

BAHSİ EDİLEN NAMUS CİNAYETİ: NİTELİKLİ ADAM ÖLDÜRMEDE ALÇAK-DÜŞÜK SEBEP OLARAK FARKLI KÜLTÜREL DEĞERLER

Dr. Brian VALERIUS¹

Çeviren: Ufuk TOPRAK

Bilinçli adam öldürme suçlarında farklı kültürel değerlerin rol oynaması durumunda sorulan soru, bunun § 211 StGB² kapsamında nasıl bir etkisinin olduğu. Bu makale şu ana kadarki Yargıtay içtihatlarını inceleyerek, dogmatik bir çözüm önerisi sunmaktadır.

I. OLAY VE İSTATİSTİK

7.2.2005 tarihinin akşam saatlerinde 18 yaşındaki bir genç, otobüs durağında beklemekte olan 23 yaşındaki bir bayana yaklaşıyor. Silahını çeken genç, yakın bir mesafeden kadının kafasına 3 sefer silahla ateş ediyor ve de bunun sonucunda kadın olay yerinde hayatını kaybediyor. Maktül failin ablası olup, Türk-Kürt asıllılar. Failin cinayeti işlemesine sebep, failin kız kardeşinin batılı yaşam tarzını tercih etmesi ve de bu yaşam tarzının sanık tarafından ailenin şerefini inciltici bir davranış olarak görülmesi. Maktüle zamanında, baş örtüsü takmadığı ve zorla evlendirildiği İstanbullu kuzeninden olan çocuklarını örf ve adetlere uygun olarak yetiştirmediği yönlü uyarılar yapılmış.

Bahsi edilen namus cinayeti, Hatun Sürücü olayında olduğu gibi, Almanya'da nadir görülen bir olay olmaktan çıkmış durumdadır. 2006'nın Mayıs ayında Alman Kriminal Dairesinin yayınladığı bir araştırmaya göre, 1996 ile 2005 yılları arasında, bu amaçla işlenen 55 fiil neticesinde 70 kişi namus cinayeti mağduru olarak kayda geçmiş, vede bu kişilerden 48'i hayatını kaybetmiş durumdadır³.

¹ Dr. Brian Valerius halen Würzburg Üniversitesinde bilimsel araştırmacı olarak görev yapmaktadır. Anılan makale Juristen-Zeitung dergisinde 2008 tarihinde yayınlanmıştır (çevirmenin notu).

² Strafgesetzbuch (Ceza Kanunu).

³ Kriminal Daire, Konuya dair yapılan araştırmaların basın bildirgesi, Ehrenmord in Deutschland, S. 9.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 2000 yılı verilerine göre, dünya çapında her sene 5000 bayan namus cinayetine kurban gitmektedir⁴. Karanlıkta kalmış (aydınlatılmamış) olayların sayısında hesaba katıldığında, bu sayının oranının daha bir artacağı kuşkusuzdur. Çünkü namus cinayetleri, bu sorundan muzdarip ülkelerde sık sık, olayın tarafı aileler tarafından kaza olarak kamufle edilmekte, saklanmakta veya soruşturma görevlileri tarafından ne araştırılmakta nede mahkeme önüne getirilmektedir.

II. NAMUS CİNAYETİ

1. Kavram

Ne anlama gelmektedir, tam anlamıyla „namus cinayeti“? Bu kavram ve bu kavramın kapsamı içinde düşünülen adam öldürme suçlarının alanı hakkındaki düşünceler birbirlerinden farklılık göstermektedir. Fikir birliğinin olduğu husus, bu kavramın, şunda hakim olan kültürel görüşün perspektifinde, zararsız gösterilmeye çalışıldığıdır. Çünkü burdaki değer ölçütlerine göre, böylesi bir suç ne şerefli bir davranış teşkil etmektedir nede bu suçun işlenişi failin yada ailesinin şerefini temizlemeye hizmet etmektedir. Fail elbette farklı görüşte olabilir ve faili işlemiş olduğu suça bu görüşü motive etmiş olabilir.

Buna uygun şekilde Alman Kriminal Dairesi kendi raporunda birçok adam öldürme suçunu, „kültürel sorumluluk kapsamında aile kurumu içerisinde, ailenin şerefini temizlemek için işlenmiş olanları, namus cinayeti olarak nitelendirmiştir⁵. Bu tanıma göre namus cinayeti olarak değerlendirilemeyecek suçlar içerisinde, failin yalnızca kıskançlığı nedeniyle işlemiş olduğu cinayetler, kendini istemeyen kişinin sevgilisini yada birebir kendini istemeyen kişinin kendisini, düşmanı bir hissiyatla öldüren kişinin cinayeti, girmemektedir. Aynı şekilde kan davası saikiyle işlenmiş olan cinayetlerde namus cinayeti kapsamında değerlendirilemez⁶, örneğin ailesinin bir üyesini öldüren kişiyi cezalandırmak için öldüren kişinin eylemi.

Alman Kriminal Dairesinin yapmış olduğu namus cinayeti tanımı tamamıyla tartışmaya kapalı olmamakla birlikte (özellikle failin dahil olduğu

4 Terre des Femmes, „Studie: Ehrenmord“, S.3, internet sayfası www.frauenrechte.de/tdf/pdf/EU-Studie_Ehrenmord.pdf (ziyaret edildiği tarih 1.6.2008).

5 Bundeskriminalamt (Alman Kriminal Dairesi), (fn. 1), S. 3.

6 Bundeskriminalamt (Fn. 1), S. 9.

aile kurumundaki konumunun namus cinayeti kavramının tanımında ağırlık noktasını oluşturması sınırı belirleme sorunlarına yol açsada⁷), Alman Kriminal Dairesinin yapmış olduğu tanımla namus cinayetinin ayırt edici özellikleri isabetli şekilde belirtilmiştir. Namus cinayetlerinin yaygın olduğu ülkelerde⁸ düzenli bir şekilde, aile şerefini yeniden kurmak için kendi aile bireylerinden birini öldürmekle başka bir ailenin üyesini, kendi ailesinin üyelerinden birini daha önceden öldürdüğü için cezalandırmak amacıyla öldürme arasında farklılığa dikkat çekilmektedir (meşhur kan davası). Namus cinayetlerine genel olarak bayanların kurban gitmesine karşın, kan davalarında kural olarak kurban, düşman ailenin önde gelen erkek üyeleri arasından seçilmektedir⁹.

2. Kültürel Köken

Almanya`da namus cinayetlerinin failleri vede kurbanları ağırlıklı olarak Türk vatandaşları¹⁰. Bunun başlıca sebeplerinden ilki, Türk vatandaşlarının namus cinayetlerinin yaygın olduğu ülkeler arasında, Almanya`da en fazla yabancı nüfusa sahip toplumu oluşturması. Bunun dışında, Türkiye vatandaşlarının genelde başka yabancıların yoğunlukta olması yüzünden integrasyon ihtiyacının daha az olduğu şehirlerde oturmaları ve bunların kendi örf ve geleneklerini bu sayede yaşatmalarının daha bir kolay olmasında etkili olmaktadır. Ama bu, kültür ve dini aynı kefeye koyan yaklaşıma ve bu anlayışın getirisi olan, namus cinayetleriyle bu cinayetlerin taraflarının dinsel inanışları arasında bağlantı olduğu kanısının perçinlenmesine vede namus cinayetlerinin sadece müslümanlar tarafından işlendiği savına sürüklememelidir. Namus cinayetleri fenomeni, sanıldığı gibi aksine dağu Akdeniz bölgesinde, İslamdan önce de yaygındı. Bunun dışında bu tür eylemler Hristiyanlar vede Yahudiler arasında da iş-

⁷ Örneğin Alman Kriminal Dairesi kendi yapmış olduğu tanıma aykırı olarak, başka ailelerin üyelerine karşı işlenmiş olaylarında namus cinayeti kapsamında değerlendirmiştir. Bundeskriminalamt (Fn. 1) S. 6 ve 15.

⁸ Bunlar, diğerleri dışında, Pakistan, Cezayir, İsrail (ve Filistin), Suriye, Lübya, Afganistan, Irak ve Türkiye, bunların dışında ayrıca Brezilya, Ekvator, Hindistan ve İtalya, Terre des Femmes (Fn. 2), S. 7.

⁹ Kan davasına ilişkin ayrıntılı bilgi için Baumeister, Ehrenmorde, Blutrache und ähnliche Delinquenz in der Praxis bundesdeutscher Strafjustiz, 2007, S.17ff.

¹⁰ 1996 ve 2005 yılları arasında namus cinayetine kurban olmuş kayıtlı 70 kişi arasından 36 sı, hatta 70 şüpheli arasından 50'si Türkiye vatandaşı, Bundeskriminalamt (Fn. 1), S. 12 und 14. Türkiye toplumunda ve İslamda namus kavramı hakkında bkz. Erbil (Fn. 7), S. 151ff.

lenmektedir, özellikle Lübnan`da, Suriye`de ve doğu Avrupa bölgesinde¹¹. Namus cinayetlerinde belirleyici olan en önemli şart ise, ailenin konumuna veda adına büyük değer biçen, aynı şekilde erkeğin şerefini kadının yaşamından daha değerli gören -özellikle köy yerlerinde kendini gösteren- feodal, ata erkil toplumun mevcutiyevidir. Bu yüzden namus cinayetlerine kurban giden kadınlar olmaktadır. Böylesi bir suçun işlenmesine, ailenin kadın ferdinin kendini alışıl gelmiş, feodal dünya bakışına yakın görmeyip, okulda yada mesleki eğitim gördüğü yerde tanışmış olduğu batılı yaşam tarzını benimsemesi, neden olabilir¹². Namus cinayetinin işlenmesine sebep olarak gösterilebilecek hususlara, evlenmeden önce kaybedilen bekarlık, aile tarafından onaylanmamış bir ilişki yaşamak, aile tarafından seçilmiş olan damat adayının rededilmesi ya da kadının kocasından ayrılması ve ortak çocuklarını yanına alıp başka yerde yaşamaya başlaması, gösterilebilir¹³.

Namus cinayetinin görüldüğü yerlerde, kadının böylesi davranışlarda bulunması aile tarafından ilk etapta, ailenin kadın üyesinin şerefini düşürücü nitelikte görülmektedir. Kadının aykırı davranışı aynı şekilde kocanın şerefini veya kadının üyesi olduğu ailenin erkeklerinin şerefini veda son olarakta ailenin genel şerefini yaralayıcı bir edim olarak değerlendirilmektedir. Böylesi durumlarda ailenin şerefini yeniden geri kazanma görevi ailenin erkek üyelerine düşmektedir. Ailenin şerefini temizlemek, kural olarak, ailenin şerefinin kaybına yol açan kişiye şiddet uygulamakla- gerekirse öldürerek- gerçekleşmektedir. Başlangıçta belirtmiş olduğumuz Sürücü olayıda bu davranış şekline uymaktadır. Bazı şehirlerde, önceden belirtilen sebeplerden dolayı adam öldürme suçlarının yaygın olması ve toplumun bazı kısımları tarafından ahlaki, gerekli davranış olarak görülmesi, böylesi eylemlerin toplumun geneli tarafından veya hukuki olarak onaylandığı anlamına gelmez. Bunu Türkiyeyi örnek vererek açıklamak gerekirse: Türkiye'nin bazı bölgelerinde namus ve kan davası yüzünden işlenen cinayetler normal görülmesine rağmen, Türk Ceza Kanunu 1953 yılından beri kan davası yüzünden adam öldürmeyi kasıtlı nitelikli adam öldürme olarak değerlendirmekte veda bunu ömür boyu hapis cezasıyla cezalandırmaktadır, hatta 2002 yılına kadar, ölüm cezası kaldırılmadan önce, böylesi cinayetler ölüm cezasıyla bile cezalan-

¹¹ Bundeskriminalamt (Fn. 1), S. 4; Erbil (Fn. 7), S. 167f.

¹² Bundeskriminalamt (Fn. 1), S.4; Terre des Femmes (Fn. 2), S.7.

¹³ Bundeskriminalamt (Fn. 1), S.4f.; Terre des Femmes (Fn. 2), S.7.

dırılabilmekteydi¹⁴. Yeni Türk Ceza Kanununun 01. 06. 2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden beri, kanunun bir önceki halinde hatta haksız tahrik olarak görülüp cinayet suçunda ceza indirimi sebebi teşkil eden, şerefini korumak amacıyla hareket etmiş olmak, yasanın bugünkü haliyle cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir¹⁵.

III) ALMANYADA ‘ Kİ CEZAI DURUM

1) Nitelikli Adam Öldürme Sebebi olarak „Alçak- Düşük Sebepler“

Türk Ceza Kanununa göre adam öldürmenin belirtilen sebepler yüzünden gerçekleştirilmesi halinde, bu sebepler adam öldürme suçunda cezayı ağırlaştırıcı sebep oluşturmasına karşın, Almanyada „aile şerefini kurtarmak için“ adam öldürme kendi başına nitelikli adam öldürme suçlarından biri olan, düşük- alçak sebepler yüzünden adam öldürme suçu kapsamı içinde değerlendiriliyor. Nitelikli adam öldürmenin (cinayetin)¹⁶ sabit olup olmadığı, başka bir deyişle adı geçen namus cinayetlerinin nitelikli adam öldürme olarak görülüp görülemeyeceği, özellikle failin kültürel değerlerinin hangi suretle failin ediminin cezayı değerlendirmesinde etkisinin olup olmayacağına bağlıdır.

a) Ailenin Şerefının Yeniden Sağlanması

Namus cinayetlerinin ahlaki değerlendirmesinin önemi, cinayet sebebi olarak „düşük-alçak sebeple adam öldürme“ suçunun tanımında çoktan açık bir şekilde açıklanmış vaziyettedir. Yargıtayın¹⁷ oturmuş İçtihatlarına göre, bu kapsamda değerlendirilebilecek motivasyonlar arasında, genel ahlaki değerler bakımından¹⁸ en düşük seviyede görülen, kontrolsüz

¹⁴ Kudlich/Tepe GA 2008, 92 (97ff.).

¹⁵ Göztepe EuGRZ 2008, 16 (18ff.); Sözüer ZStW 119 (2007), 717 (744); Türkiye deki hukuki konuma dair ayrıntılı olarak Erbil (Fn. 7), S.211ff.

¹⁶ Alman Ceza Kanununun 212 maddesinde düzenlenmiş olan suçlar basit adam öldürme suçu olarak (Totschlag) nitelendirilirken, 211. maddesinde düzenlenmiş olan adam öldürme suçu Mord (Cinayet) olarak tanımlanıyor (çevirmenin notu).

¹⁷ Bundesgerichtshof yani Alman Yargıtayı (çevirmenin notu).

¹⁸ Sadece görünürde genel geçerliliği olan ahlaki değerlerin tespitinin zorluğuna dair Nehm, in: Festschrift Eser, 2005, S.419 (419); Neumann JR 2002, 471 (472); Otto JZ 2002, 567 (567); Rübing JZ 1979, 617 (620). Değiştirme çabaları için bkz. Alternatif Yaşam Taslağı, gerekçelendirmenin basıldığı yer GA 2008, 193ff. Ömür boyu hapis cezasını sadece hukuka aykırılığı artırıcı, genel toplumsal tehlike oluşturan öldürme eylemleri için öngören vede bunun neticesinde nitelikli adam öldürme fiili içinde düşünülen, alçak-düşük nedenle adam öldürme kapsamında düşünmekten vazgeçen yaklaşım

kendini üstün görme güdümlü ve de bu yüzden kabulü zor aşağı kabul edilen motivasyonlar sayılabilir¹⁹. Failin motivasyonunun bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, faili suçu işlemeye iten eylem dürtülerinin bütün iç ve dış faktörlerinin ortaya konularak genel değerlendirilmesi vasıtasıyla mümkündür²⁰. Bu bağlamda dikkate alınacak hususlar şöyle sıralanabilir: failin tüm unsurları, failin yaşam ilişkileri, aynı şekilde failin karakteri²¹. Peki şerefi koruma amaçlı adam öldürmeyi bu kıstaslara göre nasıl değerlendireceğiz. Bir başkasının ölümüne sebebiyet vererek kendinin veya ailesinin şerefini korumaya çalışmak, kendi içinde düşük-aşağı bir davranış olarak görülmelidir. Nihayetinde fail toplumsal saygınlığını korumayı veya toplum tarafından benimsenme ihtiyacını bir başkasının (yani maktülün) hayatı üstünde tutmaktadır²². Bir başkasının yaşamına saygı duymamakta kendini gösteren davranış şeklini, kabulü imkansız, aşağı (verachtenswert) olarak görmek, kendini özellikle Alman Ceza Kanununun 211. maddesinin 2. fıkrasının 1. grubunda düzenlenmiş olan „düşük sebeplerin“ karşılaştırmasında da göstermektedir: Bu maddede faile, kendinin adam öldürme vasıtasıyla edindiği hazzı (Mordlust), adam öldürme fiiliyle edindiği seksüel tatmini amaçlamasını (zur Befriedigung des Geschlechtstriebes) yada zengin olma hırsıyla adam öldürmesini (Habgier), kurbanının yaşamından daha önemli olarak değerlendirmesi suçlaması yapılmaktadır²³.

178

Bunun dışında kural olarak olarak şerefi zedeleyici sebeplerden görülen vede bu anlamıyla failin işlenmesine sebep teşkil eden hususları, zorla

için; ayrıca farklı cinayet unsurlarının 211 mad. gereğince farklı uygulamalara yol açmasını Anayasaya aykırı olarak gören Mitsch JZ 2008, 336 (340)

¹⁹ BGHSt 3, 132 (133); 42, 226 (228); BGH NJW 1980, 537 (537); JR 2002, 471 (471); NStZ- RR 2004, 332 (333); NStZ 2006, 284 (285). Literatür içinden Eschelbach, in: BeckOK-StGB, 6. Ed. 2008, §211 Rn. 29; Fischer, StGB, 55. Aufl. 2008, § 211 Rn. 14; Jaehnke, in: Leipziger Kommentar zum StGB (LK), 11. Aufl. 2001, § 211 Rn. 24; Schneider, in: Münch- KommStGB, Bd. 3, 2003, 211 mad. Rn. 69; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 31. Aufl. 2007, Rn. 95; eleştirel Neumann, in: Nomos-Kommentar zum StGB (NK), 2. Aufl. 2005, § 211 Rn. 26f. m.w. N.

²⁰ BGH NStZ 2002, 369 (370); NStZ 2005, 35 (36); NJW 2006, 1008 (1011).

²¹ BGHSt 35, 116 (127); BGH NJW 1980, 537 (537); NJW 1981, 1382 (1382); JR 2002, 470 (470); NStZ-RR 2004, 332 (333); NStZ 2006, 284 (285).

²² Vgl. auch BGH, Urteil v. 5.9.2007- Az. 2 StR 306 /07, Rn. 25, maktülün öldürülmesinde failin kendini yeğeni ve ailesinin diğer üyeleri karşısında küçük düşürmek istemeyişinin etkili olduğu olayda olduğu gibi.

²³ Schützt JA 2007, 23 (25); vgl. auch Eschelberg, in: BeckOK- StGB (Fn. 17), § 211 Rn.32.

evlendirmeye karşı gelmek, aile tarafından onaylanmayan bir ilişiyeye başlamak yada batılı yaşam tarzına uygun davranış şeklini benimsemek, şeklinde belirtebiliriz. Sonuç olarak kurbanın yaşamına, kurbanın kendi özel yaşamındaki hususları tek başına düzenlediği, başka bir ifadeyle ailesinin değerlerine uygun şekilde düzenlemediği için, son verilmekte yani kurban öldürülmektedir. Kişinin kendini, -kişisel önemli bir hadise hakkında karar verdiğinden- başkasının yaşamı hakkında karar vermeye yetkili hakim olarak görmesi, sebep ve fiil arasında uygunsuz bir ilişkinin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Sayılan tüm unsurların genel değerlendirilmesi ışığında varılması gereken sonuç, namus cinayetlerinin kural olarak, özellikle aşağı-düşük sebeplerden biri olarak görülmesi vede bu cinayetlerin bu kapsamda aşağı-düşük sebeplere dayanılarak işlendiğidir. Sürücü davasında da fail, aşağı- düşük sebepler yüzünden cinayet işlediğinden, nitelikli adam öldürme suçu kapsamında cezalandırılmıştır²⁴.

Burda yapılan değerlendirmede dikkat edilmesi gereken husus, bu şekil bir değerlendirmenin Almanya'da etkili olan kültürel değerlere göre yapıldığı, yani kişinin bireysel haklarının özellikle vurgulandığı, kişinin kendi hakkında karar verebilme özgürlüğüne sahip olduğu anlayışının göz önünde bulundurularak yapıldığıdır. Başka kültürel değerlere sahip olunan çevrelerde farklı anlayışların olması, kolektifliğin kişilerin kendilerinden daha önemli olması, aile kurumunun değer yargılarında ana unsuru oluşturması mümkündür. Bu bağlamda adı vurgulanan feodal ata erkil toplumlarda aileye çok önemli bir fonksiyon biçilmekte vede ailenin şerefi orantısız şekilde en önemli değerlerin başında görülmektedir. Bu kapsamda, ailenin konumunun, ailenin şerefini zedeleyen ailenin bayan üyesinin yaşamından üstün olarak görülmesi, kuvvetle muhtemeldir. Bunun neticesi olarak, alenin şerefini zedeleyen aile üyesinin, aile şerefini yeniden sağlamak için öldürülmesi, adı geçen toplumlarda anlaşılır bulunabilir, hatta aşırı durumlarda zorunlu bile görülebilir. Bu perspektiften bakıldığında faili harekete geçiren, eyleme yönlendiren sebepler en aşağı sırada görülmeyebilmekte vede bunun sonucu olarak 211. madde kapsamında değerlendirilmeyebilmektedir.

²⁴ Berlin Asliye Ceza Mahkemesinin 13.4.2006 tarihli kararı Alman Yargıtay'ı tarafından bozulmasına rağmen, Yargıtay kararın sebeplendirilmesini onaylamış, yerel mahkemenin kararını ama hatalı delil değerlendirmesinden bahisle bozmuştur.

b) Kültürel Çevre Sorunu

Sorulması gereken, hangi ölçütler kapsamında failin eylemine yön veren hareket sebeplerinin değerlendirileceğidir, burda hakim olan değerler mi yoksa failin üyesi olduğu toplumun yada içinde yaşadığı çevrenin kültürel bakış açısı mı? Yargıtay İçtihatlarında vade Literatürde bu sorunun çözümüne dair yaklaşımlar kendi içlerinde farklılık göstermektedir. Fikir birliğinin olmayışını etkili bir şekilde, Yargıtayın en az üç aşamalı gelişim sürecini ihtiva eden İctihadında da görmek mümkündür²⁵.

Yargıtay konuya yönelik ilk kararlarını daha önceden, on yıllar öncesinden vermiş durumda. O zamanlar verilmiş olunan kararlarda konu, Yargıtayın daha sonra meşgul olacağı vade Kamuoyunun ve Bilimin dikkatini sonradan çekecek olan, „şerefın korunması amacıyla“ işlenmiş adam öldürme suçları olmamıştır. O dönemde, adam öldürme suçlarında çıkış noktasını, failin aşağılandığı vade hakarete uğradığı için kültürel değerlerinin etkisinde kalarak daha sonrasında fiili işmesi oluşturmaktaydı²⁶. Burda failin kendi ülkesindeki bakış açısının failin belirleyici yönünü oluşturmasından dolayı, önceden ortaya konulmuş düşünsel çıkarımlar namus cinayetlerinede uygulanabilir. Yargıtayın konuya yönelik ilk kararlarında dikkati çeken, Yargıtayın, şuna kadar mevcut bakış açısının ötesinde bulunan, kültürel değerlerin hangi açıdan işlenmiş olunan aşağı-düşük sebepli cinayet motivasyonuna etki edeceği konusunda kararsız olduğuydu. Bir bakımdan failin, doğmuş vade içinde büyümüş olduğu ortamın değer ve anlayışlarından etkilenmiş olmasını, failin işlemiş olduğu suçun ahlaki değerlendirmesinde dikkate alınmanın gerekliliği kendini gösterirken, çünkü faili suç işlemeye yönlendiren sebeplerin düşüklüğünü ancak genel bir değerlendirmede ölçebiliriz vade bu genel değerlendirme içinde göz önünde bulundurulması gereken hususlar içinde failin karakteride önemli kıstaslardan biridir²⁷, başka bir açıdan Yargıtay suçun subjektif yönünü göz önünde bulundurmaktadır: Yargıtaya göre failin bizzat kendisinin işlemiş olduğu fiildeki motivasyonunu alçak- düşük bulması gerekli değildir. Ama her kim, kendi davranışının düşük ve alçak sebeplerle işlenmiş olduğu gerçeğini, kendi karakter

²⁵ Daha önceden Saliger StV 2003, 22 (22f.); aynı şekilde Erbil (Fn. 7), S. 178ff.

²⁶ Karşılaştırma için bkz. BGH bei Holt MDR 1977, 807 (810). Bahsi geçen olaya, olay zamanında 22 yaşında olan Sicilyalı bir gencin 16 yaşındaki kız arkadaşıyla yanlarında bulunan üç kişiyi, kız arkadaşının kendisini terk etmesi ve de bu üç kişi tarafından hakarete uğraması yüzünden öldürmesi konu olmuştu. Ayrıca BGH StV 1981, 399 (400).

²⁷ BGH GA 1967, 244; vgl. auch BGH NJW 1954, 565.

yapısı yüzünden hiçbir şekilde kavrayacak konumda değilse, kendi fiilinin düşük ve alçak yönü bakımından kasıtlı hareket etmiyor demektir²⁸. (Yani nitelikli adam öldürmeye karakterini veren, basit alçak sebepli adam öldürme kastının varlığı tartışma konusu yapıyor, basit adam öldürme suçuna kastın varlığı sabit olarak görülüyor). Yani Yargıtay başlangıçta sadece kısmen, uluslararası kültürel değerlerden kaynaklı ortaya çıkan gerilim durumunun, failin cezalandırılabilirliğinin tespitinde nasıl dikkate alınacağı konusunda tavrını belirlemiştir²⁹.

Buna karşın Yargıtay konu hakkındaki kesin tavrını 1979 tarihli kararında ortaya koymuştur³⁰. Karara, bilinen yönüyle, ilk olarak bir olay bahane olmuştur. Bu karar kapsamında, istisnaide olsa, kurbanın bayan değil erkek olduğu vede belirtilmiş olunan, aile şerefine yeniden sağlanması için adam öldürme eylemi konu ediliyor. Olayda, Türk bir öğrenci Türkiye asıllı bir genç kıza hamile bırakıyor, kız ile evlenmeye ama yanaşmıyor. Olaya konu rededilen, evlenilmeye yanaşılmayan kızın babası bu olaydan sonra çevresindeki hemşehrilerinin alayına konu oluyor, bunun üzerine kızın babası olay tarihinde 18 yaşında olan oğluna, kız kardeşini hamile bırakan genci öldürmesi için baskı yapıyor.

Kararın gerekçelerinde, failin bağlı olmuş olduğu, yabancı kültürün etkisiyle edinmiş olduğu özel bakış açısının, değer yargılarının, fiilin vede olayın genel değerlendirmesi kapsamında göz ardı edilemeyeceği ortaya konulmuştur. Bu halde fiilin özel koşulları, örneğin failin içinde yaşamış olduğu çevrenin şerefe dair özel yaklaşımları, dikkate alınmalı, bunun neticesinde failin motivasyonunun düşük- alçak olarak görülemeyeceği sonucunda varılabileceğidir. Failin uzun süreden beri başka bir ülkede (Almanyada) yaşamasına rağmen, yaşamını sonradan devam ettirdiği yabancı toplumun değer ölçülerinin etkisinde kalmaması, bu toplumun değer yargılarını anlama konusunda başarısız olması, buranın hukuk sisteminin fiili değerlendirme ölçütlerini bilmemesinde olduğu gibi, işlenmiş olunan fiile aşağı- düşük sebeplerin yön verdiği (bu anlamda işlenmiş olunan fiili nitelikli suç kılacağı) sonucuna da götürmeyebilir³¹. Bunun neticesinde failin kültürel değer yargılarının cinayetin işlenmesindeki etkisi, fiilin aşağı- düşük sebeplerle işlendiği savına karşı dayanak olabildi.

²⁸ BGH NJW 1967, 1140 (1141); bei Dallinger MDR 1969, 722 (723).

²⁹ BHH bei Holtz MDR 1977, 807 (810).

³⁰ BGH NJW 1980, 537.

³¹ BGH NJW 1980, 537.

Bu İçtihat ama 1994³² tarihinde, kan davasına ilişkin bir olaya dair verilmiş başka bir kararla etkinliğini yitirdi. Bu karar Yargıtayın, failin kültürel değerlerinin nitelikli adam öldürme sebeplerinden olan düşük-
aşağı sebepli adam öldürme kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği İçtihadının tarihindeki üçüncü aşamanın başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Yargıtay bu kararıyla konuya bakış açısını değiştirerek, yeni bakış açısındaki ölçütleri şu şekilde belirterek.... Almanyada hakim olan hukuk toplumunun bakış açılarının belirleyici olduğundan hareketle³³, fail suçu işlemiş olduğu ülkenin mahkemelerinde (yani Almanya'da) yargılanacağından, hukuk toplumunun ahlaki ve de hukuki değerlerini tanımayan, bunlara saygı duymayan belirli bir halk grubunun bakış açılarının esaslı olamayacağını vurgulamıştır³⁴.

Böylesi objektif ölçütlerin vurgulanması Yargıtay İçtihatlarında yeni bir değişimin olduğu anlamına geliyordu ve bu değişim Yargıtay İçtihatlarının ikinci aşamasının başlangıcında da görülmüş olduğu gibi, kendinden önceki kararlar ve gerekçelendirilmeler göz önünde bulundurulduğunda, dönüşüme yol açan bir değişimdi. Sonuç olarak bu yeni İçtihat bundan önce hakim olan düşüncelerle birlikte literatür de takip edilecek düşünce olacaktır³⁵. Keza, failin çevresinin değer yargılarının ön plana alınması, birden fazla değerlendirme ölçüsünün mevcut olmasına yol açabilir³⁶. Bu ama sadece pratik sebepli zorluklara, örneğin mahkemede sunulacak delillerin bulunmasının daha zorlu hale gelmesinde olduğu gibi, aynı zamanda amaçlanan, kanun önünde eşitlik ilkesinin uygulanmasının gerekliliği bakış açısından düşünüldüğünde de sağlıklı olmayan sonuçların ortaya çıkmasında neden olabilir, örneğin farklı kültürel çevreden gelen failer düşünüldüğünde bu kaygı daha bir anlaşılır hale gelmektedir³⁷. Ortak objektif değerlendirme ölçütlerinin bulunması-

32 BGH NJW 1995, 602.

33 Ortak hukuki toplum değer yargılarının varlığı tartışmasına dair bkz. daha önceden Köhler JZ 1980, 238 (240); ayrıca Fabricius StV 1996, 209.

34 BGH NJW 1995, 602; aynı şekilde BGH NSTZ 2002, 369 (370); NJW 2004, 1466 (1467); NSTZ 2005, 35 (36).

35 Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 206, 211 § 211 Rn. 19; Mommsen NSTZ 2003, 237 (238) ve diğerleri.

36 Bunun dışında dikkate alınması gereken başka bir husus, namus cinayetlerinin özellikle yaygın olduğu şehirlerde genel bir değerlendirme ölçüsünün de olmayışdır; Rohe JZ 2007, 801 (805).

37 Jähne, in: LK (Fn. 17), § 211 Rn. 37; Schneider, in: MünchKommStGB (Fn. 17), § 211 Rn. 94; Nehm, in: Festschrift Eser (Fn. 16), S. 419 (426); Otto JURA 2003, 612 (617).

nın gerekliliği kendini Ceza Kanununun 211. maddesinde de düzenlenmiş olan, nitelikli adam öldürme suçunun işlenmesine neden düşük- alçak hareket sebeplerinin karşılaştırılması halinde de göstermektedir. Örneğin her kim adam öldürme suçunu, sınırı olmayan kâr elde etme amacıyla işliyorsa, yani aç gözlü olduğundan dolayı, adam öldürme suçunun nitelikli halini yani cinayet (Mord) suçunu işlemektedir vede bu durum, failin zengin olmak amacıyla suç işlemesinin yanlış bulunmadığı bir toplumdan gelmiş olması halinde de değişmemektedir. Ama failin içinden gelmiş olduğu ortamın, sayılmış olunan gerekçelerden bahisle (yani zengin olmak amacıyla) cinayet işlemeyi yanlış bulması halinde de, sorunun cevabı, başta da belirtildiği gibi değişmemekte yani aynı kalmaktadır (fail aşağı- düşük sebepler yüzünden nitelikli adam öldürme suçunu işlemiştir).

c) Ailesel vede Toplumsal Baskılar

Bu haliyle sonuç olarak diyebilirizki, yerel devletin hukuki toplumunda geçerli olan değerlendirme ölçütlerinin fiili nitelendirmede asıl olduğu vede bu haliyle namus cinayetlerinin her haliyle düşük- alçak sebeple işlenmiş olan cinayetler kapsamında değerlendirilmesinin gerekliliğidir. Fakat dikkat edilmesi gereken bir noktada varki oda, fiilin işlenmesine neden olan (olayımızda ailenin şerefine zedelenmiş olması) gerekçelerin, aynı zamanda failin fiili işlediği esnadaki motivasyonunu oluşturma zorunda olmadığıdır. Bu durum özellikle failin kendi bireysel kararıyla değil, bir başkasının kuvvetli ısrarlarına dayanamayarak suçu işlemesi halinde sözkonusudur. Öyleki namus cinayetlerine genelde, aile meclisi karar vermektedir vede aile meclisinin kararı kurbanın kardeşlerinden biri tarafından yerine getirilmektedir³⁸. Bu tür durumlarda ihtimal dahilinde olan, failin ailenin üyelerinden birini kendi özgür iradesiyle öldürmediği veya en azından sadece ailenin şerefine kurtarmak için hareket etmediği, aksine ailesinin beklentilerini yerine getirme hissini vede ailesi tarafından fiili işlemesine dair yapılmış olan baskıların, fiilin işlenmesinde başlıca faktörleri oluşturduğudur.

Böylesi farklı motivasyon çeşitliliğinin olduğu durumlarda belirleyici olan, faili cinayetin işlenmesine yönlendiren sebeplerden hangisinin failin bilincinde etkin olduğu vede bu şekilde fiilin işlenmesine şeklini verdiği-

³⁸ Terre des Femmes (Fn. 2), S. 25f; vgl. auch Bundeskriminalamt (Fn. 1), S. 13f.

inin belirlenmesidir³⁹. Sadece bunun ahlakilik hükmünde dikkate alınması gerekmektedir vede bu çerçevede adam öldürme olayının gerçekleşmesi değerlendirmesinde fiilin basit adam öldürme mi yoksa nitelikli cinayet mi değerlendirmesi yapılmalıdır. Faile fiili işlemesi için yapılan baskının önemli (belirleyici) olarak dikkate alınabilmesi için, aile şerefının korunması motivasyonunun öyle arka planda kalması gereklidir ki, sadece faile yapılan baskı fiilin işlenmesinde asıl tetikleyici unsur olarak görülebilsin. Bunun içinde failin ailesinin şeref anlayışını tartışmasız kabul etmemiş olması vede hatta bu ahlaki değer yargılarını bizzat kendisinin sorgulamış olması gerekmektedir. Bu anlamda kendi değer yargılarına sıkı sıkıya bağlı olan failin, ailesinin üyelerinden birini öldürmekten sadece sıkıntı duymuş olması, failin fiili işlemesinde aile tarafından uygulanmış olan psikolojik baskının bilincinde asıl etkiyi yarattığı savının kabulü için yeterli değildir.

Fail ilk etapta kendisine yapılan baskı ortamından kurtulmak için hareket etmiş olsa bile bu, fiilin alçak-düşük sebeplerle işlenmemiş olduğu sonucunu doğurmaz. Özellikle her kim ki namus cinayetini, ailesinin beklentilerini boşa çıkarmamak için işlemişse, her halükarda aşağı- düşük sebeplerle cinayet işlemiştir, çünkü fail ailesinin motivasyonunu kabullenmiş vede bu düşünce tarzını kendi düşünce tarzı haline getirmiştir⁴⁰. Daha ziyade failin tek bir seçim hakkına sahip olduğu bir uyumsuzluk ortamının olmuş olması gerekir, yani şöyleki; fail ya kendisine uygulanan baskıya boyun eğecek ve rızası dışında cinayeti işleyecek yada kendisine uygulanan zorlamalara karşı gelecek vede bu karşı gelmenin sonuçlarına katlanacak. Karşı gelmesi durumunda, bunun sonuçlarının çok ağır olacağı, öyleki fiili işlemesine neden olan hareket noktasının öyle düşük- aşağı görülüp görülemeyeceği, somut olayın koşullarına ve gelişimine bağlıdır. Burdaki değerlendirmede, yine önceden belirtilen ilkeler çerçevesinde, yani yaşanılan ülkenin sınırları içinde geçerli olan genel hukuk toplumu değer yargıları esas alınacaktır.

Buna göre Yargıtay esas itibariyle, haklı olarak aşağı- düşük sebeplerin varlığını, failin kendisine ödev olarak verilen fiili gerçekleştirilmemesi ha-

³⁹ BGH NStZ 1997, 81; NStZ 2006, 338 (340) m.w.N.; NStZ -RR 2007, 111; Eschelbach, in: BeckOK-StGB (Fn. 17), §211 Rn.23; Neumann, in: NK (Fn. 17), § 211 Rn.31; Schneider, in: MünchKommStGB (Fn. 17), §211 Rn. 77; başka düşüncede olan Eser, in: Schöнке/Schröder (Fn.34), § 211 Rn. 18'e göre etkili motivasyonlardan birinin alçak ve düşük olarak sınıflandırılması yeterli olmaktadır.

⁴⁰ Vgl. BGH NJW 1994, 395 (395); Kriminalistik 1994, 127.

linde vede bunun neticesinde en kötü halde aile içindeki itibar vede şerefini kaybedeceği durumda da, kabul etmiştir⁴¹. Fail böylesi bir sonucu içinde yetişmiş olduğu toplum değer yargılarına göre çok ağır bulsada, bu aslen önem taşımamaktadır, keza aksi halde içinde bulunduğu kültürel çevrenin değer yargılarının fiilin değerlendirmesinde ölçüt olarak geçerli olması ileri sürülebilir. Somut olayda, yapılması gereken genel değerlendirme kapsamında, keza Yargıtay olayı geri göndermiş vede olay hakkında bağlayıcı kararı kendisi vermemiştir, dikkat edilmesi gereken, itibar vede şerefin toplum içinde kaybedilmesinin hangi somut sonuçlara yol açacağı vede bunun neticesinde failin üstündeki baskının nihayetinde kapsamının ne olacağıdır. Şayet toplum içindeki itibar vede şeref kaybı, failin öyle etkin bir sosyal aşağılanmasına yol açıyorsa vede bunun sonucu fail toplum tarafından sürekli bir şekilde soyutlanacaksa vede toplumda bir daha yeri olmayacaksa, failin kendisine yüklenen cinayeti işleme görevini istemeyerek gerçekleştirmiş olsada fiilin düşük-aşağı olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği iddiası şüphe götürmez bir yaklaşım değildir⁴². Failin kendisine uygulanan baskıya dayanamamasını, her hâlükârda aşağı olarak değerlendiremeyiz, şayet fail fiili gerçekleştirmemesi durumunda, kurbanının başına gelecek benzeri bir sonuçla yüzleşmek zorunda kalacaksa, örneğin fiziksel şiddete maruz kalacak yada hatta öldürülme tehlikesiyle baş başa kalacaksa⁴³.

d) Değerlendirme Ölçütleri ve Değerlendirme İlkesi

Elimizde bulunan açıklamalar kapsamında ortaya çıkan değerlendirme farklılıkları şöyle: Belirleyici olan değerlendirme ölçütleri daima yerel hukuk toplumu değer yargılarıdır vede bu değer yargılarıyla çelişen kültürel bakış açıları dikkate alınamazlar. Ahlaki değerlendirmeye bu belirtilen ortak değerlendirme ölçütleri vasıtasıyla tabi olan değerlendirme il-

⁴¹ BGH NStZ 2002, 369 (370): Bir kürt baba kızının evlenme isteğini, evlenmek istediği kişinin PKK'nin üyelerinden biri olması vede özellikle yarı sakat olması yüzünden redetmiştir. Bu olay babanın şerefini zedelemiş vede bu yüzden baba şerefinin yeniden temizlenmesini PKK'nın bölge sorumlusundan istemiştir. Kız ile PKK üyesinin ilişkilerine son vermelerine dair bütün çabalar sonuçsuz kalınca, bölge sorumlusu PKK'nin üç tane sempatizanına, buarada islami hukuka göre evlenmiş olan kız ve PKK üyesini öldürmeleri emrini vermiştir. Bu üç sempatizan ilk başta ölüm emrini yerine getirmeme yönünde çaba sarf etmişlensede başarılı olamamışlar vede sonunda emre boyun eğerek verilen emri yerine getirmişlerdir.

⁴² Buna dair bkz. Baumeister (Fn. 7), S.145ff.

⁴³ Vgl. BGH NStZ 2002, 369 (370).

kesiyse buna karşın kültürel etkileşimler bakımından açık bir konuma sahip, öyleki failin yerel bakış açıları veya çevresi sadece vasıtali olarak değerlendirmeye alınabilirler. Bu halde, failin işlemiş olduğu aşağı-düşük fiile motive olmasının nedeni kendisine uygulanmış olan baskıdır düşüncesi ihtimal dahilindedir, keza failin bu aşağı- düşük öldürme emrini yerine getirmemesi, ait olmuş olduğu kültürel çevre tarafından kabahat olarak görülecek vede buna istinaden fail cezalandırılacaktır.

Hangi (gerekirse kültürel) sebep fail için etkili bir baskı durumu oluşturmuştur, öyleki yerli değer yargıları kapsamında failin verilen ödeve boyun eğmiş olmasının (aynı zamanda) aşağı hareket sebebi olarak görülmemesi, bu haliyle önemsizdir. Fail aşağı- düşük sebeple cinayet işlemiş olmaktadır, şayet fail yerli bakış açılarından etkilenmiş bir ortamda böylesi bir uyumsuzluk sorununa maruz kalmayacak idiyse. Daha ziyade ama etkili olan gerçek durumlardır, yani bunların ortaya çıkmasının nedeni olan olanak dahilindeki kültürel sebeplere rağmen yada ulaşmış olduğu etkiye rağmen, gerçek baskı ortamının şiddetidir. Bu haliyle akla gelebilecek, kültürel değer yargılarının sadece sınırlı yada dolaylı etkisinden dolayı başka düşük- alçak sebeplerin kültürel yönü açık maddi eylem unsuru olarak nitelendirilmesinin, haklı vede hukuka uygun olduğudur.

186

2. Kültürel Değer Yargılarının Dikkate Alınabilmesinin Başka Şekilleri

Bunların dışında failin kültürel değer yargılarının dikkate alınabilmesi için farklı yöntemlerde mevcuttur. Bu tür düşünce şeklinin çıkış noktası yine önceden vurgulanmış olan Yargıtay'ın İctihadına göre üç farklı faktörün birbirinden ayrılması yöntemidir.

a) Tetikleyici Sebep olarak Bilgi

İlk olarak tartışmasız olan, failin fiilin işlendiği anda kendi hareket noktasını aşağı- düşük yapan sebepleri bilmesi gerekmektedir. Bunun için failin, onu yönlendiren hareket sebebinin fiili işlemesindeki etkisini bilmesi gerekmektedir. Fakat, failin fiili işlemesine yönlendiren motivasyondan haberdar olmaması sadece istisnai durumlarda söz konusudur⁴⁴. Bu durum özellikle, kural olarak failin ani bir kararla harekete geçmediği, aksine aile meclisinin bilinci vede ortak kararı vede emriyle karakterize olmuş namus cinayetleri için geçerli değildir.

⁴⁴ BGH NStZ 1989, 363 (363).

b) Düşük- Aşağı Haraket Sebebi olarak Bilinç

Gerçek, etkili haraket sebeplerine dair bilinçten bunların hukuki değerlendirilmesine dair bilinci ayırmak lâzımdır. Bazı Yargıtay kararlarında, faile alçak- düşük sebeple cinayeti işlediği suçlaması yapılabilmesi için, failin kendi haraket sebeplerinin anlamını ve fiilin değerlendirmesindeki amacı kavraması gerektiğinden haraket edildiği görünümü ortaya çıksada⁴⁵, buna karşın özellikle daha yeni olan kararlarda savunulan düşünce, failin haraket sebeplerinin hukuki değerlendirmesinde, failin fiili ne alçak- düşük sebeple işlemiş olmasını istemek nede failin fiilin alçak- düşük sebeple işlendiğini kabul etmesini aramak, gerekmektedir⁴⁶. Yani, her kim kendi yöresel kültürel bakış açısının sonucu olarak namus cinayeti işlerse, ne kendinin kendi cinayetine motivasyonunu özellikle aşağı bulmuş olması nede kendi haraket sebeplerinin yerel hukuk toplumu değerlerine göre aşağı bulunduğu bilincine sahip olması gerekmektedir.

Gerçekten de böylesi anlam bilincine sahip olunması gerekli değildir⁴⁷. Şöyleki, eğer fiile yön veren haraket sebeplerini yerel hukuki toplum değerleri ışığında genel değerlendirme ölçütlerine tabi tutarsak, sonuç olarak denilebilecek şey, fiile rengini veren motivasyon sebeplerinin alçak- düşük olup olmadığına karar verme yetisinin, mahkeme tarafından temsil edilen topluma ait olduğudur. Failin kendi haraket sebeplerini nasıl değerlendirdiği buna karşın kesinlikle belirleyici değildir. Anlam bilincine karşı ileri sürülebilecek başka bir husus ise, kendi adaletini sağlamaya çalışan failin, işlenen fiilin motivasyonunun özellikle ahlaki açıdan aşağı- düşük olarak değerlendirilmesi gerekliliğini algılamaksızın, kendi edinmiş olduğu körsel (sıg) bakış açısıyla işlediği fiili normal olarak görmesi ayrıcalığına sahip olmasıdır.

c) Düşünüp Karar Verebilme Yetisi

Yargıtay'ın kültürel değer yargılarının dikkate alınabilmesine yönelik üçüncü vede nihayetinde sonuncu çözüm yolu önerisinde konu edilen hu-

⁴⁵ BGH NStZ 1981, 100 (101); NStZ 1989, 363 (363); vgl. buna karşı BGH NStZ 1993, 281 (281).

⁴⁶ BGH NStZ-RR 2004, 44 (44); NJW 2004, 1466 (1467); NStZ 2004, 620 (621).

⁴⁷ Aynı şekilde Fischer (Fn. 17), § 211 Rn. 16; Jähnke, in: LK (Fn. 17), § 211 Rn. 33; Nehm, in: Festschrift Eser (Fn. 16), S. 419 (429); gerçek sebep ile değerlendirilen sonuç arasında ayırım yapılmasına karşı eleştirel duran Jakobs ZStW 118 (2006), 831 (837 Fn. 26).

sus, failin yöresel bakış açılarının failin düşünüp karar verebilme yetisine olan etkisi. Yargıtay tarafından, failin fiilin işlenmesinde etkili olduğu ölçüde (vede işlediği fiilin düşük- alçak sebeple işlenmesine neden olduğu ölçüde) hissel vede güdüsel hareketlerine düşünsel olarak hakim olabilmesi vede isteksel olarak yön verebilmesinin zorunluluğu, sık sık vurgulanmış durumdadır⁴⁸. Şöyleki anlam bilinci anlayışı (rededilmesi gereken anlayış) sınırları içinde, failin fiilin işlenme anında kendi motivasyonunun yerel hukuk toplumu değerlerine göre alçak- düşük olarak nitelendirildiğini bilmesi gerekli görülmemekle birlikte, failin bu yönlü değerlendirme yetisine haiz olabilmesi gerekmektedir, çünkü aksi halde fail kendi hareket sebeplerinin değerlendirilmesinden bahisle hareketinin düşük- alçak sebepli olduğu nu kavrayamaz.

Buna göre düşük- alçak sebepli cinayet suçundan hüküm giyilebilmesi istinai olarak mümkün olamayabilir⁴⁹, şayet fail öldürme motivasyonunun özellikle aşağı olduğunu baştan beri kavrayabilecek yetide değilse veya içindeki kuşkulara rağmen kendini adam öldürmeye karar verdirten etkili güdülerden nasıl kurtaracağını bilemiyorsa. Bahsi edilen zorunlu, motivasyonuna hakim olabile potansiyeline⁵⁰ kendi yöresel bakış açılarından o kadar çok etkilenmiş, o tür bakış açılarına sıkı sıkıya bağlı olan, öyleki içinde yaşamış olduğu ülkenin değer yargılarını ne algılayabilecek nede kabul edebilecek durumda olan fail örnek olarak gösterilebilir. Bu tür durumlarda faile öldürme eylemi (bu haliyle basit adam öldürme suçu) yüklenebilirken, hareket sebebinin aşağılıklığı vede düşük- lüğü (yani cinayet suçu) suçlaması yapılamaz⁵¹.

Düşünme ve karar verebilme yetisi yöntemi bu haliyle tereddüt etmeden kabul edilebilecek yöntem olarak görünmemektedir. Yargıtay tarafından açık bir şekilde belirtilmemiş olsada, bu yöntemin götüreceği sonuç, §§ 20, 21 StGB (Alman Ceza Kanunu'nun 20. ve 21 maddeleri gereğince

⁴⁸ BGH NJW 1981, 1382 (1382); NStZ 1981, 100 (101); NStZ 1989, 363 (363); NStZ 1993, 281; NJW 1995, 602 (603); NStZ 2002, 369 (370); NJW 2004, 1466 (1467).

⁴⁹ BGH NJW 1995, 602 (603) kan davası bakımından; vgl. ayrıca BGH NStZ 2002, 369 (370).

⁵⁰ Konu hakkında karşılaştırma için Schneider, in: MünchKommStGB (Fn. 17), § 211 Rn. 98ff.; psikiyatrik sebeplere dair Dannhorn NStZ 2007, 297 (300ff.).

⁵¹ BGHR StGB § 211 Abs. 2 düşük- alçak hareket sebepleri 2, S.2.

azaltılmış, eksik) kusurluluk ilkesinin uygulanma alanı bulmasıdır⁵². Ama bu halde kültürel değer yargılarıyla Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenmiş olan „hastalıklı ruhsal sorunlar ... etkili bilinç bozuklukları.... Budalalık yada başka ağır ruhsal iğrençliklerle aynı kefeye konulmaktadır. Böylesi bir sonuç, eski mahkeme kararlarında hükme gerekçe olan, yöresel bakış açılarına körü körüne bağlılığın karakter eksikliği olarak görülmesiyle eşit anlamlı olmakla birlikte⁵³, failin kültürel etkileşimini bir hastalık şekli olarak lanse etmek veya faili sadece kültürel vasıfları yüzünden tedaviye ihtiyacı olan biri olarak göstermek, önüne geçilemeyecek veda kabul edilemeyecek bir sonuca götürür, yani farklı kültürlerin kabul edilemez şekilde aşığılanması sonucuna⁵⁴.

d) Hukuka Aykırılık Bilinci

Yargıtay'ın -görüldüğü kadarıyla- takip etmediği tercih edilebilir başka çözüm yöntemi daha da var. Bu şaşırtabilir, çünkü tercih edilmesi gereken yöntem ile, Yargıtay'ın şüana kadar takip etmiş olduğu yöntemler arasında (özellikle eksik kusurluluk ilkesinden hareket eden arasında) belirli bir oranda yakınlığın olduğu söylenebilir. Bahsini etmiş olduğumuz yöntem, sadece Ceza Hukuku'nun sistematik çerçevesinde dile getirilmiş olmayan, aynı zamanda kendine Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde de yer bulmuş olan hukuka aykırılık bilinci anlayışından hareketle edinilmiş olan yöntemdir⁵⁵.

Hukuka aykırılık bilinci kusurluluk ilkesinin bağımsız, failin hukuk düzeninin kurallarını çiğnediğini, yani hukuka aykırı davrandığını bilebilme yetisini şart koşan, bir unsurdur. Failin bu bilince sahip olmadığı durumlarda, fail yasak yanılığsı (Verbotsirrtum) içindedir demektir. Düşük-alçak sebepli adam öldürme (cinayet) suçu bakımından kendini yasak yanılığsı içinde bulan kişi, her kimki, suçu işlemedeki motivasyonu-

⁵² Erbil (Fn. 7), S.195; Eschelbach, in: BeckOK-StGB (Fn. 17), § 211 Rn. 34.1; Neumann, in: NK (Fn. 17), § 211 Rn. 45; ders. JR 2002, 471 (473); Schneider, in: MünchKommStGB (Fn. 17), § 211 Rn. 99; Saliger StV 2003, 22 (239); Trück NSTZ 2004, 497 (499).

⁵³ BGH GA 1967, 244 8244); bei Holtz MDR 1977, 807 (810); karşılaştırma için aynı zamanda BGH NJW 1954, 565 (565).

⁵⁴ Haklı olarak Erbil (Fn. 7), S. 195; Fabricius StV 1996, 209 (211); karşılaştırma için ayrıca Saliger StV 2003, 22 (24).

⁵⁵ Aynı şekilde, daha önceden dile getirmiş olan, Erbil (Fn. 7), S. 194ff.; karşılaştırma için ayrıca Fabricius StV 1996, 209 (211); Jähnke MDR 1980, 705 (709); Köhler JZ 1980, 238 (240); Momsen NSTZ 2003, 237 (242); Nehm, in: Festschrift Eser (Fn. 169, S. 419 (426); Trück NSTZ 2004, 497 (498).

nun bunun ötesinde (basit adam öldürme suçunun ötesinde), daha ağır bir hukuka aykırılık durumu yarattığını taktir edemiyorsa, odur. Bu demektirki, fail işlemiş olduğu (yada işleyeceği suça suçu işlediği anda) suça kendini yönlendiren sebeplerin, basit adam öldürme suçunun sınırını aşan, daha ağır bir hukuka aykırılık durumu yarattığını bilmesi, yada bilebilecek durumda olmuş olması bilincine sahip olması gerekmektedir. Fail bilincinin dayanak noktası herhangi bir adam öldürme suçunun işlenmesindeki hukuka aykırılıkta kendini gösteren değil, aksine kendini düşük- alçak sebeple adam öldürmede gösteren bağımsız hukuka aykırılık bilincidir.

Bu belirtilenler tabiki, hukuka aykırılık bilincinin sadece hukuka aykırılığı arttırıcı, ama hukuka aykırılığı gerekçelendirici maddi unsurların gerçekten düşünülebilir olduğu durumları vede düşük- alçak sebepli adam öldürme suçunun hareket sebeplerinin hukuka aykırılık bilincinden ayrılabilir olmasından hareket edebilmeyi, şart koşturmaktadır. Yargıtay tarafından böylesi bir durumun varlığı, fiilin asıl maddi unsuru ile nitelikli hali arasındaki ilişki bakımından genel olarak red edilmektedir⁵⁶. En azından, fiilin nitelikli halinin gerçekleştirilmesi, şayet nicel olarak daha ağır hak zedelenmesine yol açmıyorsa, aksine fiile daha başka bir damga vuruyorsa vede bu suretle- cinayet sebebi olarak başka düşük, alçak sebeplerde mevcut olduğu gibi- hukuka aykırılık bilincine dayanma noktası sağlıyorsa, öyleyse düşük- alçak sebepli adam öldürme suçunun hareket sebeplerinin hukuka aykırılık bilincinden ayrılabilmesi mümkündür⁵⁷.

Peki, eğer fail Almanya`da hakim olan değer yargılarının tersine, fiili işlediği andaki hareket sebeplerini hukuka aykırılığı arttırıcı bir neden olarak değerlendirmemişse bunun hukuki sonuçları ne olacaktır. Böylesi bir yasak yanılıgaması Ceza Kanunu`nun 17. maddesinin birinci cümlesine göre kusurluluğu ortadan kaldıracı bir sebep oluşturabilecektir⁵⁸, eğer failin yanılıgısı engellenebilecek, önüne geçilebilecek bir yanılıgı değilse.

⁵⁶ BGHSt 8, 321 (324); 10, 35 (42); 15, 377 (383); 42, 123 (130).

⁵⁷ Neuman n, in: NK (Fn. 17), § 17 Rn. 37; aynı şekilde Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 17 Rn. 6; Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 21 Rn. 17; Sternberg- Lieben, in: Schönke/Schörededer (Fn. 34), § 17 Rn. 8; Vogel, in: LK, Bd. I, 12. Aufl. 2007, § 17 Rn. 22; daha kapsamlı şekilde Heuchemer, in: BeckOK- StGB (Fn. 17), § 17 Rn. 9f.; Joecks, in: MünchKommStGB, Bd. 1, 2003, § 17 Rn. 17f.

⁵⁸ Burda bahsi edilen basit adam öldürmedeki kusurluluk sorunu olmayıp, nitelikli adam öldürmenin şartlarını oluşturan unsurlara yönelik kusurluluktur (çevirmenin notu).

Buna göre fail- şayet başka nitelikli adam öldürme sebepleri mevcut değilse- sadece basit adam öldürme suçundan dolayı Ceza Kanunu'nun 212. maddesine göre cezalandırılabilir. Ama failin içine düşmüş olduğu yanılığ engellenebilecek bir yanılığysa, 17. maddenin ikinci cümlesine göre bu durumun ceza indirimi nedeni oluşturup oluşturamayacağı mahkemenin taktirine bağlıdır, yani mahkeme, önüne geçilebilecek yanılığyı ceza indirimi sebebi olarak değerlendirirse ömür boyu hapis cezası yerine alt sınırı üç yıldan aşağı olmayacak süreli hapis cezasına 49. maddenin birinci bendinin birinci numarasına göre hükmedebilecektir.

Şunu da belirtmek gerekirken, Yargıtay vede literatür'ün eksik olan hukuka aykırılık bilincinin engellenemezliğinin kabul edilip edilemeyeceğine dair aramış olduğu şartlar bayağı fazla vede ağır. Bu haliyle, örnek kabilinde belirtmek gerekirse, fail kendisinden beklenen zihni olgunluğuna vede ahlaki değer anlayışına göre- mecazi olarak sık sık kendi vicdanının sesi tarafından uyarılmasına rağmen⁵⁹- kendi ediminin hukuka aykırılık derecesini algılayabilecek durumda olmuş olmaması gerekir. Ama, failin fiilini değerlendirmesi halinde aklına düşen şüphe durumlarından birebir kendisi kafa yorarak yada gerekirse başkalarına danışarak kurtulabileceğini de unutmamak gerekir⁶⁰. Bu yüksek taleplerin namus cinayetleri için taşımış olduğu anlam, önüne geçilemeyecek bir yasak yanılığmasının sadece nadir durumlarda söz konusu olabileceğidir. Böylesi bir durum, örneğin failin kendi yöresel bakış açılarına çok muhafazakar şekilde bağlı olduğu vede integrasyon (kaynaşma) eksikliğinden dolayı içinde yaşamış olduğu toplumun (örneğin Alman toplumunun) değer sisteminin etkisiyle kendi ahlaki davranışlarının doğruluğunu sorgulama gereksinimi bile duymadığı veya kendi kültürel değerlerine

⁵⁹ BGHSt- GS- 2, 194 (201 f. und 209); 3, 357 (365f.); 4, 1 (5); 4, 236 (243); 21, 18 (20); Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 37. Aufl. 2007, Rn. 466.

⁶⁰ BGHSt 4, 236 (243); 9, 164 (172); 21, 18 (20). Alman Ceza Hukukundaki yasak yanılığmasının ceza indirimi sebebi olarak gündeme gelebilmesi için, failin gerekirse fiilinin hukuki neticesi hakkındaki şüphesini gidermesi için bir avukattan fikir alışverişinde bulunmuş olması gerekmektedir, keza avukata danışmış olan kişinin fiilinin hukuki sonuçları hakkında yanılığya düşmesi de zor görüldüğünden, yasak yanılığması durumu sadece istisnai durumlarda ceza indirimi sebebi oluşturmaktadır (çevirmenin notu).

karşı gelinebileceği gibi bir durumun fail için ihtimal dahilinde bile olmadığını hallerde akla gelebilir⁶¹.

IV. SONUÇ

Ceza Hukuku bakımından namus cinayetleri de kural olarak nitelikli adam öldürme (cinayet) suçunu oluşturmaktadır. Fail burda, yetişmiş olduğu kültürel çevrenin etken değer yargıları çerçevesinde düşük ve alçak sebeple hareket etmektedir, çünkü fail kurbanın yaşamını ailenin şerefinden daha değersiz olarak görmektedir vede kendini geçersiz, kabulü imkânsız sebeplere dayanarak olay üzerinde karar vermeye yetkili hakim olarak görmekte vede böyle davranmaktadır. Faili fiili işlemesine yönlendiren kültürel değer yargıları istisnai durumlarda cinayet suçu unsurlarından olan düşük- alçak sebeplere dayanarak fiili işleme unsuru ortadan kaldırılabilmektedir, özellikle fail kültürel çevrenin etkisiyle kendini aşırı baskı altında hissediyorsa.

Bu ama failin kültürel bakış açılarının başka bir noktada dikkate alınmayacağı sonucunu doğurmamaktadır. Failin fiili işlemesine neden motivasyonunun, içinde yaşamış olduğu toplum tarafından özellikle aşağı- düşük olarak bulunduğunu bilmemesi, faili genel olarak temize çıkarmamakla birlikte, failin hareket sebeplerinin aşağı- düşük olduğunu vede bu yüzden fiilin ağırlaştırılmış hukuka aykırılık durumu yarattığını yanlış taktir etmesi halinde, failin işlenmiş olan nitelikli adam öldürme suçu bakımından hukuka aykırılık bilincine sahip olmadığı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Yasak yanılıgısı yöntemi mahkemelere sadece esnek olan çözüm yolu sunmamakla birlikte, mahkemelere somut olayın özel durumlarını yeterli oranda dikkate alabilme imkânında sağlamaktadır. Yasak yanılıgısı- istisnai olarak- önüne geçilemeyecek bir yanılıgıysa, bu durum failin nitelikli adam öldürme suçu bakımından kusurluluğunu ortadan kaldırmaktadır vede fail sadece basit adam öldürme suçundan dolayı yargılanıp cezalandırılabilir. Şayet yasak yanılıgısı- genelde olduğu gibi- önüne geçilebilecek bir yanılıgıysa, mahkemenin ihtiyari olarak ceza indirimine başvurabilmesi yolu da açıktır. Bu halde fail, nitelikli adam öldürme suçundan dolayı yargılanabilecek, ancak ömür boyu hapis cezasına mahkum olmaktan da kurtulacaktır.

⁶¹ Vgl. Küper JZ 2006, 608 (611); Saliger StV 2003, 22 (25). Başka kültürel çevreden gelmiş olanların hukuka aykırılık bilincine dair genel olarak, Laubenthal/Baier GA 2000, 205ff.