmı ele alacak olursak, kitabın cezalarla ilgili ikinci kısmı önsöz, giriş, iki kitap, 18 bölüm, 10 fasıl ve 1113 meseleden oluşmaktadır. Önsöz bizzat kral tarafından yazılmış ve kanunun hazırlanma amacını şu şekilde açıklanmıştır:⁵⁷

1- Birinci olarak, kitapta bulunan meselelerin, herkes tarafından kolayca anlaşılabilmesi amacıyla Farsça olarak kaleme alınmıştır. Çünkü fıkıh kaynaklarının Arapça olması ve herkesin Arapça'yı anlamama olasılığı göz önüne alınarak, cevapların anlaşılır bir şekilde sunulması önemsenmiştir.

2- Bu kitabın bir amacı da mezhep içindeki anlaşmazlıklardan kaçınmak ve farklı düşünceler arasında bir uzlaşma sağlamaktır. Hanefî Mezhebinin müftâbih görüşleri, ihtilafları önlemek ve birleştirici bir yaklaşım sunmak amacıyla kullanılmıştır. Bu sayede, toplumda hukukî konularda ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümlenmesi ve birlikte hareket edilmesi hedeflenmiştir. Mukaddimede kral, kâdılar'ın bu kitapta yer almayan fıkhi meselelerde başka kaynaklara başvurmalarını yasaklamıştır. Eğer böyle bir durum ortaya çıkarsa, kâdıların Adalet Bakanlığı aracılığıyla bu meseleyi krala bildirmeleri gerekecekti. Bunun sonucunda, kral Şûra-yı Ulemâ (âlimler kurulu) aracılığıyla yeni bir ferman çıkartarak söz konusu meseleyle ilgili hüküm verecekti. Bu şekilde, kanunların eksiksiz ve güncel olması ve hukuki konularda netlik sağlanması amaçlanmıştır.⁵⁸

Şimdi bu kitab'ın içeriğini kısa bir şekilde izah etmek istiyoruz:

⁵⁶ Husâmî, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ Der Afganistan*, s. 54.

⁵⁷ Habib, Abdulhay Cünbiş-i Meşrutiyet Der Afganistan, s.54; Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 13.

⁵⁸ Kandaharî, Abdulwasi, *Temessuku-l Kudâti'l-Emâniyye*, 2/2-4; Husâmî, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ Der Afganistan*, s. 120-122; Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza kanununun İslam Ceza Hukuku Açısından değerlendirilmesi*, s. 14.

Temessuku'l-Kudâti'l-Emâniyye'nin (تمسك القضاة الأمانية) ikinci cildinin içerik kısmı:

1. Giriş: Had, Kısas ve Bunlarla Alakalı Meseleler ve Ceza Hukukuna Genel Bakış,

2. Birinci Kitap: Had Gerektiren Suçlar.

a. Had gerektiren suçlar; (Sirkat, manası, ispat yolları, şartları, cezası, uygulama şekli, çalınmış malın hükmü ve yok kesicilerin hükmü.)

b. Zina ile ilgili hükümler; (tarifi, ikrarın mahiyeti, şahitlik, cezaları ve uygulanacak şekli.)

c. İçki (şarap) içmek ve onunla alakalı hükümler.

d. Kazf ve onunla alakalı hükümler.

e. Ta'zîr cezaları.

3. İkinci Kitap: Cinayetler.

a. Kısas gerektiren ve gerektirmeyen cinayetler, kısastan muâfiyet, şahitlik, kâtilin ikrarı ve mecnû Aleyhin kabul veya reddi.

b. Sulh, af ve bunlarla alakalı hükümler, organların kısası.

c. Diyetler.

d. Çocuk ve ceninin hükmü, başkalarının duvarlarından, kaya ve benzeri ile meydana gelen eylemler hakkında hükümler.

e. Kesame halları, âkile halları.

4. Ekler:

a. Farklı Meseleler.⁵⁹

⁵⁹ Kandehârî, Abdulwasi, *Temesükü'l Kudâti'l Emaniyye*, s. 1-2.

D. Nizamnâme-i Ceza-yi Umumî

Şah Emânullah Han döneminde (1919-1929) Afganistan'da çıkarılan ve genel ceza hukukunu düzenleyen bir nizamnamedir. Bu eser, ülkede uygulanacak cezaların türlerini, miktarlarını, suçların sınıflandırılmasını ve cezaların infazıyla ilgili usulleri içeren kapsamlı bir ceza kanunudur. Emânullah Han döneminde yapılan kanunlaştırma faaliyetlerinin önemli bir parçası olarak görülen bu nizamname, ülkenin modern hukuk sisteminin temellerini atmada önemli bir rol oynamıştır.

1921 tarihli bu ceza kanunu, Afganistan'da ilk kez bu isimle çıkarılmış olup doğrudan ta'zir cezalarını içermektedir. Ta'zir cezaları, had, kısas ve diyetin herhangi bir nedenle düşmesi veya uygulanamaz hâle gelmesi durumunda devreye giren cezalardır. Bu kanun, cezaların hafifletilmesi veya belirli durumlarda esnetilmesi gerektiğinde kullanılmak üzere düzenlenmiştir. Bu ceza kanununda, suçlar iki farklı kategoriye ayrılmıştır. Ta'zir cezalarına ihtiyaç duyulan suçlar, kanunun kendisi tarafından belirlenmiş ve cezaların doğrudan bu kanuna göre uygulanacağını belirlemiştir. Diğer taraftan, had, kısas ve diyetle ilgili cezalar için ise *Temessuku'l-Kudât'n* (تمسك القضاة) esas alınması söylemiştir. Bu şekilde, her türlü suç için uygun ve adil bir ceza yöntemi belirlenerek adaletin sağlanması hedeflenmiştir.⁶⁰

Anılan ceza kanunu, toplamda 244 madde içeren kapsamlı bir yapıya sahiptir. Kanunun içeriği, giriş, üç ana bölüm ve 28 fasıldan oluşmaktadır. Aşağıda, kanunun genel yapısını kısa bir şekilde izah etmek istiyoruz:

1921 Târihli Nizamnâme-i Ceza-yi Umumî (نظام نامه ای جزای عمومی)

1- Giriş: Ceza Kanunu'nun Giriş Bölümü, suçların tanımı ve cezaların uygulamalarına dair genel kaideler ve hükümlerin yer aldığı kısımdır. Bu bölüm, suçlar ve cezalar hakkında temel açıklamaların yapıldığı, kanunun uygulanmasına dair genel ilkelerin belirtildiği bir kısımdır.

2- Birinci Bab: Ceza Kanunu'nda topluma karşı işlenen cürüm ve cinayetler.

⁶⁰ 1921 NCU, md.1; Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 16.

- a) Afganistan'ın İç ve Dış Güvenliğini Tahlikeye Atan Cinayetler.
 - b) Rüşvet, Hırsızlık.
 - c) Kamu Görevlilerinin Görevlerini Kötüye Kullanması.
 - d) Kamu Görevlilerinin Tarafından Vatandaşlara Karşı Cinayetler.
 - e) Zindanlardan Suçluyu Kaçırarak ve Suçlu Bir Kişinin Savunulması.
 - f) Resmi Mührü (Damga) Bozma ve Dolandırıcılık Niyetiyle Kullanmak.
 - g) Tezvir ve Aldatma,
 - h) Devlete ait Mekanları Ateşe Vermek.
 - i) Genel Ahlaka Aykırı Bir Davranışta Bulunmak.
 - j) İçki İçmek.
- 3- İkinci Bab: Bireylere Karşı İşlenen Cürüm ve Cinayetler.
- a) Çocuk Düşürmeyle Alakalı Cürüm ve Cinayetler.
 - b) Namuse Karşı İşlenen Suçlar.
 - c) Yalan Üzere Yemin Etmek.
 - d) Dedikodu ve İftira ile Alakalı Cezalar; Emanete İhanet.
 - e) Kumar.
 - f) İnsanlara Karşı Kötü Bir Davranışta Bulunmak.
 - g) Doktorlar, Cerrahlar ve Eczacılar ile Alakalı Suç ve Cezalar.
- 4- Üçüncü Bab: Küçük Suçlar veya Kabahatler Olarak Sınıflandırılan Suçlar.
- a) Devlet Memurlarının İşlediği Suçlar
 - b) Genel Kabahatler.

5- Ekler: Farklı Meseleler.⁶¹

Yukarıdaki bahsedilen kanun, 1925 yılında aynı ismi taşıyan yeni bir nizamnâme ile yürürlükten kaldırılmıştır.⁶² Halkın belli bir kesimi Emânullah Han'ın getirdiği reformlara ve kanunlara karşı sert tepki göstermiştir. İlk başta, insanlar çıkartılan kanunlara herhangi bir tepki göstermediler. Fakat sonraki süreçte, içeriden ve dışarıdan yapılan provokatif eylemler, genel olarak tüm kanunlara ve özelde *Nizamnâme-i Ceza-yi Umumi'*ye yönelik tepkilerin hızla artmasına sebep oldu ve hatta ayaklanmalara yol açtı.⁶³

Bu isyanlara rağmen kiral, Afganistan'ı diğer ülkelere tanıtmak ve Afganistan'ın diğer ülkelerle iktisadi, edebi ve siyasî ilişkilerini kurmak için Aralık 1927 ile Haziran 1928 yılları arasında yedi ay boyunca dünya gezisine çıkmış, İngiltere, Belçika, Rusya, Türkiye, İran, Mısır, Fransa, İtalya ve Almanya'yı ziyaret etmiştir.⁶⁴

Avrupa ülkelerinin iktisadî, siyasi ve edebi ilerlemelerinden etkilenen Şah Emânullah Han, dünya liderlerinin kendisine gösterdiği ilgiyle ülkesine döndüğünde tamamen değişmiş ve büyük ölçüde şımartılmıştı. Öncesinde mütevazı bir yaşam süren Şah, şimdi ise dünyevileşmeye doğru yönelmişti. Ülkeye dönüşünden hemen sonra ıslahatla hiç alakası olmayan işler yapmaya başlamıştır. Örnek vermek gerekirse, tatil gününün Cuma gününden Perşembe gününe değiştirilmesi, kadınların çadır denilen başörtüsü ve baştan tırnağa örten hicap kullanmalarının yasaklanması gibi değişiklikler yapılmıştır.⁶⁵

Bu tür düzenlemelerin etkisiyle halk arasındaki tepkiler giderek artmış ve ayaklanmalar yaygınlaşmıştır. Sonuç olarak, Şah Emânullah Han 14 Şubat 1929'da tahttan feragat ederek yerine kardeşini geçirmiştir. Ancak bu değişiklik halkı tatmin

⁶¹ 1921. *Nizamnâme-i Ceza-yi Umumi'nin* içerikleri.

⁶² Husâmî, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ Der Afganistan*, s. 102.

⁶³ Husâmî, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ Der Afganistan*, s. 125; Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 18.

⁶⁴ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 18; Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan Der Mesîr-i Târih*, 1/879; Sıddık Muhammed Telaş, *Berresi-yi Müsaferetha-yi Emânullah Han ez Nigah-ı Siyasî ve İktisadî*, s. 8-88.

⁶⁵ Sıddık Muhammed Telaş, *Berresi-yi Müsaferetha-yi Emânullah Han ez Nigah-ı Siyasî ve İktisadî*, 1/880.

etmemiş ve üç gün sonra kardeşi de Kabil'i terk ederek kaçmıştır. 1929 yılındaki ayaklanmaların önde gelen ismi Habîbullah Kalakâni, Şah Emânullah Han'ın yerine geçmiştir. Habîbullah, kendisine "Gazi Habîbullah Hâdım-i Din-i Rasûlullah" unvanını vermiştir.⁶⁶ Tarih kaynaklarına göre, Habîbullah Han döneminde Adalet Bakanlığı, Yargı ve Hukuk kurumlarının eksikliği belirgin bir şekilde görülmektedir. Bu yasal kurumların görevleri, Kabil Valisi Mâlik Muhsin ve Seyyid Muhammed Yaver tarafından yerine getirilmiş olup, hukukî ve cezaî meselelerle ilgili tüm kararlar, adı geçen kişiler tarafından alınmıştır.⁶⁷

Habîbullah Han, sadece dokuz ay görevde kaldıktan sonra Nadir Han tarafından devrildi ve birçok bakan ve yüksek rütbeli arkadaşıyla birlikte tutuklanarak idam edildi. Nadir Han, Habîbullah'ın yerine geçerek saltanatını ilan etti.⁶⁸

1929 yılında saltanatını ilan eden Nadir Şah, 10 maddede belirlediği politikayla önemli vurgular yapmıştır. İlk maddede, mevcut hükümetin ülkenin tüm işlerini İslâm şeriat'ı ve Hanefî mezhebine göre yöneteceğini vurgulamış, aynı zamanda şeriatın ülkenin bütün işlerinde daima hâkim olması için İhtisap Başkanlığının kurulacağını ve örtünme uygulamalarının İslâm dini ve şeriatına uygun olarak gerçekleştirileceğini belirtmiştir. İkinci madde ise rüşvet ve alkol yasağını içermektedir.⁶⁹

Buna göre tüm devlet memurlarının, Adalet Bakanlığına giderek işe başladığında insanlardan rüşvet, hatta hediye almayacağına dair Kur'ân üzerine yemin etmeleri gerekiyordu. Nadir Şah, 1929 yılında saltanatını ilan ettiği politikalar arasında alkolün Afgan Müslümanları için tamamen yasak olduğunu açıkça belirtmiştir. Alkol üretimi, alım-satım ve evde bulundurulması kesinlikle yasaklanmıştır ve içki içenlerin İslâm hukukuna göre ciddi cezalara çarptırılacağı ifade edilmiştir. Özellikle bir devlet memurunun alkol tüketimi durumunda, cezanın yanı sıra vazifeden de uzaklaştırılacağı beyan edilmiştir. Nadir Şah, bu politika ile İslâmî değerlere uygun bir

⁶⁶ Sıddık Muhammed Telaş, *Berresi-yi Müsâferetha-yi Emânullah Han ez Nigah-ı Siyasî ve İktisadî*, 1/897-898.

⁶⁷ Husâmî, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ Der Afganistan*, s. 140; Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 18.

⁶⁸ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza Kanunu'nun İslam Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, s. 18; Gubar, *Afganistan Der Mesîr-i Târih*, 2/932.

⁶⁹ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza kanununun İslam Ceza Hukuku Açısından değerlendirilmesi*, s. 19.

toplum yapısı oluşturmayı ve içki gibi zararlı alışkanlıkların önüne geçmeyi hedeflemiştir.⁷⁰

Nadir Han iktidara geldiğinde, Şah Emânullah Han dönemi boyunca çıkarılan tüm nizamnâmeleri ve ceza kanunlarını iptal ederek yürürlükten kaldırdı.⁷¹ Emânullah Han döneminde çıkarılan yasalara Nizamnâme denilirken, Nadir Han'ın iktidara gelmesiyle bu dönemde çıkarılan yasalara Usûlnâme adı verilmiştir. 1931 tarihinde "*Usûlnâme-yi Esasiyy-i Devlet Aliyye-i Afganistan*" (اصول نامه اساسيه دولت عاليه افغانستان) ismiyle ikinci bir anayasa çıkartılmış ve bu Usûlnâme, yargıyla alakalı hususları da içermektedir.⁷² Usûlnâme'nin 11. maddesinde, bireylerin kişisel özgürlüklerine büyük önem verilmiş ve tüm Afganistan vatandaşlarının şer'î hükümler ve Usûlnâme hükümleri çerçevesinde adaletli bir şekilde yargılanacağı vurgulanmıştır. Bu madde, hukukun üstünlüğü ilkesine dayanarak herkesin kanun önünde eşitliğini temin etmeyi amaçlamaktadır ve şer'î prensiplerin yargı sürecinde adaletin sağlanmasında önemli bir rol oynayacağını belirtmektedir. Nadir Han döneminde, tarihi kaynaklar incelendiğinde, Usûlnâme-yi Esasiyy-i Devlet Aliyye-i Afganistan'ın hiçbir şekilde uygulanmadığı, anayasa hükümlerinin göz ardı edildiği ve tüm kanunların kral ve iki erkek kardeşi (Muhammed Haşim Han ve Şah Muhammed Han) tarafından çıkarılmış sözler olduğunu görülmektedir. Bu durum, hukukun üstünlüğü ve adaletin sağlanmasına yönelik anayasanın esaslarının ihlal edildiğini göstermektedir.⁷³

8 Kasım 1933 tarihinde, Kabil'in *Çemen-i Kasr-i Dilkoşa* (چمن قصر دلگشا) bölgesinde, Muhammed Nadir Şah öğrencilere hediye dağıtırken bir lise öğrencisi olan Abdulhâlik Han tarafından silahlı saldırıya uğradı ve hayatını kaybetti. Bu olayın ardından Nadir Şah'ın 19 yaşındaki oğlu Zahir Şah, babasının yerine tahta geçti ve yaklaşık kırk yıl boyunca Afganistan'ın hükümdarı olarak kaldı. Muhammed Nadir Şah'ın saltanatı döneminde 1931 yılında çıkarılan "*Usûlnâme-yi Esasiyy-i Devlet-i Aliyye-i Afganistan*" isimli anayasa, 1964 yılına kadar yürürlükte kalmış ve bu süre

⁷⁰ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza kanununun İslam Ceza Hukuku Açısından değerlendirilmesi*, s. 19; Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan Der Mesîr-i Târih*, 2/952.

⁷¹ Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan Der Mesîr-i Târih*, 2/1001.

⁷² Daniş, Server *Hukuk-i Esasi-yi Afganistan*, s 701.

⁷³ Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan Der Mesîr-i Târih*, 2/957-1006; Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza kanununun İslam Ceza Hukuku Açısından değerlendirilmesi*, s. 20.

zarfında bazı yeni Usûlnâme'ler de çıkarılmıştır. Ancak 1964 yılında yeni bir *Esas-ı Kanun* daha kabul edilmiştir. Yine de 1931'de çıkarılan Usûlnâme'nin yargı ve cezalarla ilgili hükümleri, 1964 anayasasıyla birlikte hala yürürlükte kalmıştır.⁷⁴

Zahir Şah döneminde, farklı alanlarda 150'den fazla Usûlnâme, Esasnâme gibi isimler altında kanunlar çıkarılmıştır. Ceza hukuku alanında da birçok usûlnâme yayınlanmıştır.⁷⁵ Bu usûlnâmeler, ceza yaptırımlarını ve adalet sisteminin işleyişini düzenleyerek hukuki süreçlere rehberlik etmiştir.⁷⁶ Konumuzun kapsamını aştığı için hepsinin isimlerine çalışmamızda yer vermeyi gerek duymuyoruz.

Zahir Şah döneminin dikkate değer özelliklerinden biri, bu süreçte daha önce tercih edilmeyen "*kanun*" kelimesinin, anayasa dahil olmak üzere çıkarılan tüm yasal düzenlemeler için kullanılmış olmasıdır. Bu dönemde Afganistan'da hukuki alanda önemli adımlar atılmış ve yeni kanunlar çıkarılarak ülkenin yasal düzeni güçlendirilmiştir.⁷⁷ Bu dönemde çıkarılan kanunlara baktığımızda, önceki dönemlerde olduğu gibi İslam hukukunu içeren hiçbir fetva veya kanuna yer verilmemiştir. Ancak, bu kanunlarda mahkemelerin ve hakimlerin şeriat hükümlerine göre hüküm vermeleri gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bu durum, Afganistan'da hukuk sisteminin modernleşme çabalarına rağmen İslami hukukun etkisini hala koruduğunu göstermektedir. Hâkimlerin şeriat prensiplerine göre karar vermeleri, ülkenin İslam kültürü ve geleneğinin önemini yansıtmaktadır. Ama, belirtmeliyiz ki Zahir Şah'ın saltanatının sonlarına doğru bir ceza kanunu çıkartma çalışması başlatılmış ve bu çalışma Davud Han'ın saltanatında (1976) tamamlanmıştır. Günümüze kadar bazı değişiklikler yapılarak güncellenen bu ceza kanunu hala yürürlükte kalmaktadır. Bu kanun, Afganistan'da ceza hukukunun temel belgesi olarak önemli bir rol oynamaktadır ve ülkenin ceza yargı sistemini düzenlemektedir.⁷⁸

⁷⁴ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza kanununun İslam Ceza Hukuku Açısından değerlendirilmesi*, s. 20; Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan Der Mesîr-i Târih*, 2/1050; Daniş, Server, *Hukuk-i Esasi-yi Afganistan*, s. 701.

⁷⁵ Detaylı bilgi için bk. Seyr-i Kanunguzari Der Afganistan, s. 744-765.

⁷⁶ Usûlnâmeler hakkında bk. Husâmî, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ der Afganistan*, s. 236-242.

⁷⁷ Detaylı bilgi için bk. Seyr-i Kanunguzari Der Afganistan, s. 757.

⁷⁸ Husâmî, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ Der Afganistan*, s. 133; Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza kanununun İslam Ceza Hukuku Açısından değerlendirilmesi*, s. 21.

16 Temmuz 1973 tarihinde, Zahir Şah İtalya'da tedavi görürken, Afganistan'ın diğer bakanları ve üst düzey yetkilileri, Irak ve Amerikan büyükelçiliklerinde düzenlenen bir davete katılmıştır. Bu sırada, Davud Han liderliğindeki bir grup asker ve destekçi, kansız bir darbe gerçekleştirerek hükümeti ele geçirip iktidara gelmiştir. Davud Han, krallığı sona erdirerek cumhuriyet yönetimini ilan etmiştir. Böylece Afganistan, uzun süren monarşi yönetiminin ardından cumhuriyetle yönetilmeye başlamıştır.⁷⁹

Davud Han, iktidara geçiş yaptığı ilk konuşmasında krallık rejiminin sona erdiğini ve yerine cumhuriyet sistemini getirdiğini ilan etmiş, Zahir Şah dönemindeki tüm kanunların geçerliliğini yitirdiğini ve yerine demokratik esaslara dayanan yeni bir anayasa ve diğer yasaların çıkarılacağını vurgulamıştır. Bu dönemde Afganistan'da önemli yasal ve siyasi değişikliklerin yaşanacağı yeni bir dönemin başladığı belirtilmiştir.⁸⁰ Ne yazık ki, millete verilen yeni anayasa sözü uzun süre yerine getirilmedi ve gündeme gelmedi. Ancak, artan baskılar nedeniyle Davud Han, yeni anayasa çalışmalarına başlamak zorunda kaldı. Bu doğrultuda, kabinenin tüm üyeleri, başbakan yardımcıları, üst düzey bürokratlar, akademisyenler, generaller, ordu komutanları, düşünce liderleri vb. gibi önemli isimlerden oluşan bir komisyon seçildi. Ocak 1977'de hazırlanan taslak resmî gazetede yayımlandı ve kısa bir süre sonra Loya Cirge, yeni anayasayı onaylayarak kabul etti. Bu süreçle birlikte yeni anayasa yürürlüğe girmişti.⁸¹ 1976 tarihli Afganistan ceza kanunu, dönemin devlet başkanı ve başbakanı olan Davud Han tarafından 910 Sayılı Kararnâme ile hazırlanmıştır. Bu kanun, bakanlar kurulundan geçtikten sonra devlet başkanının onayına sunulmuş ve devlet başkanının onayıyla Eylül 1976'da resmî gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.⁸²

II. Afgan Ceza Kanununun Sistematiği

⁷⁹ Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza kanununun İslam Ceza Hukuku Açısından değerlendirilmesi*, s. 20; Ferhang, Muhammed Sıddik, *Afganistan der Penc Karn-i Ahîr*, 2/4-5

⁸⁰ Husâmî, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ Der Afganistan*, s. 254.

⁸¹ Ferhang, Muhammed Sıddik, *Afganistan Der Penc Karn-i Ahîr*, s. 39-40.

⁸² Husâmî, Hazretgöl, *Târih-i Kadâ Der Afganistan*, s. 307-308; Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza kanununun İslam Ceza Hukuku Açısından değerlendirilmesi*, s. 22..

Bir toplumda adaletin sağlanması o toplumdaki bireysel hak ve özgürlüklere bağlıdır. Kanun ve düzenlemelerin oluşturulması ve onların uygulanması, insanların canını ve malını güvence altına almaktadır. İnsanların sergiledikleri davranışların tamamen özgür olmadığı, sınırlı olduğun ve kanunlarda nasıl olması veya nasıl olamaması maddeler halinde izah edilmiştir. Kanunlar aslında toplumdaki ilişkileri düzenleyen normlardır. Bu ilişkiler sadece ülkedeki vatandaşlar arasında değil, aynı zamanda devletler arasındaki ilişkileri de kapsamaktadır.

Kamu hukukunun en önemli alanlarından biri olan ceza hukuku, insanlık tarihi kadar bir geçmişe sahiptir. İnsan, toplu yaşamaya başladığı günden itibaren, bireysel hak ve özgürlüklere yönelik ihlaller ve tecavüzlere karşı mücadele etmek için bu kanunlara ihtiyaç duymuştur. Tarih boyunca diğer sosyal olgular gibi ceza hukuku da farklı toplumlarda değişimlere uygun olarak değişmiş ve gelişmiştir. Ahlak, din ahkâmları, bilim adamlarının düşünceleri gibi bazı sosyal olgular ceza hukukunun bu aşamaya kadar gelmesine neden olmuştur.

Söz konusu ceza kanunu, 1976 senesinde Serdâr Muhammed Davud Han döneminde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun 523 maddeden oluşan ve kendi döneminde bölgenin en önemli ve kapsamlı kanunu olarak kabul edilmekteydi. Ancak bu kanunun üzerinden kırk yıl geçmesiyle birlikte ülkede ve dünyada büyük değişiklikler meydana gelmişken ve söz konusu kanunda yer almayan yeni suçlar ortaya çıktığından dolayı, kanunları eski hali ile uygulamak şuan için mümkün değildir.⁸³ Söz konusu kanunun en önemli noksanları arasından şunları sayabiliriz:

- a. Suçların kapsamlı bir şekilde tanımlanamaması.
- b. Cezaların ilkelerini beyan etmemesi.
- c. Bazı durumlarda suç ve ceza arasındaki orantısızlık.
- d. Ortak ve vekil kavramının karıştırılması.
- e. Büyük suçların cezaları için çok az nakdi ceza tayin edilmesi.

⁸³ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 1/44.

- f. En kısa hapis cezasının 24 saat olarak belirlenmesi, (Mevcut ceza ise kanununda polis gözetim süresinin 72 saat olarak belirlenmiştir.)
- g. Ahlaksızlığa karşı tahrik suçunda belirsizlik.
- h. Gasp suçunun tanımlanamaması.

Kanunun eksik ve noksaları giderebilmesi, uluslararası alanda kabul görmüş ilkeler ve kurallara uygun olması, hâkimler ve savcılara yol gösterebilmesi ve Afganistan halkının kolayca ulaşabilmesi için farklı bölüm ve başlıklarda düzenli bir şekilde bir kanun çıkarmayı gerekli görmüşler.

Bu hedef doğrultusunda bugünkü yürürlükte olan ceza kanununun, üzerinde uzun çalışmalardan sonra Adalet Bakanlığı ile işbirliği içinde bir heyet tarafından tasarlanmış, revize edilip ve yürürlüğe girmesi için hazırlanmıştır. Hükümet onayladıktan sonra 04/12/ 2017 tarihinde 256 sayılı hükümetin fermanıyla yürürlüğe girmesi için halka ilan edilmiş ve ceza kanun olarak uygulamaya geçmiştir. Söz konusu Ceza Kanunu 2 kitap, 116 bölüm ve 916 maddeden oluşmaktadır.⁸⁴

Afgan ceza kanununun tarihinde belirtildiği üzere İslam'ın Horasan (şimdiki Afganistan) topraklarına yayılmasından sonra tüm ceza kanunları yerini İslam ceza kanunları almıştır. Halihazırda yürürlükte olan Afgan Ceza Kanununun 2. maddesine göre had, kısas ve diyetle ilgili ceza yargılamasına İslam şeriatının Hanefî hukukuna göre değerlendirileceğine dair kayıdı mevcuttur.⁸⁵ Dolayısıyla bu ceza kanununun kaynaklarının temelinde genellikle İslam şeriatı, özel olarak ise Hanefî fihkî bulunmaktadır. Yani, geçmişte Emanullah Han döneminde ve günümüzde yürürlükte olan ceza kanunlarında, had, kısas ve diyet gibi suçlarla ilgili cezaların, İslam şeriatı ve Hanefî fihkına uygun olarak uygulanması belirtilebilir. Bu durumda, suçluların cezalandırılması ve adaletin sağlanması için bu dini kaynaklara dayalı hukuki esaslar doğrultusunda gerçekleşecektir.

Örneğin 1923 tarihli Nizamnâme-yi Esasiyye-i Devlet-i Aliyye-i Afganistan (نظامنامه ی اساسیه دولت عالیہ افغانستان) adlı Afganistan'ın ilk anayasasında ifade edildiği

⁸⁴ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 1/56.

⁸⁵ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 2.

üzere, adlî mahkemelerdeki davalarda, hükümlerin İslam şeriatına uygun şekilde verileceği belirtilmiştir.⁸⁶

Bugün Afganistan'da yürürlükte olan 1976 ve 2017 tarihli ceza kanunlarında, sadece ta'zir suçları ve cezaları ele alınmıştır. Had, kısas ve diyetle ilgili cezaların ise Hanefi fihna göre değerlendirileceği belirtilmiştir. Yani, kanunda yer alan hükümler ve cezalar ta'zir suçlarına dairdir ve bu suçlar için belirlenen cezalar kanunda açıkça ifade edilmiştir. Ancak, had, kısas ve diyet gibi suçlara dair hükümler ve cezaların, Hanefi mezhebinin hukuki prensiplerine uygun olarak uygulanacağı açıklanmıştır. Bu şekilde, hukuk sistemin hem Afganistan'ın ceza kanununa uygunluğu korunmakta hem de İslam şeriatı ve Hanefi fihının ilgili hükümleri dikkate alınmaktadır. Bu husus ceza kanununun ikinci maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: *'Bu kanun, ta'zir ile alakalı suç ve cezaları düzenlenmektedir. Had, kısas ve diyet ile ilgili suçlar İslam Şeriatı ve Hanefi fihına göre infaz edilecektir.'*⁸⁷

İfade ettiğimiz kanunda had, kısas ve diyetle ilgili bir hüküm verildiği zaman Hanefi fikh kaynaklarının görüşleri dikkate alınmaktadır. Kanunun içeriğini tablo şeklinde aşağıda şöyle göstere biliriz:

Afgan Ceza Kanunu (قانون جزای افغانستان) içerik tablosu:

Kitab/bab		Başlık
1.kitab/ 1.Bab	1-236	Genel Hükümler
1.bölüm/önsüz	1-4	Kanunun Kaynakları, Uygulanacak Sınırlar, Amaçlar ve İstilahlar
2. bölüm	5-15	Genel İlkeler ve Kurallar
3. bölüm	16-26	Zaman, Mekân ve Kişiler Açısından Kanunun Uygulaması.
2. Bab/1. bölüm	27-31	Cezaların Hafifliği ve Ağırlığı Bakımından Suçların Kavramları ve Türleri

⁸⁶ 1923 NEDAA md. 21.

⁸⁷ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 2.

2. bölüm	32-37	Suçların Unsurları/ Kanuni Unsuru
3. bölüm	37-46	Manevi/ Revani Unsuru.
4. bölüm	47-56	Suçlara Başlamadan Önce Durumlar.
5. bölüm	57-69	Suçun Failleri, Ortakları ve Yardımcıları.
6. bölüm	70-72	Suç İşlenirken Ortaya Çıkan Durumlar.
7. bölüm	72-78	Suçların Çokluğu (Bir Suç İşlendiği Zaman Diğer Suçlara Neden Olmak).
8. bölüm	79-83	Suçların Tekrarlanması.
3. Bab/1. bölüm	84-87	Cezai Sorumluluğu ve Engelleri.
2. bölüm	88-117	Cezai Sorumluluğun Önündeki Engeller.
3. bölüm	118-132	Mübahaliğin Sebepleri.
4. Bab/1.bölüm	133-136	Cezanın Genel Hükümleri.
2. bölüm	137-171	Asli Cezalar.
3. bölüm	172-177	Tabii/ Dolaylı Cezalar.
4. bölüm	178-183	Tekmili/ Tamamlayıcı Cezalar ve Türleri.
5. bölüm	184-206	Suçta Karşı Güvenlik Önlemleri.
6. bölüm	207-220	Cezanın Belirlenmesi ve Cezaların Ağırılığı ve Hafifliğinin Durumları.
7. bölüm	221-236	Cezanın Uygulanmasının Durdurulması Durumları.
2. kitap	237-916	Suçlar ve Cezalar.
1. bölüm	237-262	İç ve Dış Güvenliğe Karşı Suçlar.
2. bölüm	263-278	Terörizm.
3. bölüm	279-283	Terör Faaliyetlerinin Desteklenmesi.

4. bölüm	284-298	Kâğıt ve Madeni Paralarda Sahtecilik ve Cezası.
5. bölüm	299-322	Uyuşturucu Kaçakçılığı.
6. bölüm	323-325	Dinlere Hakaret.
7. bölüm	326-331	Stratejik ve Nükleer Silahlar Konusunda Suçları.
2.bab/ 1. bölüm	332-336	İnsanlığa Karşı Suçlar; Soykırım Suçları.
2. bölüm	337-340	Savaş Suçları.
3. bölüm	341-343	Hükümete Karşı Ayaklanma Suçları.
3.Bab/ 1. bölüm	344-349	Kamu Güvenliğine ve Düzenine Karşı Suçlar.
2. bölüm	350-353	Sivil Havacılık Düzenine karşı Suçlar.
3. bölüm	354-359	Kamuy Hizmet Eden Çalışanlarına Yönelik Saldırganlık.
4. bölüm	360-367	Ulaşım ve Teknolojiye İlgili Suçlar.
4. bölüm	368-369	Kamuya Ayıt Mülkiyetlerinin İmhası.
4.Bab/1. bölüm	370-387	Mali ve İdari İşlemlere Yönelik Suçlar; Rüşvet ve Cezası.
2. bölüm	388-398	İhtilas ve Cezası.
3. bölüm	399-418	Devletin Görevinden Kötüye Kullanımı ve Cezası.
4. bölüm	419-421	Yasa Dışı Mal Edinimi ve Cezası.
5. bölüm	422-435	Seçim ile İlgili Suçlar.
6. bölüm	436-444	Sahtecilik.
7. bölüm	445-449	Kamu Görevlilerinin Vatandaşa Karşı Gasp ve Kötü Davranışları.
8. bölüm	450-452	İşkence ve Cezası.
9. bölüm	453-457	Mührün Silinmesi veya Kırılması.

10. bölüm	458-460	Resmi Belgelerin Çalınması ve İmha Edilmesi.
5. Bab/1. bölüm	461-468	Adaletin Uygulamasına Karşı Suçlar.
2. bölüm	469-475	Adalete Hakaret ve Cezası.
3. bölüm	476-480	Yanlış Bilgi Vermek veya Doğruyu Söylemekten Kaçınmak.
4. bölüm	481-487	Yalan Üzerinde Şahitlik ve Cezası.
5. bölüm	488-494	Suçluyu Ceza Evinden Kaçırarak Ve Saklamak Suçu.
6.Bab/ 1. bölüm	495-497	Organize Edilmiş Suçlar.
2. bölüm	498-509	Kara Borsa ve Cezası.
3. bölüm	510-520	İnsan Kaçakçılığı.
4. bölüm	521-528	Göçmen Kaçakçılığı.
5. bölüm	529-545	Silahlar, Mühimmat ve Patlayıcı Maddelerle İlgili Suçlar.
7.Bab/ 1. bölüm	546-550	Kişilerin Hayatı, Bedensel ve Ruhsal Bütünlüğü ile İlgili Suçlar; Kasıtlı Öldürme ve Cezası.
2. bölüm	551-553	Ölüme Yol Açan Dövme veya Yaralama ve Cezası.
3. bölüm	554-556	Yanlışlıkla Öldürme ve Cezası.
4. bölüm	557-568	Trafik Suçları ve Cezaları.
5. bölüm	569-574	Cenin Düşürülmesi ve Cezası.
6. bölüm	575-584	Dövme veya Yararla Suçlar Ve Cezası.
7. bölüm	585-589	Hapis, El Koyma veya Özgürlüğün Kısıtlanması.
8. bölüm	590-599	Çocuk Kaçırma ve Cezası.
9. bölüm	600-604	Eşkivalık ve Cezası.

10. bölüm	605-608	Çocukların Askeri Birliklerde Çalıştırılmasının Yasaklanması.
11. bölüm	609-618	Çocuk Haklarını İhlal Eden Suçlar.
12. bölüm	619-622	Mesken/ Konutaia Alakalı Suçlar.
13. bölüm	623-626	Korkutma ve Cezası.
14. bölüm	627-631	Sırların İfşası ve Cezası.
15. bölüm	632-635	Hizmet Etmeyi Reddetme ve Cezası.
8.Bab/ 1. bölüm	636-642	İffet ve Ahlaka Aykırı Suçlar; Cinsel Tecavüz ve Cezası.
2. bölüm	643-645	Zina ve Cezası.
3. bölüm	646-649	Livata (Homoseksüellik) ve Cezası.
4. bölüm	650-652	Kavâdi (Pezevenglik) ve Cezası.
5. bölüm	653-667	Çocuğu Ahlaki Sapmalara İtmek Suçu.
6. bölüm	668-672	Çocuklara ve Kadınlara Eziyet Etmek Suçu.
7. bölüm	673-677	Kazf ve İftira Suçu ve Cezası.
8. bölüm	678-682	Hakaret ve Küfür ve Cezası.
9. bölüm	683-690	Alkol ve Akla Etkileyen İçeceklere Bağlı Suçları.
10. bölüm	691-693	Kumar Oynamak ve Cezası.
11. bölüm	694-698	Ölülere ve Mezarlara Saygısızlık Suçu
9.Bab/ 1. bölüm	699-714	Mülkiyete Karşı Suçlar; Menkul Malın Çalınması ve Gasp Etmesi.
2. bölüm	715-719	Arazi ve Gayri Menkul Malların Gaspı.
3. bölüm	720-724	Emanete İhanet ve Cezası.
4. bölüm	725-728	Aldatma ve Cezası.

5. bölüm	729-730	Bir Suçun İşlenmesinden Kaynaklanan Nesnelere Saklamak.
6. bölüm	731-741	Tarihi veya Kültürel Anıtlara Karşı İşlenen Suçlar.
7. bölüm	742-748	Fikri Mülkiyet ile İlgili Maddeler
8. bölüm	749-752	İmha, İtlaf ve Bir Yerden Başka Bir Yere Nakil Etmek Suçu.
10.Bab/1.bölüm	753-767	Vergi ve Ticaretle Alakalı Suçlar; Ticari Suçlar.
2. bölüm	768-776	İflasa Bağlı Suçlar.
3. bölüm	777-786	Mal Kaçakçılığı.
4. bölüm	787-794	Madenlere, Petrole ve Doğalgaz Karşı Suçlar
5. bölüm	795-799	Vergi Suçları.
6. bölüm	800-804	İhtikâr ve Cezası.
7. bölüm	805-806	Posta Tabelaları ve Basılı Nesnelere Taklidi ve Cezası.
11.Bab/1.bölüm	807-819	Çevre Tabiatla Alakalı Suçlar; Çevre ve Tabiata Karşı Suçlar ve Cezası.
2. bölüm	820-835	Ormanlarla İlgili Suçlar ve Cezaları.
3. bölüm	836-843	Su ile İlgili Suçlar ve Cezası.
4. bölüm	844-848	Arazi ile İlgili Suçlar ve Cezası.
5. bölüm	849-850	Doğal Afetle İlgili Suçlar ve Cezası.
12.Bab/1.bölüm	851-879	Siber Suçlar, Seyahat ve İkamet Belgeleri, Sağlıkla İlgili Suçlar, Tarım, Hayvancılık ve Çeşitli Suçlar ve Son Hükümler.
2. bölüm	880-885	Seyahat ve İkametle İlgili Suçlar ve Cezası.

3. bölüm	886-892	Sağlıkla İlgili Suçlar ve Cezası.
4. bölüm	892-900	Tarım ve Hayvancılıkla İlgili Suçlar.
5. bölüm	901-902	Nüfus Cüzdanı İle İlgili Suçlar.
6. bölüm	903-910	Kabahatler.
7. bölüm	911-916	Son Hükümler.

III. Afgan Ceza Kanununda Cinsel Suçlar

Afgan ceza kanununda cinsel suçların cezası için Hanefi fihına atıfta bulunur. Cinsel suçlar; had gerektiren cinsel suçlar ve ta'zîr gerektiren cinsel suçlar olarak sınıflandırılmıştır. Ta'zîr gerektiren cinsel suçlar ise şahıs ve umuma karşı suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁸⁸

Ana konuya geçmeden önce, suç ve cinsel kavramlarının, ceza kanununda ve hukukçuların görüşlerine göre ne anlama geldiğini açıklamak yerinde olacaktır.

Cürm (*Suç*) kelime olarak günah, yanlış⁸⁹ anlamına gelip, Farsça sözlükte günah, yanlış, renk, cisim, tecavüz ve gökteki cisimlerin isimleri anlamlarına gelmektedir.⁹⁰ Dehhuda sözlüğünde suç kelimesi tecavüz olarak tanımlanmaktadır.

Genel anlamıyla *suç*, emir ve yasaklardan oluşan kurallara aykırı hareket etmek veya kınanmayı ve cezayı gerektiren hâl olarak tanımlanmaktadır.

İslâm hukukçular *suç* için değişik terimler kullanmakla birlikte, *suçu*; “haram bir fiili yapıldığı takdirde ceza öngörülen, ya da yapılmaması durumunda bir fiili yapmamak” şeklinde tanımlamışlardır.⁹¹

⁸⁸ Nazir, Dâd Muhammed, *hukuk-i Ceza-yi İhtisâsî İslâm*, s. 18.

⁸⁹ Ustadi, Huşeng, *Ferheng-i Arabi be Farsi*, s. 212.

⁹⁰ Amid, Hasen, *Ferheng-i Farsi Amid*, 1/810.

Dehhuda, Ali Akber, *Lugatnâme-yi Dehhuda*, s. 96.

⁹¹ Ebu Zehre, *el-Ukûbe*, 1/ 25-27; Üdeh, Abdülkâdir, *et-Teşrî'u'l-Cinâ'iyü'l-İslâmî*, 1/66.

Mâverdî'ye (ö. 450/1058) göre *Suç*; Allah'ın had veya ta'zîr cezasını öngördüğü birtakım dinî yasaklardır.⁹² Serahsî (ö. 483/1090) *Suç*; " mala ve cana karşı işlenen şer'ân haram kılınmış bir fiil" olarak tanımlamıştır.⁹³

Yukarıdaki tanımlara göre, bir fiilin suç sayılabilmesi için, kendisinin yasaklanmış olması ve karşılığında bir cezanın konulmuş olmasının gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim modern hukukta da bir fiilin suç sayılabilmesi için, onun kanunda yasaklanmış olması gerekir.⁹⁴

Afganistan Ceza Kanunu açısından *suç*:

Afganistan yasama organı suç kavramını, Ceza Kanununun 27. maddesinde açık bir ifadeyle tanımlamıştır: *Suç*, kanun hükümlerine göre suç olarak kabul edilen, unsurları belirtilen ve cezası güvenlik tedbirleriyle belirlenen bir fiilin işlenmesi veya terk edilmesidir.⁹⁵

Cinsel suçlar; yasa koyucu tarafından suç olarak sayılmış ve fâiller için kanunda ceza öngörülmüş eylemlerdir. Erkek ile kadın veya erkekle erkek ya da kadın ile kadın arasında yasa dışı ve gayri meşru cinsel ilişkiler de bu kapsama dahildir.

A. Cinsel Tecavüz Suçu

Yasa koyucunun bakış açısından, bu bölümdeki ilk ve en önemli cinsel suç, tecavüzdür ki yedi madde altında detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Cinsel tecavüz, kamusal iffet ve ahlaka aykırı olmakla birlikte, başka bir insanın bedenine ve zihnine yapılan saldırıdır. Afganistan Ceza Kanunu, bireylerin mahremiyetini ve kamu onurunu korumak ve savunmak amacıyla bu suçla ciddi bir şekilde ilgilenmekte ve ağır cezalar uygulamaktadır. İslâm hukukunda cinsel tecavüze, günah ve memnu (*yasak*) bir fiil olarak bakılmakta ve haramlığının tartışılmasına gerek duyulmamış ve haramlığını inkâr eden kimsenin mürted (*dinden çıkmış*) olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle cinsel tecavüz, zina ile aynı değildir. Her ne kadar bu iki fiil aynı değilse de bazı ortak noktaları da vardır. Aslında cinsel tecavüz, mağdurun rızası olmadan,

⁹² Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniye*, s. 221.

⁹³ Serahsî, *el-Mebsût*, 27/84.

⁹⁴ Koçak, Muhsin ve diğerler, *İslâm hukuku, Aile Hukuku ve Mirâs Hukuku*, s. 422.

⁹⁵ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 27.

zorlama ve istek dışı yapılan cinsel ilişkidir. Kanun koyucu, ahlakî çirkinliğin boyutunu, topluma ve bireylere verdiği zararı göz önünde bulundurarak bu suç için uygun cezayı belirlemiştir.

Afgan Ceza Kanunu'nun 636-642. maddeleri arasında cinsel tecavüzün tanımı, unsurları ve cezası açıkça izah edilmiştir.

Afgan Ceza Kanununun 636. Maddenin 1. fıkrasına göre cinsel tecavüz: *Kişi, zorla veya tehdit ile yahut korkutucu araçlarla, başka birine bedensel ya da ruhî zaafalarını kullanarak, erkek olsun kadın olsun fark etmeksizin, mağdur kalan şahsın kendi iradesini bildirmemesini kullanmak suretiyle yahut bayıltacak ilaçlarla veya aklını gideren diğer şeyleri yedirerek, onunla cinsel mukarebete girer veya organları yahut başka eşyaları onun ön veya arka tarafına idhâl ederse(sokarsa),cinsel saldırıyı işlemiş olarak görülür.*⁹⁶

Aynı maddenin İkinci fıkrasına göre: *Cinsel saldırıda haddin şartları şüphe veya herhangi bir sebepten dolayı bulunmazsa, fâil bu bölüm hükümlerine göre cezalandırılır.*⁹⁷

1. Tanımı

Cinsel Tecavüz: Bir kişinin cinsel organının veya parmak gibi vücut azalarının, kadının cinsel organına (Ferc) veya anüsüne rızası olmadan sokulmasıdır.⁹⁸ Afgan hukukçular cinsel tecavüzü mahiyetine göre şu şekilde tanımlamışlardır:

Karşı tarafın ihtiyarını selb ederek, zorla zina veya livâta eylemidir.⁹⁹

Elbette şunu belirtmemiz gerekir ki, bazı ceza hukukçularının cinsel saldırıyı, *Tecavüz be Unf*¹⁰⁰ (şiddetle tecavüz) veya *zina 'i be Unf* (şiddet ve ikrah ile zina) olarak

⁹⁶ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 636.

⁹⁷ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 636.

⁹⁸ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/414; Nâtikî, bâkır, *Siyâset-i Cinâyi İslâm ve Hukuk-i Ceza-yi Afganistan der Cerâimî Cinsi*, s. 45.

⁹⁹ İstanikzey Nasrullah, *Kamus-i İstilahâti Hukuki*, s. 65.

¹⁰⁰ تجاوز بالعنف

tanımlamışlardır. Aslında bahsi geçen ifadeler cinsel saldırı kavramını ifade etmektedir ve cinsel saldırıdan hiçbir farkı yoktur.

2. Unsurları

Bir suç eyleminin temel unsurları, yasama organının onu suç olarak tanımlaması ve suç işleyenler için yasal yaptırımlar öngörmesi şeklinde belirlenir. Cinsel saldırı da bu unsurlara sahiptir. Bahsi geçen suç, diğer suçlar gibi hukuki, maddi ve manevi olmak üzere üç unsura sahiptir ve suçlunun suçlu olarak kabul edilmesi için, bu üç unsurun mahkeme tarafından kanıtlanması gerekmektedir. Bu şekilde, kanunun gerekli hükmü verilerek, şüphelinin suçsuzluğu veya suçluluğuna dair kesin bir karar verilebilir.

Kanuni Unsuru: Afgan Ceza Kanunu'nun 2. Maddesine göre, bu kanun sadece ta'zir'i suç ve cezaları ele almaktadır.¹⁰¹

Eğer ceza kanununun ikinci maddenin birinci fıkrasına dikkatlice bakılırsa, kanun bu suçu (had ve ta'zir) iki boyutlu olduğunu açıkça işaret etmektedir. Ceza kanunu sadece tazir'i kısmı ele almaktadır, Had boyutunu ise Hanefi fıkıh ve İslam şeriatına yönlendirmektedir.

Cinsel tecavüz suçunu belgelemek için, Hanefi kaynaklarına başvurmak gerekmektedir. Bununla birlikte, bu konuda kanun maddeleri de mevcuttur, ancak bu maddeler cinsel tecavüzün yalnızca tazir'i cezasını belirtmektedir. Ceza Kanunu'nun 636. maddesi ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Hakkındaki Kanun'un 17. maddesinin 1. ve 2. fıkraları, cinsel tecavüzün kanuni unsurlarını oluşturmaktadır.

Maddî unsur: Tecavüz suçunun maddî unsurunun birinci kısmı; penisin veya vücut azalarının ya da herhangi bir şey ile olumlu bir şekilde kadının cinsel organına veya kadın ya da erkek anüsüne duhul etmesidir.

Yaptığımız tanıma göre dört maddeyi izah etmemiz gerekir duhul aletleri, duhulün yeri, mağdur, duhulün miktarı.

¹⁰¹ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 2.

Duhul aletleri: Duhul, cinsel organları ile, ya da parmak gibi vücut azaları ile olmalı.

Duhul yeri: Kadının cinsel organı veya canlı bir insanın makatı olmalı. Ağız ve benzeri vücudun diğer menfezleri cinsel saldırıya dâhil olmaz.

Mağdur: Canlı bir insan olmalı ki bu konuda erkekler, kadınlar, çocuklar ve yetişkinler eşittir ve genel anlamda herkesi kapsar.

Duhul miktarı: Kanuna göre duhul haşefe¹⁰² kadar olmalı, bundan daha azı duhul kapsamına dâhil olmaz.¹⁰³

Mağdurun rızası dışında: Tecavüz suçunun maddî unsurunun ikinci kısmı, mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermemesidir. Yani, zorlayarak veya tehdit edici araçları kullanarak ya da mağdur kişi kendinde olmadığı sırada tecavüze uğradığı durumlarda olmalı.¹⁰⁴

Kadına karşı tecavüz suçunun gerçekleşmesi için, evlilik ilişkisinin olmaması şartına bağlıdır. İki kişi arasında kanunî ve hukukî bir evlilik ilişkisi varsa ve şeriat'ın izin verdiği şekilde duhul gerçekleşmişse, bu tecavüz veya zina değildir; ancak fâil ile mağdur arasındaki evlilik ilişkisine rağmen zorla livâta veya cinsel organına ya da makatına başka eşyaları sokarak, böyle bir davranışta bulunursa, cinsel saldırı kapsamına dâhil olmaz; livâta suçu ya da kadına yönelik şiddet kategorisine girebilir.¹⁰⁵

Mânevî unsur: Söz konusu maddede, fâilin bu suçu kasıtlı bir şekilde işlemiş olması belirtilmese de; ceza kanunu maddesinin içeriğine göre bu suçun kasten işlendiğine dair şüphe yoktur. Dolayısıyla, fâilin bilerek ve isteyerek duhul fiilini

¹⁰² Haşefe: erkeğin üreme organının baş kısmı.

¹⁰³ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/415.

¹⁰⁴ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/417.

¹⁰⁵ Kadına Yönelik Şiddetin Yasaklanması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 3. fıkrasında şu ifadeler yer almaktadır: Cinsel tecavüz; zorlama veya ikrah altında, bir yetişkin kadına karşı cinsel eylemlerde bulunmak veya bir kadının iffetini ve namusunu ihlal etmek anlamına gelir; Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/416

gerçekleştirmiş olması ve ayrıca mağdurun rızasının olmadığına da bilinmesi gerekir.¹⁰⁶

3. Şartları

1.Şiddetin varlığı: İkrâh, bir kişinin isteği veya rızası olmadan bir eylemin gerçekleştirilmesi için zor kullanılmasıdır ve bu genellikle, karşı tarafın özgür iradesinin ortadan kaldırılması yoluyla gerçekleştirilir.

Bu nedenle, cinsel tecavüz, bir kadının özgür iradesinin elinden alınması yoluyla ve zor kullanarak zina gibi haram bir eylemin işlenmesidir.¹⁰⁷

2. İki karşı cinslerin varlığı: cinsel tecavüz de fâil ve meful erkek ve kadın olmalı; yani zina fâili kesinlikle erkek olmalıdır ve kadın cinsel tecavüzün fâili olamaz.¹⁰⁸

3. İlişki gayri meşru (yasa dışı) olması: Cinsel tecavüz suçu, erkek ve kadın arasında evlilik ilişkisi olmadığı halde gerçekleşir. Yani eğer erkek ve kadın aralarında evlilik bağı olursa eylem, cinsel tecavüz suçu kapsamına girmez.¹⁰⁹

4. Suçu işleyebilmesi için uyuşturucu veya bilinç kaybı sağlayan ilaçların karşı tarafa yedirebilmesi:

Her ne kadar eski ceza kanunu bilinç kaybı sağlayan ilaçları veya zihni etkileyen maddelerin yedirilmesi konusunda herhangi bir kanun ele almamış olsa da, mevcut ceza kanunu bu konuyu ciddi bir şekilde ele almış ve cinsel tecavüz suçunu koşullarından biri olarak belirlemiştir.¹¹⁰

5. Kanuni yaş sınırının tamamlanmaması: Afgan Ceza Kanunu'nda kanuni yaşı tamamlanmayan kişilerin cinsel tecavüzünde (eylemin gerçekleştirilmesine rıza göstermekle birlikte) bulunursa, eylem cinsel tecavüz suçuna dâhil olur. Yani eğer erkek veya kız kanuni yaşlarına gelmemiş ise ve başka biri onlarla rızası ile zina veya livâte fiilini yapmış ise, onların rızası kesinlikle kanun tarafından kabul edilemez;

¹⁰⁶ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/417

¹⁰⁷ Rıza-i Ghulamhayder, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi*, s. 34.

¹⁰⁸ Rıza-i Ghulamhayder, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi*, s. 64.

¹⁰⁹ Rıza-i Ghulamhayder, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi*, s. 64.

¹¹⁰ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 636.

kanunun 638. maddesine göre suçu işleyen kişi yargıç tarafından yargılanıp cezalandırılacaktır.

6. Mağdurun bedensel veya zihinsel engelliği: cinsel tecavüz suçunun koşullarından biri, mağdurun bedensel veya zihinsel engelliğidir. Yani suçlu mağdurun bu durumunu bildiği halde onun rızası ile birlikte ilişkiye girerse, kanun tarafından mağdurun rızası itibar edilemez ve kanunun 636. maddesine göre suçlu yargıç tarafından yargılanıp cezalandırılacaktır.

4. İspat yolları

Cinsel suçlar arasında en ağır suçlardan biri olan cinsel tecavüz, son zamanlarda toplum da büyük bir sorun haline gelmiştir. Cinsel tecavüz suçlusu, mağdurun rızası olmaksızın zorla cinsel ilişkiye girmiş ve bu eylemi gerçekleştirirken mağdura ciddi zararlar vermiştir. Bu nedenle, cinsel tecavüz suçu, hukuk sistemimizde ciddi bir suç olarak kabul edilmiştir.

Cinsel tecavüz suçlusu, sadece mağduru cinsel olarak taciz etmekle kalmaz, aynı zamanda onun kişilik haklarına da saldırır. Bu tür suçların cezası, suçun ağırlığına ve mağdura verilen zararın boyutuna bağlı olarak değişebilir.

Bu suçun (had ve ta'zir) iki boyutlu olması nedeniyle ilk olarak had suçlarından biri olarak kabul edilmekte ve daha sonra had şartları bulunmadığı halde, ta'zir suçu olarak kabul edilir. suçun ispatlanması da her iki yönden değerlendirilebilir.

Aslında, cinsel tecavüz suçlusu, zorla zina (Zinâ-i be Unf) suçunu işlemiştir ve had şartların oluşması durumunda, tecavüz suçlusu zina haddiyle cezalandırılır.

a) Had olarak ispatlanması

İkrar (İtiraf)

İslam hukuku ve Afgan Ceza Kanuna göre itiraf, suçların ispatlanabilmesi için delillerden biri olarak kabul edilmektedir. Yani bir kişinin işlemiş olduğu suçunu itiraf etmesi, onun suçlu olduğunun belirlenmesinde önemli bir faktör olarak değerlendirilebilir.

İkrarın tanımı: Sözlükte itiraf, hak üzerinde itiraf etmek ve bir konuyu açık ve net bir şekilde beyan etmek anlamına gelir. İstılahta; medeni konularda, başkası için hak üzerinde haber vermek ve kendi aleyhine olan gerçekleri açıklamak anlamına gelmektedir.

Afganistan Anayasasının 30. Maddesine göre: Bir suçun itirafı, suçlunun tam rızası ve akıl sağlığıyla yetkili bir mahkeme huzurunda suçu itiraf etmesi gerektiği anlamına gelmektedir.¹¹¹

Şartları:

1- İtiraf birkaç mecliste gerçekleşmelidir. Her mecliste hâkim tarafından bir itiraz da bulunmalı ve dördüncü celseden sonra, şahıs yaptığı işi kabul etmeli ve itiraf ayrıntılı olmalıdır. Hâkim, zinanın genel anlamı ile özel anlamı arasında bir uyum olmaması için tüm şüpheleri ortadan kaldırmalı; yani bazı hadislere göre göz, el vb.¹¹² zina yapar ifadesi geçmektedir ki kastedilen mecazi değil, akla ilk gelen anlam ile zinadır.

2- İkrar eden kişi konuşabilmelidir. Zina fiilini itiraf ederken, hukukçular kişinin konuşabilmesi gerektiğini şart koymuştur. Çünkü itiraf lafız ve kelâm ile söylenmelidir. Yazı veya işarete dayalı olarak kanıtlanamaz. Çünkü ima ve yazı kinaye olarak kabul edilir ve hudutların ispatı kinaye ile kanıtlanmaz.¹¹³

3- Hâkimin huzurunda itiraf edilmeli ve hileden kaçınılmalıdır. Zina suçunun bir diğer şartı da ikrarın hâkim huzurunda yapılmasıdır. Dolayısıyla itiraf mahkeme dışındaysa, kabul edilmez. Ayrıca hâkim itiraf eden kişiye yüz vermemeli, tıpkı Hz. peygamberin Hz. Maiz'den yüz çevirdiği gibi davranmaya çalışmalıdır. Ayrıca hâkim, itiraf almak için hileye başvurmamalı ve kişiyi itirafa teşvik ve telkin etmemelidir.

4- İtiraftan dönüş (vazgeçmek): Zina veya cinsel suçunda cezanın tamamlanmasından önceki tüm hallerde, suçlu itirafından geri çekilirse had uygulanmaz. Yani mahkeme kararını beyan etmeden önce ve ondan sonra veya

¹¹¹ KAEA, md. 30.

¹¹² Müslim, "Kadar", 6753; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 14/96.

¹¹³ İbn-u Hûmâm, *Şerh-i fethu-l Kadir*, 4/117.

hükmün infazından önce veya infaz sırasında itirafçı itirafından dönerse cezanın uygulanması durdurulur. İtiraftan dönüş bazen açık sözle bazen de itirafın geri döndüğünü gösteren bir eylemle yapılır. Örneğin: birisi dese ki ben yalan üzerine itiraf etmiştim aslında zina suçunu yapmamışım veya mahkûm itirafa aykırı bir şey gösterse. Örneğin: cezanın infazı sırasında kaçması gibi. Böyle bir davranış itirafından geri dönmesi olarak kabul edilir ve cezayı tekrar uygulamak için suçlu tutuklanmayacaktır.¹¹⁴

Şehâdet (Tanıklık)

İslam şeriat'ı ve Afgan Ceza Kanununa göre, zina veya cinsel tecavüz suçunu kanıtlamanın delilleri arasında tanıklık da yer almaktadır. Bunun sebebi, Kuran-ı Kerim'de zina suçunun kanıtlanması için belirlenen deliller arasında şehâdet'in de yer almasıdır.

Şehâdet'in tanımı: bir kimsenin söz konusu olayla ilgili soruşturması sırasında görerek veya işiterek ve yetkili mahkeme önünde yemin ederek yaptığı beyandır. Ceza kanuna göre yazı ve işaret dilsiz bir şahıs için beyan hükmü olarak değerlendirilir.¹¹⁵

Şehadetin genel şartları:

Kur'an-ı Kerim ayetlerine göre zina suçunda tanık sayısı dört şahıs olmalı: *(İffetli kadınlara zina suçu isnat edip de sonra dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun.)*¹¹⁶ Bu konuda tüm İslam âlimler hemfikirdir. Zina suçunu şahitlerin şehadetine göre ispat etmek zor bir yoldur. Ve Allah iffetli kadınları ithamdan korumak için zor şartlar koymuştur ki herkes namuslu kadınları, şüpheleriyle ve tahminleriyle incitmesinler. Eğer biri bir kadına zina ettiğini iddia ederse, dört şahit getirmesi gerekir, aksi takdirde kendisine kazf cezası uygulanır. Bu nedenle Peygamber efendimiz (s.a.) ashabına, *akrabalarınız zina iddiasında bulunsalar bile, iddianızı ispat için dört şahit getirmelerini, aksi takdirde seksen defa*

¹¹⁴ Nâtıkı, Bakır, *Siyâset-i Cinâ-i İslâm ve Hukuk-i Ceza-yi Afganista der Cerâimi Cinsi*, s. 77; Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/435.

¹¹⁵ Kanun-i İcrâti Ceza-yi, md. 23.

¹¹⁶ Nur 4/64.

*kirbaçlanacağını tavsiye etmiştir.*¹¹⁷ Bu bağlamda Hz. Peygamber'den çok sayıda rivayetler gelmiştir ki ikinci bölümde detaylı bir şekilde üzerinde duracağız.

Zina suçun ispatlanması için herhangi bir kişinin şahitliği kabul edilemez. Şâhitliğin genel şartlarına ed olarak (buluğ, akıl, İslam, hafıza, konuşma, görme, adalet vb.) özel şartları da vardır. Bunlardan bahsetmek gerekir.

1- Şâhitlerin sayısı dört olmalı: Daha önce de belirtildiği gibi, Kur'an-ı Kerim'in hükmüne göre, zina suçunda tanık sayısı dört olmalıdır. Bir kimsenin hakkında dört kişiden az şâhit varsa, yani yeterli şâhit sayısına ulaşmamış ise zina iddiasında bulunan kazf cezası uygulanır. Zira mecelle kaidesidir: müddei iddiasını isbat ile mükelleftir.

2- Erkek olmalı: tüm İslam âlimleri, zina suçunda şâhitlerin erkek olması konusunda hemfikirlidir. Yani kadınların zina suçunun ispatlanması konusunda şahitlikleri kabul edilmez. Unutulmamalıdır ki, zina veya tecavüz suçlarında erkeklerin şahitliği sadece ispat açısından tahsis edilmiştir, yoksa zina'nın inkârı halinde kadınların şahitliği de kabul görülmüştür.¹¹⁸

3- Şâhitleri olayı kendi gözleriyle görmeli: Yani zina fiiline bizzat şâhit olmalı, eğer bir kimse olayı görmemiş ve bir başkasından işitmiş ise zina suçunun ispatlanması konusunda şâhitliği kabul edilmez.¹¹⁹ Şunu ifade etmemiz gerekir ki görmenin anlamı (gözle görmek) anlamına gelir, bu nedenle videolar ve fotoğraflara bakarak hiç kimsenin şâhitliği kabul edilemez; çünkü birincisi gerçek bir tanık değildir ve ikincisi, film ve fotoğraflar bilgisayar programlar aracılığıyla değiştirmek ve oynatmak mümkündür. Ancak böyle bir durumda ülkenin ceza kanununa göre ta'ziri bir cezayla cezalandırılır.

4- Şâhitlik tek bir mahkemede gerçekleşmiş olmalı: Zina suçunda şehâdetin kabul edilmesinin bir diğer şartı da tüm şâhitlerin aynı anda duruşmada hazır bulunmasıdır. Yani, zina davasının ilk duruşmasında şâhit sayısının tam olması

¹¹⁷ Ebu Davud, "Diyât", 12; Müslim, "Liaan", 3762.

¹¹⁸ İbnu'l Hümâm, *Şerh-i Fethu-l Kadir*, 4/114.

¹¹⁹ İbnu'l Hümâm, *Şerh-i Fethu-l Kadir*, 4/114; İbnî Âbidin, *Raddu-l Muhtâr Alâ Durri-l Muhtâr (Haşiye ibn-i âbidin)*, 6/5.

gerektiği anlamına gelir. Şâhit sayısı duruşmanın başında iki olup, duruşma sonunda tamamlanırsa yine de şâhitliği kabul edilmeyecektir.¹²⁰

5- Bütün tanıkların ifadeleri aynı olmalı: Tanıklar, zina suçuna ilişkin tanıklıklarında farklılık göstermemelidir. Yani, zina suçunda dört tanığın kendi ifadeleri ile hâkimi böyle bir suçun gerçekleştiğine ikna etmesi gelir. Hâkim, tanıkların zina ifadeleri ile fiilin mahiyetini ve nasıl işlendiğini iyi bilmelerini sağlamalıdır. Yine tanıklar tanıklık sırasında ifadeleri ile herhangi bir ihtilafa düşmemelidirler. Örneğin: iki tanık suçu işleyenlerin birinci katta olduğunu, diğer iki tanık ise ikinci katta zina suçunu işlerken fâilleri gördüklerini söylüyorlar ise veya üç tanık faileri öğleden önce gördüklerini, bir tanık ise öğleden sonra bu suçta tanık olduğunu ifade ediyorsa, bunların tanıklığı kabul edilemez ve had cezası uygulanmaz.¹²¹

6- Hâkimin kendisinin ifadesi: Hâkim, zina suçunu bizzat kendi gözleriyle görürse, bilgilerine ve gördüklerine dayanarak faileri cezalandıramaz. Çünkü Allah'ü Teala zina suçunda tanıklar konusunda, hâkim dâhil bütün müslümanları eşit tutmuştur. Hâkim de diğer insanlar gibi suçu ispatlamak için dört şahit bulundurmaya zorundadır, aksi takdirde kazf cezasına çarptırılır.¹²²

Buna göre, yukarıdaki şartlara bakarak, zina ve cinsel tecavüz suçların ispatlamak için yeterli sebeplerin bulunmaması halinde, bu suçlar için had cezası uygulanmayacaktır. Bu durumlarda fâil hakkında ta'zîri bir ceza uygulanacaktır. Afganistan yasama organı ceza kanununun 643. maddenin ikinci fıkrasında, yukarıdaki şartlara göre zina ve tecavüz suçunun cezasını had olarak belirlemiştir. Şartların bulunmaması halinde, kanununun 644. maddesine göre suçluyu ta'zîr cezası uygulanır.

b) Tâ'zîr cezasının uygulanması için aranan şartlar

Afgan ceza kanuna göre söz konusu suçu işleyen kimse için tâzîr cezasının uygulanabilmesi için aşağıdaki beş husustan birinin bulunması gerekiyor:

¹²⁰ İbnî Âbidin, *Raddu-l Muhtâr Alâ Durri-l Muhtâr (Haşîye ibn-i âbidin)*, 6/6; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-Sanâ'i*, 7/48.

¹²¹ İbnü'l Hûmâm, *Şerh-i Fethu-l Kadir*, 4/167.

¹²² Sultânî, Sutanşah, *hukuk-i Ceza-yi İslâm*, s. 115.

1- İkrar (itiraf): Afganistan Anayasası ve Ceza Kanunu, suçun kanıtlanabilmesi için itirafı delillerinden biri olarak kabul etmektedir. Anayasa, 30. maddesi'nin ikinci fıkrasında itirafı şu şekilde tanımlamıştır: "itiraf, suçu işlediğine dair şüpheli/suçlu tarafından, yargı yetkisine sahip mahkeme huzurunda tamamen rıza ve akıl sağlığı durumunda beyan etmesidir."¹²³

2- Şehadet: Afgan Ceza Kanununun 19. maddesine göre şehadet/ tanıklık suçu ispatlamak için delillerden biri olarak kabul edilmektedir. Zina veya cinsel tecavüz suçlarında haddin uygulam şartları bulunmaz ise ceza kanuna göre tazir cezası verilir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi ceza kanununun 32. maddesine göre şehadet: bir kimsenin söz konusu olayla ilgili soruşturması sırasında görerek veya işiterek ve yetkili mahkeme önünde yemin ederek yaptığı beyandır. Ceza kanuna göre yazı ve işaret dilsiz bir şahıs için beyan hükmü olarak değerlendirilir.

3- Belgeler: Ceza Kanunu'nun 19. maddesine göre, ceza-i davaların ispatlanabilmesi için itiraf ve şehâdetten sonra belgeler üçüncü delil olarak kabul edilmektedir. Belgelerin suçun ispatı için bir delili olarak kabul edilmesinin nedeni, bilim ve teknolojinin artması, İslami ve ahlaki inançların zayıflaması olarak sayılabilir; Ceza Kanunu'na göre, şahitlerin şehâdeti belgelere dayanarak daha kuvvetli ve değerli olur; belgelerin sahte ve şüphe altında olma riski nedeniyle önemi daha azdır. Ancak yine de, belgeler ceza kanuna göre cezai davalarında delil olarak kabul edilmiştir.

Hukukçular belgeyi şöyle tanımlamışlardır: Belge, dava veya savunma durumunda ya da bir şeyi kanıtlamak için tutulan resmi yazılardır.¹²⁴ Ama Ceza Kanunu 4. maddenin 3. fıkrasında belgeyi şöyle tanımlamıştır: Belge, resmi veya özel bilgileri içeren, araştırmalar, bilim adamlarının raporları, mahkeme kararları veya hükümleri, yazılar, kitaplar ve benzeri şeyleri kapsamaktadır.

1. Sef Lavin (yüz tanıma yoluyla şüphelinin belirlenmesi): Afgan Ceza kanununda, şüphelinin belirlenmesi için Sef Lavin (yüzden tanıma) kavramından bahis

¹²³ KEA, md. 30.

¹²⁴ Sultânî, Sutaşah, *hukuk-i Ceza-yi İslâm*, s. 79.

edilip, "Sef Lavin", Afgan ceza hukuku sisteminde ceza'î suçlarda bir delil olarak kabul edilmektedir.

Suçluyu yüzünden tanımak eski yöntemlerden biri olup, büyük değişikliklerle beraber Afgan Ceza Hukuku sisteminde suçlunun tespiti kullanılan yöntemlerden biridir. Polis veya savcı, şüpheliyi suçun mağdurunu tanıkların önüne hazır ederler ve şüphelinin suç işlemeye yönelik niyeti doğrulanırsa, şüpheli suçlu olarak belirlenir ve yetkili mahkeme tarafından cezalandırılır.¹²⁵

5- Karineler/ İpucular: Afgan Ceza Kanunu'na göre, karineler Afganistan'daki tüm ceza davalarında delil olarak kabul edilen suçun bir ispat yoludur. Afgan Ceza Kanunu karine için herhangi bir tanım yapmamış olsa da, Ceza kanununun 19. madde 5. fıkrasında karine konusu ele alınmış ve karinenin önemi dikkate alınarak belgelerin yanında suçu ispatlamak için maddi bir delil olarak kabul edilmiştir.

Hukukçular karineye şöyle tanım yapmışlardır: "Karineler, kanun veya hâkimin, bilinen bir olaydan bilinmeyen bir olayın bilgisine sonuç çıkarmasına neden olan bir sonuçtur. Daha önce ifade ettiğimiz gibi Ceza Kanunu karineler için herhangi bir tanım yapmamıştır; ancak belgeleri beyan ederken karineler için şöyle bir ifade de bulunmuşlardır: karineler, suçun işlendiği yer veya başka bir yerden, şüphelinin vücudundan veya giysilerinden elde edilen eserler, işaretler, kanıtlar ve nesnelere. Bu nedenle uzmanlar tarafından yapılan özel incelemeler suçla ilgili teşhis konulabilir.¹²⁶

5. Cezası

Zikrettiğimiz maddenin ikinci fıkrasına ve ayrıca Ceza Kanununun 2. maddesine göre bu suçun cezası (şartları yerine geldiği zaman) haddir. Hanefî fikhının hükümlerine tâbîdir.¹²⁷

Bu suça ilişkin had cezasının uygulanamaması hâlinde, Afgan Ceza Kanunu'nun aşağıdaki maddesine göre bu suç için ta'zîri bir ceza öngörülmüştür.

¹²⁵ İstanikzey, Muhammed Zarif Alem, *Usul Muhâkimâti Ceza-yi*. s. 43.

¹²⁶ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 30.

¹²⁷ Nezir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslâm*, s. 107.

Madde 637: *Cinsel tecavüzün fâili, uzun hapis cezasına mahkûm edilir.*¹²⁸
Uzun hapis bu kanunun 147. maddenin 3. fıkrasına göre beş yıldan az ve on beş yıldan fazla olmamak üzere belirlenmiştir.¹²⁹

6. Tecavüz Suçunda Çocukların ve Hukukî Ehliyeti Olmayan Kişilerin Durumu

Tecavüz suçunun maddî unsurlarından biri de mağdurun rızasının olmamasıdır. Kişinin duhule rıza göstermesi durumlarda, fiili cinsel saldırı suçu olarak nitelendirilemez. Rıza geçerli sayıldığı durumda, cinsel saldırının suç sayılması ortadan kalkar. Çocuklar gibi ehliyetsiz kişilerin rızalarının da hukuken geçerliliği yoktur ve sanki hiç rıza göstermemiş gibi kabul edilir. Kanun da aşağıdaki maddede bunu açık bir şekilde izah etmiştir şöyle ki;

*Bir erkek reşit olmayan bir çocukla cinsel ilişkiye girerse, eylemi cinsel tecavüz olarak kabul edilir ve mağdurun rızası geçerli değildir.*¹³⁰

Reşit olmayan kişi, (erkek ya da kız) kanunî yaşa ulaşmamış bir kişidir. Kanunda reşit olmayan kişiler 18 yaşından aşağı olanlardır.¹³¹

7. Tecavüz Suçunun Müşeddede (ağırlaştırılmış) Durumları

Tecavüz suçunun işlendiği zaman şu aşağıdaki durumlarda suç, müşeddede (ağırlaştırılmış) sayılacak ve suçu işleyen kişi “devamlı¹³² hapse”(On altı yıldan az ve yirmi yıldan fazla olmamak üzere) mahkûm olacaktır:

1. *Zarar gören şahıs çocuk ise.*
2. *Fâil cinsel ilişkiye girerek cenin düşürmeye sebep olmuş ise.*
3. *Fâil zarar gören kişinin üzerinde etki sahibi ise.*
4. *Mağdur tecavüzden dolayı hamile olmuşsa.*

¹²⁸ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 637.

¹²⁹ Şerh-i kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/ 417.

¹³⁰ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 738.

¹³¹ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 95.

¹³² Şerh-i kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/419.

5. *Cinsel tecavüzden dolayı mağdur, cismen ya da ruhen (bedensel ya da zihinsel) şiddetli zararlar görmüş ise.*

6. *Mağdur cinsel tecavüzden dolayı, cinsel hastalıklara yakalanmış ise.*

7. *Zarar gören kişi fâilin dâimî ya da muvakkat (geçici) kendisi evlenmesi haram olan akrabalarından biri ise.*

8. *Tecavüze uğramış kişi (Mecni aleyh), cinsel tecavüzden dolayı vefat ederse, fâil idama mahkûm olacaktır.*¹³³

Yukarıdaki maddelerde, ağırlaştırılmış durumlar iki kategoriye ayrılmıştır. Ağırlaştırılmış durumların birinci kategorisi, bu maddenin 1. fıkrasında belirtilen ve cezası uzun hapisten devamlı hapse (*on altı yıldan az ve yirmi yıldan fazla olmamak üzere*) yükseltilmiş olan durumlardır.

Ağırlaştırıcı faktörlerin ikinci kategorisi, ikinci fıkrada belirtilmiştir. Sadece bir vaka vardır, o da mağdurun cinsel saldırı sonucunda hayatını kaybetmesidir. Böyle bir durumda idam cezası öngörülmektedir.

8. Toplu bir Şekilde Cinsel Tecavüz Suçu

Toplu bir şekilde cinsel saldırı, cezasının ağırlaştırıcı faktörlerden biri olarak kabul edilir; yani cinsel saldırının fâili birden fazla kişi ise, fâillerin cezası ağırlaştırılarak, uzun hapisten idam cezasına veya devamlı hapis cezasına dönüştürülecektir.¹³⁴ Ceza Kanunu da bunu açıkça beyan etmiştir; *Bir kimseye birden fazla kişi tecavüz ederse, fâillerin her biri bu kanunun 170. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarına göre idama veya birinci derecede hapis cezasına mahkûm edilecektir.*¹³⁵

B. Zina

Toplumun iffet ve ahlâkını zedeleyen suçlardan biri şüphesiz zinadır. Afganistan dâhil İslâm toplumlarının temel değerlerinden biri, nesillerin iffetli ve

¹³³ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md 639.

¹³⁴ Şerh-i kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/420.

¹³⁵ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 641.

temizliğidir. Toplumların bu temel değerlerini korumak amacıyla zina suç sayılmıştır. İslâm'da zina, had suçlarından biridir. İslâm hukukunda, özellikle fâil veya mefûl evli olduğu durumda, zina suçunun cezası çok ağırdır. Aynı zamanda insanın izzet ve şerefini koruma amacıyla aşırı derece hassasiyet gösteren İslâm'da zina suçunun ispatlanması da çok zordur. Zina, kişisel ve toplumsal açıdan yıkıcı zararları olan bir suçtur. Bir toplumda zina yapmak ve yaygınlaştırmak, toplumun en hassas noktası olan ailenin temellerinin sarsılmasına ve toplumun ahlakî ve sosyal değerlerinin çöküşüne neden olur.

Afganistan Yasama Organının yasama politikasına göre, had gerektiren suçların cezası İslâm hukukunun ve Hanefî fihhının kuralları üzerine belirlemiş ve bu yasada sadece ta'zîr cezalarını düzenlemiştir. Bu bölümde sadece zinanın ta'zîr cezaları açıklanacaktır.

Söz konusu suç iki boyutlu olduğundan (Had ve Ta'zîr) kanun koyucu bu kanunun (Afgan Ceza Kanununun) 643. maddesinde zina suçunu şu şekilde beyan etmiştir:

*Zina, aralarında evlilik bağı olmayan bir kadın ve erkek arasındaki cinsel ilişkidir.*¹³⁶

*Zina suçunda, şüphe veya diğer sebeplerden dolayı zina şartlarının oluşmaması hâlinde, had düşer ve kişi bu faslın hükümlerine göre ta'zir ile cezalandırılır.*¹³⁷

1. Tanımı

Sözlüklerde zina; kadınla erkeğin gayrimeşru olarak birleşmeleri,¹³⁸ Şer'î ve kanunî sözleşmesi olmayan gayrimeşru ilişki,¹³⁹ bir kadınla haram yoluyla ilişki kurulması,¹⁴⁰ ahlaksızlık ve namussuzluk¹⁴¹ anlamlarına gelmektedir. Hukukçular da

¹³⁶ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 643.

¹³⁷ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 643.

¹³⁸ Amid, Hasen *Ferhang-i Farsî Amid*, 2/1322.

¹³⁹ Nazir, Dad Muhammed *Hukuk-i Ceza-yi İhtisâsi İslâm*, s. 20.

¹⁴⁰ Dehhuda, Ali Akber, *Luğânâme-yi Dehhuda*, s.350.

¹⁴¹ Ânton, Elyas, Elyas, *Ferhang-i Nevin-i Arabi*, s. 280.

lügat anlamına yakın olarak zinayı şu şekilde tanımlamışlardır: Zina, sahîh bir evliliğe girmeden bir erkek ve bir kadın arasındaki tam cinsel birlikteliktir.¹⁴² Bu nedenle hukukçular ittisal kelimesini kadın ve erkek arasındaki cinsel birliktelik olarak kabul ederler. Bu birleşmenin evlilik olmadan gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Herhangi bir cinsel ilişki, sahîh bir nikâh akdinden dolayı meydana gelmişse, zina sayılmaz ve bu konuda hukukî bir sorun da yoktur.

Afgan Ceza Hukuku İslâm hukukuna dayandığından dolayı bu maddenin birinci fıkrasında; *Zina, aralarında evlilik bağı olmayan bir kadın ve erkek arasındaki cinsel ilişkidir*; tanımını yapmıştır.

Afganistan hukuk sistemine göre kadın ve erkek arasındaki cinsel ilişkiye sadece evlilik kurumu çerçevesinde izin verilir ve bunun da yasal olduğunu ifade edilir. Kadın ve erkek arasında evlilik bağının olmaması durumunda ise, aralarında her türlü cinsel ilişki yasaklanmış ve suç hâline gelmiştir.

Ceza kanunundaki zina tanımına bakıldığında, bu tanımda inceleyeceğimiz birtakım şartlar bulunmaktadır:

A) Erkek ve kadın arasındaki cinsel ilişki: Erkek ya da kadın cinsel ilişkiyi bilerek yapmış olmalı, eğer yanlışlıkla işlenirse zina sayılmaz.

B) Evlilik ilişkisi: Yani bu fiili işleyenler arasında evlilik bağı varsa işlenen fiil zina sayılmaz. Aksine, meşru bir eylem olarak kabul edilir, meşru ve mubah bir eylem için de ceza yoktur.

C) Erkek ve kadın kısıtlamaları: yukarıdaki tanıma göre, bir kadının bir kadınla veya bir erkeğin bir erkekle gayrimeşru bir fiilde bulunması zina sayılmaz. Çünkü tanımda erkek ve kadın zikredilmiştir ve zina-nın dışındaki fiil livâta (*eşcinsellik-homoseksüellik*), musâhaka (*lezbiyenlik*) veya tefhîz (*bacakların ortasına bir şey koymak*) olabilir.¹⁴³

¹⁴² İstanikzey, Nasrullah, *Kamus-i İstilahâti Hukuki*, s. 140.

¹⁴³ Şerh-i kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/431.

2. Unsurları

Zina suçunun unsurları, maddî unsur, manevî unsur ve kanuni unsur ile birlikte üç kısımdan oluşmaktadır.

Maddî Unsuru:

1- Duhul, Erkeğin cinsel organı haşefeye¹⁴⁴ kadar girmiş olmalı ve haşefeden daha az duhul, bu maddenin hükümlerine tâbi değildir.

2- Duhul, erkeğin cinsel organıyla meydana gelmiş olmalı; parmakla veya başka bir şeyle duhul, zina sayılmaz.

3- Duhul kadının cinsel organında gerçekleşmiş olmalı; cinsel organın dışındaki yerlere duhul, zina sayılmaz.

4- Rızanın varlığı: Yani erkek ve kadın arasındaki cinsel ilişki, her iki tarafın rızasıyla işlenmişse, bu eylem zina suçuna dâhil olur. Bu madde zinayı cinsel tecavüzden ayırır. Tecavüzde; cinsel ilişki rıza dışında gerçekleşmiş olur. Bu üç şartın varlığı durumunda zina suçunun maddî unsurunu gerçekleştirmiş olur.¹⁴⁵

Mânevî unsur: İlim ve Kasıt; yani fâil ve mefûl aralarında evlilik bağı olmadığı bilgisine sahip olmalı ve hem cinsel ilişkiye girmek kasıtlı olmalıdır. Bu iki unsurdan (bilgi ve kasıt) birinin olmaması hâlinde fiil zina hükmüne girmez.

Kanunî unsur: Zina suçunun çift taraflı cezası bulunan bir suç olduğu için hem hudut suçları kategorisinde hem de ta'zîr'i suçlar arasında yer almaktadır. Bu nedenle suçun kanunî unsurunu, bir eylemi yasaklayan yasama organı tarafından belirlenir ve bu yasaklanan eylemi bir kişi işlediğinde, suçlu için kanunda belirtilen bir ceza öngörülür. Zina'yı Allah Nur suresinde suç olarak tanımlamıştır; ayrıca eğer İslâm hukukunun bu suç için belirlediği şartlar mevcut değilse, suçlu Afgan Ceza Kanuna göre ta'zir'i olarak cezalandırılır.

¹⁴⁴ Erkek üreme organının baş kısmı.

¹⁴⁵ Sultanî, Sultaşah, *Hukuk-i Ceza-yi İslâm*, s. 91.

3. Şartları

Bir suç fiilinin iki tarafının bulunması (Had ve Ta'zîr) söz konusu olduğunda şartları da farklılık göstermektedir. Bu başlık altında suçun genel şartlarını ve özel şartlarını hukukçular ve ceza kanunu açısından inceleyeceğiz.

a) Genel Şartları

1- Buluş (ergenlik): Zina suçunu işleyen kişinin reşit olması gerekir, bu suçu küçük yaştaki bir kişi işlemiş ise kendisine zina'nın had cezası uygulanmaz. Reşitlik konusunda fıkha dayanır.

2- Akıl: Zina suçunun fâili akıllı olmalıdır, bu nedenle deli bir kimse zina suçunu işlerse ona had cezası uygulanmaz.¹⁴⁶

3- İslâm: İmam Mâlik'e göre zânînin cezasını uygulamak için Müslüman olması şarttır. Yani müslüman olmayan bir kişi zina suçunu işlerse onun üzerine had cezası uygulanmaz, ama ta'zîri bir ceza uygulanır. Ancak Cumhura göre zina haddi kâfirlere de uygulanır.¹⁴⁷

4- İhtiyar: Yani fâil zina suçunu gönüllü olarak işlenmiş olmalı, eğer tehdit altında bu suçu işlemiş olursa mükrehe (zina'ya zorlanmış kimse) üzerinde had uygulanmaz.

5- Mefûl insan olmalı: Yani eğer karşı taraf hayvan ise Cumhur'a göre fâil üzerinde zina haddi uygulanmaz. Ama ta'zîr cezası uygulanır.

b) Özel Şartları

Erkek ve kadın bu suçu işlerlerken aralarında herhangi bir şeri ve kanunî bağ olmamalı, her iki taraf bu suçu işlendiğinde bilerek ve isteyerek yapmış olmalı, yani eğer tarafların birisi bu suçun haram olduğunu bilmiyorsa onun üzerinde ceza uygulanmaz. Örneğin: yeni İslâm'a giren kişiler gibi.

¹⁴⁶ Berât Ali, Matin, *Dewre-i Hukuk ve Vcâib*, s. 26; İstanikzey, Muhammed Zerif Alem, *İcrât-i Dewa-i Medeni az Didgah'i Fıkıh ve Kanun*, s. 46.

¹⁴⁷ Riza-î, Ghulamhayder, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi*, s. 45.

Erkek ve kadın bu suçü işlerlerken cinsel organları arasında herhangi bir hail/engel olmamalı.¹⁴⁸

4. İspat Yolları

Zina suçü iki boyutlu olması (Had ve Ta'zîr) nedeniyle ispatı da iki şekilde yapılır. Çünkü zina, önce hudut suçlarından biri olup, daha sonra şartlar sağlanmadığı takdirde ta'zîri bir suç olarak kabul edilmektedir. İslâm şeriatın'da zina suçü iki şekilde ispat edilir; bunlardan biri şahitlik, diğeri ise suçlunun kendi ikrarıdır. Eğer had şartları sağlanırsa, zina haddi kişinin üzerinde uygulanır. Zina suçunun kanıtlanması için cinsel tecavüz suçunun kanıtlanması yöntemlerini detaylı olarak ele almıştık ayrıca burada tekrar etmemiz çalışmamızın aynı tekrarlarla uzamasına sebep olacağından değinmiyoruz. Ancak, had koşulları sağlanamazsa ve had iptal edilirse, hâkim tarafından suçlu tâzîri olarak cezalandırılır.

Zina suçunun ta'zîr'i olarak kanıtlanması, daha önce cinsel tecavüz suçunun ta'zîr'i kanıtlanmasında bahis etmiştik. Afgan Ceza Kanununa göre, bir kişi zina suçunu işlediğinde, itiraf, şahitlik, belge, yüz tanıma ve karineler gibi kanıtlanma yöntemleriyle ispatlanmaktadır.

5. Cezası

643. maddenin 2. fıkrasına göre, zina-nın had cezasını infaz şartlarının bulunmadığı hâllerde, zina-nın cezası, bu faslın maddelerine göre ta'zîri bir ceza uygulanmasıdır.

İslâm hukukuna göre zina haddinin uygulanması için belirli şartlar bulunması gerekmektedir ve o şartlar bulunmadığı takdirde had uygulanmaz. İslâm fihına göre zina haddinin isbatı, biri şahadet yoluyla, diğeri ise fâillerin itirafı ile iki şekilde mümkündür.

Öncelikle şunu söylemek gerekir ki, İslâmi uygulamaya göre şahadet isteğü bağı bir meseledir. Tanığın ifade verme konusunda özgürlüğü vardır; suçü gördüğü hâlde görmemiş gibi davranabilir.¹⁴⁹ Suçü görmezden gelmek ve hatta tanıklık

¹⁴⁸ Sultanî, Sultanşah, *Hukuk-i Ceza-yi İslâm*, s. 92.

¹⁴⁹ Sultanî, Sultani, *Hukuk-i Ceza-yi İslâm*, s. 102.

yapmamak daha evladır.¹⁵⁰ İslâm hukukçularının dediğine göre bu teorinin temeli, Hz. Peygamber'in (s.a.) ümmetine verdiği öğütlerden biridir. Buyurur ki: *(Bir müslümanın günahını örtersen ve onu ifşa etmezsen Allah senin dünya ve ahiret günahlarını örter)*.¹⁵¹ Bu nedenle İslâm hukukçuları bir suçta şahitlik etmemeyi daha iyi ve evla görmüşler ki suçlunun tövbe etme ve Allah'tan af dileme fırsatı olsun.

Fıkıh kitaplarında zina suçunun tanık sayısı ve nasıl tanıklık edileceği konusunda ayrıntılı bir şekilde araştırmalar bulunmaktadır. Hanefî fikhını takip eden Afganistan Ceza Kanunu, kanunda bu ayrıntıları ele almıştır.

6. Zina Haddinin Düşmesi Hâlinde Suçlunun Cezalandırılması

Zina'nın had şartlarının bulunmaması hâlinde suçlu aşağıdaki maddelere göre cezalandırılır:

A) *Muteehhil (Evli) ise, ortalama hapis cezası iki yıldan fazladır.*

B) *Evli değilse, ortalama iki yıla kadar hapis cezasına çarptırılır.*¹⁵²

Bu maddenin birinci fıkrasının 1 ve 2 numaralı bentlerinde belirtilen kişiler; dâimî veya geçici mahremlerinden veya birbirlerinin eğitmeni, öğretmeni veya âmiri arasında yer alırlarsa veya birbirleri üzerinde nüfuz ve yetkileri varsa, yedi yıla kadar uzun hapis cezası ile cezalandırılırlar.¹⁵³

Maddeyi açıklamadan önce, yukarıdaki maddenin uygulanması sırasında yanlış anlaşılmalara giderek ve çeşitli eksik yorumlardan korumak için maddede kullanılan kavramları izah etmemiz gerekir.

Müteehhil: Arapça bir kelime olup, evli bir kişiyi ifade eder ve böyle bir kişiyi muhsan da denir. Yani Müteehhil ve Muhsan sahih bir nikâh ile evlenmiş olan çiftler için kullanılır.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sanâ'i*, 9/64; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 2/103

¹⁵¹ Ebû Dâvûd, "Edeb", 67; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, 13/130.

¹⁵² Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 644.

¹⁵³ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 644.

¹⁵⁴ Muin, Muhammed, *Ferhangi Muin*, Müteehhil ve Muhsan kelimeleri.

Dâimî Mahremler: Dâimî, ebedî veya kalıcı mahremler, hâlde ve müstakbelde onlarla evlenmek ve ilişki kurmak yasak olan kişilerdir.

Geçici Mahremler: Bir sebepten, kendisiyle nişanlanmak ve evlenmek geçici olarak yasaklandığı kişilerdir. Ancak bu sebepler ortadan kalktığı zaman söz konusu kişilerle nişanlamak ve evlenmek caizdir.¹⁵⁵

Zikrettiğimiz madde iki fıkradan oluşmakta olup birincisi zina-nın normal hâllerinin cezasını beyan edip evli bir kişi zina suçunu işlerse, ortalama iki yıldan fazla hapis cezası vardır. Örneğin: evli bir erkek bir kadın veya bir kız ile zina suçu işlerse bu maddeye göre hapis cezasını hak eder.

Aynı şekilde, evli bir erkek, boşanmış ve iddeti sona ermiş bir kadınla veya kocası ölmüş ve iddeti sona ermiş ve başka bir evliliğe girmemiş bir kadınla zina ederse, böyle bir durumda hem fâil hem de mefûl bu maddenin ifadesine göre iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Birinci maddenin ikinci fıkrasında bekâr suçlulardan bahsedilmekte; onlar için bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası olduğu belirtilmektedir, Ayrıca bu maddenin ikinci fıkrasında zina suçunun ağırlaştırılmış hâli olan belirtilmiştir ki yedi yıla kadar hapis cezası tayin edilmiştir. Yani ikinci fıkrada belirtilen durumlardan birisinin bulunması hâlinde, suçlular beş yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

C. Livâta (Homoseksüellik)

Homoseksüellik, İslâm hukukuna ve İslâm toplumlarının değerlerine aykırı bir eylem olarak kabul edilmektedir. Homoseksüellik aslında birçok sosyal algılardan ve insanın doğal yapısından bir sapma ve kendi benliğinden sıyrılarak bir yok oluş hâlidir. 2017 tarihli ceza kanunundan önce, 1976 târihli ceza kanunu, homoseksüellik hakkında herhangi bir tanım yapmaksızın dört madde ile bu eylemi suç sayıp, sadece livâta'yı teşkil eden unsurları ve cezasını belirlemiştir. 2017 tarihli ceza kanununun yürürlüğe girmesi ve eski ceza kanununun yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte bu

¹⁵⁵ Adâlethah, Abdulkâdir, *Hukuk-i Famil*, s. 76.

kanun, homoseksüellik konularını önceki kanuna göre detaylı olarak düzenlemekte ve 646. maddenin ikinci fıkrasında homoseksüelliği şu şekilde tanımlamaktadır:

*Bu maddenin amacı doğrultusunda, erkek cinsel organının herhangi bir oranı, başka bir kadın veya erkeğin dübürüne girmesi ile livâta gerçekleşir.*¹⁵⁶

Ayrıca bu maddede maddî ve mânevî unsurları da açıklanır. Birinci fıkrasında da homoseksüellik suçunun cezasını basit ceza ve ağır ceza olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır.

2017 tarihli Ceza Kanunu'nun 647. maddesi, 1976 ceza kanunu'na kıyasla, bu suçun cezasını önemli bir ölçüde azaltmış ve homoseksüellik suçu için iki yıl ceza tayin etmiştir. Daha önceki ceza kanununda bu suç için uzun hapis cezası uygulanmaktaydı. Yine bu ceza kanununda, ceza'nın azaltılması nedeni de kanun koyucu tarafından, suç ile ceza arasındaki dengeyi ifade etmektedir.¹⁵⁷

648. maddede yasa koyucu, homoseksüelliğin ağırlaştırılmış vakalarını belirtmiştir ki fâil şu durumlarda ortalama iki yıldan fazla cezaya mahkûm olacaktır:

Birincisi fâil, dâimî veya geçici akrabalarından biri ise; ikincisi fâil mağdurun üzerinde nüfuz ve yetkiye sahip ise; üçüncüsü cinsel ilişki sonucunda cinsel bir hastalığa yakalanmış ise.¹⁵⁸ Böylece, 2017 tarihli ceza kanunu, homoseksüellik suçunu üç madde ve altı fıkra hâlinde belirlemiş ve buna ceza tayin etmiştir. Cezayı belirlerken İmam Ebû Hanîfe'nin görüşünü tercih etmiştir.

1. Tanımı

Afgan Ceza Kanununun 645. Maddenin ikinci fıkrasına göre; *livâta, bir erkeğin cinsel organını (ne ölçüde olursa olsun) başka bir erkeğin veya kadının arkasına sokarak gerçekleşir.*¹⁵⁹

¹⁵⁶ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 646.

¹⁵⁷ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/443.

¹⁵⁸ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/445; Nâtıkı, Bakır, *Siyâseti Cinâ-i İslâm ve Hukuk-i Ceza-yi Afganistan der Cerâimi Cinsi*, s. 97.

¹⁵⁹ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 645

*Başka bir erkek veya kadınla eş cinsel ilişki kuran kişi, bu faslın ahkâmlarına göre cezalandırılır.*¹⁶⁰

Bu maddenin ikinci fıkrasında homoseksüelliğin tanımı yapılmış, homoseksüellik bir erkeğin penisinin başka bir kadının veya erkeğin anüsüne sokulması olarak tanımlanmıştır. Kanunun verdiği bu tanım, fıkıhçıların verdiği tanımlardan özellikle de Hanefilerin yaptığı tanımdan farklıdır. Hanefilerin yaptığı tanım şöyledir: *Homoseksüellik, bir erkeğin başka bir erkekle cinsel ilişkiye girmesidir.*¹⁶¹ Bu konuyu ikinci bölümde detaylıca izah edeceğiz.

2. Unsurları

Her suçta olduğu gibi homoseksüellik suçu için kanunun yaptığı tanıma göre, kanunî, maddi ve manevi olmak üzere üç unsur bulunmaktadır.

Kanunî unsur: bir fiil yasaklanmadıkça ve yasalara aykırı olmadıkça, o fiil aslında mubahtır, çünkü esas olan her şey ibâhe ilkesi üzerindedir, yasaklandığı takdirde artık suç sayılır. İslam hukukçular, homoseksüellik suçunun had gerektiren bir suç mu olduğu konusunda yoksa ta'zîr cezası gerektiren bir suç mudur, farklı düşüncelere sahiptirler, çünkü Allah açık bir şekilde Kur'ân'ı kerim'de bunu izah etmemiştir, ancak Hz.Peygamber (s.a.) bu fiili yasaklamış ve ağır cezalar öngörmüştür.

Hz. Peygamber'in hadislerinden İmam Ebu Hanife'nin anlayışına göre, Hanefî fıkında bu fiili önce suç olarak nitelendirilir ve ardından ta'zîr cezası öngörülür. Afgan Ceza Kanunu bu görüşü takip edip, 646. maddesinde bu fiili suç olarak tanımlar ve 647. ve 648. Maddelerinde ise homoseksüelliğin tanımını, şartları ve cezasını belirtmektedir.

Maddî unsur: Duhulün aracı, erkeğin cinsel organı olmalı; bu nedenle, diğer organlar veya nesnelere ile duhul, homoseksüellik olarak kabul edilmez. Duhulün yeri ister kadın olsun ister erkek olsun arka tarafı olmalı, vücudun diğer menfezlerine duhul etmesi homoseksüellik sayılmaz. Eğer birinin cinsiyeti meçhul ise (transseksüel **خُنْتَى** **مُشْتَكِل**) onların dübürüne duhul, homoseksüellik suçu sayılır.

¹⁶⁰ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 645.

¹⁶¹ Sâbûnî, Ali, *Tefsir-i Âyât-i Ahkâm*, 2/42.

Mânevî unsur: homoseksüellik, kasıtlı suçlardan biridir, fâil bu suçu kasıtlı olarak işlemiş olmalı; fâilin kötü niyetli olduğunun anlaşılması gerekir. Yani bu fiili yapan kişiler özgür ve irade sahibi olmalı, ayrıca bu fiilin suç olduğunu bilip ve onu gerçekleştirmeye niyetli biri olmalıdır.¹⁶²

Dolayısıyla bu suçun mânevî unsuru, konunun bilinmesi ve kasıtlı bir şekilde duhulün gerçekleşmesidir.

3. Şartları

Afgan Ceza Kanunu, homoseksüellik suçunda, İmam Ebu Hanife'nin görüşünü takip ettiğinden dolayı, bu suçu iffet ve ahlaka aykırı suçlar arasında sayarak bunu ta'zîr'i ceza öngörmüştür. Ceza Kanununun 646. maddenin birinci fıkrasında bu suçu işleyenlerin cezası bu kanuna göre verilmesi kayıt edilmiştir.¹⁶³

Afgan Ceza Kanuna göre homoseksüellik suçu eşcinsellik suçundan farklıdır; eşcinsellik suçu sadece erkekler veya kadınlar arasında yapılmaktadır; ama homoseksüellik suçu hem erkekler arasında hem de erkek ve kadınlar arasında gerçekleşmektedir.¹⁶⁴

1- Erkek ve kadın arasında fiilin ortak olması: bazı fıkıhçılar ve hukukçular dahil, çoğu insanın bakış açısına göre homoseksüellik sadece erkekler arasında gerçekleştiği yönündedir. Ancak gerçek böyle değildir; homoseksüellik suçu hem aynı cinsler arasında hem de muhalif cinsler arasında gerçekleşebilir. Afgan Ceza Kanunu'nun 646. maddesinin birinci fıkrası bunu izah etmektedir: Bir kişi, kadın veya erkek, ile homoseksüellik suçunu işlerse, bu bölümün ahkâmlarına göre cezalandırılır.

2- Bu fiili işleyen kişiler canlı ve insan olması: Bu fiili işleyen kişilerin insan ve canlı olmasına hem hukukçular ve hem İslâm âlimleri ittifak etmiştir. Ancak eğer biri ölü bir insan ile bu suçu işlerse, homoseksüellik suçu işlenmiş olur mu? Afgan Ceza Kanununun yaptığı tanıma göre ve İmam Ebu Hanife'nin görüşüne dikkatlice

¹⁶² Rehim, Ârif, *Hukuki Ceza-yi İhtisasi*, s. 209.

¹⁶³ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 646.

¹⁶⁴ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md.. 2/646.

bakılırsak tanımda (mürtekinin/ işleyenler) ifadesi geçmektedir. Bu yüzden ölü bir insan ile bu suçu gerçekleştiren kişi, homoseksüellik suçunu işlememiştir.

3- Duhul açısından: duhul pozitif bir şekilde gerçekleştiğinde homoseksüellik suçu meydana gelir. Yani erkeğin cinsel organı tam bir şekilde duhul olmadığında homoseksüellik suçu gerçekleşmez. Bu konuda Afgan Ceza Kanununun 646. maddesinde şöyle bir ifade bulunur: homoseksüellik suçu, erkeğin cinsel organı başka bir erkek veya kadının arka tarafından tam bir şekilde duhul olmasıyla meydana gelir.

4- Evlilik bağının olmaması: Eğer biri kendi hanımıyla ters ilişkiye girese, İmam Ebu Hanife'ye göre ona had cezası uygulanmaz belki ta'zîr'i bir ceza uygulanır.

4. İspat Yolları

Daha öncede ifade ettiğimiz gibi, İslam fıkıhçıları homoseksüellik suçuna ilişkin olarak ta'zîr'i bir suç mu yoksa had gerektiren bir suç mu olduğu konusunda farklı görüşler belirtmişlerdir. Ceza hukuku, İmam Ebu Hanife'nin görüşünü teyit ederek bu suçu ta'zîr'i bir suç olarak kabul etmektedir.

Ta'zîr'i bir suç olması nedeniyle, Afgan Ceza Kanunu, bu suçun kanıtlanması için itiraf, şahitlik, belgeler, yüz tanıma ve karineler gibi sebepleri dikkate almaktadır. Bu delilleri cinsel tecavüz suçu konusunda detaylı bir şekilde ele almıştık.

5. Cezası

Ceza Kanununun 646. maddenin 1. fıkrasına göre, homoseksüelliğin cezası basit ve ağır olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. *Livâta'nın fâilleri ortalama iki yıla kadar hapis cezasına mahkûm olacaktır.*¹⁶⁵ Yani Homoseksüelliğin cezasını, bir yıldan iki yıla kadar tayin etmiştir. Ve bu ceza, 1976 ceza kanununa kıyasla önemli ölçüde azaltılmıştır. O dönemdeki ceza kanunu'nun 427. maddesine göre, homoseksüellik cezası uzun hapis (Tevîl) idi. Çoğu suçlarda geçerli olan hapis cezasının azaltılması, suç ve cezanın dengesinin gözetilmesi yaklaşımına dayanarak, 2017 tarihli ceza

¹⁶⁵ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 637.

kanununda aynı zamanda, homoseksüellik suçu için eski ceza kanunundan daha az ceza belirlemektedir.¹⁶⁶

6. Homoseksüellik Suçunu Ağırlaştırıcı Durumlar

Aşağıdaki durumlarda homoseksüellik eyleminin büyük suç sayılıp suçu işleyenlerin ortalama iki yıldan fazla hapis cezasına mahkûm olacakları açıklanmıştır. Şöyleki;

- 1) *Homoseksüelliğin fâili dâimî ya da geçici olarak kendisi ile evlenmesi haram olan akrabalardan biri ise.*
- 2) *Fâil mecni aleyh üzerinde herhangi bir etkiye sahip (öğretmen, âmir gibi) ise.*
- 3) *Fâillerden biri homoseksüellik suça işlediğinden dolayı, cinsel hastalığa sebep olmuşsa..¹⁶⁷*

Bu maddede homoseksüellik suçunun ağır durumları ifade edilmiş ve cezaları belirlenmiştir. Bu maddeye göre, homoseksüellik suçunun cezası ortalama iki yıldan fazla hapis cezasıdır. Nedeni ise, şu üç madde altında izah edilecektir.

Bu maddenin birinci fıkrasında, homoseksüellik suçunda dâimî veya geçici akrabalık, ağırlaştırıcı bir faktör olarak sayılmıştır. Mahremlikten şunu anlıyoruz ki, suç bir kadına karşı işlenmiştir; çünkü iki erkek arasında mahremlik söz konusu olamaz. Ama maddenin içeriğinden anlıyoruz ki akrabalar arasında (kardeş, amca... gibi) homoseksüellik suçu işlendiği zaman, zikredilen ağırlaştırıcı cezalar altına girer.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, eğer fâil eğitici, öğretmen ya da âmir ya da mecni aleyhin üzerinde herhangi bir etkiye sahip ise, bu durumlarda da böyle kimseler bu maddenin altına girmektedir.

¹⁶⁶ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/ 446.

¹⁶⁷ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 648.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre homoseksüellik suçunun, fâillerinden biri hastalığını gizlerse ve suçu işlediğinden dolayı diğer tarafa cinsel bir hastalığa yakalanmış ise, bu durumda da böyle kimseler bu maddenin altına girmektedir.

Bu fıkrayı açıklamak için birkaç noktayı izah etmemiz gerekir:

Bu maddenin her üç fıkrasında da fâil kelimesi zikredilmiştir. İkinci fıkrasında yer alan fâil, homoseksüellik fâili anlamına gelir; yani, penisini başka bir anüse sokan bir adam. Bu nedenle, eğer mefûl, fâilin öğretmeni veya âmiri ise veya fâil üzerinde bir etkiye sahipse, bu müşeddede durumun kapsamına girmemektedir.

Maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında fâil kelimesi ile hem fâil hem mefûlün ikisinde kast etmektedir. Birinci fıkrada dâimî ve geçici mahremlik iki taraflıdır, fâili ve mefûlü suç açısından ayırması anlamsızdır. Bu nedenle ağır cezayı hak eden hem fâil hem de mefûl olabilmektedir. Üçüncü fıkrada suç işleyen fâil ve mefûl ikisini de kapsar. Fâilin veya mefûlün cinsel yolla bulaşan hastalığını gizlemek, bunun sonucunda karşı tarafın cinsel bir hastalığa yakalanmasına neden olmak, cezayı ağırlaştırır. Cezanın ağırlaştırılması için kişinin cinsel hastalığından haberdar olması ve karşı taraftan gizlemesi şarttır.¹⁶⁸

D. Sihâk (Lezbiyenlik)

Sihâk ya da kadınların eşcinselliği, insanın yaratılışının doğasına aykırı bir fiildir. İçinde bulunduğumuz çağda Sihâk bir çeşit cinsel sapıklık olarak bilinmektedir. Çünkü fâilleri karşı cinsle ilişki kurmak yerine cinsel içgüdülerini tatmin etmek için eşcinsel organları ile temasa geçmeyi tercih etmektedirler. Yani bu suçun fâilleri sadece cinsel içgüdülerini tatmin etmek için kadınlardır. Afganistan'da son zamanlarda kadınlar arasında lezbiyenlik suçu tefhîz suçuna göre yayılmaktadır. Her ne kadar bu fiil gizli olarak yapılmakta ve ceza kanununda bu fiil suç olarak sayılmakta ise de, Kabil Vilayetinde bu fiile karşı bugüne kadar herhangi bir işlem kayıt edilmemiştir.¹⁶⁹ Kadınların bu doğal olmayan davranışı, İslâm hukukuna göre büyük

¹⁶⁸ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/448.

¹⁶⁹ Welidi, Sâlih, hukuki Ceza-yi ihtisasi İslâm, s. 153.

bir günah sayılıp yasaklanmış ve buna öngörülmüştür. Lezbiyenlik suçunun cezası zina suçunun cezasından daha azdır.

Arapçada Musâhaka Tedâlük (birbirine sürtünmek); Farsçada Tabek zeden (birbirine yapışmak) anlamlarına gelmektedir.¹⁷⁰ Fıkhî terim olarak Sihâk, iki kadın arasındaki cinsel ilişki anlamına gelir. Ahlaka aykırı ve aile düzenini bozan fiillerden olan Sihâk'ın haramlığı konusunda fakihler arasında görüş ayrılığı yoktur.¹⁷¹ Kur'an-ı Kerim'de Muminûn Sûresinde şöyle buyurulmaktadır: *Ve onlar ki, iffetlerini korurlar, Ancak eşleri ve ellerinin altında bulunan cariyeleri bunun dışındadır. Onlarla ilişkilerinden dolayı kınanmazlar. Kim bunun ötesine geçmek isterse, işte onlar haddi aşanlardır.*¹⁷²

Bu nedenle, bir kadın kendini mahremi olmayan bir erkeğe veya başka bir kadına verirse, Ferç (kadınlık cinsel organı)'nı korumamıştır ve haddi aşanlardan olarak kabul edilir. Ebû Saîd (r.a) rivâyet ettiğine göre Rasûlullah (s.a.) şöyle buyurmuştur: *(Erkek, erkeğin avret yerine, kadın da kadının avret yerine bakamaz. Bir erkek başka bir erkekle; bir kadın da başka bir kadınla bir örtü altında yatamaz.)*¹⁷³

Afgan ceza kanunu tek bir madde altında lezbiyenliğin tanımını, koşullarını ve türlerini de beyan etmiştir.

1. Tanımı

Sözlükte Sihâk, Musâhika Mufaale bâbından (s.h.k = سحق) sevicilik, lezbiyenlik (kadınların eşcinselliği) anlamlarına gelir.¹⁷⁴

Afgan Ceza Kanununun 745. maddesinde lezbiyenlik suçu ile alakalı şöyle bir ifade kullanılmıştır: *Bir başkasıyla Sihâk veya Tefhîz eylemini işleyen fâillerin, her biri kısa hapis cezası ile cezalandırılacaktır.*¹⁷⁵ Kanunun bu maddesi bu eylemi suç hâline

170 Dehhuda, Ali Akber, *Luğatnâme-yi Dihhuda*, s. 380.

171 Üdeh, Abdülkâdir, et-Teşrî' u'l-Cinâ' iyyü'l-İslâmî, 2/368.

172 Mü'minûn, 23/5-7.

173 Muslim, "Hayız", 768; Ebû Dâvûd, "Hammam", 25.

174 Ustadi, Huşeng, Ferhangi Arabi, s. 628; Ögüt. Salim, "Sihâk", DİA, 37/169.

175 Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 645

getirmiş, ancak net bir şekilde tanım yapmamıştır. Yalnızca eylemin nasıl meydana geldiğini ve nasıl cezalandırılacağıyla ilgilenmektedir. Hukukçular tarafından bu suç için şöyle bir tarif mevcuttur: *Musâhika; Şeriat açısından zina olarak yorumlanan ve bir kadının başka bir kadınla cinsel içgüdülerini tatmin etmek için bir araya gelmesini ifade eder.*¹⁷⁶

2. Unsurları

Çoğu suçlarda olduğu gibi, lezbiyenlik suçunun da gerçekleşmesi için üç unsurun varlığı gerekmektedir: kanunî unsur, manevî unsur ve maddî unsur.

Kanunî unsuru: Sihâk veya Lezbiyenlik suçu, Afgan ceza kanununda son dönemlerde suç olarak kabul edilmiştir; Kur'ân-ı Kerim'de bu fiil için açıkça bir ifade bulunmamaktadır. Fıkıhçılar da bu fiilin hudut suçlarından mı yoksa ta'zîr suçlarından mı olduğu konusunda farklı görüşleri dile getirilmiştir. Afgan Ceza Kanunu Sekizinci babın ikinci bölümünde, bu fiili suç olarak kabul ederek, şöyle bir ifadeye kullanılmıştır "başka biriyle lezbiyen ilişkiye giren kişi..." Bu madde açıkça gösteriyor ki, lezbiyenlik suçtur ve bu fiili işleyen kişi cezalandırılır.

Manevî unsur: kadınların eşcinselliği amdî/kasıtlı suçlarından biridir. Çünkü cinsel içgüdüğü tatmin etmek için yapılan eylem gönüllü bir eylemdir.¹⁷⁷ Başka bir deyişle, bu suçun manevî unsurunun gerçekleşmesi için bu suçu bilerek ve isteyerek yapılmasıdır.¹⁷⁸

Maddî unsuru: lezbiyenlik suçunun maddî unsur, iki kadın arasında cinsel organlarının temasıyla meydana gelir; bu suçu işleyenler genç ve yaşlı herhangi bir fark olmaksızın sadece kadınlardır.¹⁷⁹

Yani bu suçu işleyenler biri fail diğeri ise meful rolü oynayan iki kadındır. Eğer bir kadın başka bir kadınla öpüşürse ve onların cinsel organları temas etmemiş olursa, böyle bir fiil lezbiyenlik suçunda dâhil olmaz.¹⁸⁰

¹⁷⁶ İstanikzey, Nasrullah, *Kâmus-î İstîlâhâti Hukukî*, s. 228.

¹⁷⁷ Welidi, Salih, *Hukuk-i Ceza-yi ihtisasi İslâm*, s.1 56.

¹⁷⁸ Welidi, Salih, *Hukuk-i Ceza-yi ihtisasi İslâm*, s. 156; Rahim, Ârif, *Hukuk-i Ceza-yi İhtsasi*, s. 210.

¹⁷⁹ Rahim, Ârif, *Hukuk-i Ceza-yi İhtsasi*, s. 145.

¹⁸⁰ Rahim, Ârif, *Hukuk-i Ceza-yi İhtsasi*, s.209.

3. Şartları

Afganistan hukuki sisteminde kanun koyucu lezbiyenlik suçunu ta'zîr'i bir suç olarak el alınmıştır. Bu yüzden suçun şartları genel şartlar ve özel şartlar olarak ikiye ayrılmaktadır.

Genel şartlar: lezbiyenlik suçu işleyenleri cezalandırabilmek için, suç işleyenlerin buluş/ergenlik, akıl, irade ve niyet/kasıt gibi genel şartları taşımaları gerekmektedir. Bu şartlar detaylı bir şekilde, cinsel tecavüz suçunda bahis etmiştik.

Özel şartlar: Lezbiyenlik suçu, “iki kadının birbirlerinin cinsel organlarıyla temas kurarak içgüdülerini tatmin etmeleri ve bu şekilde zevk almaları” olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre özel şartlarını şöyle sıralayabiliriz:

İki kadının bir araya gelmesi: Bu fiilin işleyenlerin suçulu sayılabilmek için, iki kadın cinsellik amacıyla bir araya gelmesi gerekmektedir.

Şehvetin tatmin edilmesi: İşleyenlerin suçulu sayılabilmek için, fâillerin birbirinden zevk alması ve şehvetlerinin giderilmesi gerekmektedir.

Cinsel organlarının temas etmesi: Eğer iki kadın birbirleri ile öpüşürse, lezbiyenlik suçunu işlememiş olur. Suçulu sayılabilmek için cinsel organları birbirlerine temas etmesi gerekir.

4. İspat Yolları

Tefhîz ve Sîhâk, eşcinsellik ilişkileri ifade eden terimlerdir ve Afganistan'da bu suçları ta'zîr olarak kabul edilmektedir. Tazir suçları, İslam hukukuna göre suç kabul edilen ama cezası kanunlarla belirlenmeyen suçlar olarak tanımlanmaktadır.

Lezbiyenlik suçlamasıyla karşı karşıya kalan kişilerin kanıtlanması, Afgan ceza kanununa bırakılmıştır. Bu kanun, itiraf, şahitlik, belgeler, yüz tanıma ve karineler gibi delillerin kullanılmasını öngörmektedir. Bu deliller daha önce cinsel tecavüz suçunda bahs olduğundan dolayı tekrar etmemize gerek duymuyoruz.

5. Cezası

Afgan ceza kanunu İslam hukukuna dayanarak bu eylemi suç olarak kabul edilmekte ve bunu işleyene ceza olarak şöyle bir ifade kullanılmaktadır: Başkasıyla

sihâk/lezbiyenlik veya Tefhiz ilişkiye giren kişi, her birine kısa hapis cezası uygulanacaktır.¹⁸¹

Bu suçta cebir/zorluk ve ikrah olmadığı için, Afganistan yasama organı tarafından bu suç için kasîr/kısa hapis cezası tayin edilmiştir. Eğer biri duhul olmaksızın zorla lezbiyenlik veya tefhiz suçunu işlenirse kanun tarafından ona uzun (yedi yıla kadar) hapis cezası uygulanacaktır.¹⁸²

Lezbiyenlik suçlamasıyla karşı karşıya kalan kişiler, sadece bu suçlama ile sınırlandırılmazlar. Afganistan'da eşcinsellik, genel olarak toplum tarafından hoş karşılanmaz ve LGBT bireyler ciddi sosyal baskılarla karşılaşabilirler. Bu nedenle, lezbiyenlik suçlamasıyla karşı karşıya kalan kişilerin, ceza kanunları tarafından belirlenen cezaların yanı sıra toplumsal baskılarla da karşılaşabilecekleri unutulmamalıdır.

6. Musâhika'nın Türleri

Afgan Ceza Kanununda Musâhika'nın türlerinden bahsedilmemiş, ancak hukukçular bu konuda aşağıdaki açıklamaları yapmışlardır:

Sofizm veya Lezbiyenlik: Bu gibi eşcinsellik türünde, karşı tarafın cinsel organını yalarlar ve bu sapkın eyleme her iki taraf da eşit derecede dâhil olur. Başka bir deyişle, bu türde fâil veya mefûl konusu yoktur. Bu nedenle, lezbiyenlik genellikle cinsel bir sapıklık olarak kabul edilirken, bu eylemi gerçekleştiren insanlar Afgan Ceza Kanununun kapsamında cezalandırılır.

Terbiyadizm: Bu türünde aslında taraflardan biri erkek, diğeri ise kadının görevlerini üstlenecektir.¹⁸³

E. Tefhîz (Duhul Bulunmayan Cinsel Yaklaşım)

Tefhîz de Afgan Ceza Kanununun sisteminde lezbiyenlik gibi suç sayılmıştır, ancak 2017 tarihli ceza kanunu yürürlüğe girmeden önce eski ceza kanunlarında bu fiil yasama organı tarafından suç olarak değerlendirilmemiştir. Ancak cinsel sapıklık

¹⁸¹ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 645.

¹⁸² Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. md. 640.

¹⁸³ Rahim, Ârif, *Hukuk-i Ceza-yi, ihtisasi*, s. 209.

olarak ele alınmıştı ve herhangi bir ceza tayin edilmemiştir.¹⁸⁴ 2017 tarihli ceza kanunu bu fiilin suç saymasının yanı sıra, 645. maddede belirli bir ceza tayin edilmiştir. Şimdi bu suçun tarifini, şartlarını ve unsurlarını Afgan Ceza Kanuna göre değerlendireceğiz.

1. Tanımı

Tefhîz Arapça bir kelime olup, kelime anlamı olarak yakalamak, dağıtmak, bacakların ortasına bir şey koymak anlamlarına gelmektedir.¹⁸⁵ Buna göre, bir kişi, cinsel organını başka bir kişinin bacakları arasında sürttürürse buna tefhiz denir.

2. Unsurları

Çoğu suçlarda olduğu gibi tefhîz suçunun da üç unsuru vardır:

Kanunî unsur: Bir erkeğin penisinin başka bir erkeğin uyluğunun arasına koyulması veya sokulmasıdır. Bu son zamanlarda Afganistan hukuk sisteminde suç hâline getirildi. Kur'ân-ı Kerîm'de bu eylemin suç olduğu ile alakalı açık bir ifade bulunmamaktadır. İslâm hukukçuları bu suçun ta'zîr'i cezayı gerektiren bir suç mu yoksa had cezasını gerektiren bir suç mu olduğu konusunda ihtilafa noktasında düşmüşlerdir. Afgan Ceza Kanunu bunu tek bir maddeyle açıklamış ve suç olduğunu ifade etmiştir;

Bir başkasıyla Sihâk veya Tefhîz eylemini işleyen fâillerin, her biri kısa hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Bu maddeden anlıyoruz ki bu eylem suçtur ve işleyen kimse bu kanuna göre cezalandırılır.

Mânevî unsur: Tefhîz'in mânevî unsuru, bu fiilin niteliği, kasıtlı bir suç olmasına rağmen sanığın cezaya mahkûm edilebilmesi için fâilin yasaklanmış bir fiili işlemeye yönelik aleni bir niyetinin bulunması gerekmektedir.

Maddî unsur: Bir erkeğin cinsel içgüdüsünü tatmin etmek için penisini anüs çevresine ve uyluk arasına sürüp, duhul yapmamasıdır.¹⁸⁶ Dolayısıyla bu suçta fâil ve mefûl, çocuklar ve yetişkinler de dâhil olmak üzere erkeklerdir.

¹⁸⁴ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/450.

¹⁸⁵ Amid, Hasen, *Ferhang 'i Amid*, 3/698.

¹⁸⁶ Welidi, Salih, *Hukuk-i Ceza-yi ihtisasi*, s. 133-134.

3. Şartları

Genel şartlar: Bu suçu işleyenleri zikredeceğimiz şu koşullar bulunduğu suçlu sayılabilir;

Suç işleme yönelik buluş (şer'î ve kanunî), akıl, yetki ve niyet gibi şartlar bulunması gerekir. Yani, bir adam başka biriyle tefhîz suçuna niyet ederse fakat karşıdaki adamda istek ve niyet yoksa kanuna göre niyet ve istekli olan adam cezaya tâbi tutulur.

Özel şartlar: Tefhîz; fahz kelimesinden türeyen bir kelimedir. Şehvetlerini tatmin etmek için penislerini bacaklarının veya uyluklarının arasına koyan iki erkeğin hareketini ifade eder.¹⁸⁷ Bu tarife dayanarak tefhiz'in özel şartlar şunlardır;

A) İki erkeğin bir araya gelmesi: İki kişi tefhîz amacıyla bir araya geldiklerinde, tefhîz suçu işlemiş olurlar. Eğer bir erkek başka bir erkeği öperse, dokunursa veya şehvetli bir bakışla bakarsa, tefhîz suçunu işlememiştir. Tefhîz, erkek eşcinselliğinden farklıdır. Şöyle ki erkek eşcinselliği bir erkeğin penisi başka bir erkeğin dübürüne girmesi anlamındadır ve buna “*eşcinsel evlilik*” denir. Tefhîz suçunda ise duhul eylemi meydana gelmez.

B) Şehvetin tatmini ve giderilmesi: Cinsel içgüdünün tatmini, tefhîz suçunun özel şartlarından biridir. Burada cinsel içgüdünün tatmin edilmesinin anlamı, sadece birbirlerinden zevk alınmasıdır.

C) Penisi uylukların arasına sokmak: İki kişinin cinsel organlarını birbirine sürmesi veya dokundurulması suçun bir diğer özel şartlarından. Yani bu suçun işlenebilmesi için en az iki erkek arasında cinsel bir temas olması gerekir.

4. İspat Yolları

Afgan ceza kanununun tehiz suçunun ispat yollarını diğer suçlarda (lezbiyenlik vb.) zikrettiğimiz delilleri bu suç için de birebir aynısının söylemiştir; detaylı bilgi alabilmek için cinsel tecavüz suçunun konusunda müracaat edebilirsiniz.

¹⁸⁷ Rahim, Ârif, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi* s. 208.

5. Cezası

Afgan Ceza Kanunu bu fiili suç olarak ele almış, ancak herhangi bir izah yada tanıma yer vermemiştir. Sadece bu fiilin nasıl yapıldığını ve nasıl cezalandırılacağını ele almıştır. ACK'un 645. maddesinde şöyle bir ifade kullanılmıştır:

*Bir başkasıyla sihâk veya tefhîz eylemini işleyen fâillerin, her biri kısa hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.*¹⁸⁸

Yukarıdaki anlamlara göre Tefhîz; bir erkeğin şehvetini gidermek amacıyla penisini başka bir kişinin bacakları arasına sürttürmesi anlamına gelip ve günümüzde buna erkek eşcinselliği de denilmektedir.

F. Kazf

Kazf ve iftira, bireylerin onur ve haysiyetini korumak için suç hâline getirilmiş bağlantılı iki suçtur. Devlet, vatandaşların can ve mallarını korumakla sorumlu olduğu gibi, toplum fertlerinin onur ve haysiyetini korumakla da sorumludur. Bu nedenle Afgan Ceza Kanunu, kazf ve iftirayı suç sayarak toplum fertlerinin namus ve haysiyetini korumakta ve bunun için ceza uygulamaktadır. Toplum üyelerinin namus ve haysiyetine yönelik saldırıyı kamu düzeninin ihlali olarak değerlendirmektedir. Çünkü iftira, toplumun ahlak ve güvenliğini bozup, toplum saygınlığını mahfeder.

Afgan Ceza kanunu kazf hakkında şöyle bir ifade kullanmaktadır: *Kazf, bir kişiye onun zina ettiği isnadında bulunmak veya nesebini inkâr etmektir. Öyle ki eğer nispet edilen zina doğru olsaydı, itham edilen kişi cezaya mahkûm olacak veya halk arasında hakarete maruz kalacaktı.*¹⁸⁹

İkinci fıkra: Kazf suçunda, had gerektiren şartlar bulunmaması hâlinde veya şüphe ya da diğer sebeplerden had iptal edilirse, fâil iki yıldan fazla olmamak üzere kısa süreli hapis cezası ile cezalandırılır veya otuz bin Afgani'den az altmış bin Afgani'den fazla olmamak üzere Afgan para birimi ile cezalandırılır.

¹⁸⁸ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 645.

¹⁸⁹ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 673.

*Üçüncü fıkra: Bu suçun işlenmesi sonucunda, bir kız veya bir kadının evlenmesini engelleyecek şekilde durumlar olursa ya da kişinin veya ailesinin haysiyet ve onuru zedelenirse, fâile azami kısa hapis cezası verilir.*¹⁹⁰

1. Tanımı

Kazf, kelime olarak, atmak, koymak, ayıblanmk ve sövmek anlamlara gelmektedir. İstilahi olarak, ispat edilemediği hâlde bir kişiyi zina ile ithamde bulunmak veya biri tarafından onun soyunu inkâr etmek anlamına gelir.¹⁹¹

Afgan Ceza Kanununda buna benzer bir ifade kullanılmıştır.

2. Unsurları

Yukarıdaki tanıma göre, Kazf suçunun maddî unsuru, fâilin zinayı mahkemede ispat edemeyecek şekilde bir kişiyi zina ile itham etmektir. Veya karşıdaki adamın soyunu baba veya dededen inkârda bulunmasıdır. Aynı zamanda inkârda bulunduğu şeylerin mahkemede ispat edilememesidir. Örneğin, biri başka birine zânî diyorsa, onu zinaya isnad etmiş olur. İspatlanmadığı takdirde kanunda kazf için belirlenen ceza ile cezalandırılır. Bu, bir soyun inkârı değildir. Eğer biri başka birine zina çocuğu olduğunu veya babasının çocuğu olmadığını söylese, nesebi inkâr ederek kazf yapmış olur. Zina veya soy inkârı atfetmek sarîh ve kinaye de olabilir. Örneğin, “sen babanın çocuğu değilsin” derse, nesebi açıkça inkâr etmiş olur, ama eğer şöyle derse ki “senin baban uzundur”, karşıdaki muhatap babasının kısa olduğunu bilirse, o zaman kinaye şekli ile onun nesebini inkâr etmiştir ve zinayı karşıdaki kişinin annesine bağlamıştır. Sarîh bir şekilde isnad eden kimse şüphesiz bir kazf suçu yapmış olur. Ancak Afgan Ceza Kanunu'nun 673. maddesinde, kinaye olarak söylemiş olduğu sözleri kazf suçu sayar mı saymaz mı herhangi bir ifade bulunmamıştır.

Âlimler, kinaye yoluyla kazf konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Bazı hukukçular kinayeyi sarîh kazf tanımına dâhil olarak değerlendirirken, bazı âlimler ise şüpheye düşme ilkesinden hareketle kazf'ın sadece sarîh lafızla işlendiğini ve kazf'ın kinaye ile gerçekleşmediği görüşündedirler.¹⁹² Bu fikhî kaideye göre hadd'in şüpheden dolayı

¹⁹⁰ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 673.

¹⁹¹ Nazir, Dad Muhammed, *Hukuki Ceza-i İhtisasi İslam*, s. 93.

¹⁹² Üdeh, Abdülkâdir, *et-Teşri' u'l-Cinâ' iyyü'l-İslâmî*, 2/466; Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi*, 9/221

düşmesi ve ceza hukukunun dar kuralına göre kazf suçu, hakaret suçu olarak değerlendirilebilecek olsa da kinaye bir lafız ile ispat edilemez. Söz konusu maddede zinaya isnat edilen veya nesebini reddeden kişi, genel bir kelimeyi kullanılmıştır, oysaki İslâm hukukunda ve Afgan Ceza Kanununda olduğu gibi, kişi teklif (mükellef) sahibi olmalı, yani akıl ve buluğ (ergen) şartlarına sahip olması gerekir. Dolayısıyla deli veya çocuk zinaya nispet edilirse bu durum kazf suçuna yol açmaz.¹⁹³

Kazf suçunun mânevî unsuru kasttır. Yani fâil kasıtlı olarak bir kişiye zina isnat eder veya onun nesebini inkâr ederse kasıtlı bir şekilde yaptığı kazf suçunu işlemiş olur.

673. maddesi “*cezaya mahkûm olacak veya halk nezdinde küçük düşürülecektir*” ibaresi geçmektedir. İbare şunu ifade ediyor ki, fâil bir kişiye zina’yı isnat ederse, ispat edememesi hâlinde isnat verdiği için dolaylı o kişi cezaya mahkûm olacaktır. Ama bazı durumlarda ise iddia ispatlanırsa kişi cezalandırılmaz, bilakis cezası hafifletilir. Örneğin, nesebin reddi ispatlanırsa kişi aşağılanır, çünkü genel olarak her toplumda nesebi inkâr edilen kişi aşağılanır ve tahkir edilir.¹⁹⁴

3. Şartları

Afgan Ceza Kanunu'nun 733. maddesine göre, başkalarına hakaret eden kişiler iftira suçunun ile cezalandırılacaktır.

kazf suçunun şartlarını aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:

Kazf suçunun gerçekleşmesi için önemli şartlardan biri, makzûf kişinin müslüman, âkil, balığ/ergen ve muhsen (zina ve homoseksüellik suçlarından temiz) biri olmalı.

İftira lafzi açık ve net olmalı.

İftira atmak için kasıtlı biri olmalı. Yani kâzif makzûf’a atılan iftirayı kasıtlı ve hakaret için söylemiş biri olmalı

Kâzif söylediği sözle ne anlama ifade ettiğini anlamış biri olmalı.

¹⁹³ Üdeh, Abdülkâdir, *et-Teşri‘u'l-Cinâ‘iyyü'l-İslâmî*, 2/469;

¹⁹⁴ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/ 467.

Eğer bir kişi yukarıdaki koşullardan herhangi birini kazf suçu için bulunamazsa, bu suç için cezalandırılmayacaktır.¹⁹⁵

4. İspat yolları

Daha önce söylediğimiz gibi İslam ceza hukukunda, had suçlarının ispatlanabilmesi için çok sert kurallar koymuşlardır. Bu amaçla, şahitlik ve ikrar gibi güçlü kanıtlanma yöntemleri kullanılır. Şahitlik, olayla ilgili üçüncü bir kişinin hâkimin huzurunda bildirdiği bilgidir. İkrar ise, bir kişinin hür iradesiyle bir suçu veya başkasının kendisi üzerinde olan hakkını kabul etmesidir. İkrar sadece ikrar eden kişiyi etkilenir ve başkalarına sirayet etmez. Bazı durumlarda, yeminden vazgeçmek suçun ispatlanabilmesine yol açar.

Kazf suçu, kazf eden kişinin ya ikrar etmesi ya da iki âdilin şahitliği, (erkek ve müslüman tanıklar suçun işlendiğine dair tanıklık etmesiyle) ile ispatlanır. Zina suçu haricindeki diğer had suçları, iki erkek tanık ile tanıklığıyla kanıtlanır.

Kazf suçunda, şahitler sadece mağdurun dava açması durumunda suçun işlendiğine dair tanıklık yapabilirler. Mağdur, failin cezalandırılmasını talep etmeden önce yapılan tanıklıklar geçerli değildir.

5. Cezası

Kazf, had gerektiren suçlardan biri olup Afgan Ceza Kanunu, bu suçun cezasını İslâm hukukunun Hanefî fıkhı hükümlerine göre belirlemiştir. Had Cezası uygulanamacağına iki cezadan biri, ya kısa hapis veya otuz bin ile altmış bin arasında olmak üzere Afgan parasıyla cezalandırılır. Hâkim, kısa hapis veya para cezasından herhangi birini belirlerken, hapis cezasının fâile ve topluma yol açacağı zararlara göre, nakdî cezayı öncelikte teklif edebilir.¹⁹⁶

Sonuç olarak bazı cinsel suçlar, tecavüz, zina ve kazf gibi, iki boyutlu olduğundan dolayı iki şekilde kanıtlanabilir. Birisi had olarak diğeri ise ta'zîr olarak; İslam hukukuna göre kanıtlanması, itiraf ve şahitliğe dayanarak mümkündür. Ta'zîr boyutu Afgan ceza kanunun belirlediği delillere göre ispatlanabilir. Ancak

¹⁹⁵ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/490.

¹⁹⁶ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 673.

homoseksüellik, lezbiyenlik ve tefhiz gibi cinsel suçlar, Afganistan ceza sisteminde ta'zîr'i suç olarak değerlendirdiği sebebiyle, kanıtlanması itiraf, şahitlik, belgeler, yüz tanıma ve karineler gibi deliller üzerinde kanıtlayabilir.

Afgan ceza kanununa göre, had şartları sabit olduğu durumunda, Hanefi fikhına göre had cezası uygulanacaktır. Eğer şüphe veya herhangi bir sebeple had şartları bulunamaz ise, suçlu üzerinde kısa hapis, orta hapis, uzun hapis veya gerekirse idam gibi cezalar uygulanacaktır.





İKİNCİ BÖLÜM

HANEFİ MEZHEBİ KAYNAKLARINDA İNCELENEN CİNSEL SUÇLAR VE AFGAN CEZA KANUNU İLE MUKAYESESİ

I. Hanefi Mezhebi Kaynaklarında İncelenen Cinsel Suçlar ve Afgan Ceza kanunu ile Mukayesesi

A. Zina

Bir toplumun sağlığı, o toplumu oluşturan ailelerin sağlığına bağlıdır. Ailede bireylerin birbirine karşı bağlılık ve fedakârlık göstermesi, o ailede doğacak çocukların geleceğinin garanti altına alınması anlamına gelmektedir. Bu bağlılık ve sadakat kaybolup aile içinde ve eşler arasında huzursuzluklar meydana geldiğinde en çok çocuklar etkilenmektedir. Bu durum çocukların iyi bir şekilde yetişmesini engeller ve onların huzursuz bir ortamda büyümelerini sağlar.

İnsanların, insanca yaşaması için gerekli temel haklar olarak tanımlanabilecek can, mal ve namusun korunması, hemen hemen tüm hukuk sistemlerinin temelini oluşturmaktadır. İnsanların bu haklarını haksız yere ihlal edenlere, tüm hukuk sistemlerinde farklı şekillerde de olsa cezalandırmalar olmuş ve toplum tarafından da kınanmıştır.

İslam hukuku, insanların menfaatlerini göz önünde bulundurarak, onların hayatlarını en iyi şekilde sürdürebilmelerini temin etmeye odaklanan hükümler içerir. Bu hukuki yapı, insanların adaetli bir şekilde muamele görmesini, toplumun refahını sağlamayı ve insani değerlere uygun bir yaşam sürmelerini destekler. İslam hukuku, adil ve insancıl bir toplumun oluşturulmasını hedefleyerek bireylerin ve toplumun iyiliğini gözetir. Hz. Peygamber efendimizin en temel görevlerinden biri, Allah Tel'nın Kur'an-ı Kerim'de ifade ettiği gibi bu emirleri insanlara tebliğ etmektir.¹⁹⁷ Zina, Allah'ın büyük günahlar arasında saydığı ve insanlara kesin bir şekilde yasakladığı bir eylemdir. Allah bu fiili işleyenlere caydırıcı bir ceza tayin etmiştir. Allah'ın bu fiile caydırıcı bir ceza vermesinin sebebi, insanların bu cezadan ders çıkarması, bu çirkin fiilin bir daha tekrarlanmaması ve nesillerin birbirine

¹⁹⁷ (Biz seni ancak lemlere rahmet olarak gönderdik) Enbiya 21/107; (Ey insanlar! Rabbinizden size bir gt, gönüllerdeki dertlere şifa, müminlere doğru yolu gösteren bir rehber ve tam bir rahmet olan Kur'an geldi), Yunus 10/107

karışmamasıdır. Allah (cc) Kur'ân'ı kerim'de zina'ya yaklaşmayın buyurmuştur.¹⁹⁸ Bu şekilde söylenmesinin sebebi, zina'ya götüren tehlikeli yolları kapatmak içindir.

Semavî dinler ve insanlığın ortak kültürü tarafından büyük günah ve suç olarak kabul edilen zina, İslâm dinine göre haramdır ve büyük günahlardan biridir. Bu suçü işleyenlere dünyevî bazı cezalar verilmiştir. Kur'an-ı Kerim'de zina kelimesi, beş farklı ayette geçmektedir.¹⁹⁹ Bir ayette, zinaya yaklaşmamanın emredildiği ve bu eylemin çirkin ve kötü bir yol olduğu ifade edilmiştir.²⁰⁰ Başka bir ayette ise zinanın, şirk (Allah'a ortak koşmak) ve adam öldürmek gibi büyük günahlar arasında yer aldığı beyan edilmiştir.²⁰¹ Diğer iki ayette de zina işleyen erkeğe ve kadına yüzer sopa vurulmasının hükmedildiği ve zina suçü işleyenlerin sadece diğer zina suçlularıyla veya müşriklerle evlenebileceği belirtilmiştir. Bu ayetler, zinanın cezasını vurgularken aynı zamanda evlilik ve ahlaki değerlere dair önemli hükümleri de içerir.²⁰² Peygamber efendimizin hadislerinde de zinanın büyük bir günah ve suç olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca bu konuda yapılan uygulamalara dair pekçok örnek bulunmaktadır.

Burada ifade etmemiz gerekir ki; İslam hukukuna göre cinsel tecavüz suçü, zorla zina (zina be unf) olarak adlandırılmıştır. Zina, Allah'ın yasaklarından olduğu için cezası çok ağırdır. Zina suçünü isteyerek işleyen kişi eğer had şartlarını kendisinde taşıyorsa ona had cezası uygulanır. Şayet had şartlarını taşımıyorsa ta'zîr cezası verilir.²⁰³

Bu bölümde öncelikle zina teriminin anlamı, mezhep imamların zina konusundaki görüşleri ve bu suçla alakalı değerlendirmeleri açıklanacaktır. Daha sonra zina suçü, genel olarak İslâm hukuku özel olarak Hanefî mezhebi fihkî açısından değerlendirilecek ve Afgan Ceza Kanunu ile mukayesesi yapılacaktır.

¹⁹⁸ (Zinâya yaklaşmayın. Çünkü o, çirkinliği apaçık bir hayâsızlıktır ve çok kötü bir yoldur), İsrâ 17/32.

¹⁹⁹ Esen, Hüseyin, "Zinâ", DİA 24/15-47.

²⁰⁰ İsrâ: 17/32.

²⁰¹ Furkân 25/68; Mümtehine 60/12.

²⁰² Nûr 24/2-3; Esen, Hüseyin, "Zinâ", DİA 24/15-47.

²⁰³ Üdeh, Abdülkâdir, *et-Teşrî'u'l-Cinâ'ıyyü'l-İslâmî*, 2/374-375.

1. Tanımı

Zina kelimesi Arapça z-n-y (ز ن ي) kökünden türetilmiş bir isimdir.²⁰⁴ Gönüllü olarak ve dinî bir sözleşme olmaksızın yapılan cinsel ilişki,²⁰⁵ bir erkek ve bir kadın arasında evlilik bağı olmaksızın cinsel ilişkiye girmek,²⁰⁶ kanuna aykırı ve kanunî güvencesi olmaksızın yapılan gayrimeşru birleşme, anlamlarına gelmektedir.²⁰⁷ Bu çirkinliği yapıp kendine hâkim olamayan erkeğe zâni ve kadına da zâniye denir.²⁰⁸

Mezhep âlimleri, zina kelimesinin ıstılahî anlamı konusunda farklı görüşlere sahip olmuşlar ve zina'ı farklı ifadelerle tarif etmişlerdir. Tüm mezhep imamları, bilerek ve isteyerek yapılan yasak birleşmenin zina olarak kabul edildiği konusunda ortak bir görüşe sahiptir. Hanefiler zina'yı, “bir erkeğin, aralarında nikâh bağı veya nikâh şüphesi bulunmayan bir kadınla önden cinsel birleşmesi”²⁰⁹ şeklinde tanımlamıştır. Mâlikîler buna müslüman olma şartını da eklerken, Şâfiîler ve Hanbelîler ters ilişkiyi de zina kapsamında değerlendirmişlerdir.²¹⁰

Afgan Ceza Kanununda zina için yaptığı tanım (*Zina, aralarında evlilik bağı olmayan bir kadın ve erkek arasındaki cinsel ilişkidir.*²¹¹) ile Hanefî mezhebindeki fıkıhçıların zina tanımı arasında bir fark vardır. Bu fark, “şüpheli nikâh” ifadesidir. Yani Afgan Ceza Kanunu zinanın tanımında “şüpheli nikâh” ifadesinin yer vermezken, Hanefî fıkıhçıların tanımında bu ifadeyi kullanmıştır. Bu nedenle Afgan Ceza Kanunu, zina suçunun tanımında Hanefî fikhına tamamen uyum sağlamamaktadır.

²⁰⁴ İbn Manzûr, *Lisânu'l Arab*, “Zina”, 5/359; Tahiri, Sadrul Eslam, *İslam Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*, s. 37.

²⁰⁵ İsfahanî, Râgıb, *Mufredât*, “Zina”, s. 315; Zebîdî, *Tâcu'l Arûs*, “Zina”, 1/73.

²⁰⁶ Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Zina”, s. 622; Güneş, Kadir, *Arapça-Türkçe Sözlük*, “Zina”, s. 533.

²⁰⁷ Doğan, Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, “Zina”, s. 371.

²⁰⁸ Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Zina”, s. 622; Esen, Hüseyin, “Zina” DİA, 44/440-444.

²⁰⁹ (وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك و شبهة الملك) Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3/79; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i*, 9/178.

²¹⁰ Esen, Hüseyin, “Zina”, DİA, 44/440-444.

²¹¹ Kanun-i Ceza-i Afganistan, md. 643.

2. Unsurları

İslâm hukukuna göre zina suçunun unsurları kadın ve erkek için aynıdır. Kişi bu unsurları yerine getirdiğinde zina suçunu işlemiş olur. Zina suçunun unsurları, kanunî unsur, maddî unsur ve manevî unsur'dur.

Kanunî Unsur: Herhangi bir suçun suç sayılabilmesi için, hâlihazırda uygulanmakta olan ceza kanununda belirtilmesi gerekir.²¹² İslam hukukunda, kanun çıkartmak ve hangi eylemlerin suç sayılacağına karar verme yetkisi yalnızca Allah'a Peygambere, devlet başkanı vb yetkililere aittir.²¹³ Allah, Kur'an'ı Kerim'i insanları doğru yola sevk etmek ve doğru kuralları öğretmek için göndermiştir. Allah (cc) bu kuralların çiğnenmemesi için kitabında ağır cezalar belirtmiştir. Zina yapanların cezası Kur'an'da²¹⁴ ve Peygamberimizin hadislerinde detaylı bir şekilde açıklanmıştır.²¹⁵

Afganistan Anayasası'nın 130. maddesine göre, herhangi bir olayı değerlendirirken kâdı, Afganistan Anayasasına ve diğer yasalara göre karar verecektir. Fakat Afganistan kanunlarında herhangi bir konuda yazılı bir kanun yoksa olay hakkında hüküm verilirken Hanefî fihkına başvurur ve Afganistan kanunları çerçevesinde hüküm verir.²¹⁶

Afganistan hukuk sisteminde, zina suçunun cezasında, şüphe sebebiyle had cezası düşerse, ceza kanuna göre suçlu ta'zîr ile cezalandırılır. Çünkü Afganistan yargı sistemi ceza kanunun sekizinci bab ikinci bölümünde yer alan 643-644 maddelerinde zina fiili suç sayılmakta ve işleyenlere ceza verileceği bildirilmektedir.

Maddî unsur: Eğer bir kişi zina suçunu işlerse, bu işlediği suçtan dolayı sorumlu olacaktır. Zina fiilini sadece düşünmek hukuki açıdan ceza uygulanması için yeterli değildir. Çünkü insanlar kalplerindeki düşünce ve niyetlerden dolayı sorumlu

²¹² Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1/222.

²¹³ Nazir, Dad Muhammed, *Hukuki Ceza-yi İhtisasi İslam*, s. 85.

²¹⁴ Nûr 24/2.

²¹⁵ Tahâvî, *Şerhu Me'âni'l Âsâr*, 4/22 (No. 4731); Tahiri, Sadrul Eslam, *İslam Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*, s. 41.

²¹⁶ Kanun-i Esas-i Afganistan, md. 130; Tahiri, Sadrul Eslam, *İslam Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*, s. 42.

tutulmayacaklardır.²¹⁷ Başka bir ifadeyle, kişiler akıllarında sadece fikir olarak kalan ve eyleme geçmeyen düşüncelerinden sorumlu değildirler.²¹⁸

İslâm hukukçuları, kadın ile erkek arasında şer'i bir akit olmaksızın, gerçekleşen birleşmeyi zina olarak nitelendirmiştir. Yani, evlilik bağı olmadan yapılan cinsel ilişkiyi haram kabul etmişlerdir. Cinsel ilişki için meninin gelmesi şart değildir ve kısmî duhul (haşefe kadar) kişiyi suçlu sayılabilmek için yeterlidir. Hanefî âlimler, sadece ön taraftan yapılan ilişkiyi zina olarak saymışlardır.²¹⁹ Hanefiler, zina suçunun maddi unsuru olarak erkeğin cinsel organının kadının vajinasına girmesi olarak kabul etmektedirler. Bunun hâricindeki ilişkileri ve davranışları zina olarak kabul etmemişlerdir. Onlar, şer'i nikâh olmadan kadın ve erkek arasındaki her türlü yakınlığı haram sayıp suç ve suçluya ta'zîr cezasını uygun görmüşlerdir.²²⁰

Afganistan medenî kanunu evlilik sözleşmesini, erkek ve kadının bir aile kurmak için birliği meşrulaştıran ve eşlere yükümlülükler gerektiren sözleşme olarak belirlemiştir.²²¹

Afganistan ceza kanunu zina suçunun maddi unsurunu, erkeğin cinsel organının kadının vajinasına girmesi olarak belirlemiştir.²²² Bu konuda Afganistan ceza kanunu ile birebir Hanefî fihına tabi olmuştur.

Mânevî Unsur: Bir suçun gerçekleşebilmesi için, o eylemin şuan işlenmiş olması ve bu eylemi gerçekleştiren kişinin yasal ehliyet sahibi olması gerekmektedir. Bir kişinin sorumlu olabilmesi için, yaptığı eylemi bilinçli ve isteyerek yapması gerekir.²²³ İslam hukukunda zina suçunu işleyenlerin cezalandırılabilmesi için birtakım manevi unsurların varlığı aranır. Zina suçunu işleyenlerin mükellef olmaları bu manevi unsurlardandır. Kısaca zina fiilini işleyenin akıl sahibi, erginlik çağına

²¹⁷ Karaman, Hayreddin *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1/222.

²¹⁸ Önder, Ayhan, *Cezâ Hukuku Dersleri*, s. 152.

²¹⁹ Mevsilî, *el-İhtiyâr* 3/79.

²²⁰ Meydânî, *el-Lubâb fî Şerhi'l Kitab*, 4/475; Tahiri, Sadrul Eslam, *İslam Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*, s. 42.

²²¹ Afganistan Medenî Kanunu'nda, nikâh akdi şu şekilde açıklanmıştır.

²²² Rehim, Ârif, *Hukuk-i Ceza-i İhtisasi*, s. 204.

²²³ Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1/222. Üdeh, Abdülkadîr, *et-Teşrî'u'l-Cinâ'iyü'l-İslâmî*, 2/410

gelmiş ve yasal ehliyet sahibi olmalıdır. Bu şartlar, zina suçunun değerlendirilmesi ve cezalandırılması açısından önemli bir rol oynar. Bu nedenle, küçük yaştaki çocuklar ve akli dengesi yerinde olmayan mecnunlar arasındaki gayri meşru birleşme zina olarak kabul edilmeyecektir. Ancak, zina suçunu işleyenlerden birisi mükellef diğeri mükellef değilse, zina cezası sadece mükellef olan kişiye uygulanır. Yani, suçu işleyen taraflardan biri cezai sorumluluğa sahip değilse, cezalandırma sadece sorumlu olan tarafı kapsayacaktır.²²⁴

Gayrimeşru ilişkide bulunan erkek veya kadından biri zina ettiğini, diğeri ise zina etmediğini beyan ederse, ikisi de cezalandırılmaz. Çünkü had cezalarında şüphe meydana gelirse had cezası düşer.²²⁵ Ayrıca gönüllü olarak ilişkiye giren bir kadın veya bir erkeğin suçlu sayılması için aralarında evlilik bağının bulunmaması gerekir. Yine cinsel ilişkide bulunan kadın ve erkeğin arasında mülkiyet yani kölelik/cariyelik durumları varsa, söz konusu ilişkide suçlu sayılmayacaklardır.²²⁶

Afgan Ceza Kanununda zina'nın mânevî unsuru şu şekilde açıklanmaktadır: Kişi, bu fiili işlendiği zaman zina'nın suç olduğunu bilmeli ve kasten yani kendi isteği ile bu eylemi gerçekleştirmelidir. Kişi, zina'nın suç olduğunu bilmiyorsa veya kastı yoksa zina suçundan yargılanamaz.²²⁷

3. Şartları

İslam hukukçuları, zina suçunun gerçekleşmesi ve cezasının uygulanması için bazı şartların varlığını zorunlu görmektedir. Hanefi kaynaklar ise Afgan ceza kanununun saydığı şartların yanında bazı özel şartlar da zikretmişlerdir. Bu şartlar şunlardır:

- 1- Zina suçunu işleyen kişi, reşit olmalıdır. Bu nedenle, ergen olmayan bir kişi zina suçu işlerse, ona had cezası uygulanmaz.
- 2- Zina suçunu işleyen kişi akıllı olmalıdır.

²²⁴ Meydânî, *el Lubâb fî Şerhi'l Kitab*, 4/477; Tahiri, Sadrul Eslam, *İslam Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*, s. 43.

²²⁵ Serahsî, *El Mabsût*, 9/89.

²²⁶ Meydânî, *el Lubâb fî Şerhi'l Kitab*, 4/474.

²²⁷ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 3/430-431.

- 3- İmam Malik'e göre zina suçunu işleyen kişi müslüman olmalıdır.
- 4- Zina suçunu işleyen kişi ihtiyar sahibi olmalı yani kendi iradesi ile bu fiili gerçekleştirmiş olmalıdır.
- 5- Karşı taraf insan olmalıdır.
- 6- Zina suçunu işleyenler bu suçu işleyecek sağlık durumuna sahip olmalıdır.
- 7- Zina suçunu işleyenler bu fiilin haram olduğunu bilinmelidir.
- 8- Karşı taraf herbi (mülümanlara karşı savaş açılmış kimseler) birilerden olmamalı.
- 9- Karşı taraf canlı bir kişi olmalıdır.
- 10- İlişkide herhangi bir şüphe olmamalıdır.²²⁸

4. İspat Yolları

Zina, İslâm hukukunda büyük günahlardan biri olarak kabul edilir. Kur'ân ve Peygamberimiz'in hadislerine göre zina edenlere büyük cezalar verilmiştir. Daha önce ifade edildiği gibi bu suçun cezası ağır olup ispatlanması da çok zordur. İslam hukukuna göre bu suç; ikrar, şehâdet ve liândan vazgeçmek yolları ile ispat edilir.

İkrar: Hanefi fıkıhçılara göre zina itirafı, akıllı ve ergen bir kişinin dört kez, dört farklı yerde hâkim karşısında zina suçunu itiraf etmesidir.²²⁹ Birinci bölümde bu konu detaylıca bahsedildiği için burada tekrar edilmeyecektir. Hanefi fıkıhçıları açısından ikrar'ın bir takım genel ve özel şartları vardır. bunlar kısaca şu şekilde zikredilebilir.

Genel şartlar:

- a) İtiraf eden kişi ergen (balıĝ) biri olmalıdır. Çünkü had gerektiren suçlarda bir çocuğun itirafı geçerli sayılmaz.

²²⁸ Meydani, *el Lubâb fi Şerhi'l Kitab*, 4/465.

²²⁹ Nazir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslam*, s. 36.

b) İtiraf eden kişi konuşabilme yeteneğine sahip olmalıdır. Yazı veya işaret yoluyla itiraf etmek doğru değildir. Bu nedenle dilsiz bir kişinin itirafı had suçlarının kanıtlanması için yeterli değildir.

c) İtiraf eden kişi özgür irade sahibi olmalıdır. Bu nedenle zorla yapılan itiraflar had suçlarında geçerli olmayacaktır.²³⁰

Özel şartlar:

a) İtiraf çoklu olmalıdır. Hanefî ve Hanbelîlere göre zina suçunda itiraf, hâkim huzurunda dört sefer olmalıdır. Çünkü Hz. Mâiz Peygamber efendimiz'in huzurunda dört sefer itiraf etmiş ve ondan sonra Efendimiz onun cezasını uygulamıştır.²³¹ Ancak Şafîî ve Malikîlere göre bir kez itiraf etmekle suç ispatlanır.²³² Çünkü bir insan kendi aleyhine hiçbir zaman yalan itirafta bulunmaz.

b) İtiraf mekânı çoklu olmalıdır. İmam Ebû Hanîfe'ye göre itirafçı dört sefer, her seferinde farklı yerlerde itiraf etmelidir. Çünkü Hz. Maiz itiraf için geldiği zaman Efendimiz her seferinde farklı yerlerde itirafını dinleyip kabul etmiştir.

c) İtiraf, hâkim'in huzurunda olmalıdır. Çünkü hâkim'in dışında hiç kimse zina cezasını uygulamak için yetki sahibi değildir.

d) Zina suçunu itiraf ederken itirafçı, bilinçli ve uyanık halde olmalıdır. Eğer bir kişi sarhoş veya uyku halinde iken zina suçunu itiraf etse, onun itirafı kabul edilmez.

e) İtirafçı, zina'yı işleyebilecek güce sahip olmalıdır. Eğer itirafçı, cinsel organı kesik veya trans (Hünsa Müşkil) ise, onun itirafı geçerli değildir.²³³

Şehâdet: Arapça bir kelime olup, sözlükte bir olaydan haber vermek ya da gördüğü bir olayı nakletmek anlamına gelir. Fıkıh terimi olarak "şâhit", bir olaya veya duruma tanıklık eden veya tanık olan kişiyi ifade eder.²³⁴ Yani, bir olayın veya

²³⁰ Nazir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslam*, s. 37.

²³¹ Şevkânî, , *Neylül Evtar*, 7/95.

²³² Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, 4/150; İbn Cezzi, *el Kavânini'l Fikhiyye*, s. 346.

²³³ Nazir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslam*, s. 37,38.

²³⁴ Apaydın, Yunus, "Şâhit", *DİA*, 38/278,283.

durumun meydana geldiğine dair bilgi sahibi olan ve bu konuda tanıklık yapan kişi "şâhit" olarak adlandırılır. Fıkıhçılara göre şehâdet; bir kişi iki davacı arasında birinin lehine ve diğerinin aleyhine, belirli ifadeleri kullanarak somut olayın meydana geldiğini haber vermesidir.²³⁵

Kur'an'ı Kerim'e göre şâhitlerin sayısı dört olmalıdır.²³⁶ Şahitler için bir takım genel ve özel şartlar vardır. Bunlar şunlardır.

Genel şartlar: Daha önce bahsettiğimiz gibi; buluğ, akıl, hafıza (unutmamak), görme, adalet, İslam gibi şartlar had suçlarında arınmaktadır.

Özel şartlar:

a) Şahitler erkek olmalıdır. Hanefiler dâhil bütün fıkıhçılar zina suçunda şâhitlerin erkek olması hususunda ittifak etmişlerdir.

b) Şahitler aslî olmalıdır. Yani şahitler olayı kendi gözleri ile görmüş olmalıdır. Eğer şahitler olayı kendileri görmeyip başkalarından doymuşlar ise, şüpheden dolayı onların şehâdeti kabul edilmez.

c) Herhangi bir mazeret olmaksızın şahitlik için zaman gecikmesi olmamalıdır. Hanefilere göre kazf dışında diğer bütün suçlarda şahitlik yapmak için zaman gecikmesi şüphe meydana getirir. Bu şüpheden dolayı da zina haddi düşer.

d) Şâhitlerin şehâdeti tek mecliste olmalıdır. Hanefilere göre eğer şahitler hâkim'in huzurunda farklı yerlerde şahitlik yaparsa onların şehâdeti kabul edilmez.

e) Şâhitlerin sayısı dörtten az olmamalıdır. Eğer dörtten az ise onların şehâdeti kabul edilmez ve kazf suçu işlemiş olurlar.

f) Şâhitlerin ifadeleri hâkim'e inandırıcı gelmelidir.

g) Had uygulana kadar şahitler ehliyet sahibi olmalıdır. Eğer şahitlerden birisi şahitlik yapmadan önce veya sonra yâda had uygulamadan önce dilsizlik, körlük,

²³⁵ Nazir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslam*, s. 40.

²³⁶ Nisâ 4/15; Nur 24/4.

irtidat gibi bir hale dūçar olursa şahitliđi kabul edilmeyeceđi için diđerlerinin de şehâdeti geçerli olmaz.²³⁷

Liân: Zinanın üçüncü ispat yolu, kadının liândan vazgeçmesidir. La'n terimi, sözlükte "kovmak veya Allah'ın rahmetinden uzaklaştırmak" anlamına gelir. Kur'an-ı Kerim ve hadislerde, bu terim kelime anlamında kullanılmıştır. Yani, kadının zina suçlamasından geri çekilmesi ve suçlamadan vazgeçmesidir. Lian, zinanın ispatı açısından önemli bir unsurdur. Bu kökten türeyen liân ve mülâane terimleri "karşılıklı lânetleşme" anlamına gelir. Fıkıh terimi olarak liân, bir kocanın hâkim huzurunda karısının zina ettiğini veya doğan/doğacak çocuğun zinanın neticesi olduğunu iddia etmesi ve bunu yeminle teyit etmesidir. Kadın da aynı şekilde kocasının yalan söylediğine ve kendisinin masum olduğuna dair yemin eder. Böylece, karşılıklı yeminlerle iddialar teyit edilmeye çalışılır ve bu süreçte lânetleşme ifadeleri kullanılırlar.²³⁸

Bir kiři, başka birini zina suçuyla suçlarsa, bu iddiasını dört şahitle kanıtlamak zorundadır. Eğer bu kanıtları sunamazsa, zina iftirası (kazf) suçunu işlemiş olur. Yani, zina suçlamaları için güçlü delillere ve dört şahide ihtiyaç vardır. Aksi takdirde, asılsız ve haksız bir suçlama yapmak, ciddi sonuçlar doğuracak bir suç teşkil eder. Bu sebeple, zina gibi önemli suçlamaların doğruluğu sağlam bir şekilde kanıtlanmalı ve yanlış iddialardan kaçınılmalıdır. Ama bunun bir istisnası vardır. Eğer bir koca, karısını zina yaparken kendi gözleriyle görür veya evlilik sürecinde doğan/doğacak çocuğun kendisine ait olmadığını kesin bir şekilde bilirse, bu durum koca, mahkeme huzurunda dört kez açık bir şekilde yemin ederek karısının zina yaptığını veya doğan/doğacak çocuğun kendisinden olmadığını iddia edebilir. Böyle bir durumda koca, kazf cezasına tabi tutulmaz. Aynı şekilde kadın da dört kez yemin ederek zina suçlamasını reddedebilir ve böylelikle zina yapan kiři için öngörülen cezadan kurtulabilir.²³⁹ Bu konuyu Allah (cc) Nūr süresinde detaylı bir şekilde beyan etmiştir. *Eşlerine zina isnadında bulunup da kendilerinden başka şahitleri olmayanlara*

²³⁷ Serehsi, *el Mbsut*, 9/50; Nazir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslam*, s. 41-54.

²³⁸ Aydın, Mehmet Âkif, Liân, DİA, 27/172-173.

²³⁹ Aydın, Mehmet Âkif, Liân, DİA, 27/172-173; Nazir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslam*, s. 66.

gelince, onların her birinin şahitliği, kendisinin doğru söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah adına yemin ederek şahitlik etmesi, beşinci defa da, eğer yalan söyleyenlerden ise Allah'ın lânetinin kendi üzerine olmasını dilemesidir. Kadının, kocasının yalan söyleyenlerden olduğuna dair dört defa Allah adına yemin ve şahitlik etmesi, beşinci defa da, eğer (kocasını) doğru söyleyenlerden ise Allah'ın gazabının kendi üzerine olmasını dilemesi kendisinden cezayı kaldırır.²⁴⁰

İmam Ebu Hanife'ye göre eğer erkek mülaaneden vazgeçerse, liân yapana kadar hapis edilir. Eğer lian yapmayıp kendisini yalanlıyorsa bu kişiye kazf haddi uygulanır. Eğer kadın liândan vazgeçerse o da hapsedilir ve lianda bulunmazsa zina haddi uygulanır.²⁴¹

Afgan Ceza Kanunu ikinci maddesinde; *bu kanun sadece ta'zîr cezaları ele alınır had kısımları hanefî fıkıh ve İslam şeriatine tabî olur*; ifadesi yer almaktadır. Ancak had suçları herhangi bir sebepten dolayı düşerse, suçlu ceza kanuna göre cezalandırılır.

5. Cezası

Bu bölüme kadar İslâm şeriatı ve Afganistan yasalarına atıfta bulunarak zina'nın ne olduğu açıklanmaya çalışılmıştır. Bu başlık altında ise zina suçu için belirlenen cezalar ve bu cezaların nasıl uygulanacağı hakkında bilgi verilecektir.

Zina suçunu işleyen kişi iki şekilde cezalandırılır. Eğer suçlu bekâr ise cezası yüz Ccelde (değnek/sopa)'dır. Kur'an'ı Kerîm bunu net bir şekilde beyan etmiştir. Şayet bu suçu işleyen kişi evli ise, Hz. Peygamber'in (s.a.) hayatında yaptığı uygulamaya göre cezası recimdir.

a) Evli Olmayan Kişinin Cezası

Muhsan (evli) olmayan erkek ve kadının cezası yüz sopadır. Allah'ı Tealâ Kur'an'ı kerim'de şöyle buyurmaktadır:

(Zina eden kadın ve zina eden erkekten her birine yüzer değnek vurun. Eğer Allah'a ve âhîret gününe inanıyorsanız, o ikisine duyduğunuz acıma hissi sizi etkisi

²⁴⁰ Nur, 24/6-9.

²⁴¹ Aydın, Mehmet Âkif, Liân, DİA, 27/172-173.

*altına alıp Allah'ın belirlediği bu cezayı uygulamanıza engel olmasın. mü'minlerden bir grup da suçluların cezalandırılmasına şahitlik etsin).*²⁴²

Peygamberimiz (s.a.) de buyuruyor ki: *Bekâr olan biri zina ederse cezası yüz sopa ve bir yıl sürgündür.*²⁴³ Sürgün konusunda mezhepler ihtilaf etmişlerdir. Hanefî mezhebine göre, bir suçlu sopa cezasına çarptırıldığında ona sürgün cezası uygulanmaz. Yani, Hanefî fihhına göre, sürgün cezası vacip değildir ve sopa cezası ile bir araya gelmez. Fakat hâkim, uygun gördüğü durumlarda suçluyu hapse atabilir. Hapis cezası sadece zina suçuyla sınırlı olmayıp diğer suçlarda da uygulanabilir.²⁴⁴ Hanefî mezhebi bu konudaki rivayetleri nassa ziyade olarak değerlendirmiş ve âhad rivayetlerin nassa ziyade yapamayacağını kabul ettiği için sürgün cezasını ta'zir cezası olarak değerlendirip had cezası olarak saymamıştır.²⁴⁵ Yüce Allah Kur'an'ı kerim'de, *bir bekâr erkek veya kadın zina ederse, cezası yüz sopa olduğunu* beyan edince, onların cezası, şeriat tarafından kesin olarak belirlendiği için hâkimin cezayı artırma veya azaltma yetkisi yoktur. Şeriatın belirlediği cezalar, sabit ve değiştirilemez hükümlerdir. Hâkim bu cezaları uygulamakla yükümlüdür.²⁴⁶

Sopa cezası alan kişiye, normal bir sopa ile yüz sopa vurulur. Cezanın uygulanmasında suçlunun yaralanmaması ve kalıcı izler oluşmaması için sopanın kuru ve pürüzsüz bir yapıya sahip olması gerekmektedir. Aynı zamanda, sopanın birden fazla dalı olmamalıdır. Eğer sopanın birden fazla dalı bulunuyorsa, her bir dal ayrı bir sopa olarak kabul edilir ve ceza bu dalların sayısına göre uygulanır. Yani, sopada bulunan her dal, ayrı bir vuruş olarak değerlendirilir.²⁴⁷ Hanefilere göre cezayı hak eden kişinin kürk gibi kalın elbisesi varsa çıkartılır ve cezayı hissetmesi için sadece ince elbise giymesine müsaade edilir. Ayrıca erkeklere ayakta, kadınlara ise mahrem yerlerinin ortaya çıkmaması için oturarak cezalar uygulanır. Eğer zina ispatı şahitlerle

²⁴² Nur 24/2; İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Râ'ik şerhu Kenzi'd-dekâik*, 5/10.

²⁴³ Tahâvî, *Şerhu Me'âni'l-Âsâr*, 3/22 (No. 4730).

²⁴⁴ Burhânîpûrlu, Şeyh Nizam, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 2/146-147.

²⁴⁵ Hanefiler derler ki: Sürgün Cezası, haber-i vahid ile sabit olduğu için yüz sopa Cezasıyla birlikte uygulanamazlar. Zira Hanefilerin görüşüne göre Kur'an-ı Kerimin haber-i vâhid ile nesh edilemez.

²⁴⁶ Tahiri, Sadrul Eslam, *İslam Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*, s. 58.

²⁴⁷ Tahiri, Sadrul Eslam, *İslam Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*, s. 59; Üdeh, Abdülkadîr, *et-Teşri'u'l-Cinâ'iyü'l-İslâmî*, 2/448-450.

sabit olursa ve suçlu cezasından kaçmak için koşar veya ceza uygulanacak mekânda durmazsa, suçlu kişinin bağlanması veya tutulmasında hiçbir sakınca yoktur. Yüz sopa, suçlu kişinin vücudunun farklı bölgelerine vurulacak şekilde uygulanır. Eğer yüz sopa, kişinin vücudunun tek bir bölgesine yoğun bir şekilde vurulursa, bu durum kişinin ölümüne veya ciddi şekilde yaralanmasına neden olabileceği için böyle bir uygulama İslam hukukunda caiz değildir. Çünkü sopayla uygulanan ceza, zarar vermemek ve kalıcı hasar bırakmamak şartıyla yapılmalıdır. Dolayısıyla, sopa cezası, vücudun farklı bölgelerine dağıtılarak adil ve insancıl bir şekilde uygulanmalıdır. Hz. Peygamber'in (s.a.) belirttiği gibi sopalar yüze, başa ve cinsel organlara vurulmamalıdır. Çünkü yüz, güzelliğin yeri baş, beş duyunun yeri, cinsel organlar ise neslin devamlılığını garanti etmektedir. Ayrıca bu bölgelere sopayla vurmak ölümcül sonuçlar doğura bilmektedir. Zina suçunda sopa cezasının amacı tedbirdir, öldürme veya yaralama değildir.²⁴⁸

b) Evli Olan Kişinin Cezası

Zina suçunu işleyen Muhsan (evli) kişi ister kadın, ister erkek olsun cezası recmdir.²⁴⁹ Recm edilecek şahıs erkekse cezası ölünceye kadar ayakta uygulanır. Bu konuda suçun itiraf yoluyla kabul edilmesi veya şahitlerin ispatıyla olmasında bir fark yoktur.

Recm cezası verilen suçlu bağlanmaz, tutulmaz veya başka bir şey üzerine dayandırılmaz. Çünkü Hz. Peygamber Mâiz ve Gâmidî'ye ceza uyguladığı sırada toprağa gömmemiş ve başka bir şeye de bağlamamıştır. Eğer suçlu suçunu ikrar etmiş ve had cezası uygulanmaya başlandıktan sonra kaçarsa, had cezası tekrar uygulanmayıp cezası düşer. Ancak şahitlerin tanıklığı ile kanıtlanmışsa, suçlu ölünceye kadar recm (taşlama) cezasına mahkûm edilir. Suçlu taşlanmaya başlandığı sırada kaçarsa, yakalandığında bağlanarak taşlama cezasına devam edilir. Hanefî mezhebine göre, bir kadın zina suçundan dolayı recm cezasına çarptırılacak olursa, vücudunun açıkta görünmemesi için göğsüne kadar toprağa gömülür. Eğer toprağa gömülmezse, vücudu âşikâr olmaması için elbiseleri sıkıca vücudunun etrafına

²⁴⁸ Mergînânî, *el-Hidâye fî Şerhi'l Bidâye*, 2/741-742.

²⁴⁹ Kudûrî, *el-Muhtaşaru'l Kudûrî*, s. 480.

sarılmalıdır. Bu önlemler, kadının vücudunun kamuya açık şekilde görünmesini engellemek amacıyla alınmaktadır.²⁵⁰

Recm cezası uygulanacak kişiye her yönden taş atılır. Ancak bazı fakihlerin görüşüne göre, taşlama sırasında halkın düzenli bir şekilde hareket etmesi için üç sıra oluşturulması gerekmektedir. İlk sıra taşı fırlattığında geri çekilir, ardından ikinci ve üçüncü sıra taş atmaya devam eder. Bu yöntemle recm cezası infaz edilirken, halkın birbirine çarpmaması ve düzenli bir şekilde cezayı uygulaması amaçlanır.²⁵¹

Recme mahkûm edin kişinin cezası hemen uygulanır. Bu hususta sağlıklı veya hasta olmasına bakılmadığı gibi mevsimin kış veya yaz olmasının da bir etkisi yoktur. Recm cezası ölümcül bir ceza ve Allah'ın hakkıdır. Dolayısıyla suçlu kişi recm uygulanmadan kurtuluşa eremez. Ancak eğer zina suçundan mahkûm olan kadın hamile ise, doğuma kadar recm cezası ertelenir. Çünkü ölüm cezası çocuk için değil, annesi içindir. Doğumdan sonra, suçlu kadının çocuğuna bakacak kimse yoksa, çocuk annesiyle birlikte büyüyecek ve onun yanında kalacaktır. Çocuk temel ihtiyaçlarını karşılayabilecek yaşa gelince annesi cezalandırılır. Âlimlerin dayandığı esas Hz. Peygamberin uygulamasıdır.²⁵²

Zina suçu dört kişinin şahitliği ile ispatlanırsa, önce şahitler taşlamaya başlayacaktır. Şahitler taşlamayı kabul etmezlerse had cezası düşer. Ancak şahitler çolak iseler, hadd'in uygulanacağı yerde hazır bulunmaları şartıyla hâkim onların yerine taşlamayı başlayabilir. Şâhitlerin ardından hâkim bizzat taşlamaya devam eder. Zina eden kişi taşlandıktan sonra cenazesi akrabasına verilir. Diğer müslümanlar gibi cenaze namazını kılınır ve sonrasında defnedilir.²⁵³

Hanefî mezhebine göre, evli (muhsan) olan biri recm cezasına mahkûm olursa, ayrıca celd cezası uygulanmaz. Hz. Peygamber (s.a.) döneminde Mâiz ve Gâmidî'ye gibi kişilere recm cezası verilirken, sadece recm cezası uygulanmış celd cezası ise

²⁵⁰ İbn Nuceym, *El-Baḥru'r-râ'îk Şerhu Kenzi'd Dekâik*, 5/7-8; Tahiri, Sadrul Eslam, *İslam Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*, s. 60.

²⁵¹ Tahiri, Sadrul Eslam, *İslam Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*, s. 60; Burhânpûrlu, Şeyh Nizam, *el-Fetâva'l-Hindiyye*, 2/146.

²⁵² Tahiri, Sadrul Eslam, *İslam Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*, s. 61.

²⁵³ İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Râ'îk Şerhu Kenzi'd Dekâik*, 5/8-9; Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, 3/89.

verilmemiştir²⁵⁴ Recm cezası, zina gibi büyük bir suçu caydırıcı nitelikte olan etkili bir cezadır. Bu nedenle recm cezasının verilmesi, zina gibi ahlaki bir suçun yaygınlaşmasını önlemek için yeterli bir cezadır. Bunun için ayrıca sopa vurma gibi ek ceza yöntemlerine gerek duyulmaz²⁵⁵

Afgan Ceza Kanunu'nun 644. maddesinin birinci fıkrasına göre had, şüphe veya başka bir sebepten dolayı düşürülürse, Muhsan biri zina suçu işlemiş ise iki yıldan fazla hapis cezası ile cezalandırılır. Muhsan biri, yakın akrabalarıyla veya kendi emri altında kişi ile zina işlemiş ise yedi yıla kadar hapis cezasına çarptırılır.²⁵⁶

B. Livâta (Homoseksüellik)

Hanefî mezhebinde tercih edilen görüşe göre, homoseksüellik zinadan farklı bir eylem olarak değerlendirilir. Hanefilere göre homoseksüellik zinayla aynı kategoride değildir ve aralarında kıyaslama yapılamaz. Homoseksüellik, zina olarak nitelendirilemeyecek kadar farklı bir suç oluşturur ve dolayısıyla farklı hükümleri taşımaktadır. Hanefî fıkıhçılar, homoseksüellikle ilgili özgün hükümler belirler ve bu eylemi zinadan ayrı bir suç olarak ele alırlar.²⁵⁷ Çünkü Zina suçu, farklı cinsiyetler arasında işlenirken, homoseksüellik aynı cinsiyetler arasında anüs yoluyla gerçekleşir. Dolayısıyla, homoseksüellik suçu için ta'zîr cezası öngörülmüştür. Fakat bu konuda Ebû Hanife'ye karşı Ebû Yusuf ve İmam Muhammed gibi bazı fakihler farklı görüşler ileri sürmektedirler. Onlara göre eşcinsel ilişki de zina kapsamına girer ve zina suçunun cezasını alır.²⁵⁸ Zira eşcinsellikte de şehvet giderilmektedir.²⁵⁹

İbnu'l Humâm, kendi eserinde şu şekilde beyan eder: "Eğer bir kişi, Lût kavminin işlediği suçu işlemişse, Ebû Hanife'ye göre had cezası uygulanmaz, ancak ta'zîr cezasıyla cezalandırılır ve tövbe edinceye kadar hapsedilir. Eğer bu davranışı alışkanlık haline getirmişse, evli veya bekar olması fark etmeksizin devlet tarafından

²⁵⁴ Tahâvî, *Şerhu Me'âni'l-Âsâr*, 5/6 (No. 4731).

²⁵⁵ Serahsî, *El Mebsût*, 9/61-62; Tahiri, Sadrul Eslam, *İslam Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*, s. 61.

²⁵⁶ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 644.

²⁵⁷ Yaşaroğlu, M. Kâmil, "Livâta", DİA, 27/198-200.

²⁵⁸ Mevsilî, *el İhtiyâr*, 3/91; Bamurzaef, Chyngyz, *İslam Hukukunda Zina Suçu Dışındaki Cinsel Suçların Hukuki Sonuçları*, s. 32.

²⁵⁹ Mevsilî, *el İhtiyâr*, 3/91.

siyasi nedenlerle öldürülebilir. Ancak şer'an zina haddi cezası, eşcinsellik için belirlenmemiştir. *Had cezaları, kıyas (benzetme) yöntemiyle belirlenmez.* Livâta (eşcinsel ilişki) suçuna verilecek ceza konusunda Sahâbe arasında görüş ayrılığı vardır. Kimi yakma cezasını, kimisi üzerine duvar yıkılmasını, diğerleri ise yüksek bir uçurumdan aşağıya atılma cezasını önermiştir. Bu durumda, farklı Sahâbe'nin farklı görüşleri nedeniyle bu eylem için kesin had cezası uygulanmamaktadır. Zina suçunun cezasıyla ilgili olarak, Kur'an-ı Kerim ve mütevâtir sünnette net bir şekilde hüküm verilmişken, homoseksüellik konusunda bu kadar açık bir hüküm bulunmamaktadır.”²⁶⁰ Diğer taraftan zina, karşı cins ile gerçekleşen cinsel ilişki, sonucunda neslin kuşkulu hale gelmesine ve hayat suyunun yok edilmesine neden olabilir. Ancak homoseksüellik suçu aynı cins arasında olup neslin kuşkulu olması söz konusu değildir ve zina olarak nitelendirilmez. Çünkü eşcinsellik hem akıl hem şeri'at hem de fitrat gereği haramdır. Zina ise fitrat açısından haram değildir. Çünkü haramlığı evlilik ile ortadan kalkar. Eşcinselliğin haramlığı ise daimidir.²⁶¹

İmam Ebû Hanife'ye göre eşcinselliğin had gerektiren bir suç olmadığı, küçük bir cürüm/günah olduğundan değil aksine büyük bir günah olduğu içindir. Zira had günahların temizleyicisi olarak kabul edilmektedir.²⁶² Böyle bir durumda homoseksüelliğin büyük bir suç olduğunu anlaşılmaktadır.

Bir kimse, kendisine helal olmayan bir kadınla anal (ters) ilişki kurarsa, İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre bu eylem had cezasını gerektirirken, İmam Ebû Hanife'ye göre ta'zîr cezası uygulanmalıdır.²⁶³

İmam Ebû Hanife ise homoseksüelliğin cezası konusunda şöyle diyor: “Bu fiile sözlük bakımından da zina anlamını verilmemektedir. “Livâta yaptı zina etmedi” denir. “*Bir erkek, başka bir erkek ile ilişki kurarsa zina etmiştir*”²⁶⁴ hadisinde ise Hz.

²⁶⁰ İbnu-l Hümam, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, 5/138; Chyngyz, Baimurzaef, *İslam Hukukunda Zina Suçu Dışındaki Cinsel Suçların Hukuki Sonuçları*, s. 32.

²⁶¹ Chyngyz, Baimurzaef, *İslam Hukukunda Zina Suçu Dışındaki Cinsel Suçların Hukuki Sonuçları*, s. 33.

²⁶² Chyngyz, Baimurzaef, *İslam Hukukunda Zina Suçu Dışındaki Cinsel Suçların Hukuki Sonuçları*, s. 33; İbn Nuceym, *el-Baḥru 'r-Râ'îḳ Şerhu Kenzi'd Dekâiḳ*, 5/63.

²⁶³ Serahsî, *el Meksûr*, 9/77; Yaşaroğlu, M. Kâmil, “Livâta”, *DİA*, 27/198-200.

²⁶⁴ Beyhakî, 3/337 (No, 6937).

Peygamber Livâta'yı günah açısından zinaya benzetmiş büyük günah olduğuna vurgu yapmıştır.²⁶⁵

Sonuç olarak hadislerde zina suçu için recm uygulaması vardır. Ama homoseksüellik yapanlar için böyle bir ceza rastlanmamaktadır. Dolayısıyla Afgan Ceza Kanunu imam Ebû Hanife'nin görüşünü takip ederek bu suçu had suçlardan değil belki ta'zir suçlar kapsamında dahil etmekte ve ta'zir'i bir ceza belirlemektedir.

1. Tanımı

Sözlükte “*suyun çekilmemesi için havuzu çamur vb. ile sıvamak*” anlamına gelen livâta kelimesi orfe göre erkekler arasındaki eşcinsel ilişkiyi ifade eder. Arapça'da bu kavram ile aynı kökten türeyen Livât, Mulâvata ve Tevellut kelimeleri de kullanılmaktadır.

Livâta kelimesi, anlamını erkekler arası eşcinsel ilişkilerin yaygın olduğu Lût kavminden almaktadır. Dr. Cevâd Ali'ye göre, "livâta" kelimesi Araplar arasında, Kur'an'da Lût kavminden bahsedilmesinden sonra ortaya çıkmıştır. Livâta eyleminde, etkin olan taraf "Lûtî," "Lâit," ve "Mulâvit" olarak ifade edilirken, edilgen taraf ise "Me'bûn" ve "Ubne" kelimeleriyle ifade edilir.²⁶⁶

Türkçe'de, livâta kelimesinin karşılığı olarak "lûtîlik" ve "oğlancılık" kelimelerinin yanı sıra "eşcinsellik" terimi de kullanılır. Bu terim, aynı cinsiyete mensup kişiler arasındaki cinsel ilişkileri ifade eder ve kadınlar arasındaki eşcinsel ilişkileri de içine almaktadır. Bu tür ilişkilere yönelik olarak ise "lezbiyenlik" veya "sevicilik" terimleri kullanılmaktadır.

Türkçe'de livâta fiilini işleyen kişilere "lûtî" veya "eşcinsel" denir. Batı dillerinde ise livâta kelimesinin karşılığı olarak, Sodom şehrinden türetilen "Sodomy/Sodomie" terimi de yaygın bir şekilde kullanılmaktadır.²⁶⁷

²⁶⁵ Serahsî, *el Mabsût*, 9/80-82.

²⁶⁶ Zemahşerî. *Esasu'l-Belâğa*, “Lût” md; İsfahânî, *el-Mufredât*, “Lv” md. Ayrıca bk. Yaşaroğlu, M. Kâmil, “Livâta”, DİA, 27/198-200.

²⁶⁷ Yaşaroğlu, M. Kâmil, “Livât”, DİA, 27/198-200.

Kur'an-ı Kerim'de livâta kelimesi doğrudan geçmese de, bu eylemi ifade eden "fâhişe" ve "fahşâ" kelimeleri, yirmi dört farklı ayette yer alarak "*aşırı derecede çirkin davranış, açık hayâsızlık ve sapkınlık*" anlamlarını içermektedir.²⁶⁸ Kur'an-ı Kerim, insanlara cinsel ihtiyaçlarının doğal ve helal yollarla tatmin edilmesini, namusun korunmasını ve ahlaki değerleri ve uygun davranışları emreder. Ayrıca, Kur'an'da livâta eylemini yaygın olarak yapan ilk milletin Lût kavmi olduğu ve Hz. Lût'un (a.s) onları bu sapıklıktan alıkoymaya çalıştığı ancak kendilerinin öğütlere kulak asmadıkları için helak oldukları anlatılır.²⁶⁹

2. Unsurları

Günümüzde cinsel suçlar, insanın ahlakî ve beşerî varlığını tehlikeye atmaktadır. Bu arada homoseksüellik, modern insanın yaşantısına az çok bulaşan ve fâillerinde her gün özel bir hastalığa neden olan suçlardan biridir. Bu nedenle, her suç üç unsurdan oluşur ve homoseksüellik suçu da bu unsurlardan yoksun değildir. Kanunî unsur, Mânevî/ Revânî unsur ve Maddî unsur.

Kanunî Unsur: Kanun koyucu bir fiili yasaklamadığı müddetçe, bu fiil doğal olarak caizdir, zirâ bütün kanunlarda bir şey yasaklanmadığı sürece serbesttir. Çünkü eşyada asıl olan ibahadır. İslâm hukukçularının görüşüne göre, homoseksüelliğin had cezası gerektiren suçlardan veya ta'zîr cezası gerektiren suçlardan olduğu konusunda ihtilaf vardır. Çünkü Cenâb-ı Hak, bu konuda Kur'an'ı Kerim'de açık bir hüküm indirmemiştir. Ama hadislerde efendimiz (s.a.) bunu yasaklamıştır. Lâkin bu had suçlarından mıdır yoksa ta'zîr suçlarında mı? Bu konuda da ihtilaf vardır. İmam Ebû Hanife ve İmam Şafii'nin bir görüşüne göre bu iğrenç fiilin fâili için ta'zîr cezası vardır; bu fiilin zina olmadığını ve zina cezasının kendisine uygulanmayacağını söylemişlerdir.²⁷⁰

İmam Ebû Hanife'nin Peygamber Efendimiz 'in hadislerini yorumladığını düşünürsek, önce bu fiili suç saymış ve cezasının ta'zîr olarak beyan etmiştir; Afgan Ceza Kanunu İmam ebu Hanife ile aynı görüşü takip edip kanunu bu görüş üzerine

²⁶⁸ İsfahânî, *el-Mufredât*, "Fhş" md.

²⁶⁹ A'râf 7/80-84; Hüd 11/78-83; Enbiyâ 21/74; Şuarâ 26/161-175; Neml 27/54; Ankebût 29/28-35.

²⁷⁰ Sabık, Seyyid, *Fıkhu's-Sünneh*, 2/388..

belirlemiştir. Hâlbuki Sâhihayn, İmam'ın görüşünün dışında başka bir görüş söylemişlerdir. Afgan Ceza Kanunu'nun 646. maddesinde bu fiili suç saymakta, 647 ve 648. maddelerinde ise şartlarını ve cezasını belirtmektedir.

Mânevî Unsuru: Homoseksüellik amdi/ kasıtlı suçlardan biridir ve fâilin kötü niyetini bilmek önemlidir. Yani, fâil irade sahibi olmalıdır. Fiilin suç olduğunun farkında olarak bu iğrenç fiili yapmaya ve onu gerçekleştirmeye kasıtlı biri olmalıdır.

Afgan Ceza Kanunu, homoseksüellik suçunu mutlak bir suç mu, yoksa sonuca bağlı bir suç mu olduğu konusunda 646. maddenin birinci ve ikinci fıkrası ile bu konu hakkında açık bir ifadeye yer verir; *Başka bir kadın veya erkekle cinsel ilişkiye giren kişi bu faslın hükümlerine göre cezalandırılır.*

Bu maddenin doğrultusunda homoseksüellik, bir erkeğin cinsel organına ne kadar oranı olursa olsun başka bir kadın veya erkeğin arka tarafına nüfuz ederek gerçekleştirilir. Maddenin içeriğine göre ceza kanunu açısından homoseksüellik sonuca bağlı bir suçtur. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında kanun koyucu bu fiili tanımlamış ve bir erkeğin penisinin bir kadına veya başka bir erkeğe (*dübüründen*) nüfuz etmesini temel şartı olarak kabul etmiştir. Yani kanun koyucu bu suçu mukayyet bir suç olarak değerlendirmiştir ve fiil tamamlanıncaya kadar bunu bir homoseksüellik fiili olarak kabul görmemiş, ancak tefhîz veya sihâk fiili olarak değerlendirmiştir. Ceza kanununun 646 maddesine dikkatlice bakıldığında, bu suçun sadece bu kanun tarafından cezalandırılan suçlardan biri olduğunu öğrenmekteyiz.

Maddî Unsuru: Homoseksüellik suçunun maddî unsuru, cinsel içgüdüsünü tatmin etmek için penisini başka bir erkeğin anüsüne sokan bir adamın suçlu davranışdır.²⁷¹ Maddî unsuru daha iyi anlayabilmek için aşağıdaki kavramları ele almamız gerekmektedir.

a) Suçun Fâilleri: Homoseksüellik suçunda, iki tarafın bulunması ve her ikisinin de erkek olması zarurîdir. Bunlardan biri erkek, diğeri kadın ise veya karşı taraf trans ise homoseksüellik fiili gerçekleşmez²⁷².

²⁷¹ Welidi, Salih, *Cerâim aleyh-i İffet ve Ahlâk-ı Umumi*, s. 133.

²⁷² Rahim, Arif, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi*, s. 208.

Her ne kadar kitabın yazarı suçun maddî unsurunda iki erkek arasında olması gerektiğini söylemiş olsa bile ceza kanununda bu mesele kökten reddediyor. Yani homoseksüellik sadece erkeklerde değil kadınlarda da olabilir.

b) Fâilin fiili: Homoseksüellik eylemi, yalnızca bir dış eylemle yapılır ve fiili terk etmekle bu suç gerçekleşmez. Bu nedenle bir erkek başka bir erkekle birlikte bu suçu işlerse, cezalandırılabilmesine rağmen bir homoseksüellik eylemi olarak kabul edilmez.²⁷³ Yani bir erkeğin cinsel organı başka bir erkek veya kadının vücuduna yerleştirilmezse Homoseksüellik fiili gerçekleşmez. Fıkıh ve ceza kanunları, Homoseksüelliği duhûle bağlı tutmuştur.

D) Suçun Konusu: Homoseksüellik suçu sadece hayatta olan kişileri mi yoksa ölüleri de kapsıyor mu? Bazı sapık insanlar şehvetlerini gidermek için ölülere de tecavüz ederler.²⁷⁴

Kitabın yazarı, kitabında sadece kişinin ölü olması konusuna değinmekte ve bu konuda hayatta olan kişinin varlığından bahsetmemekte, oysa aslında homoseksüellik suçunun konusu ölüler değil yaşayanlardır. Çünkü homoseksüellik fiilinin işlenmesinde her iki tarafın rızası söz konusu olduğundan dolayı ölen kişide irade ve rıza yoktur. Eğer ceza kanunun hükümlerine bakacak olursak, cezalar ölmüş insanlara uygulanmaz bilakis yaşayan insanlara uygulanmaktadır. Ne zaman bir adam ölüye karşı suç işlerse ceza kanununa göre aslında o ölüye ve cesetlere saygısızlık etmiş olur ve bu durumda homoseksüellik fiili gerçekleşmez. Afgan Ceza Kanunu'nun 647. maddesinde böyle bir durumu izah etmiştir; *Livâta fâilleri iki yıla kadar hapis cezasına mahkûmdur*. Kanunda fâiller kelimesinden bilinir ki, kanunun her ikisini de cezalandırdığı ve bu fiilin işlenmesinde her ikisinin de rolü olduğu söylenmektedir. Ancak taraflardan biri rıza göstermezse homoseksüellik suçu gerçekleşmeyecektir. Çünkü böyle bir hareket tecavüz olarak kabul edilmektedir.

²⁷³ Welidi, Salih, *Cerâim Aleyh-i İffet ve Ahlâk'ı Umumi*, s. 155.

²⁷⁴ Welidi, Salih, *Cerâim Aleyh-i İffet ve Ahlâk'ı Umumi*, s. 208.

3. Şartları

Afganistan ceza sistemi, anayasa rehberlikleri doğrultusunda Hanefi fikhî ve İslam şeriatına dayanmaktadır. İslam fıkıhçıları, eşcinsel ilişkinin had suçlarından sayılıp sayılmayacağı veya ta'zîr'i bir suç olduğu konusunda farklı görüşlere sahiptirler. İmam Ebu Hanife, homoseksüellik suçu zina olmadığı için ta'zîr'i bir suç olarak değerlendirmektedir. Ancak İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, İmam Ebu Hanife'nin görüşüne karşı çıkararak homoseksüelliği zina olarak değerlendirmektedirler.

Eğer imam Ebu Hanife, homoseksüelliği zina olarak değerlendirseydi, daha önce zina ve cinsel tecavüz için belirtilen koşullar bu suç için de geçerli olurdu. Ancak imam homoseksüelliği zina olarak kabul etmemiş ve bunu ta'zîr'i suçları kategorisine yerleştirmiştir.

Homoseksüellik ve lezbiyenlik suçuyla ilgili olarak üç önemli koşul bulunmaktadır: erginlik, akıl sağlığı ve irade. Dolayısıyla, eğer bir çocuk veya deli bu iğrenç fiili işlerse veya ikrah altında bunu yaparsa, cezalandırılmaz. Sadece çocuk ve delilere hafif bir ceza verilir. Bu suç için müslüman ve kâfir, fail ve mağdur, bekâr ve evli arasında herhangi bir ayırım ayırım yoktur. Eğer suçlu, şahadet öncesi tövbe ederse ceza düşmez, ancak hâkim'in huzurunda itiraf ettikten sonra tövbe ederse, hâkim ona uygulanacak ceza, veya affetme arasında tercih yapabilir.²⁷⁵

İmam Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre, homoseksüellik suçu dört kez itiraf veya dört şâhitle ispatlanır. Ama imam Ebu Hanife'ye göre, akıllı, balığ iki erkek ile ispatlanır.²⁷⁶

4. Cezası

Daha önce İmam Ebû Hanife'nin homoseksüelliği had olarak değil, ta'zîr'i bir suç olarak gördüğünü bahsetmiştik.²⁷⁷ Ve Afganistan kanun koyucusu, İmam Ebu Hanife'nin görüşüne uyararak, bu suç için ta'zîr'i ceza tayin etmiştir. Bu ceza 646. maddenin 1. fıkrasından anlaşılmaktadır şöyle ki: *Başka bir kadın veya erkekle birlikte homoseksüellik yapan kişi bu fasıl hükümlerine göre cezalandırılır.* Bu fıkradan

²⁷⁵ Nazir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslam*, s. 87.

²⁷⁶ Sultânî, Sultanşah, *Hukuk-i Ceza-i İslam*, s. 101.

²⁷⁷ Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkh 'u-l İslâmî ve Edilletuhüü*, 6/66.

anlıyoruz ki eğer homoseksüellik suçu had cezası gerektiren suçlardan biri olsaydı, kanun koyucu, kanunda buna işaret ederdi.

Kanun koyucu, homoseksüellik suçunu işleyenler için şiddet ve hafif olmak üzere iki tür ceza öngörülmüştür.

a) Hafif ceza

Afganistan yasama organı, homoseksüellik için ortalama iki yıla kadar hapis cezası belirlemiştir. Yani, ağırlaştırılmış homoseksüellik vakalarının yokluğunda, fâil, yasaya göre en hafif ceza ile yani iki yıla kadar hapis cezasıyla mahkûm olacaktır. *Homoseksüelliğin fâilleri ortalama iki yıl hapis cezasına mahkûmdur.*²⁷⁸

b) Ağır ceza

Ceza kanununda, kanun koyucu, cezanın ağırlaştırılmasına ilişkin bazı durumları sıralamıştır ve o durumlar şunlardır; homoseksüellik suçunun fâili dâimî veya geçici akrabalarından biri olmalı. Fâil mecnî aleyh üzerinde herhangi bir etkiye sahip (öğretmen, âmir gibi) biri olmalı. Fâillerden biri, homoseksüellik suç işlediğinden dolayı, cinsel bir hastalığa yakalanmalı. Bu nedenlerden dolayı kanun koyucu, ceza kanununda sayılan hâlleri cezanın ağırlaştırılması olarak değerlendirmiş ve iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmetmiştir.

C. Sihâk (Lezbiyenlik)

Sihâk ya da kadınların eşcinselliği, insanın yaratılışının doğasına aykırı bir fiildir ve içinde bulunduğumuz çağda sihâk bir nevi cinsel sapıklık olarak bilinmektedir. Çünkü fâilleri muhâlif cinsle ilişki kurmak yerine cinsel içgüdülerini tatmin etmek için eşcinsel organları ile temasa geçmeyi tercih etmektedirler.²⁷⁹ Kadınların bu doğal olmayan davranışı, İslâm hukukuna göre büyük bir günah sayılıp yasaklanmış ve cezalandırılmıştır. İslâm hukukçuları musâhike'nin haramlığı konusunda hemfikirdirler. Yüce Allah şöyle buyuruyor: “*Ve onlar ki, iffetlerini korurlar; Ancak eşleri ve ellerinin sahip olduğu (câriyeleri) hariç. (Bunlarla ilişkilerden dolayı) kınanmış değillerdir. Şu hâlde, kim bunun ötesine gitmek isterse,*

²⁷⁸ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 647.

²⁷⁹ Welidi, Salih, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslâm*, s. 153.

işte bunlar, haddi aşan kimselerdir."²⁸⁰ Bu nedenle, bir kadın kendini mahrem olmayan bir erkeğin veya başka bir kadının eline verirse, fercini (cinsel organını) korumamış ve haddi aşanlardan biri olarak kabul edilmiştir. Bu konuda Peygamber efendimiz 'den "Ebû Saîd'dan rivâyet edildiğine göre Rasûlullah (s.a.) şöyle buyurdu: *Erkek, erkeğin avret yerine, kadın da kadının avret yerine bakamaz. Bir erkek başka bir erkekle; bir kadın da başka bir kadınla bir örtü altında yatamaz.*"²⁸¹ Bu hadise göre sihâk'ın haram ve yasak bir fiil olduğunu ve şeriat tarafından cezasının var olduğunu belirlemektedir.²⁸²

1. Tanımı

Sözlükte sihâk (sahk, müsahaka) "sevicilik" (lezbiyenlik). Musâhika ve sehaka "sevici" (lezbiyen) anlamına gelir.²⁸³ Literatürde bu ilişkiyi ifade etmek için tedâlük, *ityânu'l-mer'eti'l mer'ete* gibi kelime ve ifadeler geçmektedir. Kur'an-ı Kerim'de, Sihâk'ın ilk defa helak edilmiş kavimlerden biri olan "Ashabu'r-ress"ın kadınları arasında ortaya çıktığı ve Hz. Lût'un (a.s) kavminde de yaygın olduğu belirtilmiştir.²⁸⁴ Bu tür cinsel sapkınlıkların helak edilmiş toplumlar arasında görüldüğü ve ahlaki açıdan büyük bir sapkınlık olarak nitelendirildiği ifade edilir. Kur'an'ı Kerim, insanlara bu tür davranışlardan uzak durmaları ve ahlaki değerlere uymaları konusunda önemli bir uyarıda bulunmaktadır.

Fıkıh terimi olarak "Sihâk," iki kadın arasında gerçekleşen cinsel ilişkiyi ifade eder. Bu tür ilişkiler, cinsel ahlaka aykırı ve aile düzenini bozan fiiller arasında yer almaktadır. Fakihler arasında, sihâk'ın haramlığı konusunda bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır ve bu tür davranışların dinen yasak olduğu vurgulanmaktadır.²⁸⁵ İslam hukuku, cinsel ilişkilerin sadece meşru ve helal yollarla, yani evlilik içerisinde gerçekleşmesini vurgulamakta ve ahlaki değerlere uygun yaşamayı emretmektedir.

²⁸⁰ Mü'minûn, 23/5-7.

²⁸¹ Müslim, "Hayız", 768.

²⁸² Üdeh, Abdülkadîr, *et-Teşri'ü'l-cinâ'iyü'l-İslâmî*. 2/368.

²⁸³ Ögüt, Selim, "Sihâk", DİA, 37/169.

²⁸⁴ Ezherî, *Tahzibu'l Luğa*, Md. SHK; Ögüt, Salim, "Sihak", DİA, 37/169.

²⁸⁵ Ögüt, Salim, "Sihak", DİA, 37/169.

2. Unsurları

Kanuni Unsuru: Şeriatın bu alandaki hükümlerine gelince, iki kategoride değerlendirilmelidir. Bunlardan birincisi, *fuhuş yapanlara karşı aranızdan dört şahit getirmelisiniz, eğer şahitlik ederlerse, ölüm onları helâk edene veya Allah onlara bir yol açana kadar o kadınları evlerde tutun. Tövbe edip durumlarını düzeltirlerse, onlara eziyet etmeyi bırakın çünkü Allah tövbeleri çok kabul eden ve çok merhamet sahibidir.*²⁸⁶

Bu âyeti mensuh olarak kabul etmeyen, eşcinselliğin cezası olarak gören birtakım âlimlerin değerlendirmeleridir. Bu bağlamda, fuhşun çeşitlerine göre cezalarını açıklayan ayetler bu ayet ve Nur suresinin ilgili ayetlerdir.²⁸⁷ Hadisler de âyetlerin kapalı kısımlarını izah etmiştir. Bu nedenle, başlıca cinsel suçlarla ilgili cezaların kaynağı, sünnet ve sahâbe icmâlarına dayanmaktadır.²⁸⁸ Hasan Basri'ye göre bu âyet neshedilmiştir, ancak Mucâhid'e göre neshedilmemiştir. Ebû Muslim İsfahânî'ye göre bahsi geçen âyetteki fuhuş kelimesi, zina değil, belki Sihâk denilen ahlaksız davranıştır. Bu tür sapıklığı yapan kadınların cezası evlerine hapis edilmeleridir. Durumlarını iyileştirmelerse ölene kadar evlerinden çıkamazlar.²⁸⁹

"Çirkin fiil" olarak tercüme edilen fâhişe kelimesi Kur'ân'da aynı cinsler arasındaki cinsel ilişki için de kullanılmaktadır. Bu açıdan âyetler lafızlarına göre yorumlandığında Nisa 15. âyette kadınların kendi aralarındaki fuhuştan (sevicilik, lezbiyenlik) bahsedildiği anlaşılmaktadır. Erkeklerin kendi aralarında yaptıkları eşcinsellik söz edildiği anlaşılmaktadır. Nur suresi'nin ikinci âyetinde kadın ve erkek arasındaki fuhşun (zina) hükmü açıklanmakta; bu durumda suçlarla ilgili verilecek cezalarda bir değişiklik (Nesh) söz konusu değildir. Buna dayanarak, livâta suçunun cezası, bunu işleyenlere söz ve fiille eziyet vermek, onlara maddî ve mânevî acı çektirmek, böylece bu çirkin fiili yapmaktan vazgeçmeleri sağlamaktır.

²⁸⁶ Nisâ 4/15-16.

²⁸⁷ Nur 24/ 3,4.

²⁸⁸ Karaman, Hayrettin, İbrahim Kâfi Dönmez ve diğerleri, *Kur'ân Yolu: Türkçe Meal ve Tefsir*, 2/20-24.

²⁸⁹ Sâbık, Seyyid, *Fıkhü's-Sünne*, 2/362

Maddi Unsuru: iki tarafın cinsel organlarının birbirlerine temas etmelidir. Yani iki kadın bu suçu işlenirken cinsel içgüdülerini tatmin edebilmek için onların cinsel organlarının birbirlerine temas etmesi gerekmektedir.

Manevi Unsuru: lezbiyenlik kasıtlı suçlarından biridir. Yani iki kadın bilerek ve isteyerek bu suçu yapmalıdır. Birinci bölümde bahsetmiştik tekrar etmemize gerek doymuyoruz.

3. Şartları

Bu suçun genel şartlarına (akıl, buluş, irade ve kasıt) yanı sıra bazı özel şartları da vardır. Kısaca temas edeceğiz.

- a) İki kadın bir araya gelmesi.
- b) Şehvetleri tatmin edebilmesi için birbirlerine temas korkması.
- c) Cinsel organları birbirlerine temas etmesi.

4. İspat Yolları

Ebû Hanife'ye göre suçun ispatlanması için iki şahit yeterlidir. Çünkü sevicilik suçu had kapsamına dâhil değildir. Şâfîî ve Hanbelî mezheplerine göre, sevicilik suçu zina sayıldığından dolayı, suçu ispatlamak için de dört erkek şahit gerektiğine ifade edilmiştir. Mâlikî mezhebine göre suçu ispatlamak için iki erkek şahit yeterlidir.²⁹⁰

Sonuç olarak âlimlerin ittifakına göre sevicilik haramdır. Ancak öngörülen ceza konusunda farklı görüşler vardır. Cinsel sapkının kökenleri uzun bir geçmişe sahip olmasına rağmen, günümüzde özellikle radikal feministlerin teşvik etmesi, Batı dünyasındaki ilişkileri anlatan dizilerin artışı ve küresel medyanın etkisiyle birlikte, bu tür sapkınlıkların müslüman toplumlarında da artış göstermesi gerçekten üzücü bir durumdur. Toplumların bu tür sapkınlıklarla mücadele ederek, ahlaki değerlere sıkı sıkıya bağlı kalmaları önemli bir sorumluluktur ve toplumların sağlıklı gelişimi açısından büyük bir önem taşımaktadır.²⁹¹

²⁹⁰ Nazir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslam*, s. 95.

²⁹¹ Bamurzaev, Chyngyz, *İslam Hukukunda Zina Suçu Dışındaki Cinsel Suçların Hukuki Sonuçları*, s. 42.

5. Cezası

Ayette ceza olarak ne söyleneceğini ne yapılacağını izah edilmemiş içtihadı bırakılmıştır.²⁹² Suçun dört şahit ile ispatlanması durumunda, suçlu bulunan kadınların ceza olarak tövbe etmeleri ve kendi halini düzeltmeleri ya da bir erkekle evlenmeleri durumunda evlerde hapsedilmeleri gerektiği belirtilmektedir.²⁹³ Ama klasik fikhî literatüre bakıldığında, fakihlerin yukarıda bahsi geçen ayetleri nesh edilmiş olarak saydıkları için onların delillerine itibar etmedikleri dikkat çekmektedir. Fikhî ekoller nezdinde sevicilik konusunda fukahâ'nın görüşleri şu şekildedir:

İmam Ebû Hanife'ye göre, bir kadın başka bir kadınla cinsel ilişkiye girerse bu durum zina olarak kabul edilmez ve zina haddi uygulanmaz. Ama, bu suçu işleyen kadınlar ta'zîr cezası ile cezalandırılırlar. Öngörülen ta'zîr cezası, tövbe edene kadar hapis cezası şeklinde de olabilir. Ancak, İmameyn, İmam Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre, bu tür cinsel ilişki zina sayılır ve bu suçu işleyen kadınlar evli olduğu zaman recm edilir, bekar olduğunda celd ile cezalandırılır.²⁹⁴

Şâfiî mezhebine göre, sevicilik (kadınlar arasındaki cinsel ilişki) zina olarak kabul edilir. Ancak iki kadın arasında gerçekleşen fuhuşta, cinsel ilişkinin tam olarak gerçekleşmemesi nedeniyle seviciliğin cezası had değil, ta'zîr olarak belirlenir.²⁹⁵

Hanbelî mezhebinde de *"Eğer bir kadın, başka bir kadınla cinsel ilişkiye girerse, bu durumda her ikisi de zina etmiş olur."* hadisine istinat ederek, sevicilik suçunu da zina sayarlar. Ancak zina tanımı içinde yer almasına rağmen ceza olarak ta'zîrî cezasının uygulandığını belirtmektedir. Zîra kadın kadınla ilişkisinde birbirlerinin cinsel organlarına doğrudan müdahale edemeyecekleri için bunun kadın ile erkeğin cinsel ilişkisine benzemeyeceği beyan edilmektedir.²⁹⁶

²⁹² Nazir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslam*, s.97

²⁹³ Sâbık, Seyyid, *Fıkhü's Sünne*, 2/390; Baımurzaev, Chyngyz, *İslam Hukukunda Zina Suçu Dışındaki Cinsel Suçların Hukuki Sonuçları*, s. 40.

²⁹⁴ Baımurzaev, Chyngyz, *İslam Hukukunda Zina Suçu Dışındaki Cinsel Suçların Hukuki Sonuçları*, s. 41; İbnu'l-Humâm, *Şerhu Fethi'l-Kadîr*, 5/115

²⁹⁵ Baımurzaev, Chyngyz, *İslam Hukukunda Zina Suçu Dışındaki Cinsel Suçların Hukuki Sonuçları*, s. 41; Mâverdî, *el-Ahkamu's-Sultâniyye*, s. 224.

²⁹⁶ Baımurzaev, Chyngyz, *İslam Hukukunda Zina Suçu Dışındaki Cinsel Suçların Hukuki Sonuçları*, s. 41; İbn Kudâme, *el-Mugni*, 9/74.

D. Tefhîz (duhul bulunmayan cinsel yaklaşım)

Tefhîz, bir erkeğin penisini başka birine sürmesi anlamına gelen Arapça bir kelimedir. Tefhîz, İslâm hukuku açısından iğrenç bir fiil ve suç olarak değerlendirilmiştir. Son zamanlarda bu fiil Afganistan'da yaygınlaşmamış olsa da bir bütün olarak inkâr etmek kesinlikle doğru olmaz. Afganistan yasa koyucunun bu suça bakışı, geleceği güvence altına tutabilmek için bu fiili suç saymıştır. Çünkü bu suç bazı ülkelerde meşru olarak kabul edilmekte ve teşvik etmektedir. Afganistan kanun koyucusu bu eylemi suç olarak değerlendirmesinin nedeni, insanların Afganistan dışına yaptıkları uzun yolculuklardır. Eğer kanun bu eylemi suç hâline getirmeseydi, şüphesiz insanlar kanun boşluğunu kullanarak fuhuş işleyebilirlerdi. Bu suç Afgan ceza sistemine yeni girmiş ve bunu yapan kimseye de ceza belirlenmiştir. Afgan Ceza Kanunu bu fiili suç saymış ancak tanımlamamıştır, sadece fiilin nasıl gerçekleştiğini ve bunu işleyenlerin nasıl cezalandıracağını izah etmiştir.

1. Tanımı

Tefhîz, bir kişinin cinsel içgüdüsünü doyumak amacıyla cinsel organını başka bir kişinin (erkek veya kadın) uylukları arasına sokması anlamına gelir.²⁹⁷ İslam âlimleri, tefhiz suçunu haram, şeriat ve ahlaka aykırı bir eylem olarak görmekte ve şöyle tarif etmektedirler: tefhiz, bir erkeğin cinsel organını duhul olmayacak şekilde başka bir erkeğin bacakları arasına koymak anlamına gelmektedir.²⁹⁸

Sihâk konusunda ifade ettiğimiz gibi, Yüce Allah Muminûn suresi'nde şöyle buyurmaktadır:

*“Ve onlar ki, iffetlerini korurlar; Ancak eşleri ve ellerinin sahip olduğu (câriyeleri) hariç. (Bunlarla ilişkilerden dolayı) kınanmış değillerdir. Şu hâlde, kim bunun ötesine gitmek isterse, işte bunlar, haddi aşan kimselerdir.”*²⁹⁹

²⁹⁷ Nazir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslam*, s. 50.

²⁹⁸ Welidi, Salih, *Hukuk-i Ceza-i İslam Ceraim Alyhi İffet ve Ahlak'i Umumi*, s. 132.

²⁹⁹ Mü'minûn, 23/5-7.

2. Unsurları

Kanuni Unsur: Bildiğimiz gibi bir erkek başka bir erkeğe kesinlikle helal değildir; bir erkek başka bir erkek veya kadınla tefhîz suçunu işlerse, gerçekte fercini muhafaza etmemiş ve haddi aşanlardan biri olarak büyük bir günah işlemiştir. Bu konuda “*Ebû Saîd (radiyallâhu anhu)*’dan rivâyet edildiğine göre *Rasûlullah (s.a.)* şöyle buyurdu: «*Erkek, erkeğin avret yerine, kadın da kadının avret yerine bakamaz. Bir erkek başka bir erkekle; bir kadın da başka bir kadınla bir örtü altında yatamaz.*³⁰⁰» Yukarıdaki metinlere göre, tefhîz’in İslâm’da büyük bir günah ve haram bir eylem olduğunu anlaşılmaktadır. Fıkıhçıların bazıları bunu had suçlarından ve bazıları ta’zîr suçlarından saymaktadırlar. İmamiye ekolu bu suçu homoseksüellik suçunun türlerinden biri olarak kabul etmektedir ve cezasını celd tayin etmişlerdir. Ancak cumhur bunu ta’zîr’i bir suç olarak değerlendirmektedir.³⁰¹ Afgan Ceza Kanunu tek madde ile bu fiili suç ve ceza tayin etmiştir.

Maddi Unsur: bu suçun maddi unsuru fâilin suçlu davranmasıdır. Yani fâil şehvetlerini gidermek amacıyla cinsel organını başka bir erkeğin uyluklarına temas etmesidir.

Aynı şekilde bu suçun manevi unsuru, fâil bu suçu yapabilmek için kasıtlı biri olması gerekmektedir.³⁰²

3. Şartları

Tefhiz suçunun genel şartlarına (buluğ, akıl, irade, ve kasıt) yanı sıra özel şartları da bulunmaktadır.

Özel şartlar

- a) İki erkek bir araya gelmesi.
- b) İçgüdülerini tatmin etmesi.
- c) Cinsel organları bacakların arasına koyması.

³⁰⁰ Müslim, “Hayız”, 768.

³⁰¹ Welidi, Salih, *Hukuk’i Ceza’i İslam Ceraim Alyhi İffet ve Ahlak’i Umumi*, s. 135.

³⁰² Welidi, Salih, *Hukuk’i Ceza’i İslam Ceraim Alyhi İffet ve Ahlak’i Umumi*, s. 134.

4. İspat Yolları

Ebû Hanife'ye göre suçun ispatlanması için eşcinsellik suçu gibi iki şahit yeterlidir. Zira, bu tür suçlar İslam hukukunda had cezalarıyla cezalandırılmayan suçlar arasında yer almaktadır. Bu nedenle, suçun kanıtlanması için gereken şahit sayısı düşer ve suçun ciddiyeti daha hafif olarak kabul edilir. Ebû Hanife'nin bu görüşü, suç ve ceza konularında İslam hukukunda farklı yorumların ve yaklaşımların bulunduğu gerçeğini yansıtır. Buna ek olarak, suçun türüne ve toplumsal değerlere göre değişen ceza düzenlemeleri, hukuki tartışmaların ve yorumların şekillenmesine olanak tanımıştır. Bu çerçevede, Ebû Hanife'nin suç ispatıyla ilgili görüşü, adaletin sağlanması ve hukuki süreçlerin yönetilmesi konusundaki tarihsel ve kültürel çeşitliliği yansıtan önemli bir örnektir.³⁰³

5. Cezası

Tefhîz suçunun cezası konusunda din âlimleri ihtilafa düşmüşlerdir ehl-i Sünnet âlimleri cezası'nın ta'zîrî bir ceza olduğunu belirtmişlerdir. Çünkü naslarda bunun için bir ceza (had) yoktur. Afganistan Ceza Kanunu ehl-i Sünnet âlimlerin görüşlerini benimseyerek, normal durumlarda bu suçu işleyen kişiye ceza olarak kısa hapis tayin etmiştir. Ancak müşeddede (ağırlaştırılmış) durumlarda bu suç için uzun hapis (yedi yıla kadar) cezası belirlenmiştir.³⁰⁴

E. Kazf

Kur'an ve hadislerde insana büyük ehemmiyet verildiğini farklı araçlarla dile getirilmektedir. Allah (cc), her şeyden önce, yeryüzünde iradesini göstermek için insanı yarattığını "*Hatırla ki Rabbin meleklerle Ben yeryüzünde bir Halîfe yaratacağım*" dedi...³⁰⁵ âyetle beyan etmektedir. Bu kadar büyük ve onurlu bir görev ancak insan omuzlarına yüklenmiştir. Dünyada başka hiçbir canlının böyle bir performansından söz edilemez. Yine yüce Rabbimiz şöyle buyuruyor: "*Biz insanı en güzel biçimde yarattık*"³⁰⁶. Bu âyette insanın en güzel bir şekilde yaratıldığı

³⁰³ Nazir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslam*, s.97.

³⁰⁴ Nazir, Dad Muhammed, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslam*, s. 98; Walidi, Salih, *Hukuk-i Ceza-yi İhtisasi İslâm*, s.157.

³⁰⁵ Bakara 2/30

³⁰⁶ Tîn 95/4.

vurgulanmaktadır. Kur'an'ı Kerim'in her zaman insana hitap eder, ona verildiği değer bütün sûrelerde hatırlatılır.

İslam, insanlara böyle bir sorumluluk yükleyerek onlara aynı zamanda haklar da tanımıştır. Ve bu hakları korumak için her türlü tedbirler almaktan geri kalmamıştır. İnsanlar, onurlu bir şekilde yaşamlarını sürdürebilmek için temel haklara sahiptir. Din, can, akıl, namus ve mal güvenliği bu hakların en önemlilerindedir. Bu hakları korumak için hemen hemen bütün hukukî sistemlerde çeşitli düzenlemeler ele alınmıştır.

Kur'an'ı Kerim'de, bireylerin hakları arasında iffet, onur ve vakarın dokunulmazlığına ayrı bir ehemmiyet verilmiştir. Bu ehemmiyet doğrultusunda efendimizin ailesi Hz. Âişe'ye karşı çıkarılan iftiralar, başta efendimiz (s.a.) olmak üzere annemizin ve Hz. Ebû Bekir'in ailesinin bu iftiraya maruz kaldığı için Allah tarafından Nûr Sûresi'nin 11-20. âyetleri bir kanun indirilmiştir. Bu kanun sayesinde bir taraftan Hz. Âişe annemizin (r.a.) iffetli bir kadın olduğunu izah etmiş, diğer taraftan namuslu ve iffetli kişilerin şeref ve haysiyetlerini korunma altına alınabilmesi hedefiyle genel bir kanun ilkesi olarak hükümler getirilmiştir.³⁰⁷

Sünnette de, kazf suçuyla alakalı çeşitli rivayetler bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi, Hz. Peygamber'in (s.a.) kişiyi helak edecek yedi büyük günahın birinin, iffetli bir kadına zina iftirasında bulunmak olduğudur.³⁰⁸ İslâm hukuku Kur'an ve Sünnete dayanarak kazf suçuna vurgu yapıp bu suçu işleyenlere ağır cezalar tayin etmiştir.

1. Tanımı

Kazf, kelime tanımı anlamında herhangi bir şeyi atmak olarak tanımlanmaktadır. Kazf'ın fıkhıdaki anlamı ise; kazf," bir kişinin evli olduğu halde zina ile suçlanması veya kişinin nesep/soy bağıını inkar etmesi anlamına gelir.³⁰⁹ Daha kapsamlı ve açık bir şekilde söylemek gerekirse kazf; ceza ehliyetine sahip olan bir kimsenin, iffetli bir kişiyi zina ile suçlamak veya onun onurunu zedeleyecek sözler ve

³⁰⁷ Aktan, Hamza, "Kazf", DİA, 148-149.

³⁰⁸ Buhârî, "Hudûd", 44-45; Ebû Dâvûd, "Vesâyâ", 10.

³⁰⁹ Aktan, Hamza, "Kazf", DİA, 25/148-149.

nesebini inkâr edecek söylemlerdir.³¹⁰ Kazf kelimesi Kur'an'ı Kerim'de dokuz farklı ayette yer almaktadır. Kur'an'ı Kerim'de bir kişiyi zina ile suçlamak anlamında kullanılmamış ise de hadislerde ve diğer kaynaklarda "*bir kimseyi haksız bir şekilde zina ile suçlamak*" anlamında kullanılmış ve bu kullanım İslâm hukuku terminolojisinde de ispatlanmıştır.³¹¹ Zina ile suçlanan kişi, kadın olabileceği gibi erkek de olabilir.³¹²

Mâlikî fıkıhçıları, zina ithamının kapalı bir lafızla yapılmasını da kazf çerçevesinde kabul ederken; diğer mezhep imamlara göre, kazf suçunun meydana gelmesi ve suçlunun cezaya tâbi tutulması için ithamın açık ve net bir şekilde yapılması gerekmektedir.³¹³

2. Unsurları

Zina ithamı, ithamın kasıtlı olması ve itham edilen kişinin Muhsan olması kazf suçunun üç temel unsurudur.³¹⁴ Fakat biz çalışmamızda bu suçun unsurlarını üç ana başlık altında, kanunî unsur, maddî unsur ve mânevî unsur şeklinde inceleyeceğiz.

Kanunî Unsur: Kazf, İslâm ceza hukukunda had cezası gerektiren suçlardan biridir. Had gerektiren suçlar ana kaynaklarda (Kur'an ve Sünnet) yasaklanmış suçlar olup ve cezası bu kaynaklarda açıkça belirtilmiştir.³¹⁵ Kur'an'da iffet, namus ve haysiyetin korunmasına özel bir önem verildiği görülmektedir. Kişilik hakları alanında yer alan kazf suçu ve cezası, İslâm hukukunun birinci kaynağı olan Kur'an'ı Kerim'de doğrudan bildirilmektedir:

³¹⁰ Yiğit, Yaşar, *İslâm Ceza Hukukunda Kadınların Şahitliği*, s. 16; Göksoy, Latife, *İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ve Bu Suçun Türk Ceza Kanunundaki Hakaret Suçuyla Mukayesesi*, s. 49.

³¹¹ Göksoy, Latife, *İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ve Bu Suçun Türk Ceza Kanunundaki Hakaret Suçuyla Mukayesesi*, s. 49; Soysaldı, Mehmet, *Kur'an'da İftira Kavramı ve Müfterilerin Hükmü*, s. 22.

³¹² Göksoy, Latife, *İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ve Bu Suçun Türk Ceza Kanunundaki Hakaret Suçuyla Mukayesesi*, s. 50; Devrim, Aydın, *Türk Cezâ Kanunu'nda Hakaret Suçu*, s. 36.

³¹³ Devrim, Aydın, *Türk Cezâ Kanunu'nda Hakaret Suçu*, s. 38.

³¹⁴ Aktan, Hamza, "Kazf", DİA, 25/148-149.

³¹⁵ Devrim, Aydın, *Türk Cezâ Kanunu'nda Hakaret Suçu*, s. 179; Göksoy, Latife, *İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ve Bu Suçun Türk Ceza Kanunundaki Hakaret Suçuyla Mukayesesi*, s. 51.

“*Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup, sonra (bunu isbat için) dört şahit getiremeyenlere seksener sopa vurun ve artık onların şahitliğini hiçbir zaman kabul etmeyin. Onlar tamamen günahkârdırlar.*”³¹⁶

Ayrıca Kur’an’ı Kerîm’de:

“*Namuslu, kötülüklerden habersiz mümin kadınlara zina isnadında bulunanlar, dünya ve ahirette lânetlenmişlerdir. Yapmış olduklarına, dilleri, elleri ve ayaklarının, aleyhlerinde şahitlik edeceği gün, onlar için çok büyük bir azap vardır*”³¹⁷. İfade olunan âyetlerde kazf suçunun, uhrevî boyutu ve cezası açıklamaktadır.

Hadislerde de kazf suçundan bahsedilmektedir. Rasûlullah (s.a.) şöyle buyurmuştur: *İffetli kadına iftira atmak, insanı helâk eden yedi suç ve günahın biridir.*³¹⁸ Ayrıca Peygamber (s.a.) döneminde de kazf cezasının uygulandığını gösteren örnekler de mevcuttur.³¹⁹ İfk olayı olarak bilinen hâdis, Hz. Ayşe annemiz (r.a) hakkındaki iftiralara karşı, Allah Nur surasındaki ilgili ayetleri indirince Hz. Peygamber (s.a.), Hz. Ayşe’yi zina etmekle suçlayan bir kadın ve iki erkeğe had cezasına uygulanarak 80'er sopa vuruldu ve bu kişilerin şahitlikleri’nin artık kabul edilmeyeceğini bildirdi.³²⁰ Âyetler ve hadislere bakıldığında iftira bir günahtır ve İslâmî ülkeler bu eylemi bir suç olarak saymışlar ve kanunlarında gerekli düzenlemeleri yaparak uygulamaya koymuşlardır.

Maddî unsuru: Zina isnadı veya nesebin inkârı: Bir kişinin ceza ehliyetine sahip olması durumunda, başka bir kişiye doğrudan "ey zâni" şeklinde ifadelerle zina ithamında bulunması veya nesebini inkâr edecek nitelikteki "ey veled-i zina, piç..." gibi benzer sözleri kullanması, bu unsuru teşkil eden lafızlardır. Bu durumda, suç işleyen kişi, mağdurun kendi iffeti veya ebeveynleri gibi onunla ilişkili kişilerin

³¹⁶ Nûr 24/4.

³¹⁷ Nûr: 24/23-24.

³¹⁸ Hz. Peygamber şöyle buyurdu: “*İnsanı helâk eden şu yedi şeyden kaçın.*” Sahabeler onlar nelerdir yâ Rasûlullah dediler. Bunun üzerine Hz. Peygamber: *Allah’a şirk koşmak, sihir, Allah’ın haram kıldığı cana kıymak, faiz yemek, yetim malı yemek, savaştan kaçmak, suçsuz ve namuslu mümin kadınlara iftirada bulunmak*” buyurdu, Buhârî "Hudud", 44-45; Ebû Davûd, "Vesâyâ",10.

³¹⁹ Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku*, s. 348.

³²⁰ Aktan, Hamza, “Kazf”, DİA, 25/148.

iffetine karşı sözlü olarak alay eder.³²¹ Hüküm açısından, bu tür lafizlere maruz kalan mağdurun cinsiyeti erkek veya kadın olması bakımından herhangi bir ayrım yapılmaz.³²²

Kişilere atfedilen sözlerin kazf suçu sayılabilmesi için temel ilke şudur; "*Zina içeren herhangi bir fiilin başka bir kişiye atfedilmesi, kazf cezasını beraberinde getirir.*" Tüm İslâm âlimleri bu genel kural üzerinde hemfikirdir. Bir kişi, başkasına "kâfir", "zındık" gibi lafizlerle hitap ederse, bu tür sözler zina ile ilgili olmadığı için, kazf cezası uygulanmaz.³²³ Aynı zamanda çoğu İslâm hukukçulara göre, bir insan'ın eşcinsel olarak nitelendirilmesi, zina suçlamasıyla eşdeğerdir. Bu sebeple, böyle bir ifade kullanarak bir başkasına hitap eden kişi, kazf cezasına mahkûm olunur.³²⁴ Ebû Yusuf (ö. 182/798) ve İmam Muhammed'in (ö. 189/805) bakış açısı bu yöndedir.³²⁵ Ancak İmam Ebû Hanife ve Zeydîlere göre eşcinselliği haram kabul edilse de zina sayılmaz ve bu ifadeleri kullanan kimseye kazf cezası uygulanmaz.³²⁶

Zina suçlamasının veya nesebin inkârı'nın, herhangi bir dilde olursa olsun farketmez. Arapça, Türkçe, Farsça veya herhangi bir dilde insanların onurunu zedeleyen bir söz, kazf suçu kapsamında değerlendirilir.³²⁷

Mağdurun Muhsan (evli) olması: Kazf suçunun gerçekleşmesi için gereken unsurlardan biri, suçlamaya maruz kalan kişinin "Muhsan" sıfatına sahip olmasıdır.³²⁸

İslam hukukçuları, kazf suçunda genellikle mağdurun, akıllı, ergin, hür, müslüman ve iffetli olmasını muhsan olma şartı olarak değerlendirir.³²⁹ Bu vasıflara sahip olmayan kişiye ithamda bulunmak, kazf cezası ile değil, belki ta'zîr cezası ile

³²¹ Serahsî, *el Mabsût*, 9/121; Kâsânî, *Bedâi'u'sSanâi* 9/221; Göksoy, Latife, *İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ve Bu Suçun Türk Ceza Kanunundaki Hakaret Suçuyla Mukayesesi*, s. 54.

³²² Mevsilî, *el İhtiyâr*, 3/107.

³²³ Mâverdî, *el-Ahkamu's-Sultâniyye*, s.229; Serahsî, *el-Mabsût*, 9/119; Mevsilî, *el İhtiyâr*, 3/106.

³²⁴ Üdeh, Abdülkadir, *et-Teşrî'u'l-cinâ'ıyyü'l-İslâmî*, 2/455.

³²⁵ İbnu'l-Humâm, *Şerhu Fethu'l-Kadir*, 7/89; Göksoy, Latife, *İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ve Bu Suçun Türk Ceza Kanunundaki Hakaret Suçuyla Mukayesesi*, s. 55.

³²⁶ İbnu'l-Humâm, *Şerhu Fethi'l-Kadir* 5/89; Üdeh, Abdülkadir, *et-Teşrî'u'l-cinâ'ıyyü'l-İslâmî*, 2/463.

³²⁷ Serahsî, *el Mabsût*, 9/116; Kâsânî, *Bedâi's Sanâi*, 9/222; Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3/108.

³²⁸ Dağcı, Şamil, "İhsan". DİA", 21/546-548.

³²⁹ Mâverdî, *el-Ahkamu's-Sultâniyye*, s. 230; Kâsânî, *Bedâi'u'sSanâi*, 9/224; Dağcı, Kamil, "İhsan", DİA, 21/546-548.

cezalandırılır.³³⁰ Bu vasıflar arasında geçen iffetten maksat'ın, kişinin zinadan uzak olduğunu herkesin bilmesidir.

Mânevî unsuru: Suç kastı; Ceza hukukunda kasıt, fiilin suç sayılabilmesi ve kanunda öngörülen cezanın verilebilmesi için gerekli olan en önemli unsurdur. Bir kişi, bir fiilde veya sözde, hukuka aykırı bir niyeti yoksa cezaya tâbi tutulmaz. Kazf suçunda da mağdura nispet ettiği zina ve iffetsizlik, hallerinin aslında olmadığını bile bile yine de nispet eder. Nispet ettiği bu sözlerden dolayı da suçlu sayılacaktır.³³¹ Burada suç kastından bahsedebilmemiz için zina ile suçlanan kişinin akıllı, bâliğ ve özgür olması gerekmektedir. Çocuk, deli, mükreh gibi vasıflara sahip olan kişilerin, birine kazf isnadında bulunurlarsa, ceza verilemez. Zira söz konusu niteliklere sahip olmayan kişiler, ceza ehliyetine sahip değildir ve dolayısıyla suç kastından bahsedilemez.

3. Şartları

Hanefî fıkıhçıları, kazf cezasının uygulanabilmesi için altı şartın yerine getirilmesinin gerekliliğini savunmuşlardır. Bu şartlardan bazıları kâzîfe, bazıları makzûfe ve bazıları ise her ikisine aittir.

Kâzîfe ayıt şartlar:

- a) Akıl; eğer deli biri başka birine kazf ederse, had uygulanmaz.
- b) Buluş; eğer çocuk birine kazf ederse, had uygulanmaz.
- c) Şehâdet; yani eğer kâzîf dört şahitle suçu ispatlanırsa, ona had uygulanmaz.
- d) Müslüman ve kazf mahiyetini bilen biri olmalı; yani eğer kâzîf kâfir ya da kazf'ın mahiyetini bilmiyorsa, ona had uygulanmaz.
- e) İrade; eğer kâzîf ikrah altında birini kazf ederse, ona had uygulanmaz.

³³⁰ Mâverdî, *el Ahkamu's-Sultâniyye*, s. 230; Kâsânî, *Bedai 'u's Sanâi*, 9/225.

³³¹ Serahsî, *el-Mebsût*, 9/106; Mevsilî *el-İhtiyâr*,3/106; Göksoy, Latife, *İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ve Bu Suçun Türk Ceza Kanunundaki Hakaret Suçuyla Mukayesesi*, s. 67.

f) Makzûf kâzîf'e ona kazf etmesi için izin vermemesi; yani eğer mekzûf ona kazf etmesi için kâzîf'e izin vermiş ise, kâzîf'e had uygulanmaz. Çünkü şüphe meydana gelir.³³²

Mekzûf'e ayıt şartlar:

- a) Akıl; eğer mekzûf deli biri olsa, kâzîf'e had uygulanmaz.
- b) Buluş; eğer mekzûf çocuk ise, kâzîf'e had uygulanmaz.
- c) İslam; eğer mekzûf kâfir ise, kâzîf'e had uygulanmaz.
- d) Özgür; eğer mekzûf köle ise, kâzîf'e had uygulanmaz.
- e) İffetli; eğer mekzûf iffetli biri değil ise, kâzîf'e had uygulanmaz.
- f) mekzûf malum olmalı; yani eğer biri bir topluluk içinde *sizin aranızda bir zâni vardır* diye söylerse, kâzîf'e had uygulanmaz.

Kâzîf ve mekzûf'e ayıt şartlar: kâzîf mekzûf'un baba, dede vb. veya anne, nine'si olmamalı; çünkü İslam şartına göre bunlara saygı göstermek vaciptir.³³³

Bütün bu şartlar mevcut olduğunda Afgan Ceza Kanununun 2. Maddesine dayanarak suçlu İslam şartı ve Hanefî fıkha göre cezalandırılır. Şüphe ya herhangi bir sebepten dolayı had cezası düşerse suçlu ceza kanuna göre cezalandırılır. Birinci bölümde detaylıca bahsetmiştik.

4. İspat Yolları

Kazf suçu, kazfedenin itiraf etmesi veya iki adil, erkek, Müslüman şahidin kazf suçunun işlendiğine dair tanıklık etmesiyle kanıtlanır. Kazf suçunda, itiraz eden kişinin ergenlik çağına gelmiş olması ve konuşabilme yeteneğine sahip olması gerekmektedir, çünkü itiraf sözlü olarak yapılır. Yazılı veya işaretle yapılan itiraf geçerli değildir. Kazf suçunda itirazın, dava açıldıktan sonra ve hâkim önünde yapılması gerekmektedir. Davadan önce veya başka bir kişi önünde yapılan itiraf, kazf

³³² Kâsâni, *Bedâiu's Senâii* 9/227.

³³³ Kâsâni, *Bedâiu's Senâii*, 9/228.

suçunu kanıtlamaz. Ayrıca, itirafın baskı veya zorlama olmaksızın kişinin kendi iradesiyle yapılması gerekmektedir.

Kazf suçunda, şahitlerin genel ve belirsiz ifadelerle iftira attıkları durumlar kabul edilemez. Çünkü iftira, sadece zina suçlamasıyla sınırlı olmayabilir, başka konularda da olabilir ve zina suçlaması dışındaki iftiralarda kazf haddi uygulanmaz. Diğer suçlarla ilgili olduğu gibi, kazf suçunun kanıtlanmasında kadınların tanıklığı geçerli değildir.

5. Cezası

İslâm ceza hukuku kazf suçu için aslî³³⁴ ve tâbi³³⁵ olmak üzere iki tür ceza belirlenmiştir. Nûr Sûresi'nde geçen âyete göre Asıl ceza, celde (sopayla dövme)'dir. Konuyla alakalı olarak Nûr Sûresinde yüce Allah buyuruyor ki: “İffetli kadınlara zina isnad edip de sonra bu iddialarını doğrulayacak dört şahit getiremeyenlere seksener sopa vurun.”³³⁶ Suçun ispatlandığı durumda, suçlu kişiye seksen sopa vurulur ve bu ceza, aslî ceza olarak kabul edilir. Bu cezanın miktarı azaltılamaz veya artırılmaz, aynı şekilde başka bir ceza uygulanması da söz konusu olamaz. Fakihler, kazf suçunda affin geçerliliği konusunda çeşitli görüşlere sahiptirler. Fıkıhçılar arasındaki bu görüş ayrılığı, kazf suçunun niteliği ve cezanın ne şekilde uygulanacağı konusundaki çeşitli değerlendirmelerden kaynaklanmaktadır.³³⁷ Özellikle Ebû Hanife ve diğer İslam hukukçuları, kazf suçunu kamu hakkını ilgilendiren bir konu olarak değerlendirir ve bu sebeple affin geçerli olmadığını belirtirler.³³⁸ Bunun yanı sıra, kazf suçunu, kul hakkının önemli olduğu suçlar kategorisine dahil eden bazı hukukçular, ceza infazı öncesinde mağdurun suçluyu affetme hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir. İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel gibi hukukçular bu görüşü benimsemişlerdir. İmam Mâlik, mağdurun dava açmadan önce suçluyu affetme hakkına sahip olduğu görüşünü

³³⁴ Aslı cezalar: Suçun doğrudan doğruya karşılığı olan cezalardır. Öldürme suçu için kısas, hırsızlık suçu için el kesme cezaları gibi. Bk. Üdeh, Abdülkadir, *et-Teşrî'u'l-Cinâ'ıyyü'l-İslâmî*, 1/632.

³³⁵ Ek (Tâbi) Cezalar: Ceza mahkûmiyetinin sonucu, ayrıca açıklamaya ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden gündeme gelen cezalardır. Kasden ve yanlışlıkla öldürmelerde miras ve vasiyetten mahrumiyet, kazf cezasına çarptırılanın şahitliğinin kabul edilmemesi gibi. Bkz. Üdeh, Abdülkadir, *et-Teşrî'u'l-Cinâ'ıyyü'l-İslâmî*, 1/635.

³³⁶ Nûr 24/4.

³³⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, 9/106; Üdeh, Abdülkadir, *et-Teşrî'u'l-Cinâ'ıyyü'l-İslâmî*, 2/480.

³³⁸ Kâsânî, *Bedai'u's Sanâi*, 9/ 225; Çağrırcı, Mustafa, "Af", DİA, 1/395-396.

benimsemektedir.³³⁹ Suç ve cezalar konusunda İslam hukukçularının bakış açılarına göre, Hanefilerin görüşü daha doğru ve isabetli olduğu ifade edilebilir. Çünkü affın had gerektiren cezalarda geçerli olmadığı İslâm ceza hukukunda genel bir ilkedir. Ayrıca kazf, kişilik haklarına karşı işlenen bir suç olmakla birlikte, mağdurun toplum içindeki haysiyet ve itibarının zedelendiği durumlarda, bu mağduriyetin giderilmesi ve tazmin edilmesi yine toplum veya kamuoyu nezdinde önem arz eder. Bireysel beraat ile alenî beraat arasındaki fark âşikârdır.

Kazf suçunun fâilinin şahitliğini kabul etmemek, celd (sopa) cezasına ek bir cezadır. Kazf suçuyla ilgili ayetin devamında, bu cezanın hukuki dayanaklarını açıkça belirtilmiştir; "... *Ve artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin...*" Suçlunun tövbe etmesi durumunda, şahitliğini kabul etmeme cezasının devam edip etmeyeceği konusunda farklı görüşler İslam hukukçuları arasında dile getirilmiştir. Görüşlerde bu ayrılığın esası, "...*artık onların şahitliğini asla kabul etmeyin. İşte onlar fâsıkların tâ kendileridir. Ancak bundan sonra tövbe edip ıslah olanlar, bu hükmün dışındadır. Çünkü Allah, çok bağışlayan ve çok esirgeyendir*"³⁴⁰ âyete dayanmaktadır.³⁴¹

Hanefî mezhebine göre, kazf suçundan ceza alan bir kimse, ne kadar tövbe etmeye çalışırsa çalışsın, bundan sonra şahitliği kabul edilmeyecektir ve bu ceza süresiz olarak devam edecektir.³⁴² Bu görüş, "*Ancak bundan sonra tövbe edip ıslah olanlar...*" cümlesindeki istisnanın, "*İşte onlar fâsıkların tâ kendileridir*" cümlesine atfedilmesinden dayanmaktadır. Kazf suçunu işleyen kişi, bu eylemiyle fâsık olarak değerlendirilir ve günah işlemiştir. Fâsık sıfatı, güzel bir tevbeyle giderilebilir ancak yine de bu, tanıklığını kabul etmek için yeterli bir şart değildir. Öte yandan Hanefilerin böyle bir görüş ileri sürmüş olmaları, delillerinden biri olan şهادete, gösterdikleri özen ve titizliklerinden kaynaklanmaktadır.

³³⁹ Kâsânî, *Bedai'u'sSanâi*, 7/56; Göksoy, Latife, *İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ve Bu Suçun Türk Ceza Kanunundaki Hakaret Suçuyla Mukayesesi*, s. 86.

³⁴⁰ Nûr 24/4.

³⁴¹ Âyetlerin tefsiri ve tartışmalar için bk. İbn Kesîr, *Tefsir ibn Kesîr*, 3/364; Göksoy, Latife, *İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ve Bu Suçun Türk Ceza Kanunundaki Hakaret Suçuyla Mukayesesi*, s. 86.

³⁴² Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 3/110.

Cumhur (Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî) göre kazf cezasına mahkûm olan kimse tövbe ederse ve sâlih biri olursa, şahitliği kabul edilir.³⁴³ Âyet bir bütün olarak ele alındığında Cumhurun sunduğu görüşün daha doğru olduğu söylenebilir. Zemahşerî kendi tefsirinde cumhurun görüşünü teyit edecek açıklamalar yapmıştır.

Afgan ceza kanunu 673. Maddesinin birinci fıkrasında kazf suçunu tarif ederek ve bunun işleyenlere Hanefî fihhına göre cezalandırılacağını belirletmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında diyor ki: eğer suçlu üzerinde had şartları bulunmadığı halde, suçlu bu kanuna göre kısa hapis veya otuz binden az altmış binde fazla olmamak üzer nakdi para ile ta'zîr'en cezalandırılır.³⁴⁴

³⁴³ Üdeh, Abdülkadir, *et-Teşri' u'l-Cinâ' iyyü'l-İslâmî*, 2/491; Göksoy, Latife, *İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ve Bu Suçun Türk Ceza Kanunundaki Hakaret Suçuyla Mukayesesi*, s. 88.

³⁴⁴ Kanun-i Ceza-yi Afghanistan, md. 673.

II. Cinsel Suçlar Konusunda Afganistan Ceza Kanunu ile Hanefî Mezhebinin Genel bir Mukâyesesi

Bireysel haklara ve özgürlüklere saygı gösterilmesi adaletin sağlanmasına neden olur. Kanun ve kuralların oluşturulması ve âdil bir şekilde onun uygulanması, insanların can, mal ve emniyetlerine yönelik zulümlerin karşısında insanı korur. Kanun, insanları hak ve mükellefiyetleri konusunda bilinçlendirir. İnsanların bazı davranışlarının isteğe bağlı olmadığını ve uyulması gereken hükümlerin olduğunu ilan eder..

Kanunlar aslında sosyal ilişkileri düzenleyen normlardır. Bu ilişkiler sadece bireyler arasında değil, aynı zamanda bireyler ve toplum arasındaki ilişkileri ve devletler arasındaki ilişkileri de sağlamaktadır.

Kamu hukukunun önemli alanlarından biri olan ceza hukuku, İnsan ömrüne kadar uzun bir târihe sahiptir. İnsan, toplumsal hayatının başlangıcından itibaren, insanlık haklarını ve özgürlüklerini savunabilmek ve bunu ihlal edenlere müdahale edebilmek için kanunlara ihtiyaç duymuşlardır. Târih boyunca diğer toplumsal olgular gibi ceza hukuku da farklı toplumlarda, toplumsal değişimlere uygun olarak gelişmiş ve muhtelif aşamalardan da geçmiştir. Bazı toplumsal olgularının rolü, ahlak, dinî hükümler, hukuk bilginlerinin görüşleri, İnsanlık toplumlarının gelişmesi ve bir takım kabul görünmüş kurallar gibi olgular, ceza hukukunun bu aşamaya gelmesine neden olmuştur. Afganistan da toplumlarının bu gelişmelerini takip ederek; farklı aşamalardan geçip toplumun şartlarına ve ihtiyaçlarına göre bir yazılı ceza kanunun yürürlüğe almıştır.

Şunu bildirmemiz gerekir ki 1976 târihli ceza kanunu'nun, genelde Arapça kaynaklar kullanılarak yürürlüğe gelmiş ve Afganistan'da nispeten uzun bir süre içerisinde uygulamaya devam etmiştir. 523 madde hâlinde düzenlenen ve zamanının en iyi kanunlarından biri olarak kabul edilen bu kanun, farklı siyasî sistemlerde çeşitli düzenlemeler ve değişikliklerle birlikte ülkenin ceza kanunu olarak yürürlükteydi. Zaman geçtikçe ve ülkede ekonomik, sosyal ve özellikle hukuksal alanlarda ortaya

çıkan gelişmeler, tüm ceza kanunlarını içeren tek bir mecmua yapılmasını zorunlu kılmıştır. Zira ceza kanunu her alanda dağınık bir şekilde varlığını sürdürmekte idi.³⁴⁵

Bu amaçla, aralıksız çalışmalar sonucunda, Afganistan ceza kanunu, Adalet Bakanlığı ile işbirliği içinde bir heyet tarafından tasarlanmış, gözden geçirilmiş ve yürürlüğe girmesi için hazırlanmış ve hükümet onayladıktan sonra (03.04.2014) târihli ve 206 sayılı hükümetin fermanı ile kanun hükmünde uygulamaya geçmiştir. Bu kanun iki kitap, 16 bab, 116 fasıl ve 916 maddeden oluşmaktadır.³⁴⁶

Afganistan ceza hukuku târihçesi konusunda belirttiğimiz gibi, İslâm'ın Horasan (şimdi ki Afganistan) topraklarına gelmesinden sonra, Afganistan'ın tüm ceza kanunlar yerini İslâm ceza kanununa bırakmıştır.

Had, kısas ve diyetle ilgili cezaların, hâlihazırdaki yürürlükte olan Afgan Ceza Kanununun 2. maddesinde belirtildiği gibi, Hanefî fikhî ve İslâm şeriatına göre hükmedildiğine dair kayıt mevcuttur.³⁴⁷ Dolayısıyla bu cezaların kaynağı genelde İslâm şeriatı, özeldir ise Hanefî fikhidir. Özetlemek gerekirse, hem Emânullah Han döneminde yürürlükte olan ceza kanununda hem de günümüzde geçerli olan ceza kanununda, had, kısas ve diyetle alakalı cezalar, İslam şeriatına ve Hanefî fikhine uygun olarak uygulanacağı belirtilmiştir.

Bu hususu, Afgan Ceza Kanununun ikinci maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir; *Bu kanun, ta'zîr ile alakalı suç ve cezaları düzenlenmektedir. Had, kısas ve diyet ile ilgili suçlarda İslâm Şeriatı ve Hanefî fikhine göre hüküm verilecektir.*³⁴⁸

Suçların had kısımları bellidir ki bunlar: Zina, kazf, içki içme, hırsızlık, yol kesme ve irtidad (dinden dönmek)'tir. Fıkıh kitaplarında bu suçlar “Hudut” olarak adlandırılmıştır.

Zina suçuyla ilgili olarak, birinci ve ikinci bölümlerde ifade ettiğimiz gibi, eğer fâil üzerinde suçun bütün şartları varsa, Hanefî fikhine göre değerlendirip, evli

³⁴⁵ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 1/55; İstanikzey, Nasrullah, *Mebadi hukuk*, s. 22.

³⁴⁶ Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan, 1/56.

³⁴⁷ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 2.

³⁴⁸ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 2.

olmayan erkek ve kadına celde (sopa) vurulacaktır, evli olanlara recm cezası tatbik edilecektir.

Fâil veya suçla alakalı herhangi bir şüphe varsa, suçlunun had cezası düşer ve Afgan Ceza Kanununa göre hapis cezası ile cezalandırılır. Afgan Ceza Kanununa göre suçlu evli ise iki yıldan fazla, evli değilse iki yıla kadar hapis cezasına mahkûm olacaktır. Eğer şahıslar, dâimî veya geçici mahremlerden veya eğitici-öğretici ya da yekdiğerine yetki sahibi olursa, uzun hapis (yedi yıla kadar) cezaya mahkûm olacaktır.³⁴⁹

İmam Ebû Hanife'nin zina için yaptığı tanıma (*zina, bir erkeğin başka bir kadınla ne milk-i yemin ne de nikâh bağı olmadan cinsel ilişkiye girmesidir*) Afgan Ceza Kanununun zina için yaptığı tanıma göre, (*zina; aralarında evlilik bağı olmayan bir erkeğin başka bir kadınla cinsel ilişkiye girmesidir.*) bu ifadede küçük bir farklılık görmekteyiz. Ceza kanununun ele aldığı tanımda, "cinsel ilişki" ifadesi tüm ilişkileri kapsar, ancak İmam Ebû Hanife'nin yaptığı tanıma göre "fercede cinsel ilişki" ifadesi, zinayı diğer ilişkilerden ayırıyor. Aynı şekilde İmam Ebû Hanife'nin zina için yaptığı tanımında "milk-i yemin ve milk-i nikâh" cümlesi geçmektedir ki ceza kanununda bunu göremiyoruz.

İslam hukuk ve Hanefi fıkhında zina suçunun ispatlanması için iki yöntem belirlenmiştir. Biri şahitlik diğeri ise itiraftır. Ancak ACK'un 19. maddesinde bu suçun ispatı için belgeler ve karineleri de ilave edilmiştir.

Cinsel tecavüz, hem genel iffet ve ahlaka zarar veren hem de kişilerin itibar ve haysiyetlerinin ciddî şekilde zedelenmesine neden olan davranışlardan biridir. Afgan Ceza Hukuku, kamusal iffet, ahlâk, insanların haysiyetini korumak ve savunmak için yukarıda belirtilen suçla ciddî bir şekilde ilgilenip o suçu işleyene ağır bir ceza tayin etmiştir. İslâm şariatında, zorla zina veya cinsel tecavüz yoluyla zina, genel olarak "*rıza ile veya rıza olmadan*" zina, haysiyet ve şerefe karşı iğrenç ve haram bir eylem

³⁴⁹ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 2

olarak kabul edilir ve hürmeti kanıtlanmıştır. İnkâr eden her müslüman, İslâm dairesinden çıkmış yani mürted olmuştur.³⁵⁰

Cinsel saldırı ve zina, fakihçiler açısından aynı olsa da Afgan Ceza Kanunu bunları birbirinden ayrı incelemiştir. Aslında tecavüz, mağdurun tam rızası olmadan ve güç kullanılarak yapılan bir cinsel ilişkidir. Cinsel tecavüz, güç ve öfkeyi ifade etmek için cinsel eylemler yoluyla yapılan bir tür şiddet ve tahkir edici davranıştır.³⁵¹

Birinci bölümde belirtildiği gibi Afgan hukukçular, cinsel saldırıyı niteliğine göre şu şekilde tanımlamışlardır; “*Cinsel saldırı, zor ve güç kullanarak ve karşı tarafın rızası olmadan zina ve livâta ilişkilerdir*”.

Fakihler, cinsel tecavüz suçunu zina olarak ele almışlar ve ondan ayrı bir konu olarak değerlendirmemişlerdir. Şu konuda ittifak etmişlerdir ki eğer bir kadın rızası olmadan zorla zinaya maruz kalırsa, şeriat metinlerine göre onun üzerinde had uygulanmayacaktır. Bu karineye göre cinsel saldırıyı şu şekilde tanımlamışlardır; ikrah altında zina kadının rıza göstermediği ve erkek tarafından zorla yapılmaya mecbur edilen gayrimeşru cinsel ilişkidir.

Ayrıca Afgan Ceza Kanunu, 636. maddenin birinci fıkrasında cinsel saldırıyı açık ve net bir şekilde tanımlamıştır; *Zorla veya tehdit ile yahut korkutucu araçlarla kişinin bedensel ya da ruhî zaafalarını kullanarak, erkek olsun kadın olsun herhangi bir fark olmaksızın, mağdur kalan şahsın kendi iradesini bildirmemesini kullanmak suretiyle yahut bayıltacak ilaçları veya aklını gideren diğer şeyleri yedirerek onunla cinsel mukarebete girer veya organlarını yahut başka eşyalarını onun ön veya arka tarafına idhâl ederse, cinsel saldırıyı işlemiş olarak görülür.*³⁵²

İfade ettiğimiz maddenin ikinci fıkrasında, bu suçun had şartlarının bulunmaması hâlinde, suçlu Afgan Ceza Kanuna göre cezalandırılır. 637. maddede bu suçun normal şartlarda cezası uzun hapis (haps-i tavîl) olup, bu kanunun 137. maddesine göre uzun hapis beş yıldan az on beş yıldan fazla olmamak üzere

³⁵⁰ Riza-î, Ghulamhayder, *Hukuk-i Ceza-i İhtisasi*, s. 204.

³⁵¹ Selimi, *Cerâim-i Cinsi az Menzeri Ravan Şinası Cinâii*, s.173.

³⁵² Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 636.

bildirilmiştir. Birinci bölümde değindiğimiz gibi 639. maddeye göre, ağırlaştırılmış (müşeddede) hâllerde kanun, suçluya on altı yıldan yirmi yıla kadar uzun süreli “devam” hapis cezası belirlemiştir.

Eğer biri, grup tarafından tecavüze uğrarsa, bu kanunun 641. ve 170. maddelerine göre, suçlu ölüm veya birinci dereceden uzun süreli “devam” hapse (yirmi yıldan az otuz yıldan fazla) olmamak üzere mahkûm olacaktır.

Kazf, İnsanların namus ve haysiyetini korumak için suç hâline getirilmiştir. Devlet, vatandaşların can ve mallarını korumakla mükellef olduğu gibi, toplumdaki bütün kişilerin itibar ve haysiyetini de korumakla mükelleftir. Bu nedenle kanun koyucu, kazfî suç sayarak ve cezasını belirleyerek, toplumun fertlerinin namus ve haysiyetini göz önünde bulundurup toplumun düzenini ve emniyetini ihlal edici bir suç olarak değerlendirmiştir.

Kazf konusunda daha önce değindiği gibi Afgan Ceza Kanunu kazfî şu şekilde tanımlamaktadır: “*Bir kişiye zina isnat etmek veya onun soyunu inkârda bulunmak, fâilin bu isnat ettiği şeyi ispatlamayacağı durumlarda kazf suçunu işlemiş olur*”.

Afganistan Ceza Kanunu'nun 673. maddesin bu tanımı ele alarak şöyle bir ifadeyi beyan etmektedir: *Eğer bu suçta had cezasının şartların bulunamıyorsa suçlu kısa süreli “kasır” hapis veya otuz binden az altmış binden fazla olmamak üzere nakdî parayla cezalandırılır.*

Burada bir hususu izah etmekte fayda görüyoruz; eğer bir kimse bir başkasına livâta suçunu isnat ederse, kazf suçunu işlememiş olur. Çünkü İmam Ebû Hanife’ye göre livâta Haddî gerektiren suçlardan değil bilakis ta’zîr’i gerektiren suçlardandır. Ancak İmam Şâfiî, İmam Mâlik ve İmam Ahmed’e göre eğer biri başka birisine livâta suçunu isnat ederse kazf suçunu işlemiş olur.

İslâm hukukuna göre kazfın için iki çeşit cezası vardır; biri celde’dir ki buna aslî de denir ve diğeri suçlunun şehâdetini kabul etmemektir ki ona da tâbii denir.

Afgan Ceza Kanununda öngörülen cezalar ve toplumun mevcut durumları dikkate alındığında bu cezaların caydırıcı olmadığını anlaşılır. İnsanlar haksız olarak birbirlerini küçük düşürmeye çalışmakta ve her biri kendi çıkarları için toplumun

atmosferini kolaylıkla değiştirmek istemektedirler. Bu nedenle, insanların iffet peçesinin bu kadar kolayca yırtılmaması, haysiyetin muhafaza edilmesi ve insanların emniyet gölgesinde güvenle yaşayabilmesi için, ceza kanununda belirlenen cezalarda daha dikkatli olunması, ayrıca caydırıcı cezalar uygulanması toplum yararına olacaktır.

Livâta (Homoseksüellik), Hanefilerde tercih edilen görüşe göre, homoseksüellik zinadan ayrı bir fiil olarak değerlendirilmektedir. Onlara göre homoseksüellik, zinaya kıyas edilemeyeceği ve zina olarak adlandırılmayacağı için ondan farklı bir suç oluşturmakta ve farklı hükümler taşımaktadır.³⁵³ Çünkü zina suçu iki karşıt cins arasında işlenir. Homoseksüellik ise dübür yoluyla aynı cinsler arasında yapılmaktadır. Dolayısıyla, homoseksüellik suçu için ta'zîr cezası vardır. Daha önce bahsettiğimiz gibi bu noktada Ebû Hanife'ye Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'in itirazları vardır. Onlara göre eşcinsel ilişki de zina kapsamına girer ve suçluya aynen zina cezası vermelidir.

Öte yandan, zina suçunda, insanın temel özü olan hayat suyunun (spermin) yok edilmesi ve neseplerin karışması gibi etkiler gözlemlenebilir. Buna karşılık, eşcinsellik durumunda böylesine bir etki meydana gelmez, bu da eşcinselliğin zina ile aynı kategoride olmadığını gösteren bir kanıttır.³⁵⁴

Ebû Hanife (r.a.) ise homoseksüelliğin cezası hakkında şöyle diyor: “Bu filin sözlük anlamı açısından zina anlamı verilmemektedir. “Livâta yaptı zina etmedi” denir. Bu nedenle livâtayı zinaya kıyas edemeyiz ve suçlu da ta'zîr ile cezalandıracaktır.

Yürürlükte olan ceza kanununun, 1976 ceza kanununa göre homoseksüellik konuları daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır ve 646. maddenin ikinci fıkrasında homoseksüelliği şu şekilde tanımlanmıştır; *erkek cinsel organını her ne ölçüde olursa olsun başka bir kadının veya erkeğin dübürüne sokmasıyla livâta eylemi*

³⁵³ Yaşaroğlu, M. Kâmil, “Livâta“, DİA, 27/198-200.

³⁵⁴ Yaşaroğlu, M. Kâmil, “Livâta“, DİA, 27/198-200.

gerçekleşmiştir.³⁵⁵ Konu başında söylediğimiz gibi Afgan Ceza Kanunu ta'zîrî suçları düzenler. Homoseksüellik suçu da ta'zîr'i bir suç olduğun için başka bir erkek veya kadınla eş cinsel ilişki kuran kişi, bu faslın hükümlerine göre cezalandırılır.³⁵⁶

Homoseksüelliğin suç sayılması konusunda kanun, aynen İmam Ebû Hanife'nin görüşünü takip etmektedir. Çünkü İmam bu suçu ta'zîr bir suç olduğunu söylemiştir. Afganistan yasama organı da bu eylemi ceza kanununda suç sayıp ve cezasını yalnızca kanunun bu bölümüne göre vermektedir. “*Bu fasıla göre cezalandırmak*” kaydı şunu ifade eder ki; eğer biri livâta suçu işlerse bu yaptığı suç ta'zîr gerektiren bir suç olup ve cezası ta'zîr'i bir ceza olmalıdır.

Tefhîz ve Musâhika, Tefhîz, iffet ve ahlaka aykırı bir suçtur. Bir erkeğin başka bir erkek veya kadınla tefhîz suçunu işlemesi, 1976 ceza kanununda bir suç olarak sayılmamış ve ilk kez mevcut ceza kanununda suç kapsamına alınmış, cezası da belirlenmiştir. Daha önce de belirttiğimiz gibi tefhîz, bir erkeğin penisini başka bir erkek veya kadının uylukları arasına koyması anlamına gelir. Afgan Ceza Kanununa göre bu suçta hem fâil hem de mefûl eşit bir şekilde cezalandırılmaktadır. Çünkü bu suçun meydana gelmesi için mefûlün rızası da şarttır. Âlimler da tefhîzi gayri meşru ilişkiler sınıfına dâhil ederek ittifak hâlinde bunu iffet ve ahlâka aykırı bir eylem olarak değerlendirmişlerdir. Cezasını da ta'zîr olarak hâkimin görüşüne bırakılmışlardır. Afgan Ceza Kanunu da bu suçu ta'zîr'i ceza gerektiren suçlardan saymakta ve cezasını 645. maddede şöyle belirtmektedir: *Biri bir başkasıyla musâhika veya tefhîz suçunu işlerse, fâillerin her biri kısa hapis (Kasır) cezasına mahkûm olacaktır.*³⁵⁷

Afganistan yasalarında had, kısas ve diyet ile ilgili suç ve cezada Hanefî fikhına göre hüküm verileceği yazıldığına rağmen, Afganistan yargı sistemini geliştirmek amacıyla Afganistan'da faaliyet gösteren yabancı ülkeler, insan haklarını savunan kuruluşların, özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliğinin baskı ve müdahalelerinden dolayı idam cezası ve özellikle recm ve el kesme cezasının uygulanması hiç görülmemekte, geri kalan had ve kısas cezaları da çoğu zaman

³⁵⁵ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 646.

³⁵⁶ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 646.

³⁵⁷ Kanun-i Ceza-yi Afganistan, md. 645.

uygulanmamaktadır. Nitekim 2013 ve 2014 yılında hem ACK’da yapılmak istenen hem Kanun-i İcraat-ı Cezaî’de yapılması planlanan düzenlemeler Avrupa Birliği dâhil birçok ülkeden tepkiler gelmeye başlayınca Afganistan Adalet Bakanlığı geri adım atmak zorunda kalmıştır.³⁵⁸

³⁵⁸ Khwajamir, Mehtarkhan, *Afganistan’da İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, s. 304.

Sonuç

Cezaların temel amacı, şeriat ve kanunun emirlerini uygulayarak toplumun çıkarlarını ve huzurunu sağlamaktır. Aynı zamanda, insanların davranışlarını düzenlemek, onları cehaletten kurtarmak, sapıklık ve günah işlemekten alıkoymak ve Allah'a ibadet etmeye yönlendirmek ceza hukukunun hedeflerindedir. Cezaların özünde ise kişilerin kendi davranışlarını düzeltmelerini teşvik etmek ve toplumun genel refahını sağlamak yatar.

Nitekim ayet i kerimede şöyle buyrulmuştur: *Sen, onlara zor kullanacak değilsin. Sen Onların üzerinde bir zorlayıcı değilsin. Tehdidimden korkanlara Kur'an'la öğüt ver. Biz, seni bütün varlıklar için ancak eşsiz bir rahmet olarak gönderdik.*

Bu nedenle Allah insanlara öğüt, hidayet ve yol göstermek için elçiler göndermiş ve onların emirlerine karşı gelenlere ceza verileceğini bildirmiştir. Bunun sebebi Allah'ın insanları sevmediği şeylerden alıkoyup onların menfaati doğrultusunda sevdiği şeyleri yapmamızı istemiştir. Bu emir ve nehiyeler insanların ancak faydası içindir.

İslam'ın bu yaklaşımı, suç işlemeyi caydırıcı cezaların uygulanmasını gerektirirken, aynı zamanda adaletin gözetilmesini ve masumiyet karinesine saygı gösterilmesini de içerir. Bu denge, hem suçluyla mücadelede etkinliği artırırken hem de masum insanların haksız yere cezalandırılmasını önler. İslam hukukunun suçla mücadeledeki bu dengeli yaklaşımı, toplumun refahı ve huzuru için olmazsa olmaz bir prensiptir. Afganistan hukuk sistemi de bu ilke üzeri kurulmuş, hukukun bir parçası olan ceza kanunu da İslami esaslarına göre yasal hale getirilmiştir.

Afganistan'da kanunların resmi olarak belirlenmesi ve sistematik hale getirilmesi, tarihsel olarak Mahmut Gaznevî dönemine kadar uzanır. Mahmut Gaznevî zamanında gerçekleşen fetva kitapları ve bununla beraber başlayan kanunlaştırma hareketi, ülkenin hukuki yapısını temellendirme yolunda önemli bir adımdı.

Emânullah Han dönemi (1919-1929) ise Afganistan'da ceza hukukunun ilk resmi şekillendirilmesine tanıklık ettiği bir dönemdir. Bu dönemde, "ceza kanunu"

adını taşıyan bir kanun yazılmış ve ülkenin cezai yaptırımlarını düzenleyen bir yapı oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu, Afganistan halkının günlük yaşamını etkileyen suçlarla mücadele ve ceza sisteminin kurulmasının ilk adımlarından biriydi.

Daha sonra Davud Han zamanında ta'zir cezaları daha geniş bir şekilde ele alındı ve kanuna eklemeler yapıldı. Afgan halkının güvenlik ve huzurunu sağlama amacıyla ta'zir cezalarına dair kanuni düzenlemelerin genişletilmesi, toplumsal düzenin korunması hedefini güçlendirmeye yönelik bir girişimdi.

Bu süreçler, Afganistan'ın hukuki altyapısını oluşturma ve toplumsal düzeni sürdürme çabalarının birer yansımasıdır. Kanunlaştırma hareketleri, ülkenin tarihsel gelişimi, kültürel değerleri ve toplumsal ihtiyaçları çerçevesinde evrilmiş, Afgan halkının daha güvenli ve huzurlu bir yaşam sürdürebilmesi hedefiyle ilerlemiştir.

Kanunlaştırma çabaları öncesi, Afganistan'da yargı sistemi fetva kitaplarına dayanarak işlemekteydi. Bu da Afgan Ceza Kanunu'nun temel dayanağının İslam dini olduğunu göstermektedir. Kanunların düzenlenme çabaları başladığı andan itibaren, İslam hukuku bu çabaların temel rehberliğini yapmıştır. Bu yaklaşım, toplumun ahlaki ve dini değerlerinin korunmasını amaçlamakta idi. Tüm kanun düzenlemeleri, 1978-1992 yılları arasında hüküm süren Marksizm ve komünist sistemler dahil, Afganistan'da çıkarılan anayasalarda İslam hukukuna uygunluğu koruma amacıyla belirlenmiştir.

1978-1992 döneminde komünist rejimin egemen olduğu dönemde dahi, had, kısas ve diyet gibi cezalarla ilgili olarak Hanefi fikhına göre hüküm verilmesi gerektiğini belirten ceza kanunu maddesi, teorik olarak değiştirilmemişse de pratikte uygulanmamıştır. Günümüzde ise Batı devletlerinin müdahaleleri nedeniyle had cezalarının birçoğu uygulanmamaktadır. Bu cezaların uygulanmaması, caydırıcılık etkisinin kaybolmasına yol açmış ve bu da Afgan toplumunda suç oranlarının artmasına neden olmuştur. Toplumsal düzenin korunması ve suçların önlenmesi adına caydırıcı cezaların eksikliği, Afganistan'da suç oranlarının artmasına sebep olmaktadır. Bu bağlamda, toplumun güvenliğini sağlamak ve suçları engellemek amacıyla ceza sistemine daha fazla dikkat gösterme ihtiyac duymaktadır.

Cinsellik, insana özgü doğal bir içgüdüdür. Ancak bu içgüdü, belli sınırların aşılması durumunda sapkınlığa dönüşebilir. Bu bağlamda cezalandırma amacı, tarih boyunca hukukçuları derinlemesine etkileyen ve farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olan bir konu olmuştur. Toplumun çıkarlarını koruma ve suçlu bireyin durumunu düzeltme hedefleri, bu tartışmayı şekillendiren temel unsurlardır. Bu bağlamda, çoğunluğun kabul ettiği görüşe göre, (ki Afgan yasama organı da buna dâhildir) İslam ceza hukukunu iki ana kategoriye ayırarak değerlendirebiliriz.

İslam hukuku, had, kısas ve diyet cezalarını toplum düzenine doğrudan saldırı ve toplumsal yapının tahribini amaçlayan suçlara uygulanacak cezalar olarak tanımlar. Bu tür cezalarda amaç, toplumun yararını korumaktır. Bu tür cezaların temel gayesi, toplumsal huzuru ve düzeni korumak ve bu yolla toplumun refahını güvence altına almaktır. Bu anlamda cezanın toplumsal faydası ve amacı öne çıkmaktadır.

Öte yandan, ta'zîr cezalarında amaç, suç işleyen bireyin bireysel düzeyde iyileştirilmesine odaklanmaktadır. Ta'zîr cezaları, suçun türüne ve topluma verdiği zarara göre belirlenir. Bu tür cezaların öncelikli hedefi, suç işleyen kişinin içsel dönüşümünü sağlamaktır. Bu cezalar, suçlunun iç dünyasında gerçekleşen değişimi ve topluma tekrar uyum sağlama kabiliyetini yeniden kazanmasını amaçlar.

Sonuç olarak, İslam ceza hukuku, suçluların cezalandırılmasındaki temel amaçları toplumsal düzenin korunması ve suç işleyen bireyin rehabilite edilmesi olarak iki ana kategoride ele almaktadır. Toplumsal yararın sağlanması ve bireysel düzeyde değişimin teşvik edilmesi, bu iki kategorinin temel prensiplerini oluşturan unsurlardır. Bu anlayış, hem toplumsal dengeyi sağlamayı hem de bireyin kişisel gelişimini gözetmeyi amaçlamaktadır.

Kaynakça

ACK (Kanun-ı Ceza-yi Afganistan), 1976 Tarihli Afgan Ceza Kanunu, RC, sy: 13 (seri no: 347), 1976.

Adâlethah, Abdülkâdir, *hukuk-i Fâmil*, Kabil: İntişarât-i Metbaa-i Meyvend, 2016.

Aktan, Hamza, “Kazf”, DİA, 25/148-149.

Alkozaî, Ahmed Can, *Esâsu'l-Kudât*, Kabil: Dâru's-Saltana-yı Kabul, 1893.

Amid, Hasen, *Ferheng-i Farsi Amid*, Tahran: İntişarat'ı Amir Kebir, 2002.

Aminoğlu, Semiullah, *Afganistan Ceza kanununun İslam Ceza Hukuku Açısından değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erciyes 2015. (*Afganistan Ceza kanununun İslam Ceza Hukuku Açısından değerlendirilmesi*)

Ânton Elyas, Elyas, *Ferhang-i Nevin-i Arabi Farsi*, Tahran: Neşri Emir Kabir, 2006.

Apaydın, Yunus, “Şâhit”, DİA, 38/278-283.

Aydın, Mehmet Akif, “Liân”, DİA, 27/172-173.

Baimurzaev, chyngyz, *İslam Hukukunda Zina Suçu Dışındaki Cinsel Suçların Hukuki sonuçları*, Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014. (*İslam Hukukunda Zina Suçu Dışındaki Cinsel Suçların Hukuki sonuçları*)

Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn b. Alî (ö. 458/1066), *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Beyrut: el Mektübül İslami, 2010.

Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl b. İbrâhîm el-Cu'fi (ö. 256/870), *el-Câmiu's-Sahîh*, Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 2001.

Çağrıçı, Mustafa, “Af”, DİA, 1/395-396.

Dağcı, Şamil, “İhsan”, DİA, 21/546-548.

- Daniş**, Hafizullah, *Ceza Şinâsi*, kabil: İntişârî Seyyid, 2015.
- Daniş**, Server, *Hukuk-i Esasi-yi Afganistan*, Kabil: İntişarat-ı Emirî, 2013.
- Dehhuda**, Ali Akber, *Luğatnâme-yi*, Tahran: Neşr-i Danişgah-i Tahran, 1959.
- Devrim**, Aydın, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı*, sayı: 2, 2013, s. 881-885. (“Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”).
- Doğan**, Mehmet, , *Büyük Türkçe sözlük*, İstanbul: Pınar Yayınları, 2013.
- Duâguy**, Mehdî, *Ruydadha-yi Panc Dehe-i Ahir dar Afganistan*, Peşaver: İntişârât’i Muhsin, 2006.
- Ebû Davûd**, Süleymân b. el-Eş’as b. İshâk es-Sicistânî el-Ezdî (ö. 275/889), *es-Sünen*, Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 2015.
- Ebû Zehre** Muhammed b. Ahmed b. Mustafâ (ö. 1898-1974) *el-Ukûbe*, Kahire: Dârü'l-fkri'l-Arabî, 1998.
- Ekinci**, Buğra Ekrem, *Osmanlı Hukuku*, Ankara: Arı Sanat Yayınevi, 2021.
- Erdoğan**, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Ensar Yayınevi 2010.
- Esen**, Hüseyin, , “Zinâ”, *DİA*, 24/15-47.
- eş-Şesrî**, Abdurrahman, Sa’d, *Taknînu’ş-Şeria beyne’t-Tahlîli ve’t-Tahrîm*, Riyad: Dârü'l-Fadîla, 2005.
- Ezherî**, Ebû Mansûr Muhammed b. Ahmed b. Ezher, (ö. 370/980), *Tehzîbu’l-Lüga*, Beyrut: Daru İhyai't-Türasi'l-Arabi, 2001.
- Fâyâbî**, Muhammed Azim, *Nigahî Be Pişine-i Kanungüzâri Der Afganistan*, Qaza, Balkh: İntişârât’i Hamid, 2009.
- Ferhang**, Muhammed Sıddîk, (ö 1989), *Afganistan der Penc Karn-i Ahîr*, Pişaver: Neşri Ehsan, 1988.

Göksoy, Latife, *İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ve Bu Suçun Türk Ceza Kanunu'ndaki Hakaret Suçuyla Mukayesesi*, Yüksek Lisans tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2021. (*İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Kazf Suçu ve Bu Suçun Türk Ceza Kanunu'ndaki Hakaret Suçuyla Mukayesesi*)

Gubar, Ghulam Muhammed, *Afganistan der Mesîr-i Târih*, Tahran: İntişarat'ı Emir Kabir, 2005.

Güneş, Kadir, *Arapça-Türkçe Sözlük*, İstanbul: Mektep Yayınları, 2010.

Habîbî, Abdulhay, *Târih-i Afganistan ba'd az İslâm*, Tahran: Neşri Ehsan, 2002.

_____, *Cünbiş-i Meşrutiyet Der Afganistan*, Tahran: Neşri Ehsan, 1993.

_____, *Tarih-i Muhtasar-i Afganistan*, Kıssa Haîi Peşaver, Pakistan 1998.

Hayet, Burhânpûrlu, Şeyh Nizâm (ö. 1090/1679) ve diğerleri, *el-Fetâva'l-Hindîyye*, Beyrut: Dâri İhyâyi't-Tursi Arabi, 2000.

Hayet, *Şerh-i Kanun-i Ceza-yi Afganistan*, Kabil: Bünyâd Âsya, 2018.

Heyet, *Siracu'l-Ahkâm fi Muâmelâti'l-İslâm*, Kabil: Metbaa'î Şahi Darüsseltene, 1983.

Horn, Paul (ö. 1908), *Târih-ı Muhtasar-ı İran: Ez Evvel-i İslâm tâ İnkırâz-ı Zendiân*, (Farsçaya çev. Hâşiye ve Talik yapan: Rıza Zade Şefak), Tahran: Metbaa-yı Meclis, 1935.

Hüsami, Hazretgül, *Târih-i Kada Der Afganistan*, Kabil: İntişarat-i Seyyid, 2010.

Imber, Colin, *Şerî'attan Kanuna (Ebussuud ve Osmanlı'da İslâm Hukuku)*, çev. Murtaza Bedir, İstanbul: Târih Vakfı Yayınları, 2004.

İbn Abidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz b. Ahmed b. Abdurrahîm el-Huseynî ed-Dımaşkî (ö. 1252/1836), *Reddü'l-Muhtâr ale'd-Durr'l-Muhtâr*, Beyrut: Dârü'l-kütübi'l-İlmiyye, 1994.

İbn Cezzi, Ebü'l-Kāsım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbî el-Gırnâî (ö. 741/1340), *el-Ğavânînü'l-Fıkhıyye*. Beyrut: Darü'l-Fkir, ts.

İbn Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed eş-Şeybanî (ö. 241/855), *el-Musned*, Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 2015.

İbn Kesîr, Ebu'l-Fidâ İmaduddîn İsmail (ö. 774/1373), *Tefsiru'l-Kur'anil-Amzîm*, Beyrut: Mektebetü'l-Muârif, 1990.

İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed, (ö. 620/1223), *el-Muğnî*, Kahire: Dârü'l fkir, 1997.

İbn Manzûr, Ebu'l-Fadl Cemaluddîn Muhammed b. Mukerrem (ö. 711/1312), *Lisanu'l-Arab*, Beyrut: Dâru Sâdır, 1990.

İbn Nüceym, Zeynuddîn b. İbrâhim b. Muhammed (ö. 970/1563), *el-Bahru'r-Râik Şerhu-l Kenzü'd-Dekâik*, Beyrut: Dârü'l Marife, 1993.

İbnu'l Mukaffa, Abdullah b. Dadvih, *Âsâr-i ibnu'l Mukaffa*, Beyrut: Daru'l Mektebet'l Heyat, 1948.

İbnu'l-Humâm, Kemaluddîn b. Abdulvehhab b. Abdulhamid es-Sivasî (ö. 861/1457), *Şerhi Fethu'l-Kadîr*, Beyrut: Dâri Sâdır, 1898.

İsfehanî, Râgıb, Ebu'l-Kāsım Hüseyin b. Muhammed b. el-Mufaddal er-Râgıb, (ö. 958/1108), *Müfredâtü Elfâzi'l-Ğur'ân*, İstanbul: Kahraman Yayınları, 1986.

İstanikzey, Muhammed Zerif Alem, *İcraat-i Deva-i Medenî az Didga-i Fıkıh ve Kanun*, Kabil: Neşriyat-i Hamid Risalet, 2014.

_____, *Usul'i Muhâkimati Cezaî*, Kabil: İntişarat-i Danişgah-i Kabil, 2006.

İstanikzey, Nesrullah, *Kamus-i İstilahâti Hukuk-i*, Kabil: İntişarat-i Danişgah-i Kabil, 2008.

_____, *Mebâdi Hukuk*, Kabil: İntişarat-i Siret, 2008.

Kandaharî, Abdulwasi, *Temessuku'l-Kudâti'l-Emâniyye*, Kabil: Metbaa'i Devleti Darü's-Seltene, Kabil 1921.

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İz Yayıncılık,. İstanbul 2009.

_____, İbrahim Kâfi Dönmez ve diğerleri, *Kur'ân Yolu: Türkçe Meâli ve Tefsir*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2003.

Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mesu'd (ö. 587/1191), *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertibi's-Şerâi*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003.

KEA (Kanun-ı Esâsi-i Afganistan), 2004 Târihli Afganistan Anayasası, RC. Özel sayı, (Seri no: 818), 2004.

Khvajamir, Mehtarhan, *Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun kanunlaştırılması*, doktora tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2015. (*Afganistan'da İslam Ceza Hukukunun kanunlaştırılması*)

Koçak, Muhsin, Dalgın Nihat, Şahin, Osman, *İslâm hukuku giriş, Aile Hukuku ve Miras Hukuku*, İstanbul: Neşriyat Ensar, 2020.

Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebî Bekr Muhammed b. Ahmed, (ö. 428/1037), *el-Muhtasar 'l-Kudûrî*, İstanbul: Metbaa Sertifika, 2015.

Mâverdi, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî, (ö. 450/1058) *el-Ahkâmu's-sultâniyye ve 'l-velâyâtu 'd-dînîyye*, Kuveyt: Dâru İbn Kuteybe, 1973.

Merğînanî, Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî, (ö. 593/1197) *el-Hidâye fî Şerhi 'l-Bidâye*, Kahire: Dâr's-Salam, 2000.

Mevsilî, Abdullâh b. Mahmûd b. Mevdûd, (ö. 683/1284), *el-İhtiyar li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, İstanbul: Mektebetü't-Tereke, 2015.

Meydânî, Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde (ö. 1298/1881), *el-Lubâb fî Şerhi 'l-Kitab*, Beyrut: Mektebetü'l İlmiyye, 2010.

Muin, Muhammed, (ö. 1971), *Ferhang-i Muin*, Tahran: İntişarât-i Emir Kabir, 1972.

Mutanoğlu, Metin, *Afganistan: Moğol istilasından Amerikan işgaline*, İstanbul: İlke Yayıncılık, 2006.

Müslim, Ebu'l-Huseyin Muslim b. Haccac el-Kuşeyrî en-Nisâbûrî (ö. 261/875), *el-Camiu's-Sahîh*, Beyrut: Müessisetü'r-Risâle, 1989.

Natkî, Bâkır, *Siyâset-i Cinayi İslâm ve Hukuk-ı Ceza-yi Afganistan der Cerâim-ı Cinsi*, Kabil: İntişârâtı Seyyid, 2019.

Nazir, Dad Muhammed, *hukuk-i Ceza-i İhtisâsi İslâm*, Kabil: İntişarat-i Numani, 2010.

NCU (*Nizamnâme-i Ceza-yi Umumî*), 1921 Tarihli Afgan Ceza Kanunu, Kabil: Matba'ı Daire-i Tahrirat-ı Meclis-i Âliye-yi Vüzera, 1923.

Öğüt, Salim, "Sihâk", DİA, 37/169.

Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Rehim, Ârif, *Hukuk-i Ceza-i ihtisasi*, Balh: İntişarât-i Sekafet, 2018.

Rizâ-i, Ghulamhayder, *Hukuk-i ceza-i İhtisasi, (Cerâim aleyhi haysiyet)*, Kabil: İntişarâtı Danişgah'ı Katib, 2015.

Sâbık, Seyyid, *Fıkhu's-Sünne*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l İlmiyye, 1987.

Sabunî, Muhammed Ali, *Tefsir-i Âyât-i Ahkâm*, Kürdistan: Âlimü'l-Kütüb, 1987

Saray, Mehmet, "Afganistan", DİA, 2/133-134.

Serahsî, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed ,(ö. 483/1090), *el-Mebsût*, İstanbul: Daru'n-Nedve, 1983.

Seyyid Resul, *Nigahî be ahd-i saltanat-ı Amanî*, Peşaver: Komite-i ferhangi İttihad-i Mücahidin-i Afganistan, 1985.

Soysaldı, Mehmet, "Kuran'da İftira Kavramı ve Müfterilerin Hükmü", Diyanet İlim Dergi, sayı: 41, 2005, s. 91. ("Kuran'da İftira Kavramı")

Sultanî, Sultanşah, *Hukuk-i Ceza-i İslâm*, Kabil: İntişarat-i Sekafet, 2016.

Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Alî b. Muhammed, (ö. 1250/1834), *Neylü'l-Evtâr Şerhu Münteke'l-Ahbâr*, Beyrut: Dârü'l-Kütübi İlmiyye, 1983.

Şirbînî, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb (ö. 977/1570), *Müğni'l-Muhtâc ilâ Marifeti Meânî Elfâzı'l-Minhâc*, Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 1994.

Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme el-Ezdî el-Hacrî el-Mısrî (ö. 321/933) *Şerhu Me'âni'l-Âsâr*, Beyrut: Darü'l- Kütübi'l İlmiyye, 2001.

Tahiri, Sadrul Eslam, *İslâm Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*, Yüksek Lisans tezi, Pamukkale Üniversitesi İslami İlimler Enstitüsü, Dinizli 2022. (*İslâm Hukuku Açısından Afganistan'da Zina Suçu ve Cezası*)

Tanîn, Zahir, *Afganistan der kern-i bîstom*, Tahran: Neşri Ehsan, 2004.

Telaş, Sıddık Muhammed, *Berresi-yi Müsaferetha-yi Emânullah Han ez Nigah-ı Siyasî ve İktisadî*, Kabil: Metbaa Devleti Kabul, 2004.

Üdeh, Abdülkâdîr, *et-Teşrî'u'l-cinâ'ıyyü'l-İslâmî*, Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 1989.

Ustadi, Huşeng, *Ferheng-i Arabi be Farsi*, Meşhet: İntişarat-i Teraneh, 2008.

Wekilî, Azizuddin, *Dâru'l-Kazâ der Afganistan ez Evâil-i Ahd-i İslâm tâ Ahd-i Cumhuriyet*, Kabil: Matbaa-yı Devletî-yi Kabul, 1991.

Welidi, Sâlih, *Hukuk-i Ceza-i İhtisas-i İslâm*, (Cerâim Aleyhi İffet ve Ahlaki Umumî), Tahran: Neşri Emir Kabir, 2011.

Yaşaroğlu, M. Kamil, "Livâte", DİA, 27/198-200.

Yaşaroğlu, M. Kamil, *Pakistan'da Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996. (*Pakistan'da Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması*)

Yiğit, Yaşar, *İslâm Ceza Hukuku*, Ankara: Fcer Yayınevi, 2012.

Zebîdî, Seyyid Muhammed Murtaza el-Huseynî (ö. 1205/1791), *Tacu'l-Arûs Min Cevahiri'l-Kamus*, Kuveyt: Matbaatu Hukümeti'l-Kuveyt 1965.

Zemahşerî, Ebu'l-Kasım Cârullah Mahmud b. Muhammed b. Ömer b. Ahmed (ö. 538/1144/), *Esâsu'l-Belâğah*, Beyrut: Dâru'l-fkir, 1989.

Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhû*, Beyrut: Dâru'1-fıkr, 1989.

