

ALMAN CEZA HUKUKUNDA ŞERİAT

Silvia TELLENBACH*

Çev.: Ahmet MUMCU**

Özel hukukta bir yabancı hukuku atıf kuralları yoluyla uygulamak pek de olağanüstü bir durum değildir. Bu uygulama şeriat için de, hiç olmazsa kamu düzeni açısından geçerli olabilir.¹ Buna karşılık Alman ceza hukukunda şeriatın uygulanıp uygulanamayacağı sorusu üzerinde fazla düşünülmemiştir. Elbette yasaların mülkiliği ilkesi uyarınca Alman Federal Cumhuriyeti'nde işlenen bir suç için, fail Alman veya yabancı olsun, Alman Ceza Yasası uygulanır (Alman CK m. 3). Buna rağmen şu soruyu da yanıtlamak gerektir: Alman hukukunun uygulanmasına yabancı hukukun etkili olabileceği bazı durumlar var mıdır. Bu sorunun yanıtı sadece şeriat değil bütün yabancı hukuklar için de geçerlidir.² Aşağıda, şeriatın yapısı ve içeriği açısından doğan belli soruların açıklanması söz konusu edilecektir. Ayrıca, İslam hukukundan çok kültürel İslamın yol açtığı belli sorunlar üzerinde de durulacaktır.

Alman ceza hukuku “*yasasız ceza olmaz*” (*nulla poena sine lege*) ilkesine dayanır; daha tam bir deyişle Alman ceza hukukunda “*yazılı olmayan hukuk dışında ceza konulamaz*” (*nulla poena sine lege scripte*) kuralı geçerlidir.³ Bu da cezalandırılacak eylemlerin Alman yasa koyucu-

* Dr., Max-Planck Uluslararası Ceza Hukuk ve Kriminoloji Enstitüsü Türkiye ve Ortadoğu Ülkeleri Ceza Hukuku Bölümü Başkanı.

** Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı.

¹ İslam hukukunun Alman hukukunda olası uygulanma alanları için bkz., Mathias Rohe, *Islamisierung des deutschen Rechts?*, JZ 62, 801-806.

² Bu konuda temel bilgiler için bkz., Karin Cornils, *Die Fremdenrechtsanwendung im Strafrecht*, Berlin 1977.

³ Alm. CK, “Bir eylem ancak, işlendiği zaman suç sayılan işlemler için cezalandırılır”.

su⁴ tarafından saptanabilmesi demektir. Bu ilkenin sonucu da, bir yabancı hukukta yer alan ve suç sayılan bir eylemin Alman yasa koyucusu tarafından öngörülmemiş ise herhangi bir cezanın söz konusu edilmemesidir. Ama yabancı hukuk, örneğin araştırmamızda söz konusu edilen şeriat Alman hukukunu dolaylı biçimde etkileyebilir. Tipiklik unsuru, bir mazeret sebebinin yahut bir hukuksal hatanın varlığı yahut cezanın takdiri gibi konularda İslam hukukunun veya İslam hukuk kültürünün etkileri kendini gösterebilir. Gene Alman uluslararası ceza hukukunun anlamlı ilkesi olan *“eylemin yapıldığı yere göre suçluluğun saptanması”* sırasında da (Alman CK m. 7/2) İslam hukuku önem kazanabilir. Bu sorunlar üzerinde aşağıda durulacaktır:

Son zamanlarda Alman hukuk literatüründe yer alan bir olayı örnek göstererek başlıyoruz: Müslüman bir evli çift küçük oğullarını sünnet ettirdi; bu Musevi ve Müslüman kültüründe çok yaygın bir gelenektir. Bu olayda göze çarpan nedir? İlk bakışta sünnet bir vücut parçasının bedenden ayrılmasıdır. Bu da ilk bakışta vücut donulmazlığına karşı işlenmiş bir yaralama suçudur (Alm. CK m. 22.3). Bu eylem bıçak veya herhangi bir cerrahi gereçle yapıldığından tehlikeli bir yaralama olarak nitelendirilebilir (Alm. CK m. 2.2.4). Fakat burada aynı tür cerrahi müdahalelerde dikkate alınan şu sorun yatmaktadır: Bu tür eylemler ilk bakışta ceza hukuku açısından birer yaralamadır ama bu yargı geçerli sayılmayabilir, çünkü her iki eylemin (cerrahi müdahale ve sünnet -çevirmenin notu-) amacı mağdura zarar vermek değildir, tam tersidir. Hakim görüşe göre erkeğin sünneti beden yaralaması için gerekli unsuru içermez.⁵ Burada daha çok tarih boyunca normalleşmiş ve bir toplumsal uygunluk kazanmış eylem söz konusudur, bu nedenle eylem suç unsuru taşımaz. Karşı görüşe göre ise suçun unsurları tamamlanmıştır ama -dikkatle sınırlayarak- şu söylenebilir: Eylemin hukuka uygunluğu din özgürlüğünün uygulanmasındaki çıkar bakımından kabul edilebilir.⁶

Kısa bir süre önce İsviçreli bir yargıç bana telefon ederek benze-

⁴ Almanya’da yasa koyucu hemen her zaman Bundestag’dır. Federe devletlerin, (eyaletlerin) yasamadaki rolü çok sınırlıdır. Alm. Anayasası m. 72, 74.

⁵ Thomas Fiebert Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 223x0 madde için 6b numaralı yan notu 55. Baskı, München 2008.

⁶ Walter Croop, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.Baskı, Berlin/Heidelberg/New York 2005, öd. Madde için 231. numaralı yan notu.

ri bir olayla ilgili olarak fikrimi sordu. Evli olmadan birlikte yaşayan bir Türk erkek ile İsviçreli bir kadının oluşturduğu çiftin bir küçük oğullan var. Türkiye'ye tatile giden baba, oğlunu, annesinin isteği dışında sünnet ettirmiş. Çocuğun velayeti ise bütünüyle annede. Yargıç sünnetin Türkiye'de bir suç sayılıp sayılmadığını öğrenmek istedi. Beklendiği gibi ne Türk yargı uygulamasında ne de Türk literatüründe bu konuyla ilgili bilgi bulabildim. Bu sırada Max-Planck Enstitüsü'nde çalışan konuk Türk profesörleri ile de konuştum. Bunlar Almanya'daki düşünceleri tekrarladılar. Biri, suç unsurunun oluşmadığını, diğeri ise eylemde suç unsuru bulunmakla birlikte eylemin hukuka uygun olduğunu belirtti. Sonuç itibarıyla her ikisi de bu eylemi Türkiye'de cezalandırılmayacağını ifade etti. Eylem, işlendiği yere göre suç olmadığından İsviçre'de de cezalandırılması mümkün değildi (İsviçre CK m. 50).

Sünnet konusuna bir ek yapmak gerektir: İslami olmamakta birlikte Sudan ve Mısır gibi bazı ülkelerde kadınlar da sünnet ettirilmektedir. Bu tür eylemler açıkça suç olarak nitelendirilir ve cezasız bırakılması yolunda hiçbir sebep ileri sürülemez.

Fakat şimdi bir başka örnek olay üzerinde duralım: Müslüman erkek koca A, karısı B'yi dövüyor ve olay bir Alman mahkemesinin önüne gidiyor. Alman yargıç, kocasına itaat etmeyen kadınları dövmeye Kuran'ın izin verdiğini söyleyip kendini savunan erkeğe karşı ne yapacak?⁷ Almanya'da kocanın karısını dövmesine imkan tanıyan zamanlar artık geçip gitti. Önümüzdeki olayda bedene zarar verme eyleminin unsurları tamamlanmıştır. Burada anayasal bakımdan güvence altına alınan din özgürlüğünü (Alm. Anayasası m. 4) bir mazeret olarak ileri sürülebilir mi? Mazeret sebepleri ilke olarak ceza yasasından değil bütün hukuk alanlarından çıkartılır.⁸ Ama anayasal hakların esaslı olarak sınırlandırılması başkalarının anayasal haklarından kaynaklanır. Kimse din adına bir başkasını dövme veya öldürme hakkına sahip değildir. Bu durumda olayımızda suçun bütün unsurlarıyla oluştuğu bir yaralama suçu mevcuttur.

Üzerinde düşünölmeye değer bir başka durum ise nafaka yükümlölüğünün zedelenmesidir (Alm. CK m. 170). Devletler özel

⁷ Sorunlu Kuran ayetindeki belli sözcüğün "dövmek" olarak mı veya başka bir anlamda mı konulduğu hakkındaki modern tartışma bir yana bırakılmıştır.

⁸ Bu konuda bkz, Corn'/s, S 84 vd.

hukukunda yasal bir nafaka yükümlülüğüne Alman ceza hukukuna atıfta bulunularak hükmedilebileceği gibi bazı durumlarda yabancı ülkelerin hukuklarına atıfta bulunularak da karar verilebilir.⁹ Böylece şu biçimde düşünülebilir: İslam hukukuna göre geçerli bir nafaka yükümlülüğü zedelenirse suç unsuru gerçekleşmiştir; buna karşılık Alman hukukuna göre geçerli bir nafaka yükümlülüğü İslam hukukuna göre geçersiz ise -örneğin boşanmış kadına sadece kısa bir süre için nafaka ödenmesi- suç unsuru oluşmamaktadır.

Ayrıca, Hayvanları koruma Yasası'nda da bir hüküm bulunduğu anımsatılmalıdır. Bu hüküm dinsel görevleri yerine getirme özgürlüğü nedeniyle yapılan bir değişikliğin sonucudur. Yasa'ya göre (m. 4a) hayvanları kesmek yasaktır ve aksine hareket edenlere para cezası verilir (m. 18). Bununla birlikte (yapılan değişikliğe göre -çn-) yetkili yönetim makamlarından izin alınırsa dinsel nedenlere hayvan kesmek suç sayılmaz.¹⁰

İslam dininin etkilediği bir başka alan da hakaret ve iftira eylemlerinde görülür. Ceza yasası hakareti ne anlama geldiğini tanımlamadan ceza tehdidi altına almıştır. İftira ise bir başkasını aşağılamaya veya çevresindeki saygınlığını zedelemeye yönelik söz veya davranışlar olarak tanımlanmaktadır. Ancak burada söz konusu edilen esas unsurun saptanmasında ilgili kişilerin değer yargıları, eğitimleri, toplumsal durumları, o çevrede geçerli olan ve çevrelerinden alışık oldukları kelime haznesi dikkate alınmalıdır. Bazı ülkelerde bir sözün iftira olarak değerlendirilmesi için bütün toplumda değil de belli bir çevrede mi aşağılanacak sayılacağı tartışılmaktadır.¹¹ Alman yargısında şimdiye kadar bu tür olaylar saptanamamıştır; ama bu ko-

⁹ Schönke-Schröder-Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, 27 Baskı, München 2006, 170. maddeye 2 numaralı yannot.

¹⁰ Hayvanları Koruma Yasası m. 4a:

Sıcakkanlı bir hayvan kan dökülmeden önce uyuşturulmadan kesilemez.

Birinci Fıkra hükmündeki uyuşturma yasağı eğer,

1.....

2.Yetkili makam uyuşturmadan kesmeye dair bir izin vermişse (kaldırılır); bu makam söz konusu izni ancak bu yasanın uygulama alanı içine giren çerçevede ve belli bir din topluluğunun inançları içinde hayvanın mutlaka kanının akması koşulu veya uyuşturularak kesilen hayvanların etini yeme yasağı varsa verebilir.

¹¹ Örneğin İsrail'de bkz., Khalid Chanayim, Die Rolle der Ehre im Strafrecht, Ed.: Silvia Tellenbach, Freiburg/Berlin 2007, 111-191.

nuda günün birinde böyle bir sorun çıkabileceği söylenebilir. Örneğin bir Müslümana Ramazan ayında oruç tutmadığı yolunda isnatta bulunulabilir. Böyle bir isnat Alman toplumu içinde o kişiyi küçültücü sayılmaz. Ama o kişi çok sıkı biçimde dinsel inançlarına bağlı bir Müslüman topluluk içinde yaşıyorsa böyle bir itham o kişinin onurunu kesinlikle zedeler.

Konumuzu ilgilendiren az sayıdaki olaylar namus kavramıyla ilgilidir ve yargıda namus cinayetleri veya kan davaları dolayısı ile kendini göstermektedir. Namus cinayetleri sadece İslam dünyasında değil başka kültür çevrelerinde de görülmektedir, hatta söz konusu cinayetlerin sadece İslam'ın ve İslam hukukunun bir sorunu olup olmadığı tartışılmaktadır. Çok önemli bir kaynak namus cinayetinin bizzat ihkakı hak olduğunu ve bunun da İslam'da yasak edildiğini söylemektedir. Karşıtı görüşte ise namus cinayetlerinin pek çok İslam ülkesinde yaygın bulunduğu bu nedenle az veya çok İslam kültürünün bir parçası (fenomen) sayılacağı ileri sürülmektedir. Bu sorunların burada daha derinleşmesine incelenmesine gidilmeyecektir ama namus cinayetlerinin Alman kamuoyunda artık yankı bulduğuna işaret ediyoruz.

Alman hukukuna göre kasten adam Öldürme, eğer Ceza Yasası'nın 211. maddesindeki nitelikler varsa, bir cinayet suçudur. Bu cinayet niteliklerinden biri de eylemin pek aşağı derecedeki saiklerle (*niedrige Beweggründe*) yapılmış olmasıdır. Pek aşağı saikler genel ahlak geleneklerine göre hiç sayılmayan ve en alt derecede bulunan değerlerdiniz.¹² Alman hukuk anlayışına adam öldürme eylemlerinde fail “*kişisel ve aile namusunun temizlemek için hukuk düzeninin üzerinde ve bir başkası için kendisinden ve ailesinden verilen bir ölüm emrini aynı zamanda infaz da ediyorsa özellikle reddedilen ve sosyal bakımdan acımasızca bir eylem kabul edilmektedir*”.¹³ Bu eylem devletin güç kullanma tekelinin üstüne çıkmak, Anayasa'nın 102. maddesinde ölüm cezasının yasaklanmasıyla güvenceye alınan bütün insanların kayıtsız-koşulsuz yaşama hakkını çiğnemek ve sebep -eylem arasında kabul edilemez bir kötü ilişki kurmak (namusa karşı yaşam hakkı -çn-) anlamlarına gelmektedir.¹⁴ Federal Yüksek Mahkeme daha önceki içtihatlarında bir yabancı

¹² BGHSt 3,133 kararından beri müstakar içtihat.

¹³ BGH StV 208-209.

¹⁴ *Kay Nehm*, Blutrache-ein niedriger Beweggrudd? Menschengerechtes Strafrecht-

failin kendi ülkesindeki değer yargılarına saygı gösterilmesi saik (Alman toplumu için -çn-) aşağı sayılan bir derecede olsa bile eylem ile bu değerler arasında bir bağlantı kurulmasını öngörmüştü; bazı mahkemelerin bugün bile bu görüşe bir ölçüde eğilimle yaklaştıkları anlaşıyor.¹⁵ Ama bugün artık Yüksek Mahkemenin içtihadına göre aşağı saiklerin varlığını objektif olarak saptamada Alman hukukuna aykırı ve “bir yabancı halk grubunun Alman toplumunun hukuk ve ahlaki değerlerine uymayan görüşlerine itibar etmeden hareket edilebilir.”¹⁶ Bu durumda namus cinayetlerinde pek aşağı derecedeki saiklerin varlığı objektif olarak kabul edilebilir. İkinci adım olarak yabancı failin (Almanya’daki -çn-) saiklerin pek aşağı kabul edildiği ortamı tanıyıp tanımadığı ve anlayıp anlayamadığı saptanmalıdır. Fail aşağı, ve kabul edilmez eylem dürtüleri (*die niedrigen Handlungstriebe*) sadece bilinçaltında bulunmamalı sorumluluk ilkesinden doğan doğan yükün de bilincinde olmalıdır. Ayrıca fail duygusal çşkularına düşünceleri ile hakim olmak ve iradesine göre davranmak durumunda olmalıdır, yani bu söylenilen ölçüler içinde hareket etmiş bulunmalıdır. “Eğer fail genel anlayış ile çelişki içinde olduğu halde ve buna rağmen tutumunda ısrar edip ayak direrse”, öç alma duygularına tutulmak ilke olarak saiki hafifletici kabul edilemez.¹⁷ Fail yıllarca Almanya’da yaşamışsa ilke olarak o’nun Almanya’da hukuka bağlı olarak yaşayan toplumun, kendi davranış saikini alçaltıcı olarak değerlendirileceğini bilmesi beklenir.

Bir yabancı failin aşağı ve kabul edilmez derecedeki saiklerin varlığını bilip bilmediğini saptama konusunda Alman mahkemeleri bugün sert ölçüler koymaktadırlar. Şu olay bu konuda örnek olarak verilebilir:¹⁸ Olayın kurbanı A, bir Türk ailesinin Almanya’da do-

Festschrift für Albin Eser zum 60. Geburtstag, Ed. Jörg Arnold ve diğerleri, München 2005, 419-42.9 (425).

¹⁵ Örneğin bkz., BGH NJW1980, 537, ayrıca *Nehm*, BSutache 42.0 ve oradaki atıflar. Almanya’daki namus cinayetlerinin yargıya yansımaları için bk. Bahar Erd/tToleranz für Ehrenmörder? Soziokulturelle Motive im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Ehrbegriffs, Berlin 1008,s 177 vd ve Ör/an Valerius, Der sogenannte Ehrenmord: Abweichende kulturelle Vorstellungen als niedrige Beweggründe, JZ 63(1008), 911-919.

¹⁶ BGH StV 1996, 208-209; BGH NSTZ 1001, 369-370.

¹⁷ BGH İkinci Ceza Dairesi’nin 10.8.1004 tarihli kararı, AZ 1 StR 181/04, www.juris.de.

¹⁸ BGH İkinci Ceza Dairesi’nin 18.1.1004 tarihli kararı. AZ 2 StR. 452./03/ (www.juris.deu7.1.1008”den itibaren internet adresinden sağlanabilir)

ğup büyüyen kızı idi. Bu kız, küçük bir Anadolu köyünde yetişen ve Almanya'ya yeni gelen kuzeni B ile evlendirildi. Birkaç ay sonra esinden sürekli itaat isteyen B'nin A'yı hep kontrol etmesi ve kötü davranışları nedeniyle evlilik dayanılmaz bir durum aldı. A, boşanmak istedi ve bu nedenle B'nin süresi dolan oturma izninin uzatılması isteğinde yardımcı olmayı reddetti. B, bu davranışı onur kırıcı buldu ve yeni bir kavga sırasında B, karısı A'yı bıçaklayarak (öldürdü -çn-) B, aşağı ve kabul edilmez saiklerle cinayet işlediği gerekçesi ile mahkum edildi. Mahkeme kararında şu gerekçeye dayandı: B, karısının davranışı ile onurunun zedelendiğini hissetmişti, bu yüzden onu öldürdü. Ancak B'nin (aile üyeleri -çn-) Almanya'da karısını itaate zorlayamayacağını olaydan önce ona ihtar ettiğini, B ayrıca suçunu örtmeye giriştiğini Mahkeme saptamıştı. Bu noktadan hareketle Mahkeme failin eyleminin hiç olmazsa Alman hukukunda ağır bir suç sayılacağını bilmesi -hem de çok iyi bilmesi- gerektiğini kabul etmişti. Failin bu kaniya katılmamasının da hiçbir değeri yoktu.

Bir başka olay da şudur: Bir Pakistanlı yardım yükümlülüğünden kaçınmak (Alm. CK m. 323c)¹⁹ suçundan dolayı 1. Derece mahkeme tarafından mahkum edildi.²⁰ Bu kişi mülteci olarak çok ailenin yaşadığı bir evde oturuyordu. Yanındaki (odada-çn-) sürekli içip kavga eden bir çift vardı. Bir akşam (Pakistanlı'nın -çn-) kapısı çalındı. Pakistanlı kapıyı aralayınca yandaki odada oturan çiftin oldukça açık giyinik ve içkili eşini gördü. Kadın Pakistanlıdan bir cankurtaran çağırmasını rica etti. Kadının bacağına kan gören Pakistanlı korktu ve zaman zaman kaba güç kullanan komşusunun bir kavgasına karışmaktan ürktü. Hemen kapıyı kapattı ve daha fazla ilgilenmedi. Komşu kadın yarım saat sonra eşi (hayat arkadaşı -çn-) sırtından bıçakladığı için öldü. Hekim bilirkişinin raporuna göre kadın, Pakistanlı eğer cankurtaran arabası çağırırsa idi kurtulabilirdi. Ama Federal Yüksek Mahkeme'nin görüşüne göre ise burada Pakistanlı'dan bir yardım beklenemezdi. Zira Pakistanlı, kadının kanayan bacağına görmüş ve ayrıca onun birlikte yaşadığı adam tarafından daha önce de şiddete maruz

¹⁹ Alm. CK m 323 c: "Her kim kaza veya afet durumunda çıkan tehlike veya zorunluluk nedeniyle birinin isteği üzerine veya o kişinin haline göre, kendisini bir tehlikeye sokmaması veya daha önemli görevleri yerine getirmeye engel bir durum bulunmaması halinde yardım etmezse bir yıla kadar hapse veya para cezasına mahkum edilir"

²⁰ BGH NJW 1990,1111 vd.

kaldığını düşünmüş olmalıdır. Böylece Yüksek mahkeme Pakistanlı'nın odasını terk ederek kendisini komşusu tarafından saldırıya uğramak tehlikesine maruz bırakmak zorunda olmadığına hükmetmiştir. Diğer yandan da suç sorumluluğunun bir insanın kökeninin ve kişiliğinin de önemli boyutta belirlediği genel ahlak ölçütleri ile değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürerek, Pakistanlı'nın hafifmeşrep bir şekilde giyinmiş sarhoş kadından kaçınmasının İslami ahlak doğrultusunda bir davranış olabileceğini belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme bu kararı verirken yardımdan kaçınmanın Pakistan'da suç olmadığını, çünkü Mahkeme kararın gerekçesinde de belirtildiği gibi İslam'da zorunluluk içindeki insanlara yardım edilmesini öngören Hristiyanlık kuralının bulunmadığını ayrıca zikretmiştir.²¹ Federal Yüksek Mahkeme gene, doğru olarak Alman Ceza Kanunu'nun 323c maddesinin ancak 1935 yılında konulduğunun ve okuryazar olmayıp pek az Almanca bilgisiyle bir hayli izole edilmiş bir yaşam süren sanık açısından bu maddeden haberdar bulunmasını sağlayacak bir durumda bulunmasının pek de olası görülmediğini açıklamıştı. Buna göre Federal Yüksek Mahkeme hukuki hatanın klasik tanımına uygun (Alm. CK m. 17)²² bir karar vermiştir; bu enderlik değeri olan bir içtihatır.²³

Alman Ceza Hukuku göre Almanya'da suç işleyen bütün yabancılar için geçerli de olsa böyle bir faile ceza takdir edilirken suçluluk çerçevesini saptamak yolunda onun kendi değerlerini de dikkate almak gerektir. Zira Federal Yüksek Mahkemeye göre böyle birinin değer yargıları onun bir Alman normuna uymasını zorlaştıracaktır.²⁴ Bunun için her olay ayrı olarak değerlendirilmelidir. İlkönce şu saptanmalıdır: yabancı bir davranış örneği kişinin ülkesi mevzuatı ile uyum sağlasa bile sadece cezayı hafifletici bir sebep olarak görmek gerektir.²⁵ Ama kişinin ülkesindeki bir geleneksel davranışına uyma söz konusu

²¹ Bu görüşün doğru olup olmadığı burada tartışılmayacaktır.

²² Alm CK m. 17: "Fail eylemi sırasında yaptığı işin bir haksızlık olduğunu anlayabilecek durumda değilse ve böylece oluşan hukuksal hatadan kaçınması da mümkün olmuyorsa, suçsuz sayılır. Bu hatadan kaçma bilmesinin olası bulunursa ceza 49/1 Madde hükmüne göre indirilir".

²³ Bu konuda bkz., Klaus Laubenthal/Helmut Ba/er, *Durch die Auslaendereigenschaft bedintte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung*, GA 2000,205-223 (212).

²⁴ *Nehm*, Bluttrache, 420 ve oradaki kaynaklar.

²⁵ BGH StV 1996, 25-26.

olsa bile bu, o kişinin devletindeki hukuk ile çatışlıyorsa, o zaman ceza hafifletilmesi de söz konusu olamaz.

Almanya’da evlilikte zorla cinsel ilişki kurmak suçtur (Alm. CK, m. 17).²⁶ Buna karşılık Müslüman Hukukunda evlilik içi (cinsel) ilişki, nikah sözleşmesinin temelidir. Bir kadın kocasını hukuken geçerli bir sebep olmaksızın reddederse bu sözleşmeye aykırı davranmıştır.²⁷ Bu durumda Müslüman bir erkeğin karısının (cinsel) ilişkiye zorlayabileceği sonucuna yaklaşılr. Bu, Alman hukukuna göre nasıl değerlendirilir? Federal Yüksek Mahkeme’ye geçenlerde böyle bir olay geldi.²⁸ Suçun yasal unsurunda bir hata yok: Mağdur olayda “bir başka kişi” olarak tavsif edilmiştir. Bu tavsif olası bir hukuksal hata olarak değerlendirilmemiştir, zira söz konusu olan bir Türk çifttir ve otuz yıl kadar Almanya’da yaşamıştır. Buna rağmen Federal Mahkeme evli çiftin durumunu ceza takdirinde dikkate almıştır. Mahkeme cezayı, fail İslam kültürü çevresinden geldiği için hafifletmişti,²⁹ zira o, geleneksel (İslam kültürüne göre -çn-) olarak kadının erkeğin altında olduğunu ve gene kadının bu nedenle kocaya itaat etmesi anlayışına sahiptir ve bu nedenle suçu işlerken bunu kendisi için pek o kadar önemli bir engel kabul etmemiştir.³⁰

Son olarak sadece şeriatın değil, Alman hukukunun da uluslararası alana kayma özelliği olduğu belirtilmelidir. Savcıları her zaman meşgul eden bir durum şudur: Suriye, Mısır veya başka bir Müslüman bir ülkeden gelen bir Alman vatandaşı yıllardan beri bir Alman kadınla evlidir. Bu kişi günün birinde kökeni olan ülkeye gider ve orada ikinci bir kadınla evlenir. Alman kadın eş kocası için çok evlilikten dolayı suç duyurusunda bulunur (Alm. CK m. 172). Alman savcı ceza soruşturması başlatır, çünkü Alman hukuku, yabancı bir ülkede bulunsan bile her Alman vatandaşına uygulanır (m. 7/1). Ama Alman hukukunda aynı eylemin, yapıldığı ülkede de suç sayılması istenir. Hemen hemen bütün İslam ülkelerinde uygulanan Müslüman aile hukukuna göre, bir erkek dört kadına kadar evlenme içine girebilir. Olayda eylem yerinin yasasına göre cezalandırmayı gerektiren bir durum yoktur. Bu

²⁶ 2005 yılından beri Türkiye’de de olduğu gibi. TCK m. 102.

²⁷ İslam hukukuna bu aykırılık durumunda nafaka talebi hakkı ortadan kalkar.

²⁸ BGH StV 2002,21 -22.

²⁹ Türk hukuk sistemi İslami olmasa da durum böyledir.

³⁰ Ayrıca bk BGH StV 2002,20-21, BGH NStZ-RR, 131-138; Eylemin yapılmasında hafif bir engel durumu.

nedenle Alman savcı soruşturmayı durdurur. Alman hukuk uygulamasında önceleri önemli anlamı olan bir durumu da en son olarak beli itmelidir. Kadının Alman, kocanın Müslüman olduğu bir evli çift boşanırlar. Çocuklarının velayeti anneye veriliyor. Baba, annenin de iznini alarak çocuğu ile köken ülkesine tatile gidiyor ama söz verdiği halde çocuğu geri getirmiyor. Kadın çocuğu kaçırdığı iddiası ile suç duyurusunda bulunuyor. Ama pek çok Müslüman ülkesinde boşanmadan sonra çocuklar üzerindeki velayet hakkı, belli bir yaşa geldiklerinde babaya bırakılır. Bu yas, başlangıçta erkek çocuklarda iki, kız çocuklarda yedi idi. Bu, bazı ülkelerde bugün biraz yukarı çekilmiştir ama pek çok Müslüman ülkesinde çocuğun velayeti ve yerleşim yeri (ikametgah) saptanması babaya aittir; hele Anne Müslüman değilse bu hak daha da kesindir. Ama bu ve benzeri durumlarda yapıldığı yer yasasında suç sayılmayan bazı davranışlar cezalandırılır. Bir çelişkiye düşülmemesi için 1998 yılında Alman yasa koyucu bir çocuğun yurt dışında alıkonulması durumunu Ceza Yasası'nın 5. maddesindeki istisnalar içine sokmuştur. Buna göre böyle bir eylem, yapıldığı yer dikkate alınmaksızın Almanya'da cezalandırılır.

Sonuç olarak şu belirtilebilir: Uluslararası özel hukukta pek çok alanda uygulama olanağı bulan şeriatın Alman ceza hukukunda dikkate alınması sadece çok sınırlı durumlarda söz konusudur.