

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Journal of Penal Law and Criminology

Cilt / Volume: 5 Sayı / Issue: 2 Yıl / Year: 2017

ISSN: 2148-6646 / E-ISSN: 2602-3911



İSTANBUL ARCHIVE / İSTANBUL ARŞİVİ



Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Merkez söz konusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez.

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Journal of Penal Law and Criminology

Cilt / Volume: 5 Sayı / Issue: 2 Yıl / Year: 2017

ISSN: 2148-6646 / E-ISSN: 2602-3911

DERGİ YÖNETİMİ / EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editör / Editor in Chief

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

Yardımcı Editörler / Co-editors

Asst. Prof. / Yrd. Doç. Dr. Selman DURSUN

Asst. Prof. / Yrd. Doç. Dr. Serdar TALAS

Asst. Prof. / Yrd. Doç. Dr. Tuba TOPÇUOĞLU

Asst. Prof. / Yrd. Doç. Dr. Mehmet MADEN

Yönetici Editörler / Managing Editors

Res. Asst. Dr. / Araş. Gör. Dr. Elif BEKAR

Res. Asst. Dr. / Araş. Gör. Dr. Muhammed DEMİREL

Res. Asst. / Araş. Gör. Rahime ERBAŞ

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Dr. h. c. Walter GROPP, Giessen University (Giessen, GERMANY)

Prof. Dr. Dr. h. c. Philip KUNIG, Berlin Freie University (Berlin, GERMANY)

Prof. Dr. h. c. Manuel Cancio MELIA, Autonoma University (Madrid, SPAIN)

Prof. Dr. Dr. h. c. Bahri ÖZTÜRK, İstanbul Kültür University (İstanbul, TURKEY)

Prof. Dr. Gordana BUŽAROVSKA, Justunianus Primus, Ss. Cyril and Methodius University (Skopje, MACEDONIA)

Prof. Dr. Manuel EISNER, Cambridge University (Cambridge, ENGLAND)

Prof. Dr. Luigi FOFFANI, Modena University (Modena, ITALY)

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN, Marmara University (İstanbul, TURKEY)

Prof. Dr. Kristina KARZAI, Szeged University (Szeged, HUNGARY)

Prof. Dr. Mahmut KOCA, İstanbul Şehir University (İstanbul, TURKEY)

Prof. Dr. Rick LAWSON, Leiden University (Leiden, NETHERLAND)

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Gazi University (Ankara, TURKEY)

Prof. Dr. Vincenzo PACILLO, Modena University (Modena, ITALY)

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN, Gazi University (Ankara, TURKEY)

Prof. Dr. Stephen C. THAMAN, Saint Louis University (St. Louis, UNITED STATES)

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ, Turkish-German University (İstanbul, TURKEY)

Assoc. Prof. / Doç. Dr. Filatova Mariya ALEKSEEVNA, Lomonosov Moscow State University (Moscow, RUSSIA)

Assoc. Prof. / Doç. Dr. Amila FERHATOVIĆ, Sarajevo University (Sarajevo, BOSNIA AND HERZEGOVINA)

Assoc. Prof. / Doç. Dr. Anna-Maria GETOŠ KALAC, Zagreb University (Zagreb, CROATIA)

Assoc. Prof. / Doç. Dr. Kuzma KICHIK, Lomonosov Moscow State University (Moscow, RUSSIA)

Assoc. Prof. / Doç. Dr. Pinar ÖLÇER, Leiden University (Leiden, NETHERLAND)

Assoc. Prof. / Doç. Dr. Andra-Roxana TRANDAFIR, Bucharest University (Bucherst, ROMANIA)

Asst. Prof. / Yrd. Doç. Dr. Abdullah Batuhan BAYTAZ, İstanbul University (İstanbul, TURKEY)

Asst. Prof. / Yrd. Doç. Dr. Nikolaos LIVOS, Athens University (Athens, GREECE)

Dr. Liane WÖRNER, Giessen University (Giessen, GERMANY)

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.

Papers and the opinions in the Journal are the responsibility of the authors.

Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayınlanan hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

This is a scholarly, peer-reviewed, open-access journal published biannually in June and December.

Sahibi / Owner

İstanbul Üniversitesi / İstanbul University

Yayın Sahibi Temsilcisi / Representative of Owner

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji
Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Adem SÖZÜER, Director of İstanbul University Faculty of Law,
Criminal Law and Criminology Research and Practice Center

Sorumlu Müdür / Director

Yrd. Doç. Dr. Serdar TALAS

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi
34116 Beyazıt, Fatih - İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 01 05 Faks / Fax: +90 (212) 512 41 35
E-mail: cezahukuku@istanbul.edu.tr
http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezahukukoloji

Yayıncı Kuruluş / Publishing Company

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / İstanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü,
34452 Beyazıt, Fatih / İstanbul - Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Yayına Hazırlayan / Prepared by

Yerküre Tanıtım ve Yayıncılık Hizmetleri A.Ş.
Cumhuriyet Caddesi 48/3B Harbiye 34367 İstanbul - Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 240 28 20 Fax / Faks: +90 (212) 241 68 20
www.yerkure.com.tr

Baskı / Printed in

Kültür Sanat Basımevi
Maltepe Mahallesi, Litros Yolu Sokak 2. Matbaacılar Sitesi
D:ZB7-ZB11, 34010 Zeytinburnu / İstanbul - Türkiye
Telefon / Phone: +90-212-674-0029
Sertifika No: 22032

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Journal of Penal Law and Criminology

Cilt / Volume: 5 Sayı / Issue: 2 Yıl / Year: 2017

ISSN: 2148-6646 / E-ISSN: 2602-3911

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

- Suçun Önlenmesinde Hapis Cezası ile Seçenek Yaptırımların Etkinliğinin Karşılaştırılması: Meta-Analiz Çalışmalarının Sistematik Olarak İncelenmesi / Comparing the Effects of Imprisonment and Alternative Sanctions on Crime Prevention: Systematic Review of Meta-Analysis Studies
- Buket ABANOZ**.....1-28
- Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri / Forensic DNA Analysis in the Turkish Criminal Procedure Law in the Context of the Law of Germany, Switzerland and Austria
- Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY**.....29-87
- Databases and Criminal Procedures in Switzerland and Turkey with Regard to European Council's Standards / Avrupa Konseyi Standartları Çerçevesinde İsviçre ve Türk Hukukunda Veri Tabanları ve Ceza Muhakemesi
- Begüm BULAK UYGUN**89-106
- The Protection of Trade, Banking, and Customer Secrets in Turkish Criminal Law / Türk Ceza Hukukunda Ticari Sır, Bankacılık Sırrı ve Müşteri Sırrının Korunması
- Büşra DEMİRAL BAKIRMAN**107-118
- Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri / Comparing the Act of Criminal Aiding in Turkish vs. German Law
- Muhammed DEMİREL**119-161
- The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases / DNA Veri Bankaları Karşısında Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşılması ile Genoma Dayanan Özel Yaşamın Korunması Arasındaki Dengenin Sağlanması
- Rahime ERBAŞ**163-178

Suçun Önlenmesinde Hapis Cezası ile Seçenek Yaptırımların Etkinliğinin Karşılaştırılması: Meta-Analiz Çalışmalarının Sistemantik Olarak İncelenmesi

Comparing the Effects of Imprisonment and Alternative Sanctions on Crime Prevention: Systematic Review of Meta-Analysis Studies

Buket ABANOZ¹

¹Öğretim Görevlisi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

ÖZ

Bu çalışmada, kısa süreli hapis cezası ile seçenek yaptırımların mükerrer suçluluğun önlenmesi üzerindeki etkisi ampirik bulgular eşliğinde değerlendirilmiştir. Çalışmada metot olarak arama, Campbell İşbirliği'nin sistemantik derlemeler kütüphanesi ve Google akademik üzerinden sistemantik olarak gerçekleştirilmiştir. Çalışmanın sonucunda, araştırmada belirlenen kriterlere göre hapis ve seçenek yaptırımların mükerrer suçluluğun önlenmesi üzerindeki etkisini değerlendiren üç meta-analiz çalışması tespit edilmiştir. Üç çalışmada da seçenek yaptırımların, hürriyeti bağlayıcı cezalara nazaran tekrar eden suçluluğun önlenmesinde daha etkili olduğuna, fakat bu etkinin kayda değer bir büyüklükte olmadığına ilişkin bulgular ortaya konulmaktadır. Bununla birlikte, bir çalışmada hapis cezasının mükerrer suçluluğun önlenmesinde istatistiksel olarak anlamlı bir etkiye sahip olmadığı, bilakis tekrar eden suçluluğun artmasına neden olduğu görülmektedir. Çalışmada bulguların teori, uygulama ve bilimsel araştırmalar açısından doğurduğu sonuçlar tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hapis cezası, kısa süreli hapis cezası, seçenek yaptırım, alternatif yaptırım, suçun önlenmesi, mükerrer suçluluk, sistemantik derleme

ABSTRACT

This study aims to systematically review the results of research on the effect of short-term imprisonment and alternative sanctions on preventing recidivism. The systematic review in this study was carried out using resources at the Campbell Collaboration Library of Systematic Reviews and Google Scholar. Three meta-analytic studies about the effect of short-term imprisonment and alternative sanctions on preventing recidivism met the eligibility criterias set forth for this systematic review. These three studies include evaluations carried out between 1960 and 2013. All three meta-analytic studies suggest that alternative sanctions are more effective at preventing recidivism than imprisonment. However, the level of effectiveness is not significant. These three studies indicate that imprisonment does not have a statistically significant effect in preventing reoffense. Furthermore, one of three studies indicates that imprisonment actually has an adverse effect on preventing recidivism.

The following questions are discussed in this study: Can the finding that alternative sanctions are more effective than imprisonment on preventing recidivism be generalized across all alternative sanctions? In addition, is it possible to draw conclusions as to which alternative sanctions are more effective than others? Finally, can these findings guide the evaluation of the Turkish criminal justice system? The results of these findings are discussed in terms of theory, practice, and research.

Keywords: Prison sentence, custodial sanction, non-custodial sanction, alternative sanction, crime prevention, recidivism, systematic review

Date of receipt: 23.06.2016 • **Date of acceptance:** 26.12.2016

Corresponding author: Buket Abanoz, E-mail: buket-abanoz@hotmail.com

Citation: Abanoz, B. (2017). Suçun önlenmesinde hapis cezası ile seçenek yaptırımların etkinliğinin karşılaştırılması: Meta-analiz çalışmalarının sistemantik olarak incelenmesi. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology* 2017; 5(2):1-28. <https://doi.org/10.26650/JPLC360264>

EXTENDED ABSTRACT

This study aims to systematically review the available research on the effect of short-term imprisonment and alternative sanctions on preventing recidivism. The systematic review in this study was carried out using resources at the Campbell Collaboration Library of Systematic Reviews and Google Scholar. These databases were searched using the following keywords: imprisonment, prison sanction, short-term imprisonment versus alternative sanctions, custodial versus non-custodial sanctions, formal sanctions versus immediate sanctions, recidivism, reoffending, victim, systematic review, meta-analysis, random controll. The author searched referenced lists, and conducted electronic searches for all reports that used these particular terms. However, only studies written in English and Turkish were considered for this systematic review.

In order to be included in this systematic review, the meta-analytic evaluation studies fulfilled the following criteria: (1) All of them had at least one control or comparison group. (2) All of them had control and experiment groups consisting of people who were sentenced to imprisonment and alternative sanctions. (3) The interventions were homogenous; in other words, either prison sanctions or alternative sanctions were applied for the control and experimental groups. (4) All of the studies measured, the recidivism rate after imprisonment and alternative sanctions. That is if a study compared only the execution cost of imprisonment and alternative sanctions, it was not included in this systematic review (McDougall et al, 2008). However, in a meta-analytic study, more than one measurement can be conducted. If the effect of prison and alternative sanctions on recidivism was clear and separate in the study, the study was included in this systematic review. (5) The results of the included studies in this systematic review were examined using meta-analytical methods.

Three meta-analytic studies (Nagin et al, 2009; Jonson, 2010; Villettaz et al, 2015) about the effect of short-term imprisonment and alternative sanctions on preventing recidivism met the eligibility criterias set forth in this systematic review. These three studies include evaluation studies carried out between 1960 and 2013. All three studies are connected with each other because the evaluation studies they contain the same evaluation studies. The author draws some conclusions based on the findings from these three meta-analytic studies. First, it appears that the number of systematic reviews assessing the impact of imprisonment and alternative

sanctions on recidivism is scarce. However, the number of evaluation studies is rather high. Researchers prefer to compare the prison sentence with one or more alternative sanctions rather than conducting systematic review. Second, this systematic review reveals findings that alternative sanctions are more effective than imprisonment in preventing recidivism. All three meta-analytic studies suggest that alternative sanctions are more effective than imprisonment on preventing recidivism. However, the level of this effectiveness is not significant. These three studies indicate that imprisonment does not have a statistically significant effect on preventing reoffense. Furthermore, one meta-analytic study indicates that imprisonment has an adverse effect on preventing recidivism (Jonson, 2010). These findings contradict the theory of deterrence, which suggests that imprisonment is the most effective method of preventing crime. However, it should not be overlooked that criminals in the control group who were sentenced to imprisonment were in a certain risk group and committed certain crimes. The experimental group consisted of criminals who committed crimes that could be converted to alternative sanction. In legal systems, short-term prison sentences (generally 6-12 months) are converted to alternative sanctions. Therefore, the finding that alternative sanctions are more effective than imprisonment only applies to short-term imprisonment. Third, can the findings that alternative sanctions are more effective than imprisonment on preventing recidivism be generalized to all alternative sanctions? In addition, is it possible to conclude as to which alternative sanctions are more effective than the others? Fourth, can the findings serve as a guide for Turkey's criminal justice system? The results of the findings in this study are discussed in terms of theory, practice and research.

1. Hapis Cezası ve Seçenek Yaptırımlar

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 45. maddesinde, yaptırımların cezalar ve güvenlik tedbirlerinden oluştuğu; cezaların ise hapis ve adli para cezası olduğu belirtilmiştir. Hapis cezaları başlıklı 46. maddede ise ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve süreli hapis cezaları sıralanmış, devam eden maddelerde de bunlar tanımlanmıştır. Süreli hapis cezası, bir aydan az yirmi dört yıldan fazla olamazken (TCK m. 49/1); hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası ise kısa süreli hapis cezasıdır (TCK m.49/2). Bunun dışında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde *“Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan,*

tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi ifade eder” denilerek disiplin hapsinin tanımlandığı ve özellik arz eden bir başka hapis türünden bahsedildiği de görülmektedir.

Bununla birlikte, *hürriyeti bağlayıcı yaptırım* (custodial sanction) şeklinde karşımıza çıkan yaptırım türü, kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakan ve kapalı bir yerde tutulmasına neden olan her türlü cezai tepkidir. Mükerrer suçluluğu ölçen araştırmalarda da sadece hapis ve kısa süreli hapis cezası değil; hafta sonu veya günün belli saatlerinde dışarı çıkılmasına izin verilip verilmediğinin önemi olmaksızın ev dışında herhangi kapalı bir yerde tutulmayı öngören bütün yaptırımların dâhil edildiği görülmektedir (ör. Gottfredson & Barton, 1993). Örneğin, Amerika’da uygulanan *askeri kamp* (boot camps) tarzı ağırlaştırılmış infaz yöntemleri, *derhal tutuklama* (immediate detention) şeklinde adlandırılan aile içi şiddet gibi suçlarda uygulanan yaptırımlar.

Seçenek yaptırımlar ise tersinden hareketle *hürriyeti bağlayıcı olmayan yaptırım* (non-custodial veya alternative sanction) şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹. Seçenek yaptırımlar, kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakmayan kamuya yararlı bir işte çalıştırılma, elektronik izleme, para cezası gibi hapsedme harici ceza hukuku yaptırımlarıdır. Tedaviye yönelik birçok programı da içine alabildiği için bu yaptırım türünün kapsamı oldukça geniştir.

Seçenek yaptırımlar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 50. maddesinde; a) Adli para cezası, b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi, c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma

1 Yabancı literatürde *alternative sanction* (alternatif veya seçenek yaptırım), *non-custodial* (hürriyeti bağlayıcı olmayan yaptırım) şeklinde karşımıza çıkan söz konusu yaptırım türleri, Türk Ceza Kanunu m. 50’de düzenlenen “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım” başlığı altında düzenlenen yaptırım türleriyle tam olarak uyuşmamaktadır. Örneğin, TCK’da *denetimli serbestlik* bir seçenek yaptırım türü olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen, hapis cezası ile seçenek yaptırımların suçun önlenmesi üzerindeki etkisini değerlendiren etkinlik çalışmalarında denetim serbestliğinin (probation) hapis cezası ile karşılaştırıldığı görülmektedir. Benzer şekilde “tutuklama” bir yaptırım türü değil, koruma tedbiri olmasına rağmen etkinlik çalışmalarında seçenek yaptırım türleri ile mukayese edilmektedir. Dolayısıyla çalışmalarda kıstas alınan husus, yaptırım türü olup olmamasından ziyade suç teşkil eden haksızlığa karşı verilen tepkinin hürriyeti bağlayıcı olup olmadığıdır. Nitekim seçenek yaptırım türleri arasında kısa süreli hapis cezasına seçenek olmakla beraber müstakil ceza olarak uygulanan yaptırım türleri de yer almaktadır. Bununla birlikte, TCK’da seçenek yaptırım ifadesine yer verilmiş, doktrinde de genel olarak söz konusu ifade yerleşmiş bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu nüans burada belirtilmekle beraber çalışmada *seçenek yaptırım* ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir.

imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme, d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma, e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma, f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma şeklinde sıralanmıştır.

2. Hapis Cezası ve Seçenek Yaptırımların Arka Planındaki Teoriler

Ceza adalet sistemindeki her bir politikanın arkasında, -biz fark etsek de etmesek de- esasında bir kriminoloji teorisi bulunmaktadır (Akers & Sellers, 2009: 2, 11; Topçuoğlu, 2015 (a)). Her ne kadar sosyal bilimlerde *teori* kavramı, zihinlerde genel olarak gerçekleri yansıtmayan ve işe yaramayan bir beyin jimnastiği şeklinde olumsuz bir çağrışıma neden olsa da teori, doğru bir şekilde geliştirilirse gerçek durumlar, insan davranışı ve deneyimiyle ilgilidir (Akers & Sellers, 2009: 1). Etkili bir teori, hâli hazırda bildiğimiz olgulardan anlam çıkarmamıza yardımcı olduğu gibi, yeni olgular karşısında da test edilebilmektedir (Akers & Sellers, 2009:1). Eğer bulgular, teorinin önermeleriyle çelişkili olursa, bu durumda teori yanlışlanabilir. Aksi durumda da teorinin güvenilirliği artacak ve fakat ispatlandığı söylenemeyecektir.

Bununla birlikte, burada sorulması gereken soru, ceza adalet sistemindeki herhangi bir uygulamanın bir teoriye dayanıp dayanmadığı değildir. Çünkü zaten dayanmaktadır. Asıl sorulması gereken soru, uygulanan politikaların ve bu politikaların dayandığı teorilerin ampirik olarak ne kadar güvenilir ve geçerli olduğudur (Akers & Sellers, 2009: 11). Zira suçla mücadelede bilimsel destekten yoksun günübürlük politikalarla başarıya ulaşabilmek mümkün değildir. İşe yaradığı bilimsel olarak ortaya koyulan, kanıta dayalı politikalarla *elde edilen* ve *elde edilmek istenen sonuç* arasındaki fark kapanacaktır (Topçuoğlu, 2015(a): 2). Bu çalışmada, öncelikle, ideal suç önleme yöntemi olarak hapsedmeyi öneren Rasyonel Tercih Teorisi ve Caydırıcılık Teorisine ve bu teorilerin geliştirildiği Klasik Okul'a bakılacak; ardından, seçenek yaptırımların arka planındaki Damgalama Teorisi, Sosyal Öğrenme ve Sosyal Bağ Teorileri sınırlılıkları da ortaya koyularak incelenecektir.

2.1. Hapis Cezası: *Klasik Okul, Rasyonel Tercih Teorisi ve Caydırıcılık Teorisi*

Hapis cezası, *Rasyonel Tercih ve Caydırıcılık Teorilerine*, bu teorilerin geliştirildiği *Klasik Okul*'a dayanmaktadır. Klasik Okul'la birlikte, Ortaçağ'ın zalimane cezalandırma yöntemleri yerini, insanlara yaptıklarının kötü olduğunu anlatacak ve pişman olmalarını sağlayacak rasyonel ve adil bir cezalandırma sistemine bırakmıştır (Akers & Sellers, 2009: 17). Zira bu dönemde insan onurlu bir varlık olarak görülmüş, devletin cezalandırma yetkisi ise sosyal sözleşmeye dayandırılmıştır (White & Haines, 2008: 23). Bu sözleşmede, bireyler maddi ve manevi varlıklarını geliştirmek için birtakım haklarından vazgeçmekte ve devlet de karşılığında onların güvenliklerini sağlamakta ve haklarını korumaktadır (White & Haines, 2008: 23).

Klasik Okul'a göre; insan bencil, hedonist ve rasyonel bir varlıktır. Suçun nedeni de insanın kendini düşünmesi, zevklerini ve hazlarını arttırmak, acılarını ve sıkıntılarını azaltmak için bir arayış içinde olmasına dayanmaktadır. İşte bu noktada, insan suç işlemeyen önce elde edeceği fayda ile maruz kalabileceği zararın hesabını rasyonel bir şekilde yaparak, suç işlemeyi veya kurallara uymayı tercih etmektedir (Akers & Sellers, 2009: 18). Eğer maruz kalacağı acı ve yaptırım, elde edeceği haz ve faydadan daha fazla ise suç işlemeyecektir. Söz konusu rasyonel muhakeme de genellikle geçmiş cezalandırma tecrübelerine bakılarak yapılmaktadır (Akers & Sellers, 2009: 18).

Klasik Okul'a göre cezanın en temel amacı, caydırıcılıktır. Suçu önlemenin en kestirme yolu ise cezalar yoluyla *suçun maliyetlerini artırarak* suçu rasyonel bir tercih olmaktan çıkarmaktır (Akers & Sellers, 2009: 18). Bu bakımdan, öncelikle ceza suça uygun olmalıdır. Bu daha sonra failin yaşı, zihinsel durumu gibi birtakım kriterlere de uygun olması şeklinde değiştirilmiştir (Akers & Sellers, 2009: 19). Ayrıca cezaların caydırıcılığı sanıldığı aksine cezanın sadece şiddetine değil; kesinliğine ve çabukluğuna da bağlıdır (Beccaria, 2013: 101-103; Akers & Sellers, 2009: 18-19). Bu noktada iki çeşit caydırıcılık söz konusudur. İlki, eğer suç işleyen kişi derhal (çabukluk) yakalanır (kesinlik) ve uygun bir şekilde cezalandırılır (şiddet) ise, bu tecrübe onun bir daha suç işlemesine engel olur. Fakat yakalanmadan veya cezalandırılmadan sık sık suç işleyen insanın risk algısı düşük olacaktır ve yeniden suç işleme ihtimali de artacaktır. Kriminolojide bu özel caydırıcılık olarak adlandırılmaktadır. İkincisi ise, henüz suç işlememiş insanların suçun karşılığında verilen cezayı görmeleri, korku ve yaptırım tehdidiyle yüzleşmeleri onları suç işlemekten alıkoyacaktır. Bu da genel caydırıcılıktır. Cezaların kesinliği, şiddeti ve

çabukluğu, orantılılığı, genel ve özel caydırıcılık aslında modern caydırıcılık teorisinin temellerini ve modern ceza hukuku ve ceza adalet sisteminin de kalbini oluşturmaktadır (Akers & Sellers, 2009: 19-20). Bu noktada hapis cezasıyla, bir yandan suçlu alıkonularak yeni bir suç işlemesi engellenmekte, aynı zamanda hak edilen ceza tatbik edilerek adaletin tesisi sağlanmakta; diğer taraftan ise hem toplum mahkûmdan korunmakta hem de potansiyel failler yaptırım tehdidiyle yüzleştirilmektedir. Bu bakımdan hapis cezası, Klasik Okul'un ideal cezalandırma yöntemidir.

Bugünkü anlamda hükümlüyü topluma yeniden kazandırma amacına dayalı ve belirli bir hukuki çerçeveye oturtulmuş ilk hapis hanesinin 1595 yılında Amsterdam'da inşa edildiği söylenmektedir (Erdem, 1993: 193). Her ne kadar ilk kurulduğunda Hollanda dışında fazlaca taraftar bulamasa da hapis cezası günümüzde bütün yargı sistemlerinde cezai yaptırım sisteminin belkemiğini oluşturmaktadır. Bununla birlikte, hapis cezasının ilk ortaya çıkışından günümüze kadar geçen sürede, dünya genelinde artan hapis hane nüfusu ve tekerrürün istikrarla artış göstermesi, hapsedenlerin, cezanın amacını gerçekleştirmeye en uygun yaptırım türü olup olmadığının sorgulanmasını sağlamıştır. Kısa süreli hapis cezası da ceza adalet politikası tartışmalarının odağında bulunmaktadır. Bunun iki önemli sebebi olduğu söylenebilir. İlki, infaz kurumunda kalınan sürenin, ıslah programlarının uygulanabilmesi için çok kısa olması; ikincisi ise suçun normalleşmesi, kanıksanması, yeni suç tipleri ve suç işleme taktikleriyle tanışmak için bu sürenin çok uzun olmasıdır (İçel ve diğerleri, 2000: 94). Bunun dışında hapis cezasının kendine özgü sakıncaları da bulunmaktadır. İlki, hapis cezasının infaz maliyetlerinin devlete ciddi ekonomik külfetler yüklemesidir. İkincisi ise, hapsedenlere giren mahkûmun ailesinden, iş çevresinden, sosyal ilişkilerinden kopartılarak damgalanması, maddi ve manevi yönden zayıflamasıdır (Güvel, 2004: 28-29). Bu noktada, dünya genelinde, hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik olarak hapsedenlerin sınırlandırılması ve seçenek yaptırımlara hükmedilmesi ile hürriyeti bağlayıcı ceza dışındaki infaz biçimlerinin geliştirilmesi eğilimi güç kazanmaktadır (Erdem, 1993: 194). Bununla beraber bilhassa suçluyu toplum dışına itmeyen denetimli serbestlik, kamuya yararlı bir işte çalıştırılma ve elektronik izlemenin ön plana çıktığı söylenebilir.

2.2. Seçenek Yaptırımlar: *Damgalama, Sosyal Öğrenme ve Sosyal Bağ Teorileri*

Seçenek yaptırımların arka planındaki teorilerden ilki, *toplumsal tepki perspektifi* olarak da bilinen, geleneksel suç teorilerinin aksine doğrudan suçun nedenleri yerine,

toplumun suç ve suçlu üzerinde gösterdiği tepkiler üzerine yoğunlaşan *Damgalama Teorisidir* (Labeling Theory) (Akers & Sellers, 2009: 151; White & Haines, 2008: 74). Bu teoriye göre, kişinin bir kez suç işledikten sonra tekrar suç işleyip işlemeyeceği tamamen bu kişiye nasıl bir tavır takınılacağına bağlıdır. Charles Horton Cooley (1902) ve George Herbert Mead (1934), bireylerin kendilerine dair bilgiyi çoğu zaman yüz-yüze sosyal etkileşimler neticesinde elde ettiklerini ve davranışlarını dış dünyadan gelen tepkilere göre şekillendirdiklerini “sembolik etkileşim” kavramsallaştırmasıyla ortaya atan ilk isimlerdir (Akers & Sellers, 2009: 152). Cooley, bunu “aynaya bakmak” (looking-glass self) deyimine benzetmektedir; bireyler de tıpkı bir ayna gibi diğer insanların kendileri hakkında ne düşündüklerine bakarak, kendilerine bir değer biçmekte ve dış dünyadan gelen olumsuz betimlemeleri benimseyebilmektedir (Cooley, 1902; Akers & Sellers, 2009: 152). Ceza adalet sistemi ve toplum tarafından kişinin “suçlu”, “keş”, “katil” “cani” veya “zanlı” olarak damgalanması, hatalarının ve kusurlarının yüzüne vurularak marjinalleştirilmesi, kişiyi toplumdan kopararak suçlu bir alt kültürün parçası haline getirebilir ve bu kişinin suç işlemeyi bir kariyer olarak benimsemesine yol açabilir (Akers & Sellers, 2009: 153; White & Haines, 2008: 75).

Damgalama teorisinin suçun önlenmesi noktasında önerdiği politikalar, bazı eylemlerin suç olmaktan çıkarılması (decriminalization) ve hapisanelerin boşaltılması (decarceration) gibi *müdahale etmemeden* (non-intervention) başlayıp başta suçlu olmak üzere toplumun katılımıyla suçun neden olduğu olumsuz etki, zararın ve hasarın giderilmesi (restitution and reparation), örneğin, çocuk suçluların bir özel kuruma yönlendirilmeleri, terapi grupları, komşuluk programları, eğitim programları gibi çeşitli *müdahale* (intervention) yöntemlerine kadar çok geniş bir yelpazede uzanmaktadır (Akers & Sellers, 2009; White & Haines, 2008: 75-76). Bununla birlikte, damgalama teorisi de ciddi eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu teoriye yönelik en güçlü eleştirilerden ilki, kişilerin birincil sapma davranışlarını neden işledikleri ve kişileri suça iten faktörlerin neler olduğuyla ilgilenmemesidir (Einstadter & Henry, 1995: 224). İkincisi ise, teorinin başında aktif bir rol oynayarak, bilerek ve isteyerek suç işleyen kişinin, teorinin sonlarına doğru tamamen edilgen, kendisine vurulan damgadan sonra kontrolünü ve inisiyatifini kaybeden biri haline dönüşmesidir (Einstadter & Henry, 1995: 224).

Seçenek yaptırımların arka planındaki teorilerden diğeri, *Sosyal Öğrenme* (Social Learning) *Teorisidir*. Ronald L. Akers tarafından ortaya atılan bu teori, kriminoloji

teorileri arasında lider konumda olan ve bugüne kadar ampirik olarak en fazla test edilen (örn: Stitt & Giacopassi, 1992) teoridir (Ellis & Walsh, 1999; Akers & Sellers, 2009: 85). Akers'in bu teorisi, aslında Edwin H. Sutherland'ın *Ayırıcı Birliktelikler Teorisi*'nin (differential association theory) geliştirilmiş ve davranışsal açıdan yeniden formüle edilmiş halidir (Akers & Sellers, 2009: 85). Sutherland, suçun tıpkı diğer davranışlar gibi öğrenilen bir davranış olduğunu ve bu öğrenmenin bireyin sokakta tesadüfen karşılaştığı kişilerle olan etkileşimi sonucunda değil; bireyin kendisi açısından önemli olan insanlarla olan etkileşimi sonucunda gerçekleştiğini savunmaktadır (Akers & Sellers, 2009: 86-87). Akers de normlara uyma ve normlardan sapma davranışını aynı öğrenme süreci ile açıklamaktadır. Fakat Akers öğrenme sürecine *ayırıcı pekiştirme* olarak ifade edilen (differential reinforcement) bir unsur daha ilave ederek, dört temel kavram üzerinden izah etmiştir: *Ayırıcı Birliktelikler* (differential association), *Tanımlar* (definitions), *Ayırıcı Pekiştirme* (differential reinforcement) ve *Taklit* (imitation) (Akers & Sellers, 2009: 89-90). Eğer birey, sapma gösteren kişilerle ayırıcı olarak birlikte olursa, kişilerin sapma davranışına ilişkin tanımlamaları olumlu olursa, sapma davranışı ayırıcı olarak daha çok pekiştirilirse ve insanlar sapma gösteren modellere daha fazla maruz kalırsa normları ihlal eden davranış ortaya çıkacaktır (Akers & Sellers, 2009: 93). Sosyal öğrenme süreci ile suçun açıklanması ampirik olarak güçlü desteğe sahiptir. Sosyal öğrenme teorisini test eden çalışmaların büyük çoğunluğunda teorinin öngördüğü gibi değişkenlerin suçu tahmin eden en güçlü faktörler olarak ortaya koyulduğu görülmektedir (Ör. Winfree ve diğerleri, 1993; Skinner & Fream, 1997; Durkin ve diğerleri, 2005). Akers'in teorisi kendi yaptığı çalışmalar ve danışman olduğu tezlerle de test edilmiş ve farklı suç tiplerini açıklama noktasında geçerliliği desteklenmiştir (Boeringer ve diğerleri, 1991; Lee ve diğerleri, 2004; Akers & Sellers, 2009: 104).

Sosyal öğrenme teorisi çerçevesinde suçun önlenmesine ilişkin çeşitli programlar önerilmektedir. Örneğin, çocukluktan itibaren şiddet ve antisosyal içerikli davranış modellerinin çocuğa gösterilmesinden kaçınılması ve uygun rol modellerinin oluşturulması; çocuklarda kişilik gelişimini hedef alan (aile ve akran gruplarını da kapsayan) çeşitli rehabilitasyon programları; mahkumların hapisyanede birbirinden farklı suç türlerini ve suç işleme metotlarını öğrenmelerini engellemek amacıyla mümkün olduğunca tek kişilik veya iki kişilik hücrelerde tutulmaları ve denetimli serbestlikte, ister çocuk ister yetişkin olsun, davranış değişikliği odaklı programlar gibi (Akers & Sellers, 2009: 110 vd.)

Seçenek yaptırımların arka planındaki teorilerden bir diğeri ise, *Sosyal Bağ* (Social Bonding) *Teorisidir*. Hirschi'in geliştirdiği (1969) sosyal bağ teorisi, kendinden önceki sosyal kontrol teorilerinin birçok unsurunu bir araya getirmiş ve suçluluğu farklı bir şekilde izah etmiştir (Akers & Sellers, 2009: 128-129). Bu teoriye göre, bir kişinin toplumla olan bağı zayıfladığında ya da kopma noktasına geldiğinde suç işleme ihtimali artmaktadır. Kişinin toplumla olan bağını ise dört temel unsur meydana getirmektedir: Bağlılık (attachment to others), adanmışlık (commitment), sürekli meşguliyet (involvement) ve inançlar (belief) (Akers & Sellers, 2009: 129-132). Kişinin ailesi, arkadaşları, okul öğretmeni ve diğer kimselerle arasındaki toplumsal bağı meydana getiren bu unsurlar ne kadar güçlü olursa, kişi normlara uyma yönünde o derece güçlü olarak kontrol altında tutulacaktır. Tersinden hareketle, bu unsurlar ne kadar zayıflarsa, kişinin normları ihlal etme olasılığı o kadar güçlü olacaktır. Hirschi, toplumsal bağı oluşturan bu dört unsurun birbiriyle bağlı olduğunu, bu nedenle biri zayıfladığında diğer unsurların da zayıflayacağını iddia etmektedir (Akers & Sellers, 2009: 129). Yapılan ampirik çalışmalar, sosyal bağ teorisini genel olarak desteklemektedir (Akers & Sellers, 2009: 132).

Sosyal bağ teorisinin suçun önlenmesine ilişkin öne sürdüğü politikalar, kişinin toplumsal bağlarını kuvvetlendirmeye yöneliktir. Bu teorinin suç davranışını açıklarken ortaya koyduğu dört temel unsurdan yola çıkarak; çocukların aile ve okulla olan bağlılığını kuvvetlendirmeye (bağlılık), çocuğun okulda başarılı olmasını sağlamaya (adanmışlık), çocukları faydalı işlerle meşgul etmeye ve zamanlarını olumlu faaliyetlerde harcamalarını teşvik etmeye (sürekli meşguliyet) ve de çocuklara ve gençlere toplumsal değerleri öğretmeye (inançlar) yönelik programlar ve uygulamalar önerilmektedir (Akers & Sellers, 2009).

3. Suçun Önlenmesinde Hapis Cezası İle Seçenek Yaptırımların Etkinliğinin Karşılaştırılması

Her şeyden önce, bütün araştırmaların, metodolojik ve bilimsel açıdan aynı kalitede olmadığı belirtilmelidir (Akers & Sellers, 2009: 10). Araştırmalarda kullanılan tasarım ve metot özellikleri, araştırma örnekleminin özellikleri, katılımcıların özellikleri gibi önemli farklılıkları dikkate almadan mevcut çalışmaların sistematik olmayan bir literatür derlemesinin yapılması yanıltıcı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır (Topçuoğlu, 2016: 91-92). Bu nedenle araştırmacılar, daha doğru ve objektif bir değerlendirme yapabilmek için sistematik derleme

çalışmaları yapmaktadır (ör. Bennett ve diğerleri, 2008; Topçuoğlu, 2016). Çünkü sistematik derlemeler, birçok açıdan sistematik olmayan literatür derlemelerinden ayrılmaktadır. Bunları şöyle sıralamak mümkündür (Farrington & Petrosino, 2001; Littell ve diğerleri, 2008; Topçuoğlu, 2016: 92-93):

1. Sistematik derlemeye dâhil edilecek olan etkinlik değerlendirmesi çalışmalarının hangi kriterler açısından değerlendirilip çalışmaya dâhil edileceği çok *şeffaf* olarak ortaya koyulmalıdır.

2. Çalışmalara nasıl ulaşıldığı, aramada kullanılan kelimeler, aramanın gerçekleştirildiği veri tabanları, dergiler ve diğer kaynaklar ayrıntıları ile belirtilmelidir.

3. Araştırmacı elde ettiği tüm çalışmaları başlangıçta belirlediği kriterler doğrultusunda tek tek inceleyerek en sonunda elde ettiği bulguları betimsel olarak sunabileceği gibi (sistematik derleme), çeşitli istatistik yöntemler kullanılarak niceliksel olarak da sunabilmektedir (meta-analiz çalışması) (Farrington & Petrosino, 2001; Littell ve diğerleri, 2008; Topçuoğlu, 2016: 92-93).

Bu çalışma, aşağıda yöntem bölümünde ortaya koyulan kriterler ışığında, suçun önlenmesinde hapis cezası ile seçenek yaptırımların etkisi üzerine yapılmış meta-analiz çalışmalarını özetleyen bir sistematik derleme çalışmasıdır.

3.1. Yöntem

Bu çalışma, bugüne kadar yapılan hapsedme ve seçenek yaptırımların suçun önlenmesi üzerindeki etkisini değerlendiren meta-analiz çalışmalarını bütüncül olarak ele almayı ve sistematik derlemesini yapmayı amaçlamaktadır. Bir başka deyişle, önceki meta-analiz çalışmaları üzerinden gerçekleştirilen daha kapsamlı bir sistematik derleme çalışmasıdır. Bu sistematik derlemeye dâhil edilebilmesi için önceki çalışmaların içerdikleri ampirik çalışmaların seçiminde aşağıdaki kıstasların yerine getirilmiş olması gerekmektedir:

- (1) *Dahil edilen çalışmaların içindeki etkinlik çalışmaları mutlaka en az bir kontrol ya da karşılaştırma grubuna sahip olmalıdır.* Herhangi bir kontrol grubu kullanmayan yani sadece tek bir grup üzerinde müdahale öncesi ve sonrası ölçüme dayanan etkinlik değerlendirmesi çalışmalarını dâhil eden sistematik derlemeler kapsam dışında tutulmuştur.

- (2) *Bütün çalışmalarda, kontrol ve deney grubu, hapis cezası ve seçenek yaptırımı tabii tutulan kişilerden oluşmalıdır.* Bu çalışma, genel olarak hapis cezası ile seçenek yaptırımın mükerrer suçluluk üzerindeki etkisini değerlendirmeyi hedeflediğinden hapis cezası veya seçenek yaptırımdan herhangi birinin kendi arasındaki etkinliğini değerlendiren sistematik derlemeler çalışmaya dâhil edilmemiştir. Örneğin, sadece hapsedme, infaz çeşitleri veya hapsedme sonrası birtakım programların (Wilson ve diğerleri, 2005; Visher ve diğerleri, 2006; Mitchell ve diğerleri, 2012; Petrosino ve diğerleri, 2003) ya da sadece seçenek yaptırımların kendi aralarındaki etkinliğine odaklanan araştırmalar (Garrido & Quintro, 2007; Strang ve diğerleri, 2013) bu çalışmaya dahil edilmemiştir.
- (3) *Yapılan müdahale, homojen yapıda olmalıdır; bir başka ifadeyle, kontrol ve deney grubuna, ya hürriyeti bağlayıcı ya da seçenek yaptırımdan biri uygulanmalıdır.* Dolayısıyla herhangi bir sistematik derlemenin bu çalışmaya dâhil olabilmesi için müdahale yöntemleri birbirine karıştırılarak uygulanmamış olmalıdır. Örneğin, şirket suçlarının önlenmesinde cezalandırıcı olan ve olmayan yaptırım türlerinin karşılaştırıldığı bir çalışma, cezalandırıcı yaptırımlar arasına hem kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakan hem de bırakmayan yaptırımları dâhil ettiği için kapsam dışında tutulmuştur (Simpson ve diğerleri, 2014). Ayrıca Smith ve arkadaşlarının çalışması da (Smith ve diğerleri, 2002) bu konuda yapılmış olan ilk sistematik derleme çalışmasının güncellenmiş hali olmasına rağmen çalışmada seçenek yaptırımlar *boot camp* ve *scared straight* gibi hapis cezasının infazına ilişkin programları da içerdiği için dâhil edilmemiştir.
- (4) *Bütün çalışmalarda, hapis ve seçenek yaptırım (müdahale) sonrası ölçüm hükümlünün mükerrer suçluluğuna ilişkin olmalıdır.* Bazı sistematik derlemeler müdahalenin mükerrer suçluluk üzerindeki etkisini değil; örneğin sadece infaz maliyetleri (McDougall ve diğerleri, 2008) veya sadece hükümlünün sosyal hayata entegrasyonunu (Murray ve diğerleri, 2009) değerlendirdiğinden dâhil edilmemiştir. Fakat bir araştırma içerisinde birden fazla soruya

cevap aranıyor da olabilir. Bu durumda mükerrer suç oranına olan etki ayrılabilir ise çalışmamıza dâhil edilmiştir. Örneğin, Jonson'ın (2010) çalışmasında, hapis cezası ile seçenek yaptırımların mükerrer suçluluk üzerindeki etkisinin yanı sıra, hapsedme süresinin ve infaz şartlarının da tekrar eden suçluluk üzerindeki etkisi araştırılmıştır. Ancak çalışmada, meta-analiz sonuçları her bir değişken için ayrı ayrı sunulduğundan, hapis ve seçenek yaptırımın tekrar eden suçluluk üzerindeki etkisine ilişkin kısmı sistematik derlememize dâhil edilmiştir. Ayrıca tekrar suçluluk ölçümünde sadece yeniden hapsedilme oranı değil; yeni bir mahkûmiyet, denetimli serbestlik veya koşullu salıverilme şartlarının ihlali de dikkate alınmıştır.

- (5) *Dâhil edilen çalışmaların sonuçları meta-analitik yöntemle incelenmiş olmalıdır.* Hapis ve seçenek yaptırımın mükerrer suçluluk üzerindeki etkinliğini öyküsel olarak inceleyen ve meta-analitik yöntem kullanmayan niteliksel sistematik derlemeler bu çalışmaya dâhil edilememiştir.

Bu çalışmada yer verilen meta-analiz çalışmalarına şöyle bir yöntem izlenerek ulaşılmıştır. *İlk olarak*, 08.03.2016 tarihi itibari ile Campbell Collaboration'ın sistematik derlemeler kütüphanesinde (The Campbell Collaboration Library of Systematic Reviews) “Suç ve Adalet” (Crime and Justice) grubu içerisindeki 2003-2016 yıllarında yayımlanan bütün derleme çalışmaları, başlık ve anahtar kelimeleri tek tek “prison v. alternative sanction”, “custodial v. non- custodial”, “formal v. immediate sanction” anahtar kelimeleri kullanılarak taranmıştır. Bu arama neticesinde *otuz sekiz* çalışma bulunmuştur. Campbell İşbirliği, sosyal, davranışsal ve eğitimle alakalı alanlarda sistematik derleme çalışmalarını destekleyen ve kâr amacı gütmeyen bir kuruluş olup; Suç ve Adalet Grubu, bilhassa ceza adalet sistemi içerisinde failler üzerinde gerçekleştirilen müdahale programlarının etkinliğini değerlendiren yüksek kalitede sistematik derleme çalışmalarını desteklemektedir (Farrington & Petrosino, 2001; Topçuoğlu, 2016: 93).

İkinci aşamada, Google Akademik'te “prison sentence”, “alternative sanction”, “custodial”, “non-custodial”, “systematic review”, “recidivism” anahtar kelimeleri

iki farklı kombinasyon yapılarak toplamda 2000 kaynak taranmıştır².

Son aşamada ise, ilk iki aşamada elde edilen 2038 çalışma içerisinde başta belirlenen seçme kriterlerine uygun bulunan sistematik derleme çalışmalarının kaynakçaları taranmıştır. Aynı sistematik derlemenin birden fazla versiyonu bulunması durumunda en güncel olan sistematik derlemeye yer verilmiştir. Sonuç olarak, başta belirlenen kriterlere uygun toplamda üç meta-analiz çalışması tespit edilmiştir.

3.2. Bulgular

Yapılan sistematik arama sonucunda hapis cezası ile seçenek yaptırımların mükerrer suçluluğun önlenmesi üzerindeki etkisini inceleyen üç meta-analiz çalışması tespit edilmiştir (Nagin ve diğerleri, 2009; Jonson, 2010; Villettaz ve diğerleri, 2015). Bu çalışmalarda ele alınan değerlendirme çalışmalarının sayısı ve tasarım özellikleri, kapsanan yıllar, ülke ve dil kapsamı, yayınlanmış olma şartı aranıp aranmadığı gibi birtakım özellikleri Tablo 1’de gösterilmiştir. Genel olarak bu üç çalışma, 1960-2013 yılları arasında gerçekleştirilmiş etkinlik çalışmalarını içermektedir. Her üç meta-analiz çalışması da içerdiği etkinlik çalışmaları bakımından birbirinden bağımsız değildir, kimi durumlarda dâhil edilen çalışmalar birbiri ile örtüşmektedir.

Nagin, Cullen ve Jonson (2009) tarafından gerçekleştirilen meta-analiz çalışmasında, ülke ve dil sınırlaması olmadan ve yayınlanmış olma şartı aranmadan hapis cezası ve seçenek yaptırımların mükerrer suçluluk üzerindeki etkisi sistematik olarak araştırılmıştır. Esasında çalışmanın iki temel sorusu bulunmaktadır. İlki, hapis cezası ile seçenek yaptırımların tekrar suçluluk üzerindeki etkisi; ikincisi ise hapis cezasının süresinin (uzunluğunun-kısalığının) mükerrer suçluluk üzerindeki etkisidir. Araştırma sonuçları, her iki soru için de ayrı ayrı sunulduğundan Nagin ve arkadaşlarının meta-analiz çalışmasına bu sistematik derlemeye dâhil edilebilmiştir. Çalışmada ele alınan ve hapis cezası ile seçenek yaptırımların tekrar eden suçluluk üzerindeki etkisini değerlendiren bütün etkinlik çalışmaları, kullanılan metod açısından incelenmiş ve dört ayrı grupta değerlendirilmiştir. İlk aşamada, birbirine olabildiğince benzer özelliklerdeki hükümlülerin deney ve kontrol grubuna rastlantısal olarak yerleştirildiği dört deneysel (Barton ve Butts, 1990; Bergman, 1976; Killias ve diğerleri, 2000; Schneider, 1986) ve bir yarı deneysel (Van der Werff, 1979) çalışma; ikinci aşamada, gözlemsel veriye dayanan *on bir* eşleştirme çalışması (Apel & Sweeten, 2008; Kraus, 1974, 1978, 1981; Loughran ve diğerleri, 2008; Muiluvuori,

2 Google Akademik’te yapılan her aramada sadece ilk 1000 kaynak gösterilmektedir.

2001; Petersilia ve diğerleri, 1986; Savolainen ve diğerleri, 2002; Smith & Akers, 1993; Weisburd ve diğerleri, 2001) değerlendirilmiştir. Üçüncü aşamada ise gözlemsel veriye dayanan *otuz bir* regresyon çalışması ve son olarak dördüncü aşamada diğer metotları kullanan ve azınlıkta kalan *yedi* çalışma meta-analitik yöntemle değerlendirilmiştir.

Nagin ve diğerlerinin (2009) çalışmasında elde edilen bulgular, seçenek yaptırımlarla karşılaştırıldığında hürriyeti bağlayıcı cezaların suçun önlenmesinde *hiç* veya *önemsiz* etkisinin olduğuna dair kanıtlar ortaya koymaktadır. Hürriyeti bağlayıcı cezaların önleyici etkisi istatistiksel olarak anlamlı değildir. İlk aşamada değerlendirilen *beş* çalışmanın *üçü* hapsedmenin mükerrer suçluluğu önlemede sadece bir puan etkili olduğunu gösterirken; yalnızca *bir* çalışma (Barton ve Butts, 1990) istatistiksel olarak anlamlı bir etkisi olduğunu göstermektedir. Fakat bu etkinin, hapsedmenin olanaksızlaştırıcı bir başka ifadeyle kısıtlayıcı (incapacitation) etkisinden kaynaklandığı da belirtilmelidir. İkinci aşamada değerlendirilen *on bir* çalışmanın sonuçları karma özellik göstermektedir. Hapis cezasının mükerrer suçluluğu önlemede etkili olduğuna ilişkin istatistiksel olarak anlamlı bulguların tespit edildiği çalışmalar olduğu gibi (Nieuwbeerta ve diğerleri); aksi yönde çalışmalar (Weisburd ve diğerleri, 1995; Smith ve Akers, 1993) da vardır. Üçüncü aşamada değerlendirilen *otuz bir* çalışmanın *yirmi ikisinde* hapis cezasının tekrar eden suçluluktaki etkisi pozitif, *yedi* çalışmada negatif ve *iki* çalışmada ise eşit etki tespit edilmiştir. Hürriyeti bağlayıcı cezanın mükerrer suçluluktaki etkisinin pozitif olduğu *yirmi iki* çalışmanın sadece *on yedisi* istatistiksel olarak anlamlı iken; tekrar suçluluk üzerindeki etkinin negatif olduğu *sekiz* çalışmanın *yedisi* istatistiksel olarak anlamlıdır.

Jonson (2010) ise doktora tezi olarak hazırladığı çalışmasında, ülke ve dil sınırlaması olmadan ve yayınlanmış olma şartı aranmadan hapis ve seçenek yaptırımların mükerrer suçluluğun önlenmesindeki etkisini değerlendiren etkinlik çalışmalarını sistematik olarak araştırmıştır. Aslında bu sistematik derlemenin üç temel sorusu bulunmaktadır. İlki, seçenek yaptırımların hapsedmeye nazaran mükerrer suçluluk üzerindeki etkisi nedir? İkincisi, hapsedme süresinin serbest bırakılan mahkumlar üzerindeki etkisi nedir? Üçüncüsü ise, ağır infaz şartları ile daha hafif infaz şartlarının (hapis) mükerrer suçluluk üzerindeki etkisi nedir? Bu üç temel sorudan en azından birini inceleyen *üç yüz bir* çalışma tespit edilmiş; *seksen beşi* değerlendirme kriterlerine uygun bulunmuştur. Bu *seksen beş* çalışmanın, *elli*

yedisi hapis cezası ve seçenek yaptırımların mükerrer suçluluk üzerindeki etkisini değerlendirmektedir ve 177 *etki büyüklüğü* oluşturmaktadır. *Yirmi yedi* etkinlik çalışması ise hapsedme süresini değerlendirmektedir ve 50 etki büyüklüğüne sahiptir. *On bir* çalışma ise infaz şartlarını değerlendirmektedir ve etki büyüklüğü 15'tir. Etki büyüklüğü, etkinlik çalışmasında ele alınan söz konusu programın belirlenen sonuç değişkeni üzerindeki etkisini ifade etmektedir (Topçuoğlu, 2016: 93). Meta-analiz çalışmalarında kullanılan etki büyüklüğü ölçütleri araştırmacının tercihine göre farklılık gösterebilmekle beraber, genel olarak, her bir ölçüt, arzu edildiğinde istatistiksel olarak bir diğerine çevrilebilmektedir (Topçuoğlu, 2016: 93).

Bizim sistematik derlememiz bakımından, çalışmanın birinci sorusuna ilişkin sonuçlar önem arz ettiğinden dolayı sonuçlar o minvalde sunulacaktır. Jonson'ın, araştırmasının ilk sorusuna yanıt ararken sistematik derlemesine dahil ettiği *elli yedi* etkinlik çalışmasının neredeyse *yarısı* (%49.2) 2000-2010 yılları arasında yayınlanmış araştırmalardan oluşmaktadır. *Üçte biri* (%31.1) 1990'larda, kalan *azınlığı* (%19.8) ise 1960 ila 1989 yılları arasında yayınlanmış çalışmalardır. Araştırmaların büyük çoğunluğu (%51.4) Amerika'da yapılmıştır. Amerika'yı takiben İngiltere (%9.6), Avustralya (%5.6), Kanada (%2.8) ve diğer (%30.5) ülkeler gelmektedir. Etkinlik çalışmaları, mükerrer suçluluğun tespitinde tutuklama (%15), mahkumiyet (%28), yeniden hapsedilme (%52), denetimli serbestliğin veya koşullu salıverilmenin ihlalini (%1.1) esas almaktadır.

Hapis cezası ve seçenek yaptırımların mükerrer suçluluk üzerindeki etkisini değerlendiren *elli yedi* çalışmayı (k=177 etki büyüklüğü) inceleyen Jonson, bu iki yaptırım türü ile tekrar eden suçluluk arasında *ortalama etki büyüklüğünü* $r = -11$ ve *ağırlıklı ortalama etki büyüklüğünü* $Z+ = -1440$ olarak belirlemiştir. Daha kesin ifadelerle belirtmek gerekirse, hapis cezasına mahkum olanların mükerrer suçluluk oranı %55.5 iken, seçenek yaptırıma tabi olanlarda bu oran %44.5'tir. Bu hesap, ortalama etki büyüklüğü (r) ikiye bölünüp, 50 eklenip/çıkarılarak bulunmuştur ($50+/-11/2=44.5$ ve 55.5 sırasıyla). Bununla birlikte, Q istatistiği ile hesaplandığında hapis ve seçenek yaptırımların karşılaştırılması istatistiksel olarak anlamlıdır. Sonuçlar üç standart ortalama sapmadan daha büyüktür ve 62 etki büyüklüğünden uzaklaşmıştır. Hem ortalama etki büyüklüğü, hem de ağırlıklı ortalama etki büyüklüğü sönüktür. Ancak hâlâ ortalama etki büyüklüğü ve ağırlıklı ortalama etki büyüklüğü negatiftir ve seçenek yaptırımlar için tekrar eden suçluluğun

azalmasına ilişkin istatistiksel olarak anlamlı sonuçlar bulunmaktadır. Jonson, yüksek kalitede etkinlik çalışmalarına odaklandığı meta-analiz çalışması sonucunda, hapis cezasının seçenek yaptırıma oranla tekrar eden suçluluğu % 5 artırdığını ortaya koymaktadır.

Villettaz, Gillieron ve Killias (2015) tarafından gerçekleştirilen meta-analiz çalışmasında ise ülke ve dil sınırlaması olmadan ve yayınlanmış olma şartı aranmadan 1961-2013 yılları arasında yazılmış hapis ve seçenek yaptırımların mükerrer suçluluk üzerindeki etkisini değerlendiren etkinlik çalışmaları sistematik olarak araştırılmaktadır. Bu sistematik derleme, aslında yazarların 2006 yılında yayınladıkları sistematik derlemenin güncellenmiş versiyonudur. İlk halinde *üç binden fazla* çalışmanın özetine bakılmış ve *üç yüzden fazlası* da değerlendirme kriterlerine uyabilecek çalışmalar olarak incelenmiştir. Bu güncellenmiş hali için ise, 2003-2013 yılları arasında tamamlanmış veya yayınlanmış yaklaşık *yüz yeni* çalışma tespit edilmiş ve *on iki* tanesi değerlendirme kriterlerine uygun bulunmuştur.

Yazarlar sistematik derlemeye dâhil ettikleri *on iki* çalışmayı iki aşamalı olarak değerlendirmişlerdir. İlk aşamada, *Rastlantısal Kontrol Deneyi* (randomized controlled trial) ve *Doğal Deney* (natural experiment) tasarımını kullanan *dört* (Van der Werrf, 1979; Barton, 1990; Schneider, 1986; Killias, 2010) çalışma değerlendirilmiştir. İkinci aşamada ise, *Eğilim Skoru Eşleştirmesi* (propensity score matching) tasarımını kullanan yarı-deneysel *sekiz* (Wermink ve diğerleri, 2010; Lulham ve diğerleri, 2009; Nieuwebeerta ve diğerleri, 2009; Loughran ve diğerleri, 2009; Nirel ve diğerleri, 1997; Apel ve diğerleri, 2010; Weisburd ve diğerleri, 1995; Bales & Piquero, 2012) çalışmayı dâhil etmişlerdir.

Etkinlik çalışmalarının sonuçlarının geçerliliği açısından en güvenilir tasarım, müdahale öncesi ve sonrası ölçümler içeren, birbirine olabildiğince benzer özelliklere sahip deneklerin, deney ve kontrol grubuna rastlantısal olarak yerleştirildiği *Rastlantısal Kontrol Deneyi* (randomized controlled trial) dir. Her ne kadar rastlantısal kontrol deneyi kadar başarılı sonuçlara sahip olmasa da ona en yakın yöntem olarak, *Eğilim Skoru Eşleştirmesini* kullanan yarı-deneysel çalışmalar gösterilebilir. Bu tasarım, program uygulanmadan evvel iki grup arasında birtakım farklılıkların olabileceği ve bunun da sonucu etkileyeceği düşüncesine dayanmaktadır. Bu nedenle genellikle yaş, cinsiyet, ırk, önceki suç kaydı ve işlediği suç tipi olmak üzere *beş* farklı değişken eşleştirmede esas alınmaktadır. Bu yöntem, klasik eşleştirmeye nazaran daha avantajlıdır (Villettaz ve diğerleri, 2015: 47).

Yazarlar, sistematik derlemelerinde öncelikle *rastlantısal kontrol deneyi ve doğal deney* tasarımını, ardından *eğilim skoru eşleştirmesini* kullanan çalışmalara yer vermişlerdir. Bunun dışında, Sherman'ın *Metot Skor Ölçeği*³'ne göre Seviye 3'e tekabül eden *yarı-deneysel* (quasi-experiment) çalışmaları değerlendirme dışı bırakmışlardır (ör. Albrecht, 1984; McIvor, 1990; Bartels, 2009). Bu da yazarların meta-analiz çalışmasını, sadece en güncel çalışma yapmakla kalmamış, aynı zamanda güvenilir sonuçların alınabileceği kaliteli bir araştırma da yapmıştır.

Meta-analizin ilk aşamasında değerlendirilen ve rastlantısal kontrol deneyi tasarımını kullanan *dört* çalışmanın *ikisinde belirsiz etki-etkisiz* (null effect), *birinde seçenek yaptırım lehinde* ve doğal deney tasarımını kullanan, *birinde* ise trafik ve mal varlığına karşı suçlar bakımından *hiçbir etki* (none) olmadığı tespit edilmiştir. Meta-analizin ikinci aşamasında değerlendirilen ve eğilim skoru eşleştirmesini kullanan

3 Bütün değerlendirme çalışmalarının ortaya koyduğu bulguların aynı bilimsel güvenilirlikte olmadığı belirtilmelidir. Değerlendirme çalışmaları kullandıkları araştırma tasarımı ve sahip oldukları bilimsel geçerliliğe göre kendi aralarında derecelendirilmektedir. Bu derecelendirmede ABD'de geliştirilen "Maryland Bilimsel Metotlar Ölçeği" sıklıkla kullanılmaktadır. (Topçuoğlu, 2015(a): 3). Söz konusu ölçek, araştırmaları kullandıkları yönetime göre çeşitli puanlar vererek sıralamaktadır. Böylece bilimsel geçerliliği zayıf olan araştırmaların sonuçlarına dayanarak aslında işe yaramayan suç önleme veya iyileştirme programlarının devam ettirilip yaygınlaştırılması riskini azaltmaktadır (Topçuoğlu, 2015(a): 3).

Bilimsel Metot Skoru, deneysel, yarı deneysel ve deneysel olmayan şekilde çeşitli araştırma deseni kullanan çalışmaları 1 ile 5 arasında değişen, bilimsel geçerliliğe olan tehditlerin en az olduğu çalışmanın 5 puan aldığı bir sisteme dayanmaktadır. Tersinden hareketle, bilimsel geçerliliğe olan tehditlerin en fazla olduğu çalışma 1 puan almaktadır. *Seviye 1*'deki değerlendirme çalışmaları, gerçekleştirilen suç önleme veya iyileştirme programı ile üzerinde etki yaratılması beklenen sonuç değişkeninin aynı zaman diliminde ölçüldüğü kesitsel çalışmalardır. *Seviye 2*'deki değerlendirme çalışmaları, uygulanan program ile sonuç değişkeninin ölçümü arasında zaman sırasının var olduğu ve fakat uygulama öncesi-sonrasına ilişkin sonuç değişkeninde ölçüm olmasına rağmen karşılaştırıldığı bir kontrol grubunun bulunmadığı ya da söz konusu programa dâhil olan kişilerin kendileri ile karşılaştırmaya uygun olmayan bir kontrol grubu ile karşılaştırıldığı boylamsal çalışmalardır. *Seviye 3*'deki değerlendirme çalışmaları ise program öncesi ve sonrası ölçümlerin yapıldığı ve suç önleme veya iyileştirme programının uygulandığı grup ile karşılaştırılabilir bir kontrol grubunun bulunduğu boylamsal çalışmalardır. *Seviye 4*'deki değerlendirme çalışmaları, üçüncü seviyedeki çalışmaların aynısıdır; bununla beraber aralarındaki fark karşılaştırılan gruplar arasında program veya uygulama öncesinde var olan ve sonucu etkileyebilecek mevcut farklılıkların eşleştirme yoluyla ya da istatistiksel olarak kontrol edilmesi sonucunda birbirine daha benzer ya da denk olan karşılaştırma gruplarının birbiri ile karşılaştırılmış olmasıdır. Son olarak, *Seviye 5*'deki değerlendirme çalışmaları dördüncü seviyedeki çalışmaların aynısıdır; bunların aralarındaki tek fark ise karşılaştırılan gruplar arasında program veya uygulama öncesinde bulunan ve sonucu etkileyebilecek farklılıklar istatistiksel olarak değil, rastlantısal kontrollü deney yoluyla kontrol edilmektedir. (Topçuoğlu, 2015(a): 4-5).

Bu ölçeğe göre, bir programın sonuç değişkeni üzerinde etkili bir program sayılabilmesi için; değerlendirme çalışmasının sonuçları programın başarılı olduğunu göstermeli ve BMS'den 4 veya 5 puan almış olması gerekmektedir. Buna karşın, skoru 1 veya 2 olan çalışmalar, sonuçları ne olursa olsun bilimsel olarak güvenilir kabul edilmemektedir. Uygulamanın BMS'sinin 3 olması durumunda ise, programın umut verici ve işe yarayabilir olduğu kabul edilmektedir. Uygulanan politikaların süreç ve sonuç değerlendirilmesine ilişkin bilimsel yeterlilikte çalışmaların nasıl yapılacağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Topçuoğlu, "Türkiye'de Denetimli Serbestlik Hizmetlerinin Etkinliğinin Bilimsel Olarak Değerlendirilmesi", Denetimli Serbestlik 10. Yıl Sempozyumu, 2015.

yarı-deneysel *sekiz* çalışmanın *yedisinde seçenek yaptırım lehinde, birinde ise kayda değer bir etki olmadığı* tespit edilmiştir. Bununla birlikte, meta-analize dâhil edilmeyen yarı-deneysel çalışmaların büyük bir çoğunluğunda seçenek yaptırımlar hapsedmeye nazaran suçun önlenmesinde çok daha etkili olarak gösterilmektedir (ör. Muiluvuori, 2001; Petersilia ve diğerleri, 1986). Fakat araştırmaların kalitesi arttıkça iki yaptırım türü arasında aslında kayda değer bir fark olmadığı ortaya koyulmuştur.

Tespit edilen etkinlik çalışmaları üzerinden gerçekleştirilen meta-analiz sonuçlarına göre; hürriyeti bağlayıcı cezalar, tekrar eden suçluluğu önlemede istatistiksel olarak anlamlı bir etkiye sahip değildir. Bununla birlikte, seçenek yaptırımlar, mükerrer suçluluğun önlenmesinde etkilidir. Fakat bu etki, kayda değer bir büyüklükte değildir (İkinci çalışmada: 0.1; üçüncü çalışmada: ilk aşamada, 0.946 ortalama etki büyüklüğü; ikinci aşamada 0. 693 ortalama etki büyüklüğü). Yine de hapis cezası ile mukayese edildiğinde, seçenek yaptırımlar görece az bir oranda da olsa mükerrer suçluluğu hapis cezasından daha fazla önleyebilmektedir.

4. Sonuç ve Değerlendirme

Hapis cezası, uzun yıllardır ceza adalet sisteminin bel kemiğidir. Bununla birlikte, hapis cezasının infazı ve sonuçları, devlete ciddi ekonomik külfetler yüklemektedir ve elde edilen sonuç kimseyi memnun da etmemektedir. Nitekim dünya genelinde artan hapisane nüfusu ve tekerrürün istikrarla artış göstermesi; hapsedmenin, cezanın amacını gerçekleştirmeye en uygun yaptırım türü olup olmadığı sorgulanmasını sağlamıştır. Bugüne kadar yapılan ampirik çalışma bulguları da hapsedmenin tek başına mükerrer suçluluğu azaltıcı yönde özel bir caydırıcı etkisi olmadığını, hatta tekrar eden suçluluğu artırabileceğini göstermektedir (Smith, Goggin ve Gendreau, 2002; Nagin, 2012; Topçuoğlu, 2016: 101). Kısa süreli hapis cezası da ceza adalet politikası tartışmalarının odağında bulunmaktadır. Bunun nedeni de kısa süreli hapis cezasının hem hapsedmenin genel sakıncalarını hem de kendine özgü birtakım sakıncaları barındırmasıdır. Bu nedenle hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik olarak, hapsedmenin sınırlandırılması ve seçenek yaptırımlara hükmedilmesi eğilimi güç kazanmaktadır. Fakat bu eğilimin de etkinliğinin (işe yararlığının) değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu çalışma, metot bölümünde ortaya koyulan kriterler ışığında bugüne kadar yapılmış meta-analiz çalışmalarını inceleyerek, hapis cezası ve seçenek yaptırımların suçun önlenmesi üzerindeki etkisine ilişkin bulguları özetlemeyi ve Türkiye’de ceza

adalet sistemi için politika üretenele bilimsel kanıta dayalı önerilerde bulunmayı amaçlamaktadır. Çalışmanın başında belirtilen kriterler takip edilerek yapılan sistematik arama sonucunda üç meta-analiz çalışması tespit edilmiştir (Nagin ve diğerleri, 2009; Jonson, 2010; Villettaz ve diğerleri, 2015).

Tablo 1: Sistematik Derlemeye Dâhil Olan Meta-Analiz Çalışmalarının Belli Başlı Özellikleri

Yıl (Yazar)	Dâhil Edilen Etkinlik Değerlendirme sayısı	Değerlendirilen programlar	Değerlendirme çalışmalarının tasarım özelliği	Kapsanan yıllar	Ülke ve yazım dili şartı	Yayımlanma şartı
2009 (Nagin, Cullen ve Jonson)	n= 66	Hürriyeti bağlayıcı cezalar ve seçenek yaptırımlar (n=46) Hürriyeti bağlayıcı cezanın süresi (n=20)	Deneyel ve yarı-deneyel	Belirtilmemiş	Sınırlama yok	Yok
2010 (Jonson)	n= 85	Hürriyeti bağlayıcı cezalar ve seçenek yaptırımlar (n=57) Hürriyeti bağlayıcı cezanın süresi (n=27) İnfaz şartlarının ağırlığı-hafifliği (n= 11)	Deneyel ve yarı-deneyel	1960-1989	Sınırlama yok (Amerika %51, İngiltere % 20, Avustralya %6, Kanada %3 ve diğer %30)	Yok
2015 (Villettaz, Gillieron ve Killias)	n= 12	Hürriyeti bağlayıcı cezalar ve seçenek yaptırımlar (n= 12)	Deneyel ve yarı-deneyel (Rastlantusal Kontrol Deneyi, Eğilim Skoru Eşleştirmesi)	1961-2013	Sınırlama yok	Yok

Bu üç meta-analiz çalışmasından elde edilen bulgulara dayanılarak birtakım sonuçlar çıkarmak mümkündür. İlk olarak, hapis cezası ve seçenek yaptırımların mükerrer suçluluk üzerindeki etkisini değerlendiren sistematik derleme sayısının oldukça sınırlı olduğu görülmektedir. Fakat bu alanda yapılan etkinlik sayısı ise fazladır. Araştırmacıların, sistematik derleme yapmaktan ziyade bir veya daha fazla seçenek yaptırım türü ile hapis cezasını karşılaştırmayı tercih ettikleri görülmektedir.

İkinci olarak, bu çalışma, seçenek yaptırımların hapis cezalarına nazaran tekrar eden suçluluğun önlenmesinde daha etkili olduğuna ilişkin bulgular ortaya koymaktadır. Hapis cezası ise mükerrer suçluluğun önlenmesinde istatistiksel olarak anlamlı bir etkiye sahip olamadığı gibi (Nagin ve diğerleri, 2009); bilakis tekrar eden suçluluğun artmasına da neden olabilmektedir (Jonson, 2010). Söz konusu bulgular, en etkili suç önleme yöntemi olarak hapsetmeyi öngören caydırıcılık teorisinin varsayımları ile çelişmektedir. Fakat kontrol grubunda bulunan ve hapis cezası alan mahkûmların belli bir risk grubundaki ve belli suçları işleyen failler oldukları da gözden kaçırılmamalıdır. Zira deney grubunun oluşturulabilmesi için, seçenek yaptırıma çevrilebilir nitelikteki hapis cezasını gerektiren suçların işlenmiş olması gerekir. Hukuk sistemlerinde, genellikle 6 ay veya 1 yıl süreli hapis cezaları seçenek yaptırıma çevrilebilmektedir. Ayrıca sınırlı sayıda ülkede (İngiltere, İspanya, Hollanda, Belçika gibi) ise seçenek yaptırımlar müstakil bir ceza olarak uygulanmaktadır. Dolayısıyla hakkında kısa süreli hapis cezasına veya seçenek yaptırıma hükmedilebilecek, belli özelliklerdeki suçları işleyen ve genellikle düşük risk grubundaki failler için sonuçların geçerli olduğu söylenebilirken; uzun süreli hapis cezasına mahkûm olanlar için aynı şeyi söylemek mümkün gözükmemektedir.

Her ne kadar Villettaz ve diğerlerinin çalışmasında, araştırmaların metot açısından kalitesi arttıkça, iki yaptırım türü arasında aslında kayda değer bir fark olmadığı ortaya koyulsa da araştırma bulguları, her halükarda seçenek yaptırımların -görece az bir oranda da olsa- kısa süreli hapis cezasına nazaran suçun önlenmesinde daha etkili olduğunu göstermektedir. Belki de araştırma bulgularını şöyle özetlemek gerekir: *Hapis cezası, mükerrer suçluluğu seçenek yaptırımlardan daha fazla önleyemiyor.* Kriminologların diliyle söyleyecek olursak, günümüzde artık hapsetmenin *özel caydırıcı etkisi* (the specific deterrent effect) yeterli değildir. Kaldı ki seçenek yaptırımların etki oranı *sıfır* bile olsa, hapishanenin inşa ve idare masrafları ile hapsetmenin diğer negatif yan etkileri de düşünüldüğünde, neden hâlâ bilhassa *kısa süreli hapis cezasından* vazgeçilemediğini anlamak güçleşecektir.

Bu sorunun cevabı, hapsetmenin *olanaksızlaştırıcı* (incapacitation) etkisinde bulunabilir. Nitekim hapis cezasına mahkûm olan kişinin hareket özgürlüğü *kısıtlanarak* suç işlemesi önlenmektedir. Fakat bu etki, *geçici* bir süre için geçerli olacaktır. Kaldı ki, hapishanelerin adeta bir suç okulu gibi yeni suç ve suçlular ürettiği, mahkûmların cezaevinde bilhassa uyuşturucu veya cinsel suç gibi birtakım

suçların hem faili hem mağduru olabildiği de düşünülürse, *olanaksızlaştırıcı* veya *kısıtlayıcı* etkinin ne derece etkili olduğu da şüphelidir.

Hapis cezasından vazgeçilememesinde, hapsedmenin iyileştirici veya olanaksızlaştırıcı etkisinden ziyade; kamuoyunda etkili bir ceza olarak görülmesi, topluma güven vermesi ve adalet (burada çoğunlukla intikam anlamında) duygusunu tatmin etmesi başat faktörler olarak gösterilebilir. Yaptırımın türü, cezanın amacıyla ilişkilidir ve kusurun ağırlığıyla orantılıdır. Her ne kadar son yıllarda, hapis cezasının infazında, cezaevi dışındaki infaz yöntemleri ve seçenek yaptırımlar ceza adalet politikası tartışmalarının odağında bulunsada toplumsal yaşamın önemli hukuksal değerlerini ihlal eden suçlar, tekerrür ve tehlikeli şiddet suçluluğu bakımından hapis cezası varlığını sürdürecektir (Abanoz, 2016: 58). Fakat hafif haksızlıkların cezalandırılmasında, *kısa süreli hapis cezasından vazgeçilerek*; failin, mağdurun ve işlenen suçun durumuna uygun olan seçenek yaptırımın müstakil olarak uygulanması üzerine düşünülmelidir.

Üçüncü olarak, bu çalışmada ortaya koyulan ve seçenek yaptırımların tekrar eden suçluluğun önlenmesinde etkili olduğuna ilişkin bulgular, bütün seçenek yaptırımlara genellenebilir mi? Tersinden hareketle, bu bulgulardan yola çıkarak hangi seçenek yaptırım türünün daha etkili olduğuna ilişkin bir sonuç çıkarabilmek mümkün müdür? Seçenek yaptırımların hapsedmeye nazaran daha etkili olduğuna ilişkin bulgular, bütün seçenek yaptırımlar için geçerli olmadığı gibi, seçenek yaptırım türlerinden birini ayırarak diğerlerinden daha etkili olduğunu söyleyebilmek de mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla, başta sorduğumuz iki sorunun cevabı da olumsuzdur. Bu durum, dünya genelinde yapılan etkinlik çalışmalarındaki bir eksikliktir. Bununla birlikte, etkinlik çalışmalarında bilhassa iki seçenek yaptırım türünün ön plana çıktığı görülmektedir. İlki, denetimli serbestlik⁴ (Bergman, 1976; MacKenzie ve diğerleri, 1993; Bontrager ve diğerleri, 2013); ikincisi ise, kamuya yararlı bir işte çalıştırılmadır (Killias ve diğerleri, 2000; Wermink ve diğerleri, 2010; Muiluvuori, 2001). Fakat denetimli serbestlik ve kamuya yararlı bir işte çalıştırılmayı konu alan araştırmaların öne çıkması, bunların diğer seçenek yaptırımlardan daha etkin oldukları anlamına gelmemektedir. Zira etkinlik çalışmalarında, seçenek yaptırım türü ile hürriyeti

4 TCK'da *denetimli serbestlik* bir seçenek yaptırım türü olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen, hapis cezası ile seçenek yaptırımların suçun önlenmesi üzerindeki etkisini değerlendiren etkinlik çalışmalarında denetimli serbestliğin hapis cezası ile karşılaştırıldığı görülmektedir. Nitekim çalışmalarda belirleyici olan yaptırım türü değil suç teşkil eden haksızlığa karşı verilen tepkinin hürriyeti bağlayıcı olup olmadığıdır. Dolayısıyla burada yaptırım kavramı kullanılsa da kastedilen suç teşkil eden haksızlığa karşı ceza adaletinin vermiş olduğu hürriyeti bağlayıcı olmayan tepkileridir.

bağlayıcı cezayı mukayese edilmektedir ve tek tek seçenek yaptırım türlerini kendi aralarında karşılaştırılmamaktadır. Dolayısıyla denetimli serbestlik ve kamuya yararlı bir işte çalıştırılmayı değerlendiren araştırmaların ön plana çıkıyor oluşu, seçim yanlılığından kaynaklanıyor olabileceği gibi yayın yanlılığından da kaynaklanıyor olabilir. Bununla birlikte, her iki seçenek yaptırımın etkinliğine ilişkin araştırma sayısındaki yoğunluk, elbette anlamsız da olamaz.

Dördüncü olarak, söz konusu bulguların Türkiye için yol gösterici olup olmayacağı önemli bir meseledir. Öncelikle, Türkiye’de hapis cezası ve seçenek yaptırımların etkinliğini değerlendiren herhangi bir meta-analiz çalışmasının bulunmadığı belirtilmelidir⁵. Aslında bu konuda yapılmış herhangi bir etkinlik çalışması olduğunu söylemek de mümkün gözükmemektedir. Bazı çalışmalar (Kızmaz, 2007) ampirik dahi olmadığı için; bazı çalışmalar ise kontrol grubu olmayan yarı-deneysel çalışma (Ada & Peker, 2012) olduklarından inceleme dışında bırakılmıştır. Bununla beraber, bir çalışma içerisinde (Karakaş-Doğan, 2012) hapis cezasının ve infaz koşullarının tekrar eden suçluluk açısından caydırıcı olup olmadığı değerlendirildiği tespit edilmiştir. Fakat çalışmada mahkûmlara yapılan anket çalışması verileri betimsel olarak sunulduğu için söz konusu çalışmaya da yer verilmemiştir. Bu konuda Türkiye’de ampirik bir araştırma yapılmamış olmasının birden fazla sebebi olabilir. İlki, bu konuda nitelikli bir bilimsel araştırma yapabilmenin kendi içinde barındırdığı zorluklar olabilir. Fakat asıl sebebi, Türkiye’de suçun tekrarı ile ilgili güvenilir bir veriye ulaşabilmenin mümkün olmamasıdır⁶. Sonuç

5 Türkiye’de hapis cezası ve seçenek yaptırımların suçun önlenmesi üzerindeki etkisini değerlendiren araştırmalara ulaşabilmek için; sırasıyla Ulakbim, YÖK ve Google Akademik üzerinden, “alternatif yaptırım”, “hapis cezası”, “seçenek yaptırımların etkinliği”, “suçun önlenmesi” anahtar kelimeleriyle arama yapılmıştır.

6 Türkiye’de suçun ölçümü ağırlıklı olarak resmi kaynaklara dayanmaktadır. Bu resmi kaynaklar içerisinde de ceza infaz kurumu istatistiklerinin ön plana çıktığı söylenebilir. Bununla birlikte Polis istatistikleri Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM) tarafından toplanmaktadır. Bu veriler, 2003 yılına kadar EGM’nin internet sayfası üzerinden yayınlanmış; fakat bu tarihten sonra söz konusu uygulamanın terk edildiği görülmüştür (Topçuoğlu, 2015 (a): 170). Ayrıca polis istatistiklerinde yer alan suçlar sadece kentsel alanlara ilişkindir. Kırsal alanlarda meydana gelen olaylar ise Jandarma Genel Komutanlığı’nın sorumluluğundadır. Bu veriler de düzenli olarak Türkiye İstatistik Kurumuna (TÜİK) verilmekle beraber yayımlanmamaktadır. TÜİK tarafından yayınlanan Türkiye’deki ceza infaz kurumlarına ilişkin istatistikler, yıl içinde ceza infaz kurumlarına giren ve bu kurumlardan çıkan hükümlüler hakkında oldukça sınırlı ve betimleyici veriler sunmakta; bu veriler de mükerrer suçluluğu ölçmeye imkân vermemektedir (Topçuoğlu, 2015(a): 180). Kaldı ki, Türkiye’de resmi makamlar tarafından kaydedilen tüm suç verilerine ulaşılsa dahi bu gerçek suç oranını görebilmek için yeterli olmayabilir. Bir de polise bildirilmeyen veya bildirilmesine rağmen faili bulunamayan veya sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilemeyen suçlar olabilir. Bu noktada karanlık sayıları aydınlatmak amacıyla kullanılan “kişisel suç bildirim anketleri” nin henüz Türkiye’de ulusal düzeyde gerçekleştirilmediği tespit edilmektedir (Topçuoğlu, 2015(a): 173). Dolayısıyla Türkiye’de suçun tekrarı ile ilgili güvenilir bir veriye ulaşabilmenin mümkün olmadığı söylenebilir.

olarak, sadece mükerrer suçluluğu azaltıcı politikalar değil; Türkiye’de ceza adalet sistemi içerisinde uygulanan veya uygulanacak politikalar, bugüne kadar maalesef değerlendirilmemiştir. Bu durumun bir başka nedeni de mevcut veya uygulanacak herhangi bir ceza adalet politikasının etkinliğinin değerlendirilmesinin ne derece önemli olduğu Türkiye’de yeterince anlaşılammıştır (Topçuoğlu, 2015 (a): 13). Oysa bilimsel kanıtlara dayalı olarak geliştirilen ve sistem içerisinde bu doğrultuda yapılan değişikliklerle uygulanan politikalar, hem daha fazla başarı şansına sahip olacak, hem de kamu kaynaklarının daha verimli kullanılmasını sağlayacaktır (Topçuoğlu, 2015(b): 167). Bununla birlikte, ceza adalet politikalarının vatandaşlar üzerinde uygulandığı ve çok ciddi sonuçlar doğurabileceği de dikkate alınacak olursa söz konusu politikaların bilimsel verilere dayalı olmasının ehemmiyeti anlaşılacaktır.

Sonuç olarak, bu çalışmada ortaya koyulan bulgular, her ne kadar yabancı menşeli olsa da Türkiye’deki ceza adalet politikaları için önem arz etmektedir. Fakat birebir benzer sonuçların alınacağını söylemek elbette mümkün değildir. Bu nedenle Türkiye’de de mevcut uygulamaların etkinlikleri (işe yararlılıkları) metot açısından yüksek kalitede bilimsel araştırmalarla değerlendirilmelidir.

Bununla beraber, bu çalışmanın da bazı sınırlılıkları bulunmaktadır. *İlk olarak*, bu çalışma hapis cezası ile seçenek yaptırımların mükerrer suçluluğun önlenmesi üzerindeki etkisini meta-analitik yöntemle değerlendiren sistematik derlemeleri özetlemeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla mevcut meta-analiz çalışmalarının bulgularıyla sınırlıdır. *İkinci olarak*, bu çalışma, hapis cezası ile seçenek yaptırımları, sadece mükerrer suçluluğu önlemesi bakımından değerlendirmektedir ve seçenek yaptırımların kısa süreli hapis cezasına nazaran tekrar eden suçluluğun önlenmesinde daha etkili olduğuna ilişkin bulgular ortaya koymaktadır. Nitekim çalışmada ortaya koyulan bulgular, dünya genelinde hapis cezasının sınırlandırılması ve seçenek yaptırımların geliştirilmesi eğilimini destekleyici niteliktedir. Fakat bu da başka bir ezbere -seçenek yaptırımların her halükarda daha avantajlı olduğu yönünde- sebep olabilir. Oysa iki yaptırım türü arasında sadece suçun önlenmesi bakımından değil; infaz masrafları, rehabilitasyon ve hükümlünün toplumsal hayata uyumu gibi birden fazla boyutta karşılaştırma yapılması gereklidir. Hapis cezasının devlete ciddi ekonomik külfetler getirdiği bilinmekle beraber; seçenek yaptırım türlerinin infazının da birtakım masrafları gerektireceği gözden kaçırılmamalıdır. Bununla birlikte, bu çalışmada değerlendirilen meta-analiz çalışmaları her ne kadar seçenek yaptırımların hapsedmeye nazaran daha etkili olduğuna ilişkin bulgular ortaya koysa da infaz

koşullarının da ayrıca incelenmesi gerekir. Nitekim hapis cezasının infaz koşulları, etkililiğini belirleyen önemli faktörlerden biridir (ör: Mears ve diğerleri, 2014). Son olarak, söz konusu bulguların, bilhassa kısa süreli hapis cezası için geçerli olduğu unutulmamalı ve bu iki yaptırım türü arasında çok daha kapsamlı bir araştırma yapılarak, uygulama süreci ve sonucunu hedef alan, yukarıda zikredilen noktalar da nazara alınarak birden fazla boyutta karşılaştırma yapılması gerekmektedir. Ancak o zaman, hangi yaptırım türünden daha iyi sonuçlar alınabildiği ve daha avantajlı olduğu tespit edilebilecektir.

Kaynakça

- ABANOZ, Buket, “Ceza İnfaz Kurumları’nda Özelleştirmenin Çok Boyutlu Değerlendirilmesi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, **V. Türkiye Lisansüstü Çalışmalar Kongresi**, I. Kitap, 2016, s. 41-62. Bkz. <http://www.tlck.org.tr/wp-content/uploads/2016/10/TLCK.5.1.B003.pdf>.
- ADA, Şükrü, PEKER, Adem, “Tedavi ve Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulamasının Etkinliğinin İncelenmesi (Sakarya İli Örneği)”, **AÜSBED**, 2012, 16 (1), 425-438.
- AKERS, Ronald L., SELLERS, Christine S., **Criminological Theories: Introduction, Evaluation, and Application**, New York, Oxford, Oxford University Press, 5. Edition, 2009.
- ALBRECHT, H. J., “Recidivism after fines, suspended sentences and imprisonment”, **International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice**, 1984, 8/2, 199-207.
- APEL, Robert, Gary Sweeten, **Incarceration, Crime and Employment**, Unpublished manuscript, Albany, NY: State University at Albany, 2008.
- BARTELS, L., “The weight of the sword of Damocles: A reconviction analysis of suspended sentences in Tasmania”, **The Australian and New Zealand J. Of Criminology**, 2009, 42/1, 72-100.
- BARTON, William H., Jeffrey A. Butts, “Viable Options: Intensive Supervision Programs for Juvenile Delinquents”, **Crime and Delinquency**, 1990, V. 36, N. 2, 238-256.
- BECCARIA, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, Ankara, İmge Kitabevi, 2013.
- BENNETT, Trevor, HOLLOWAY, Kathy, FARRINGTON, David, **The Effectiveness of Neighborhood Watch**, Campbell Systematic Reviews, 2008: 18.
- BERGMAN, G.R., **The evaluation of an experimental program designed to reduce recidivism among second felony criminal offenders**, Wayne State University, Detroit (Mich.), PhD dissertation, 1976.
- BOERINGER, Scot, Constance L. Shehan, Ronald L. Akers, “Social context and social learning in sexual coercion and aggression: Assessing the contribution of fraternity membership”, **Family Relations**, 1991, 40, 558-564, nakleden Akers, 2009: 104.
- BONTREGAR, R. S., E. K. Winokur, G. Hand, S. Chapman, “Juvenile Justice Interventions: System escalation and effective alternatives to residential placement”, **Journal of Offender Rehabilitation**, 2013, 52/5, 358-375.
- COOLEY, Charles Horton, **Human Nature and Social Order**, NewYork: Scribner, 1902 nakleden Akers & Sellers, 2009.
- DURKIN, Keith F., Timothy W. Wolfe, Gregory A. Clark, “College students and binge drinking: An evaluation of social learning theory”, **Sociological Spectrum**, 25, 2005, 255-272.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler, **İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu**, Ankara: Başkent Üniversitesi, Öz-Özen Matbaa, 1993 s. 192-214.
- ELLIS, Lee & Anthony Walsh, “Criminologists’ opinions about causes and theories of crime and delinquency”, **The Criminologist**, 1999, 24 (4):1, 4-6, nakleden Akers & Sellers, 2009.

- FARRINGTON, D. P., & Petrosino, A., The Campbell Collaboration Crime and Justice Group. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, 2001, 578, 35–49.
- GARRIDO, Vicente, QUINTRO, Luz Anyela Morales, **Serious (Violent and Chronic) Juvenile Offenders: A Systematic Review of Treatment Effectiveness in Secure Corrections**, Campbell Systematic Reviews, The Campbell Collaboration Library, 2007.
- GENDREAU P., Goggin, C., & Cullen, F, **The effects of prison sentences on recidivism. A report to the Corrections Research and Development and Aboriginal Policy Branch**, Solicitor General of Canada. Ottawa, Ontario: Public Works & Government Services Canada, 1999.
- GENDREAU, P., Goggin, C., & Fulton, B., **Intensive probation in probation and parole settings**, In C. R. Hollin (Ed.), *Handbook of Offender Assessment and Treatment* (pp. 195-204). Chichester, UK: John Wiley & Sons Ltd., 2000.
- GENDREAU, P., Goggin, C., Cullen, F. T., & Andrews, D. A., **The effects of community sanctions and incarceration on recidivism**, In *Compendium of Effective Correctional Programs* (volume 1, chapter 4). Ottawa, Ontario: Correctional Service of Canada, Solicitor General of Canada, 2001.
- GÜVEL, Enver Alper, **Suç ve Ceza Ekonomisi**, Ankara: Roma Yayınları, 2004.
- İÇEL, Kayhan ve diğerleri, **Yaptırım Teorisi**, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2000.
- KARAKAŞ-DOĞAN, Fatma, Kuzey Kıbrıs (KKTC) Merkezi Cezaevi Üzerinde Yapılan Alan Çalışmasından Elde Edilen Verilerin Suçla Mücadele Bağlamında Analizi, **TBB Dergisi**, 2012 (100), 97-151.
- KIZMAZ, Zahir, Cezaevinin ve Hapsetmenin Suçu Engellemedeki Etkisi, **Dumlupınar Üniversitesi SBD**, 2007 (17), 44-68.
- KILLIAS M., Aebi M., RIBEAUD, D., Does community service rehabilitate better than shorter-term imprisonment? Results of a controlled experiment. **Howard Journal of Criminal Justice**, 39/1, 2000, 40-57.
- KRAUS, J., “A comparison of Corrective Effects of Probation and Detention on Male Juvenile Offenders”, **British Journal of Criminology**, V. 14, N. 1, 1974, 49-62;
- , “Remand in Custody as a Deterrent in Juvenile Jurisdiction”, **British Journal of Criminology**, V. 18, N. 3, 1978, 285-289;
- , “The Effects of Committal to a Special School for Truants”, **International Journal of Offender Therapies and Comparative Criminology**, V. 25, N. 2, 1981, 130-138.
- LEE, Gang, Ronald L. Akers, Marism Borg, “Social learning and structural factors in adolescent substance use”, *Western Criminology Review*, 2004, 5, 17-34, nakleden Akers, 2009: 104.
- LITTEL, J. H., Corcoran, J., & Pillai, V., **Systematic reviews and meta-analysis**. New York, NY: Oxford University Press, 2008.
- LOUGHRAN, Thomas A., Edward P. Mulvey, Carol A. Schubert, Jeffrey Fagan, Sandra H. Losoya, Alex R. Piquero, “Estimating a Dose-Response Relationship between Length of Stay and Recidivism in Serious Juvenile Offenders”, Working Paper, Pittsburgh: University of Pittsburgh Medical Center, 2008.
- LUM, Cynthia, KENNEDY, Leslie W., SHERLEY, Alison J., **The Effectiveness of Counter-Terrorism Strategies**, Campbell Systematic Reviews, The Campbell Collaboration Library, 2006.
- MacIVOR, G., “Community service and custody in Scotland”, *The Howard Journal*, 1990, 29/2, 101-113.
- MacKENZIE, D. L., SHAW, J.W.: The impact of shock incarceration on technical violations and new Criminal activities, **Justice Quarterly**, 1993, 10/3, 463-487.
- McDOUGALL, Cynthia, COHEN, Mark. A., SWARAY, Raymond ve PERRY, Amanda, “The Costs and Benefits of Sentencing: A Systematic Review, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*”, *Assessing Systematic Evidence*, **Crime and Justice: Methodological Concerns and Empirical Outcomes** (May, 2003), V. 587, pp. 160-177.
- McDOUGALL, Cynthia, COHEN, Mark A. PERRY, Amanda, SWARAY, Raymond, **Benefit-Cost Analyses of Sentencing: A Systematic Review**, Campbell Systematic Reviews, The Campbell Collaboration Library, 2008.

- MEAD, George Herbert, **Mind, Self, and Society**, Chicago: University of Chicago Press, 1934, nakleden Akers& Sellers, 2009: 152.
- MEARS, Daniel P., Coachran, Joshua C., Cullen, Francis T., "Incarceration Heterogeneity and Its Implications for Assessing the Effectiveness of Imprisonment on Recidivism", **Criminal Justice Policy Review**, 24 April 2014.
- MITCHELL, Ojmarrh, MACKENZIE, Doris,WILSON, David, **The Effectiveness of Incarceration-Based Drug Treatment on Crime Behavior: A Systematic Review**, Campbell Systematic Reviews, The Campbell Collaboration Library, 2012.
- MUILUVUORI, M.L.,"Recidivism among people sentenced to community service in Finland", **Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention**, 2/7, 2001, pp. 72-82.
- MURRAY, Joseph, FARRINGTON, David,SEKOL, Ivana, OLSEN, Rikke F., **Parental Imprisonment: A Systematic Review of Its Effects on Child Antisocial Behavior, Crime and Mental Health**, Campbell Systematic Reviews, The Campbell Collaboration Library, 2009.
- NAGIN, Daniel S., Francis T. Cullen ve Cheryl Lero Jonson, "Imprisonment and Reoffending", **Crime and Justice**, Vol. 38, No. 1, 2009, 115-200.
- NAGIN, Daniel S., Deterrence: Scaring offenders straight. In F. T. Cullen & C. L. Jonson (Eds.), *Correctional Theory: Context and Consequences* (pp. 67–98). California, CA: Sage. 2012.
- NIEUWBEERTA P., NAGIN D., BLOKLAND A., Assessing the impact of first-time imprisonment on offenders' subsequent criminal career development: A matched samples comparison. **Journal of Quantitative Criminology**, 25,2009, 227-257.
- PETERSILIA, Joan, Susan Turner, Judith Peterson, **Prison versus Probation in California: Implications for Crime and Offender Recidivism**, Santa Monica, CA: RAND Corporation, 1986.
- PETROSINO, Anthony, BUEHLER, John,TURPIN-PETROSINO, Carolyn, **Scared Straight and Other Juvenile Awareness Programs for Preventing Juvenile Delinquency: A Systematic Review**, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, V. 589, N. 1, 2003, 41-62.
- SAVOLAINEN, Jukka, Wayne Nehwadowich, Aida Teharatchi ve Bernice LinenReed, **Criminal Recidivism among Felony-Level ATI Program Participants in New York City**, New York City Criminal Justice Agency, 2002.
- SCHNEIDER, Anne L., "Restitution and Recidivism Rates of Juvenile Offenders: Results from Four Experimental Studies", **Criminology**, V. 24, N. 33, 1986, 533,552.
- SKINNER, William F., A. M. Fream, "A socail learning theory analysis of computer crime among college students", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1997, 34, 495-518 nakleden Akers, 2009.
- SIMPSON, Sally, RORIE, Melissa, ALPER Mariel Elise, SCHELL- BUSEY Natalie, LAUFER William, N. Craig Smith, "Corporate Crime Deterrence A Systematic Review", **The Campbell Collaboration Library**, 01.05.2014.
- SMITH, P., Ronald L. Akers, "A Comparison of Recidivism of Florida's Community Control and Prison: A Five-Year Survival Analysis" **Journal of Research in Crime and Delinquency**, V. 30, N. 3, 1993, 267-292.
- SMITH, P., GOGGIN, C., GENDREAU, P., **The effects of prison sentences and intermediate Sanctions on Recidivism: General effects and individual differences**, Canada Public Works and Government, 2002.
- STITT, B., Grant ve David. J. Giacomassi, "Trends in the connectivity of theory and research in criminology", *The Criminologist*, 1992, 17:1, 3-6, nakleden Akers & Sellers, 2009.
- STRANG, Heather, SHERMAN, Lawrence W.,MAYO-WILSON, Evan, **Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Dace Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction, A Systematic Review**, Campbell Systematic Reviews, The Campbell Collaboration Library, 2013.

- TOPÇUOĞLU, Tuba, “Türkiye’de Suçluluğa ve İnfaz Politikalarına İlişkin Veri İhtiyacı”, **CHKD**, Cilt:3, Sayı: 1, 2015 (b), s. 167-191.
- TOPÇUOĞLU, Tuba, “Türkiye’de Denetimli Serbestlik Hizmetlerinin Etkinliğinin Bilimsel Olarak Değerlendirilmesi”, **Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Sempozyumu**, 8-10 Aralık 2015 (a), İstanbul, s.1-16.
- TOPÇUOĞLU, Tuba, “Ceza İnfaz Kurumlarında Gerçekleştirilen Madde Bağımlılığı Programlarının Etkinliği: Meta-Analiz Çalışmaların Sistematik Olarak İncelenmesi”, **Addicta: The Turkish Journal on Addictions**, 30. 06. 2016, s. 87-125.
- Van der WERFF, C., **Speciale Preventie**, Den Haag: WODC, 1979.
- WEISBURD, David, Elin Waring ve Ellen Chayet, “Specific Deterrence in a Sample of Offenders Convicted of White-Collar Crimes”, **Criminology**, V. 33, N. 4, 1995, 587-607.
- WEISBURD, David, Elin Waring ve Ellen Chayet, **White-Collar Crime and Criminal Careers**, Cambridge University Press, 2001.
- WERMINK, H., BLOKLAND, A., NIEUWBEERTA, P., NAGIN D., TOLLNAAR, N., “Comparing the effects of community service and short-term imprisonment on recidivism: a matched samples approach”, **J. Exp. Crime**, 6/3, pp. 326-349.
- WHITE, Rob & HAİNES Fiona, **Crime & Criminology**, Oxford University Press, 4. Edition, 2008.
- WILSON, David B., MACKENZIE, Doris L., MITCHELL, Fawn Ngo: **Effects of Correctional Boot Camps on Offending**, Campbell Systematic Reviews, The Campbell Collaboration Library, 2005.
- WINFREE, L. Thomas, Christine Sellers, Dennis L. Clason: “Social learning and adolescent deviance abstinence: Toward understanding reasons for initiating, quitting, and avoiding drugs”, **Journal of Quantitative Criminology**, 1993, V. 9, 101-125.
- VISHER, Christy, COGGESHALL, Mark B., WINTERFIELD, Laura, **Systematic Review of Non-Custodial Employment Programs: Impact on Recidivism Rates of Ex-Offenders**, Campbell Systematic Reviews, The Campbell Collaboration Library, 2006.
- VILLETZAZ, Patrice, GILLIERON Gwladys, KILLIAS, Martin: **The Effects on Re-offending of Custodial vs. Non-custodial Sanctions: An Updated Systematic Review of the State of Knowledge**, Campbell Systematic Reviews, 2015.

Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri

*Forensic DNA Analysis in the Turkish Criminal Procedure Law in the
Context of the Law of Germany, Switzerland and Austria*

Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY¹

¹Doç. Dr., Bielefeld Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bielefeld, Almanya

ÖZ

Keşfi ile ceza muhakemesi hukukunda devrim yaratan ve bir dönem üzerinde hararetli tartışmaların yapıldığı moleküler genetik incelemelere ilişkin hukuki tartışmalar günümüzde artık arka planda kalmış olsa da ceza muhakemesi hukukunda adli DNA incelemelerine ilişkin gelişmeler aslında ne tam olarak sonlandırılmış ne de bu husustaki sorunlara tam olarak çözüm bulunabilmiştir. Mevcut çalışma, Türk ceza muhakemesi hukukunda moleküler genetik incelemeleri yeniden mercek altına alarak, DNA profillerinin TürkCMK kapsamında kaydedilmesi ile Türkiye Milli DNA Bankasının kurulması gibi hususları yeniden tartışmaya açma hedefindedir.

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde ceza muhakemesinde DNA analizlerine genel giriş yapılmış ve DNA analizlerinin ceza muhakemesi alanındaki tarihsel gelişmelerine kısaca değinilmiş, bunun ardından DNA analizlerinin temel haklar karşısındaki durumu ele alınmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde DNA analizlerine ilişkin Almanya, Avusturya, İsviçre ve Türkiye mevzuatı aktarılmış, bu esnada Alman ve Türk hukukuna ağırlık verilmiştir. Çalışmanın son aşamasında anılan ülkelerde bulunan ancak Türk ceza muhakemesi hukukunda yer almayan iki hükmün (gelecek yargılamalarda kullanılmak üzere DNA analizi yapılması ve DNA profillerinin kaydedilmesi ile kitlesel DNA analizleri) de lege ferenda Türk ceza muhakemesi hukukunda öngörülmesi ve bunlarla bağlantılı Türkiye Milli DNA Bankası kurulması önerileri gerekçeleriyle birlikte ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Moleküler genetik araştırma, adli DNA analizi, DNA profili, kitle DNA analizleri, DNA veri bankası

ABSTRACT

Developments of the judicial DNA examinations in criminal procedure law have never been completely terminated or fully resolved. Even the legal debates that revolutionized criminal law have now receded into the background. The present study is aimed at rediscussing such issues as creating the authority to record DNA profiles under the criminal procedure law and establishing the national DNA bank of Turkey by reexamining molecular genetic studies in Turkish criminal procedure law.

This study consists of three main parts. The first part includes a general introduction to DNA analysis in criminal proceedings, a short history of DNA analyzes in criminal procedure law and an explanation of the status of DNA analyzes against fundamental rights. In the second part of the work, the legislation on DNA analysis of Germany, Austria, Switzerland and Turkey is reviewed with an emphasis given to German and Turkish law. The last part of study deals with the need to foresee two new norms in Turkish Criminal Procedure Law on generating DNA analyzes, recording DNA profiles and analyzing mass DNA data for the future criminal proceedings.

Keywords: Research of Molecular Genetics, Forensic DNA Analysis, DNA Profile, Mass DNA Analysis, DNA Data Bank

Date of receipt: 23.12.2016 • **Date of acceptance:** 26.12.2016

Corresponding author: Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, E-mail: guelsuen_ayhan.aygoermez@uni-bielefeld.de

Citation: Aygörmez Uğurlubay, G. A. (2017). Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuku bağlamında Türk Ceza Muhakemesi hukukunda adli DNA analizleri. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology 2017; 5(2):29-87*.
<https://doi.org/10.26650/JPLC360265>

EXTENDED ABSTRACT

Developments about the judicial DNA examinations in criminal procedure law have neither been completely terminated nor fully resolved. Even the legal debates, which revolutionized criminal law, have now subsided into the background. The present study is aimed at re-discussing such issues as creating the authority to record DNA profiles under the criminal procedure law and establishing the national DNA bank of Turkey by re-examining molecular genetic studies in Turkish criminal procedure law.

Indeed, first of all there is no consensus on the concept of judicial DNA examinations and the implications of these examinations on constitutional rights. In particular, the immunity of human dignity, the context of protection of body integrity, fundamental human rights, and the right to determine the future of personal information (autonomy of information or autonomy of informing) i.e., the right to request the protection of personal data, will be appropriate topics of the discussion in studies of judicial DNA within Turkish and comparative law. Although the private aspects of human life will not be invaded via judicial DNA examinations, obtaining personal DNA profiles is an attack on the private lives of people and it may not be required that everyone knows the direct or indirect information to be obtained as a result of the examination. Furthermore, the generation, using, processing, recording, detection, etc. of DNA profiles are attacks on the right to autonomy of informing which is in under the protection of the constitution. DNA profiles are personal data, and because of that, DNA profiles are under protection of Turkish Constitution Article 20/III. With a change in criminal procedure law, provisions that can be created about the making, recording and re-using judicial DNA analysis to be used in future jurisdiction may mean violating people's rights to privacy and autonomy of information. For this reason, restrictions of these rights should be in accordance with the constitution.

Beside the described matters, there is no provision about the processing and recording of DNA profiles in future jurisdiction and conducting mass DNA analyzes in Turkish Criminal Law. Unlike Turkish Criminal Procedure Law, there are four provisions in German Criminal Law. German Criminal Law Article 81/a is related to a suspect/defendant's physical examination, German Procedure Criminal Law Article 81/c is related to another's physical examination, German Criminal Procedure Law Article 81/e is related to genetic molecular examination and German

Criminal Procedure Law Article 81/f is related to procedure of genetic molecular examination. Austrian Criminal Procedure Law Article 124 and Swiss Criminal Procedure Law Article 255 are the equivalent of the Turkish Criminal Procedure Law Art 75 and German Criminal Law Article 81. As said before, in Turkish Criminal Procedure Law there is no provision about the recording of DNA profiles to be used in future jurisdictions. Despite that, detailed regulations have been made in German Criminal Procedure Law Article 81/g, Swiss Criminal Procedure Law Article 256 and Austrian Security Forces Article 67. Similarly, the regulation on mass DNA analyzes are in German Criminal Procedure Law Article 81/h and Swiss Procedure Law Article 257 although they are not included in Turkish Criminal Procedure Law.

A norm like that in German Criminal Procedure Law Article 81/g does not exist in Turkish Criminal Procedure Law. The other norms about DNA analyzes in German Criminal Law are similar to the norms in Turkish Criminal Procedure Law. Other than this, a new norm (Turkish Criminal Procedure Law Article 78/A) should be introduced about generating and recording to be used in future jurisdictions with comparative law, German Criminal Procedure Law Article 81/g, Swiss Criminal Procedure Law Article 256 and Austrian Security Forces Article 67 in mind. The same is valid for mass DNA analyzes too. When considering the comparative law regulations and discussions, the addition of a *de lege ferenda* norm (Turkish Criminal Procedure Law Article 78/B) to Criminal Procedure Law would be appropriate. This new norm should be reconsidered in the context of DNA data and the Turkish National DNA Database Law Draft and this draft should be passed immediately.

This study consists of three main parts. The first part includes a general introduction to DNA analysis in criminal proceedings and a short history of DNA analyzes on criminal procedure law and includes the status of DNA analyzes against fundamental rights. In the second part of the work, legislation from Germany, Austria, Switzerland and Turkey on DNA analysis was reviewed, and German and Turkish law was emphasized.

The last part of study deals with the need to foresee two new norms in Turkish Criminal Procedure Law on generating DNA analyzes, recording DNA profiles and analyzing mass DNA data for the future criminal proceedings.

1. Genel Olarak Moleküler Genetik İncelemeler

1.1. Moleküler Genetik İncelemelerin Ceza Muhakemesi Hukukuna Girmesi

Genetik alanında yapılan önemli gelişmelerle biyoloji bilimi son yıllarda büyük ilerleme kaydederek yüzyılın en önemli bilim dallarından biri hâline gelmiştir. Gerçekten de yüzyılın ilk yarısında Mendel kurallarına göre şekillenen klasik genetik, 1900'lü yılların ortalarına gelindiğinde “*biyokimyasal genetik*” yoluyla daha da gelişmiş;¹ 1944 yılında Amerikalı bilim adamı *Oswald T. Avery*'nin çalışmaları sonucu, genlerin maddesel yapılarının “*deoksiribonükleik asit - deoxyribonucleic acid [DNA] -Desoxyribonukleinsäure [DNS]*) olarak tanımlanması ile² DNA'ların “*kalımsal bilgilerin taşıyıcısı*”³ olduğu ortaya çıkmıştır. 1953 yılında *James Watson* ve *Francis Crick* tarafından DNA'ların çifte sarmallı, yani moleküler boyutta yapılarının keşfi ile de, **moleküler genetik** devrimi yaşanmıştır.⁴

İngiliz moleküler biyolog *Alex J. Jeffreys*'in 1985 yılında DNA dizilerinin her insan için farklı, dolayısıyla her insan için karakteristik olduğunu ortaya koyması ve bunları “*genetik parmak izi*” olarak nitelendirmesi ile⁵ “*genetik parmak izi araştırmaları*”, başka bir ifadeyle “*moleküler genetik incelemeler*” kriminalistik, adli tıp ve ceza soruşturmalarında uygulama bularak, önem kazanmaya başlamıştır. Bu bağlamda İngiltere’de büyük yankı uyandıran *Pitchfork* olayının DNA profilleri aracılığıyla aydınlatılması, **suçların aydınlatılmasında DNA parmak izi döneminin** başlamasına neden olmuştur. *Pitchfork* olayında 1983 ve 1986 yıllarında iki kız çocuğu cinsel saldırıya uğradıktan sonra öldürülmüş; arkasından tutuklanan failin DNA profili, mağdurlar üzerinde bulunan ve aynı kişiye ait olduğu sabit olan DNA profili ile uyuşmayınca, bölgede oturan 13-30 yaş arasındaki 5511 erkeğe DNA örneği verme çağrısında bulunulmuş; ancak çağrı sonucu elde edilen hiçbir DNA profili mevcut fail profili ile uyuşmayınca, araştırma ilk aşamada neticesiz kalmıştır. Ancak kısa bir süre sonra tesadüfen bir barda birkaç kişinin kendi arasında yaptığı bir sohbeta kulak misafiri olan birinin, duyduklarını kolluk kuvvetleriyle paylaşmasıyla, olayın seyrini değiştirecek bir gerçek gün yüzüne çıkmıştır. Sohbet, *Pitchfork* adındaki işçinin toplu DNA analizi çağrısına uymayarak, analiz yaptırmaya kendi

1 DECHEMA, s. 1, 2.

2 Ellermann/Opolka, s. 14.

3 Nagl, s. 4, 5; DECHEMA, s. 2, 3.

4 DECHEMA, s. 1, 2; Ellermann/Opolka, s. 14.

5 Harbort, s. 155; Benecke, s. 43; Klumpe, s. 48.

yerine başkasını yolladığından söz edilmiştir. Yapılan soruşturmada gerçekten de *Pitchfork*'un işyerinden bir meslektaşı ile 200 pound karşılığında kendi kimliği ile DNA analizi yaptıрма konusunda anlaşığı ortaya çıkmıştır. En nihayetinde *Pitchfork*'tan alınan biyolojik örnek üzerinde yapılan DNA testi ile elde edilen profil, iki mağdurun üzerinden elde edilen DNA profiliyle eşleşmiştir. Bu vesileyle 1988 yılında *Colin Pitchfork*, dünyada DNA profili aracılığı ile yargılanıp suçlu bulunan ilk kişi olmuştur.⁶

Ancak *Pitchfork* olayından bir yıl önce Ekim 1987'de başka bir olayda İngiltere'de Birmingham Crown Mahkemesi⁷; 1988 yılında Amerika'da da New Yorklu hâkim *Joseph Harris* tarafından DNA analizi **ceza muhakemesi hukukunda hukuka uygun geçerli bir delil olarak kabul edilmiştir**.⁸ Alman ceza muhakemesinde de DNA analizlerini **hukuken geçerli bir delil** olarak kabul eden **ilk mahkeme**, 1988 yılında **Berlin Ağır Ceza Mahkemesi**⁹ (Landgericht) olmuştur. Bunu Darmstadt Ağır Ceza Mahkemesi¹⁰, Heilbronn Ağır Ceza Mahkemesi¹¹ olmak üzere çeşitli Alman mahkemeleri izlemiştir. En nihayetinde konu 1990 yılında Alman Federal Mahkemesi¹² (Bundesgerichtshof - Yargıtay), 1995 yılında da Alman Federal Anayasa Mahkemesi¹³ (Bundesverfassungsgericht) tarafından ele alınarak, DNA analizlerinin ceza muhakemesi hukukunda geçerli bir delil aracı teşkil ettikleri kabul edilmiştir.

Adli DNA analizi ile ilgili adli tıp ve iz bilimi alanındaki gelişmeler yasa koyucunun ve yargı organlarının da dikkatini çekmiş, Almanya'da 1987 sonrası bu hususta çalışmalarda bulunmak ve görüş bildirmek üzere etik kurula başvurulmuş, araştırma grupları oluşturulmuştur.¹⁴ Tartışmalar neticesinde 1992 yılında DNA analizlerine ilişkin bir Yasa Tasarısı meclise sunulmuştur.¹⁵ DNA analizleri Alman ceza muhakemesi mevzuatına girişi ise 1997 yılında olmuştur. Gerçekten de 22.3.1997 yılında yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Değişikliği Kanunu - DNA Analizi

6 Klumpe, s. 49, 50.

7 Burr, s. 11; Klumpe, s. 50.

8 Burr, s. 10; Hetger, s. 335.

9 LG Berlin NJW 1989, s. 787.

10 LG Darmstadt NJW 1989, s. 2338.

11 LG Heilbronn NJW 1990, s. 784.

12 BGH NJW 1990, s. 2328; BGHSt 37, s. 157.

13 BVerfG NStZ 1996, s. 45; Neuser, s. 60.

14 Ayrıntılı Klumpe, s. 117 vd.

15 Klumpe, s. 118.

(genetik parmak izi)¹⁶ ile (*Strafverfahrensänderungsgesetz-DNA-Analyse* „*Genetischer Fingerabdruck*“) getirilen “*moleküler genetik incelemeler*” başlıklı AlmanCMK m. 81e ile DNA analizi, ilk defa yasal zemine oturtulmuştur.¹⁷ Getirilen bu hüküm hâlihazırda görülmekte olan ceza yargılamalarına yöneliktir.

DNA analizinin, faillerin kimliklerinin ortaya çıkarılmasında hata oranı düşük bir yöntem olması; cinsel suçlardan, şiddet içeren tüm diğer fillere kadar geniş bir alanda, gerek failden mağdura ya da ortama gerekse mağdurdan ya da ortamdan faile DNA örneği içerebilecek vücut doku ya da sıvıların vs. aktarılma olasılığı; ayrıca önceleri üzerinde hiç bir incelemeyle sonuç alınamayacak izlerden de DNA'lara ulaşılarak, malvarlığına karşı suçların dahi aydınlatılabilmesi imkânı, kriminalistik biliminde DNA analizinin kullanımı alanının ileri derecede genişlemesini sağlamıştır. Zaman içerisinde **cezalarının infazı sonrası - başta cinsel suçlar olmak üzere - serbest bırakılanların yeniden suç işlemeleri olgusu karşısında**, suçların hızlı bir şekilde aydınlatılması için DNA profillerinin kaydedilmesi gereği gündeme gelmiş; bu da gelecekteki yargılamalarda kullanılmak üzere DNA profili elde etme ve bunları DNA veri bankalarına kaydetme düşüncelerinin doğmasına vesile olmuştur.

Bu bağlamda 17.04.1998 yılında Federal Suçlar Bürosu (*Bundeskriminalamt*) kapsamında merkezi DNA analizi verileri bankasının kurulması ile 07.09.1998 yılında DNA Kimlik Tespiti Kanunu¹⁸ (*DNA-Identitätsfeststellungsgesetz*) Federal Resmî Gazete’de yayımlanmış, Kanun ile sonraki ceza yargılamalarında kimliğin tespiti amacıyla kullanılmak üzere vücuttan örnek alınması ve alınan örneklerden moleküler genetik inceleme yapılması ve DNA kimlik şablonları yani DNA profillerinin Federal Suçlar Bürosundaki Veri Bankasına kaydedilmesi öngörülmüştür. Bunun ardından, Kanun’un birinci maddesine dayanılarak AlmCMK içerisine, gelecekteki suçların aydınlatılmasını sağlamayı hedefleyen, “*DNA kimlik tespiti*” başlıklı 81g numaralı madde eklenmiştir.¹⁹ Tüm bu yasal gelişmeleri 12.08.2005

16 Federal Resmi Gazete Kanun metni http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//%5B@attr_id='bgbl1197s0534.pdf'%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl1197s0534.pdf%27%5D__1480256804001, son erişim: 10.01.2017.

17 Ayrıntılı bilgi için Senge, NJW 1997, s. 2410.

18 Federal Resmi Gazete Kanun metni http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&start=//%255B@attr_id='bgbl1198s2646.pdf'%255D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl1198s2646.pdf%27%5D__1480256987136, son erişim: 10.01.2017.

19 Ayrıntılı Rackow, s. 17-18; Volk, NStZ 2002, s. 561.

tarhinde çıkarılan “*Adli DNA-Analizleri Hükümlerinin Yenilenmesi Kanunu*”²⁰ (*das Gesetz zur Novellierung der forensischen DNA-Analyse*) izlemiştir. Bu Kanun kapsamında AlmCMK m. 81 g ve f üzerinde bazı değişiklikler yapılmış, AlmCMK’sına *kitlesel adli moleküler genetik incelemeleri (molekulargenetische Reihenuntersuchung)* konu alan “*DNA-Kitlesel İnceleme - DNA-Reihenuntersuchung*” başlıklı 81h numaralı yeni bir madde eklenmiş ve en nihayetinde DNA Kimlik Tespiti Kanunu içerisindeki hükümler Alman CMK m. 81g IV ve V içerisine aktarılarak, DNA Kimlik Tespiti Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.²¹

Türkiye’de mevcut CMK öncesi yürürlükte olan 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu kapsamında ne moleküler genetik incelemelerin yapılmasına ne bu amaçla vücuttan örnek alınabilmesine ilişkin bir hüküm yer almıştır. Ancak her ne kadar tüm bu hususlarda “*Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icab eden kimselerin muayeneleri Cumhuriyet Savcılarının talebi ile yapılır*” hükmünü içeren m. 66’ya başvurulabileceği öğretide²² dile getirilmiş olsa da, anılan hükmün özellikle moleküler genetik incelemeler yapılabilmesini hukuken caiz kılacak nitelikte olmadığı şeklinde haklı eleştirilere²³ sebep olmuş; konuya ilişkin *de lege ferenda* yasal bir düzenleme yapılması gereği²⁴ dile getirilmiştir. Ceza muhakemesi hukukunda DNA analizlerine yönelik çeşitli CMK Tasarılarında hükümler yer alsada (örneğin 2001 Tasarısı’nın 81, 82. maddeleri, 2004 Tasarısı m.

20 Federal Resmi Gazete Kanun metni http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&start=//%*%255B@attr_id='bgbl105s2360.pdf'%255D#_bgbl_%2F%2F%*%5B%40attr_id%3D%27bgbl105s2360.pdf%27%5D__1480256181030, son erişim: 11.01.2017.

21 Ayrıntılı açıklamalar için Neuser, s. 256 vd.; Finger, s. 696; Schewe, JR 2006, s. 188; Bergemann/Hornung, StV 2007, s. 165.

22 Özbek, son erişim: 6.1.2017: “*Bugün uygulamamızda söz konusu hükme dayanılarak vücut üzerinde inceleme ve muayene hazırlık soruşturmasında savcının emri ile yapılmakta ve polis tarafından da uygulanmaktadır. Bu çerçevede kişiden kan, saç vb. alınarak tahlil yapılması, kızlık zarı kontrolü, hatta zaman zaman DNA-Analizi, deyim yerindeyse hep bu mütevazı hükme dayanılarak yapılmaktadır.*”; krş. ayrıca Batur, TBBD 2016 (126), s. 72, 73; beden muayeneleri bakımından Aksoy İpekcioglu, iç: Centel’e Armağan, s. 1158.

23 Özbek, son erişim: 6.1.2017: “*Kişinin genetik kimliğinin deşifre edilmesi sonucuna yol açan ve gen teknolojisinin bugün ulaştığı seviye karşısında kötüye kullanma olasılığının arttığı DNA-Analizi bakımından CMUK m.66/son’un ihtiyaca cevap verebilecek nitelikte olmadığı söylenmelidir. Zira ilgili hükümler analize kime karşı, hangi koşullar altında ve kimin tarafından başvurulabileceği ve özellikle de elde edilen verilerin akıbeti hususunda yeterli açıklığa sahip değildir. Artık bu konuda CMUK’a ayrı, açık ve ayrıntılı bir hüküm veya hükümler getirmenin zamanı gelmiştir. Bugünkü düzenleme ile vücudun muayenesi tedbiri altında DNA-Analizine başvurulması kanımızca oranlılık ilkesi ve bu ilke ile iç içe olan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.*”; krş. Aksoy İpekcioglu, iç: Centel’e Armağan, s. 1158, maddede bir cümle ile düzenlenen bu hükmün özellikle şüpheli ve sanık haklarının ihlaline yol açabileceğini, zira bu hükmünde doğrudan vücuda müdahale oluşturan işlemin koşullarının ayrıntılı bir şekilde düzenlenmediğini ifade etmektedir; Batur, TBBD 2016 (126), s. 72, 73.

24 Özbek, son erişim: 6.1.2017.

78, 79) ceza muhakemesi hukukunda DNA analizlerinin yasal zemine kavuşması ilk defa 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile mümkün olabilmiştir. 5271 sayılı CMK m. 75'te şüpheli veya sanığa, m. 76'da da diğer kişilere yönelik vücuttan örnek alma; m. 78'de (79 ve 80) ise alınan örnekler üzerinde moleküler genetik incelemelerde bulunma ve bunlara ilişkin usuller öngörülmüştür. Bununla birlikte TürkCMK içerisinde ileriki ceza yargılamalarında kullanılmak üzere DNA profillerinin oluşturulması ve bunların, karşılaştırmak üzere sisteme kaydedilmelerine ilişkin ya da kitlesel DNA analizlerine ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Tüm bunların yanında, 2007 tarihinde Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “*DNA Verileri ve Millî DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı*”²⁵, 14 Nisan 2008 tarihinde Başbakanlık tarafından iade edilmiş, aradan geçen 8 yıla rağmen Başbakanlığa ne bu Tasarı ne de yeni başka bir tasarı sunulabilmiştir. Şu hâlde DNA analizleri konusundaki 2000'lerin başında hızlı bir ilerleme kaydedilmiş olsa da kısa bir süre içerisinde bu ilerleme yine hızlı bir şekilde son bulmuştur. İleride de aktarılacağı üzere bu durum suçların aydınlatılmasında Türkiye'yi geride bırakmaktadır.

1.2. Adli DNA İncelemeleri Üzerine Kavramsal Tartışmalar

Ne Türk ne de Alman ceza muhakemesi hukukunda DNA analizi kavramına yönelik tam bir fikir birliği bulunmaktadır.

Mevzuatlarında birbirine benzer düzenlemelerin yer aldığı AlmCMK m. 81e ve 2005 yılında Almanya'da yürürlükten kaldırılan *DNA Kimlik Tespiti Kanunu*; AvCMK m. 124 ve TürkCMK m. 78 ile Türkiye'deki *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*²⁶ “*moleküler genetik inceleme*” kavramına; ileriki ceza yargılamalarına kullanılmak üzere DNA profili oluşturmaya yönelik AlmCMK m. 81g “*DNA-Kimlik Tespiti*”, toplu DNA analizlerini öngören m. 81h “*DNA-Kitlesel İnceleme*” kavramlarına; İsvCMK m. 255 ile İsviçre *DNA Profilleri Kanunu* ve en nihayetinde Türkiye'de *DNA Verileri ve Millî DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı*, “*DNA analizi*” kavramına yer vermiş; Kanun'da ceza yargılaması ile alakalı olan DNA analizleri ise *adli amaçlı DNA analizi* olarak nitelendirilmiştir.

Öğretide kısmen “*genom analizi - Genomanalyse*”²⁷, kısmen “*gen analizi -*

25 Tasarı ve gerekçesi için bkz. <http://www.tb.org.tr/index.php/Haberler/dna-verileri-ve-tye-milli-dna-veri-bankasunu-tasar-471.html>, son erişim: 3.12.2016.

26 Resmi Gazete, T: 01.06.2005 S: 25832.

27 Ellermann/Opolka, s. 81; Keller, NJW 1989, s. 2289; Henke/Schmitter, MDR 1989, s. 404.

*Genanalyse*²⁸, kısmen “*moleküler genetik inceleme/araştırmalar - molekulargenetische Untersuchung*”²⁹, kısmen de “*DNA analizi - DNA-Analyse*”³⁰ kavramlarının kullanıldığı; ancak özellikle son iki kavramının birbirinden ayrılmadan, sıklıkla birlikte ya da birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir.

Aktarılan bu kavramlardan özellikle **genom** ve **gen analizi** kavramları ceza muhakemeleri uygulamalarında kullanılan incelemeleri tasvir için **uygun değildir**.³¹ Zirâ DNA analizi, dört farklı gen analizi yöntemlerinden (fenotip analizi, kromozom analizi, protein kimyasal analiz gen analizi) sadece birisidir³² ve gen analizlerinin yalnızca bir kısmını oluşturmaktadır³³. “*Gen analizi, insanın genetik özelliklerinin belirlenmesine hizmet eden bir yöntemdir.*”³⁴ Gerçekten de **genom**, bir insanın kalıtsal bilgilerini içeren bir bütün (“*Gametlerde bulunan kromozomlar.*”³⁵); **gen** ise DNA’nın kodlanmış kısmında yer alan unsurlar olup (“*İçinde bulunduğu hücre veya organizmaya özel bir etkisi olan, kuşaktan kuşağa ve hücreden hücreye geçen kalıtsal öge.*”³⁶), “*bir organizmaya ait tüm genetik bilgiyi içerirler*”³⁷. Şu hâlde iz bilimi ve ceza muhakemesi dolayısıyla adlî tıp uygulaması, ne genom ne de genlerle ilgilenmekte, incelemeleri sadece karşılaştırma yoluyla kimliklendirme yapılabilecek dar bir alanla sınırlı tutmaktadır. Bu nedenle genom, gen analizi vs. kavramları, amaçla aşan kavramlardır ve ceza muhakemesi hukukunun terminolojisi dışındadır.

Moleküler genetik araştırmalar ve **DNA araştırmaları** kavramalarına yönelik aşağıda aktarılan tanımlamalardan ise, **DNA incelemesinin moleküler genetik bir araştırma** olduğu sonucuna ulaşılmakta ve sıklıkla birbirinin yerlerine eşanlamlı

28 BGH NJW 1990, s. 2328; LG Heilbronn NJW 1990, s. 784.

29 Centel/Zafer, CMH, s. 304; Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 653; Özbek/Diğerleri, CMH, s. 532 vd.; Şahin/Göktürk, CMH II, s. 85.

30 Ayrıntılı açıklamalarla bu kavramdan yana Klumpe, s. 13; aynı şekilde Özbek, son erişim: 6.1.2017; genel olarak daha çok bu kavramı tercih eden Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 81e s. 310 dev; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, s. 69 vd.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, s. 271 vd.; Kindhäuser, Strafprozessrecht, s. 94; Beulke, Strafprozessrecht, s. 148 vd.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, s. 676; Ünver/Hakeri, CMH, s. 474.

31 Krş. Klumpe, s. 12, 13.

32 Büyükay, AÜEHFD C IX, S. 3-4 (2005), s. 360, 361.

33 Klumpe, s. 13; Büyükay, AÜEHFD C IX, S. 3-4 (2005), s. 360, 361; Mahmutoğlu, s. 1, son erişim: 15.01.2017; Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s.47, 49.

34 Mahmutoğlu, s. 1, son erişim: 15.01.2017.

35 Türk Dil Kurumu, iç: <http://www.tdk.gov.tr>, son erişim: 5.12.2016.

36 Türk Dil Kurumu, iç: <http://www.tdk.gov.tr>, son erişim: 5.12.2016.

37 Mahmutoğlu, s. 1, son erişim: 15.01.2017; Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s.47.

olarak kullanıldıkları görülmektedir. Öyle ki Ünver/Hakeri³⁸ “DNA incelemesi olarak da adlandırılan moleküler genetik incelemelerden” bahsetmektedirler. Kindhäuser³⁹ *AlmCMK m. 81e anlamında DNA analizini, ceza muhakemesinde moleküler genetik kimlik şablonunun (profilin) çıkarılması amacıyla hücreler üzerinde moleküler genetik araştırmalarda bulunmak* olarak; yine *DNA Verileri ve Millî DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı*, ikinci maddesinin birinci fıkrasının e bendi **DNA analizini**, “**DNA profili elde etmek amacıyla DNA örneği üzerinde yapılan bilimsel test**” olarak nitelendirmektedir. Bunun yanında *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*’in “moleküler genetik inceleme” başlıklı 3. maddesi **moleküler genetik incelemeyi**, “*Gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılması*” olarak tanımlamaktadır. Tüm bu açıklamalardan sonra **DNA incelemesini** çok genel bir ifadeyle, **moleküler genetik bir araştırma** olarak tanımlamak hatalı olmayacaktır.

Biz konuyu daha kapsamlı ve net bir şekilde ortaya koyduğundan **DNA analizi** terimine öncelik vermekten yanayız. Bununla birlikte DNA analizi kavramının bir **üst kavram** olduğu ve kodlanmamış kısım kadar kodlanmış kısmın analizini de içerebileceğini gözden uzak tutmamak gerekir.⁴⁰ Buna karşın ceza muhakemesi kapsamında yapılan analiz amaç ve kapsam bakımından oldukça sınırlıdır ve bu nedenle de kendine has bir özellik göstermektedir. Öyle ki, ceza muhakemesinde DNA analizi ceza muhakemesi tedbiri olarak suçların aydınlatılması kapsamında sadece **kimliklendirmeye** hizmet etmekte, bundan daha fazlasıyla ilgilenmemektedir. Bu nedenle de araştırmalar bu amaca hizmet edecek olan DNA’nın sadece kodlanmamış kısmıyla sınırlı tutulmaktadır. Bu amaçsal farklılıklar ve sınırlamalar ceza muhakemesinde yapılan DNA incelemesinin, genel anlamda DNA incelemelerinden de farklı olduğu sonucunu ortaya koymaktadır. Ceza muhakemesini ilgilendiren aslında **sadece adli DNA analizidir**. Şu hâlde, **adli DNA analizinde** geniş anlamda DNA analizi ya da moleküler genetik araştırma değil, sadece **suçların aydınlatılması ve sahibinin kimliklendirilmesi amacıyla DNA’nın kodlanmamış alanında yapılacak, dar kapsamlı** bir araştırma söz konusudur. Bu bağlamda yanlış

38 Ünver/Hakeri, CMH, s. 474.

39 Kindhäuser, Strafprozessrecht, s. 94.

40 Krş. aynı neticede Klumpe, s. 13, ancak yazar adli DNA analizi kavramını değil, DNA parmak izi kavramını kullanmayı tercih etmektedir.

anlamaları önlemek ve geniş anlamda DNA analizleri kavramına karşı gelişebilecek önyargıların da önüne geçebilmek açısından, en yerinde olanı bize göre “**adli DNA analizi**”⁴¹ terimidir. *DNA Verileri ve Millî DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı*’nın da ceza yargılaması ile alâkalı DNA analizlerini “**adli amaçlı DNA analizi**” olarak nitelendirdiğine işaret etmek gerekmektedir. Bu çalışmada özellikle kavramların aslına uygun aktarımının önemli olduğu durumlarda yer yer moleküler genetik araştırmalar ve DNA analizi, yer yer de adli DNA analizi kavramları kullanılmıştır.

Tüm bu açıklamalardan sonra **ceza muhakemesinde adli DNA analizi, kişiyi diğerlerinden ayırmaya yarayan bir DNA kimlik şablonu (DNA profili) elde ederek kimliklendirmede bulunabilmek amacıyla DNA üzerinde (moleküler genetik) inceleme yapılması** olarak tanımlanabilir. Adli DNA analizinde kural olarak, *biyolojik örneklerden DNA ayrıştırılarak karşılaştırmaya esas teşkil eden bölgeler binlerce kez çoğaltılarak görünür hâle getirilmekte ve ortaya çıkan bantlar (barkodlar) bilgisayar aracılığıyla sayısal değerlere dönüştürülüp, DNA profil karşılaştırması yapılmaktadır.*⁴² Elde edilen **DNA profilleri**, “*kişinin DNA’sına birebir karşılık gelen şifrelenmiş numara dizileridir*”⁴³. Dolayısıyla burada “*fotoğraf benzeri bir tablo*”⁴⁴ elde edilmektedir ve suçların aydınlatılmasında kullanılacak olan bu biyolojik örnekler değil, tam tersi *bu tablo* olacaktır.⁴⁵

1.3. Ceza Muhakemesinde Adli DNA Analizlerinin Hukukî Niteliği

Türk⁴⁶ ve Alman⁴⁷ ceza muhakemesi hukukunda baskın görüş, adli DNA analizlerinin **koruma tedbiri** olduğu yönündedir. Bunun yanında DNA analizinin Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda 1. Kitap, Bilirkişiler ve Keşif başlıklı 7. kısımda (m. 72 - 93); Türkiye’de ise 1. Kitap, Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif başlıklı Üçüncü Kısımda, Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi başlıklı Üçüncü Bölümde yer aldığı görülmektedir.

41 Aynı neticede ayrıca diğer eleştiriler için Altendorfer, s. 23, 24; Burr, s. 23, 24.

42 Elmas/Ersoy, s. 112; DNA analizinde profil çıkarma yöntemleri hususunda ayrıca Öztürk, s. 5 vd.

43 Öztürk, s. 5.

44 Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 654.

45 Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 654.

46 Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 654; Özbek/Digerleri, CMH, s. 286 vd.; Özbek, son erişim: 6.1.2017; Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 55; Mahmutoglu, s. 1, son erişim: 15.01.2017; Centel/Zafer, CMH, s. 304, dipnot: 283, her ne kadar koruma tedbirlerine ilişkin kısımda DNA analizlerini doğrudan doğruya ifade etmeseler de, işlemin tedbir niteliğini de ayrıca reddetmemektedirler.

47 Temel haklara müdahâlede bulununan zorlayıcı tedbirler kapsamında Volk/Engländer, Grundkurs StPO, s. 69 vd.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, s. 227 vd., 271 vd.; Kindhäuser, Strafprozessrecht, s. 94 vd.; Beulke, Strafprozessrecht, s. 148 vd.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Dördüncü Kısımında yer alan “*koruma tedbiri*”⁴⁸, “*kural olarak, ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, gecikmede sakınca bulunan durumlarda, geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren önlemler*”⁴⁹ anlamında olup; *ceza muhakemesinin hızlı bir şekilde yürütülmesini sağlamak, delil elde etmek ve elde edilen delillerin korumak, şüpheli veya sanığı muhakeme sırasında veya hükmün infazı için hazır bulundurmak*;⁵⁰ dolayısıyla *ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesi veya muhakeme sonunda verilecek kararların kâğıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak*⁵¹ amacıyla başvuru ceza muhakemesi tedbirleridir. Bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak koruma tedbirleri, henüz hükümden önce hukuken korunan çeşitli bireysel temel hak ve özgürlüklere (kişi özgürlüğü, vücut bütünlüğü veya özel hayatın gizliliği vs.) müdahale etmekte ve bunları sınırlandırmaktadır.⁵²

DNA analizinin, güvenilir bilimsel yöntemlerle elde edilen, suçların aydınlatılması ve ceza yargılamasının hukuka uygun bir şekilde makul bir sürede sonlandırılmasına yönelik deliller (DNA profilleri) ortaya koyduğundan şüphe yoktur. Analiz yapılması kararının, analiz sonrası elde edilen profillerin korunması, toplaması ve yargılamada hazır bulundurulmasından başka bir amacı yoktur. Bunun yanında analizin özel hayatın korunması, kişisel verilerin korunması gibi bazı temel haklara saldırıda bulunduğu da sabittir. Tüm bu açıklamalar ışığında adli DNA analizlerini koruma tedbiri olarak nitelendirmek isabetsiz olmayacaktır. Bunun haricinde adli DNA analizlerinin koruma tedbirlerinin *yasallık*⁵³, *geçicilik*⁵⁴, *karara dayanma*⁵⁵ ve

48 Tartışmalı olmakla birlikte koruma tedbirleri kavramı öğretide yaygın olarak kullanılmaktadır: Öztürk/Diğerleri, CMH, . 437; Centel/Zafer, CMH, s. 330; Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 304; Özbek/Diğerleri, CMH, s. 283.

49 Öztürk/Diğerleri, CMH, s. 437.

50 Şahin, CMH I, s. 269.

51 Öztürk/Diğerleri, CMH, s. 437.

52 Şahin, CMH I, s. 269; Öztürk/Diğerleri, CMH, s. 439 vd.; ayrıntılı bkz. Arslan, iç: TBBD 2015 (120) s. 155 vd.

53 Şahin, CMH I, s. 273 vd.; Öztürk/Diğerleri, CMH, s. 440.

54 Şahin, CMH I, s. 273 vd.; Öztürk/Diğerleri, CMH, s. 440.

55 Şahin, CMH I, s. 273 vd.; Öztürk/Diğerleri, CMH, s. 440.

ölçülülük vs. gibi bazı **ortak özelliklerine** de haiz oldukları da ortadadır.⁵⁶

Koruma tedbiri teşkil eden adli DNA incelemelerinin bir tedbir olarak *bağımsız* bir yapısı olmadığı⁵⁷ ve “*karma*”⁵⁸ nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Buna göre DNA analizinin kendine özgü bir niteliği ve sanıktan alınan “*vücut materyali*” ve olay yerinden elde edilen “*iz materyali*”nin analizi ile bağlı olmak üzere **iki farklı yönü** bulunmaktadır. DNA analizleri bir yönüyle beden muayenesi koruma tedbirinin bir **parçası**, diğer bir yönüyle ise keşif veya olay yeri incelemesinin bir **uzantısı** teşkil etmektedir. Beden muayenesi, kişinin vücut boşluklarında veya iç organlarında veyahut da vücut sınırlarında tıbbi yöntem ve araçlarla özelliklerinin incelenerek delil aranması anlamına gelmekte, bu bağlamda **beden muayenesi yoluyla elde edilen vücut materyallerinin DNA-Analizine tabi tutulması** bu yöntemin sadece bir yönünü oluşturmaktadır. Bu nedenle yöntem beden muayenesi koruma tedbirinin bir parçası olup, bilirkişi incelemesi ile bir arada uygulanır. Bunun haricinde **olay yerinden elde edilen iz materyalleri üzerinde DNA-Analizi yapılması** açısından yöntemin, beden muayenesi koruma tedbirinden ayrılarak daha çok keşif ve/veya olay yeri incelemesi sonrasında başvurulmuş bir bilirkişi incelemesi niteliğine büründüğü ifade edilmektedir. Bu bağlamda DNA-Analizi **hâkim bakımından bir keşif, analizi uygulayacak doktor veya uzman (yetkili) bakımından bir bilirkişi incelemesidir**.⁵⁹

1.4. Adli DNA İncelemelerinin Temel Hakları İhlal Etmesi Sorunu

Adli DNA incelemeleri özellikle insan haysiyetinin dokunulmazlığı başta olmak üzere, vücut bütünlüğü hakkının korunması, temel kişilik hakları ve kişisel bilgilerin geleceğini belirleme hakkı (bilgiler üzerinde özerklik veya bilgilendirme özerkliği) yani kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında tartışma konusu olmuştur. Aşağıda üzerinde DNA analizi yapılacak örneğin alınabilmesi için vücut

56 Mahmutoglu, s. 2, son erişim: 15.01.2017; Özbek, son erişim: 6.1.2017, koruma tedbirlerinin sahip olduğu özellikler ve koşullardan, belli bir suç şüphesinin gerekliliği, oranlılık ilkesinin aranması, temel haklara ağır bir müdahale oluşturduğu için tüm aşamalarda hâkim kararının aranması, yasayla düzenlenme zorunluluğu gibi koşulların DNA analizi için de geçerli olduğunu ifade etmekte; bunun yanında DNA analizi ile koruma tedbirlerinin özellikle zorlama, geçici olma, gecikmede tehlike bulunması gibi unsurlar bakımından birbirlerinden ayrıldıklarını, ancak tüm bu hususların, DNA analizini koruma tedbiri olmaktan çıkarmayacağını ifade etmektedir. Ayrıca kendine özgü uygulanma koşullarının varlığı nedeniyle DNA analizinin farklı bir hukukî niteliğe bürünmesine neden olduğunu ve bu nedenle de vücudun muayenesi koruma tedbirinden ayrı madde/maddelerde düzenlenmesi gerektiğini dile getirmektedir.

57 Batur, TBBD 2016 (126), s. 83; Özbek, son erişim: 6.1.2017; Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 55; Mahmutoglu, s. 2, son erişim: 15.01.2017.

58 Centel/Zafer, CMH, s. 304; Özbek, son erişim: 6.1.2017.

59 Özbek, son erişim: 6.1.2017; aynı şekilde Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 55, 56.

dokunulmazlığına müdahale edilmesi gerektiğinden öncelikle vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkına, bunun ardından insan haysiyetinin dokunulmazlığı, özel hayat ve bilgilendirme özerkliği yani kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına müdahâle hususlarına değinilecektir.

1.4.1. Vücuttan Biyolojik Örnek Alınması Suretiyle Temel Hak İhlali?

Vücuttan kan örneği alınmasının vücut bütünlüğünün korunması temel hakkını ihlal edip etmediği Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi’ne taşınmış bir konudur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi⁶⁰ konuya ilişkin kararında, *icrasının şekli itibariyle çok hafif derecede bir etkisinin olması ve bu nedenden dolayı da ilgisinden beklenebilecek nitelikte bir yükümlülüğün, vücut bütünlüğüne bir saldırı olarak kabul edilemeyeceğini* ifade etmiştir.⁶¹ Öğretide⁶² mevzuatta yer alan, kan örneği alınması amacıyla icrâ edilen işlem tehlikeden ve risklerden uzak, orantılı, bu bağlamda da anayasaya uygun bir işlem olarak kabul edilmektedir.

Vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı Türkiye Anayasası m. 17 II kapsamında korunmakta; ancak birçok temel hak gibi vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı da anayasal koşullara uyularak sınırlandırılabilir kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesine göre *Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa’nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin korunması ya da suç işlenmesinin önlenmesi gibi nedenlerle temel haklar sınırlandırılabilir.* Anayasa insanı tek başına varlık gösteren değil, topluluk içerisinde yaşayan bir birey olarak kabul ettiğinden, özellikle suçların aydınlatılması vs. gibi sebeplerle bir *“kamu yararının”*⁶³ bulunması durumunda, temel haklarına yönelik bazı sınırlamalara katlanmasını bireyden

60 BVerfG 5, s. 15.

61 BVerfG 17, s. 115.

62 Neuser, s. 80; Klumpe, s. 162, 164; Pieroth/Jarass, Grundgesetz, m. 2. pn. 87; Münch/Kunig-Kunig, GGK I, m. 2 pn. 65; OLG Köln NStZ 1986, s. 234.

63 Anayasa Mahkemesi E: 2014/196, K: 2015/103, T: 12.11.2015, RG Tarih - Sayı: 16.12.2015 - 29564, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/75a9113f-cb28-4ec6-b66a-2b99c20ac20b?highlightText=dna&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, son erişim: 29.11.2016: **Türk Anayasa Mahkemesi kamu yararı kavramını şu şekilde açıklamaktadır:** *“Anayasa Mahkemesince ‘kamu yararı’ konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır [...] kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yardıdır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde, söz konusu kanun hükmü Anayasa’nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan ayırık hâl dışında, bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı ve hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasî tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan, bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.”*

beklemektedir. Anayasa Mahkemesi⁶⁴ sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen **Anayasa'nın 13. maddesi** uyarınca *temel hakların yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabileceğini; getirilen bu sınırlamaların, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine⁶⁵ aykırı olamayacağını* kabul etmektedir.⁶⁶ En nihayetinde sınırlama getiren yasal düzenlemenin **belirlilik ilkesine⁶⁷** uygun olması gerekir. Alman Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde sınırlamanın kanun tarafından yapılması, sınırlamaya dayanak kamu yararının ağır basması, orantılılık ilkesine

- 64 Anayasa Mahkemesi E: 2014/180, K: 2015/30, T: 19.3.2015, RG Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb0ec514-e01c-47ba-86bedadfd0c0c2b3?highlightText=dna%20analizi&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, son erişim: 29.11.2016.
- 65 Anayasa Mahkemesi E: 2014/196, K: 2015/103, T: 12.11.2015, RG Tarih - Sayı: 16.12.2015 - 29564, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/75a9113f-cb28-4ec6-b66a-2b99c20ac20b?highlightText=dna&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, son erişim: 29.11.2016: *“Ölçülülük amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder; ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmalı, amaç ve araç ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.”*; Anayasa Mahkemesi E: 2014/196, K: 2015/103, T: 12.11.2015, RG Tarih - Sayı: 16.12.2015 - 29564, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/75a9113f-cb28-4ec6-b66a-2b99c20ac20b?highlightText=dna&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, son erişim: 29.11.2016, Kanun koyucunun düzenlemeler yaparken *hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğunun belirttiği kararlarında ölçülülük ilkesi şu şekilde açıklanmaktadır: Ölçülülük ilkesi “elverişlilik”, ‘gereklilik’ ve ‘orantılılık’ olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. ‘Elverişlilik’, başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, ‘gereklilik’ başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, ‘orantılılık’ ise başvuru önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılacak istenen amaç arasında da ‘ölçülülük ilkesi’ gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.”*
- 66 Anayasa Mahkemesi E: 2014/180, K: 2015/30, T: 19.3.2015, RG Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb0ec514-e01c-47ba-86bedadfd0c0c2b3?highlightText=dna%20analizi&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, son erişim: 29.11.2016; krş. Anayasa Mahkemesi E: 2014/196, K: 2015/103, T: 12.11.2015, RG Tarih - Sayı: 16.12.2015 - 29564, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/75a9113f-cb28-4ec6-b66a-2b99c20ac20b?highlightText=dna&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, son erişim: 29.11.2016.
- 67 Anayasa Mahkemesi E: 2014/122, K: 2015/123, T: 30.12.2015, RG Tarih-Sayı: 01.03.2016 - 29640, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/004ab030-da02-462b-9990-84cad78525c9?highlightText=kişisel%20veri&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, son erişim: 28.11.2016: *“Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri ‘belirlilik’tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanıması gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvencilerle bağlantılı olup birey, yasadan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”*

uygun hareket edilmesi,⁶⁸ kamusal yarar ne kadar ağır basarsa bassın hakkın çekirdeğine kesinlikle dokunulmaması⁶⁹, belirlilik ilkesi gereklerine uygunluk, açık ve anlaşılır olma⁷⁰ vs. gibi ilkeleri anmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında DNA analizi için vücuttan başta kan olmak üzere biyolojik örnek alınması işlemi bakımından şunu belirtmek gerekir: Her ne kadar kan örneği alınması işlemi, küçük bir iğne yoluyla damar çeperine girilmesi ve oradan 2-3 cl kan örneği alınması söz konusu olsa da, burada vücut bütünlüğüne yönelik hiç bir müdahalenin bulunmadığı ve sağlığa yönelik hiç bir tehlikenin doğmadığı iddia edilemez.⁷¹ Dolayısıyla özellikle vücuttan kan alınması vücut bütünlüğünü ihlal eden bir müdahaledir. Öte yandan günümüzde enjeksiyon yardımıyla kan alma yöntemine alternatif daha hafif yöntemler yardımıyla da DNA örneği elde edilebilmektedir. Gerçekten de yanaktan sürüntü alımı, köklü saç, tükürük alma vs. gibi vücuda doğrudan saldırı sayılmayacak yöntemlerle de örnek alımı mümkündür. Hatta bunlardan yanaktan sürüntü alımı kolay ve ucuz, bu nedenle de en çok tercih edilen yöntemler arasında sayılmaktadır.⁷² Gerçekten de bu işlemler sırasında vücut bütünlüğüne yönelik esaslı bir müdahalede bulunulmamaktadır. Kan örneği almakla karşılaştırıldığında, bu tür yöntemlerin temel hakka saldırı bakımından daha hafif araç teşkil ettiklerinden şüphe yoktur. Ayrıca kan örneği alınması dahil tüm bu müdahalelerin, bir hukuk devletinde ilgisinden beklenmeyecek derecede ağır sonuçlar doğuran veya katlanılması güç yükümlülükler getirmedikleri ortadadır. Suçların aydınlatılmasına hizmet eden işlemler sırasında tıbbî sanat uygulamaları standartlarına uyulması ve sağlığa yönelik bir tehlike yaratılmaması koşulu ile **ilgisinden işlem sırasında etkin rol oynamasını değil, sadece pasif kalmasını bekleyen az bir miktarda kan alma işlemi veya diğer örnek alma işlemlerini anayasaya uygun kabul etmek** gerekir. Ancak burada başvurulacak alternatif yöntemlerden en hafif aracı seçmek orantılılık ilkesinin temel koşulu olduğundan, yanaktan sürüntü vs. gibi hafif bir yöneme başvurulacakken enjektörle kan örneği alınması yöntemine başvurulmaması temel hakkın en yüksek düzeyde korunmasına hizmet edecektir.

68 BVerfG StV 2001, s. 380; BVerfG 65, s. 44; BVerfG NJW 2004, s. 1001.

69 BVerfG 34, s. 245; BVerfG 80, s. 373.

70 BVerfG 65, s. 44; BVerfG 92, s. 197.

71 Krş. Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 63, vücut dokunulmazlığının ihlâlinin ortada olduğunu ancak müdahâlenin yasal düzenleme yoluyla hukuka uygun hâle getirilebileceğini ifade etmektedir; Özbek, son erişim: 6.1.2017; aynı şekilde Mahmutoglu, s. 4, son erişim: 15.01.2017; Yenisey/Nuhoglu, CMH, s. 654, konu kanunda düzenlendiğinden anayasaya aykırılık görmemektedirler.

72 Elmas/Ersoy, s. 112.

1.4.2. Adli DNA Analizi Yapılması Suretiyle Temel Hak İhlali?

Sadece vücuttan örnek alınması değil, alınan örnekler üzerinde adli DNA analizlerinin yapılması, özellikle insan haysiyeti, genel kişilik hakları ve Alman hukukundaki ifadesiyle kişisel bilgilerin geleceğini belirleme hakkı (bilgiler üzerinde özerklik veya bilgilendirme özerkliği hakkı), Türk hukukundaki ifadesiyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı çerçevesinde hukuki sorunlar yaratmaktadır. Aşağıda bu hususlardaki tartışmalara yer verilecektir.

1.4.2.1. Adli DNA analizleri ve insan haysiyetinin dokunulmazlığı

i) İnsan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi

Alman Anayasası'nın 1. maddesine öngörülen *insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi* ya da başka bir ifadeyle *insan özsaygınlığına dokunma yasağı*, her bir bireyin bireyselliğine saygı duyulması ve hayatının en gizli alanına dokunulmamasını öngörmekte;⁷³ m. 1 I 2 **devlete** insan haysiyetini koruma yükümlülüğü getirmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne⁷⁴ göre *insan haysiyeti* kavramı, *insanı özgür ve belirleme özerkliğine sahip bir canlı olarak görmekte ve böyle özgür ve özerk bir insan doğasından ("insan resmi" Menschbild) yola çıkmaktadır. Ayrıca insan, dünya üzerinde tek başına bir canlı olarak değil, tersine topluluk içerisinde yaşayan ve bu topluluğa karşı yükümlülükleri olan bir kişiliktir.*⁷⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi *özne* niteliğindeki *bireyin öznellik* niteliğinin ihlal edilmesini, geliştirdiği "*nesne formülü*" ile açıklamaktadır. Buna göre *kişinin öznelliği, bir insanın "devletin basit bir nesnesi" hâline dönüştürülmesiyle ihlal edilmiş olacaktır.*⁷⁶ *İnsan nesne değil, bir özne*⁷⁷ olup, *toplumun, eşit haklara sahip bir üyesidir.*⁷⁸ Şu hâlde insan haysiyetinin dokunulmazlığı, insanın *basit bir objeye indirgenemeyeceği* anlamına gelmektedir.⁷⁹ İnsan haysiyeti insanın sosyal konumu, dış görünüşü vs. belirleyici olmadan, her insanın insan olması dolayısıyla **sahip olduğu değerler bütünüdür.** Her insanın sosyal bir değeri vardır ve herkes bunun korunmasını talep etme hakkına sahiptir.⁸⁰

73 Klumpe, s. 129.

74 BVerfG 4, s. 15.

75 BVerfG 4, s. 15.

76 Pieroth/Jarass, Grundgesetz, m. 1 sn. 7.

77 BVerfGE 30, s. 26.

78 BVerfGE 45, s. 228.

79 BVerfG NJW 1988, s. 519 vd.

80 BVerfG NJW 1988, s. 519 vd.

İnsan haysiyetinin dokunulmazlığı aynı zamanda **insanın basit bir bilgi kaynağına indirgenmesini de yasaklamaktadır.**⁸¹ Bireyin, vücutsal engelleri, eksiklikleri vs. hakkında bilgi verme zorunda olmaması, insan haysiyetinin korunması kapsamında değerlendirilmektedir.⁸² Ceza yargılaması hukukunda, **devletin ne pahasına olursa olsun ceza yargılaması yapma hakkı bulunmamaktadır.**⁸³

Benzer bir durum Türk anayasa hukuku için de geçerlidir. T.C. Anayasası m. 17 III “*kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir [...] muameleye tâbi tutulamaz.*” emri ile insan haysiyetine dokunma yasağı getirmiştir. Ayrıca Anayasa m. 12 de, *herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu ancak, temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiğini* belirtmektedir. Anayasa m. 5 içerisinde sayılan Devletin temel amaç ve görevlerinden bir kısmı da, *kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.* Dolayısıyla insan haysiyetini korumak Devlete bir yükümlülük olarak yüklenmiştir.

Anayasa Mahkemesine⁸⁴ göre, insan haysiyeti kavramı “*insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerini tanınmasını ve sayılmasını*” anlatır. “*Bu öyle bir davranış çizgisidir ki **ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır.** İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış; prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmiştir.*”⁸⁵ Ünver’e⁸⁶ göre **insan onuru** kavramının gereklerinden biri “*insan haklarının önceliğidir*”. Yazara göre insan onuru “*bir*

81 BVerfG 65, s. 48.

82 Neuser, s. 85.

83 BGHSt 38, s. 220.

84 Resmi Gazete Tarih/Sayı: 27.6.1967/12632, E: 1963/132, K: 1966/29, T: 28/6/1966, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b95ec65c-f13d-4bcd-a586-4f2b970f58c3?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, son erişim: 12.12.2016.

85 Resmi Gazete Tarih/Sayı: 27.6.1967/12632, E: 1963/132, K: 1966/29, T: 28/6/1966, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b95ec65c-f13d-4bcd-a586-4f2b970f58c3?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, son erişim: 12.12.2016.

86 Ünver, CHD, 2008, Yıl: 3, Sayı 7, s. 66.

cephesiyle insan haklarının asli ve öncelikli oluşu vurgusunu ifade etmekte olup, insan haklarının en yüksek zirvesi kabul edilmekte, ikinci bir cephesi ise alan olarak az ancak ağır basan bir cephesidir ve bundan amaç olduğu kastedilir.”⁸⁷

ii) Adli DNA Analizi Yoluyla İnsan Haysiyetini İhlal?

DNA analizinin insan haysiyetinin dokunulmazlığı yasağını ihlal etmediği konusunda, Türk⁸⁸ ve Alman⁸⁹ hukukunda genel bir kabul olduğu görülmektedir. Bu görüşlere göre moleküler genetik incelemelerle, DNA'nın kodlanmamış kısmında bulunan ve sadece kişileri birbirinden ayırmaya yarayan temel unsurların tespit edildiği, anılan bu alanda kural olarak kalıtsal özelliklere ait veriler, karakteristik özellikler ya da kalıtsal hastalıklara ilişkin verilerin yer almadığı ifade edilmektedir. Bunun yanında zorunlu ceza muhakemesi tedbiri yoluyla bir insanın, tüm genomlarının kategorize edilmesi suretiyle, bütün kişilik bilgilerinin kataloglaştırılıp kaydedilmesinin insan haysiyetini ihlal edeceği dile getirilmektedir.⁹⁰

Gerçekten de kişilik veya karakter özellikleri araştırılmadan, sadece kimliği tespiti yarayan bir alanda, genetik parmak izinin çıkarılması, kişinin **özelikten uzaklaştırılarak nesne hâline getirildiği** anlamına gelmez. Ceza muhakemesi alanındaki adli DNA incelemeleri kişinin kalıtsal ve karakteristik kişisel özellikleri konu almamakta, kişinin gizli alanındaki sadece onun bilmesi gereken sır anlamındaki bilgilerine ulaşılmamaktadır. Dolayısıyla kişi **en gizlisine dokunularak suçların aydınlatılmasının bir aracı hâline getirmemektedir**. Burada tıpkı kan grubunun belirlenmesi sürecinde ya da resim, boy vs. gibi biyometrik verilerin tespit edilmesinde olduğu gibi, DNA dizileri yoluyla yaratılan sayısal verilerle - profiller - kimliklendirme söz konusudur. Bu da insanın sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmaması ve sayılmaması anlamına gelmemekte, **DNA analizi yapılması ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarmamaktadır**. Netice olarak adli DNA incelemeleri, Alman ve Türk hukuk bakımından insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesini ihlal etmemektedir.

87 Ünver, CHD, 2008, Yıl: 3, Sayı 7, s. 66.

88 Özbek, son erişim: 6.1.2017; Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 59; Mahmutoglu, s. 4, 5, son erişim: 15.01.2017.

89 BVerfG NJW 1996, s. 771, 772; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, s. 271; Neuser, s. 85, 89; Kriegelstein, s. 31, 101 vd.; Altendorfer, s. 17, 18; Joecks, StK-StPO, § 81 g pn. 4; Klumpe, s. 150 vd.; Sternberg-Lieben, NJW 1987, s. 1244, 1245; buna karşın Rademacher, StV 1989, s. 549.

90 Neuser, s. 85.

1.4.2.2. Adli DNA Analizleri ve Genel Kişilik Hakları

DNA analizlerinin genel kişilik haklarının ihlali anlamına gelip gelmeyeceği de ayrı bir tartışma konusudur. Genel kişilik hakları, dar bir alanda kişisel yaşam alanını ve bunu oluşturan ana koşulların korunmasını güvenceye almaktadır.⁹¹ DNA analizleri kapsamında genel kişilik haklarından özellikle özel hayatın ve hayatın gizli alanının korunması,⁹² kişinin kendi resmi üzerindeki hakları⁹³ ve aynı zamanda kişisel bilgilerin geleceğini belirleme hakkı⁹⁴ (bilgiler üzerinde özerklik veya bilgilendirme özerkliği) yani kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ele alınmaktadır.

i) Adli DNA Analizi Yoluyla Özel Hayatı İhlal?

Özel hayat, “kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı ve kendisini ilgilendiren tutum ve davranışları”; özel hayat **alanı**, “kişinin başkalarını içinden çıkarmaya yetkili olduğu; kişinin izni olmaksızın kimsenin giremeyeceği gizli bir alan” olarak betimlenmektedir.⁹⁵ Özel hayat alanında, kişisel bir yaşam kesiti veya bir durum ya da kişiye ait bir bilgi başkalarının bilgisinden ve müdahalesinden uzak tutulmaktadır.⁹⁶ Bu bağlamda Zafer⁹⁷ özel hayat alanını “başkaları ile paylaşma arzusunu taşımadığımız **kişisel yaşam parçaları**” olarak nitelendirmektedir. Burada belirleyici olan “diğerlerinden ayrı olma ve diğerlerine bilinmez olma durumu” olduğundan, “özel hayat hakkı, kendisi hakkındaki bilgiyi başkalarından koruma hakkı ile aynı şeydir”. Özel hayat alanında olanları kişi, ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişki içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istemektedir.⁹⁸ Özel hayat alanı dışında kişinin bir de **gizli hayatı** bulunmaktadır.⁹⁹ Bireyin “kişiliğinin nihai sığınağı” olarak nitelenen gizli hayat alanı, “normal durumlarda kişinin kimseyle paylaşmadığı, sadece kendisi için saklı tuttuğu ve hiç kimsenin bilmesini istemediği veya maksimum çok güven duyduğu kişilere açık olay, hâl ve ilişkilerden oluşan alandır”.¹⁰⁰ Bu nedenle de bu alan sınırlı sayıdaki kişiler dışında gizli tutulması

91 BVerfG 54, s. 153.

92 Klumpe, s. 129 vd.; Krieglstein, s. 102; Özbek, son erişim: 6.1.2017; Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 60.

93 Krieglstein, s. 102.

94 Krieglstein, s. 102; Klumpe, s. 152.

95 Zafer, s. 12.

96 Zafer, s. 12.

97 Zafer, s. 12.

98 Zafer, s. 13.

99 Hayat alanını açıklamaya çalışan “ün alan terisi” hakkında ayrıntılar için Zafer, s. 13 vd.

100 Zafer, s. 13.

gereken olay ve bilgilerden oluşur. Kişinin, “*kendi kabuğuna çekilme ya da yalnız kalma hakkı*” kapsamında “*en önemli varlıklarından*” olan, “*çekirdek benlik*” ve kişinin “*en iç çemberi*” olarak kabul edilen bu alanda “*kişinin başta cinsel yaşamı olmak üzere, çıplaklığı, düşünceleri, inançları, ümitleri, korkuları, dilekleri, aile ilişkileri, plânları ve hisleri, iç yaşamı*” gibi “*sağlık, kişisel ilişkileri, mektup, telgraf, hatıra defteri gibi dış yaşamı ile ilgili*” bilgiler yer almaktadır.¹⁰¹ Açıklanan tüm bu nedenlerle gizli hayat alanı hiçbir şekilde dokunulmaz bir alan teşkil ederken; özel hayata müdahale belirli şartlarda mümkündür.¹⁰²

Almanya Anayasa m 2 I ve 1 I, Türkiye Anayasası m. 20 kapsamında koruma altına alınmış olan özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı, daha önce de aktarıldığı üzere¹⁰³ suçların aydınlatılmasında yatan kamu yararı gerekçesi ve anayasal koşullara uyma şartıyla sınırlandırılabilir. Öğreti¹⁰⁴ ve uygulamada¹⁰⁵ adli DNA incelemelerinin hayatın gizli alanına tecavüz teşkil etmediği, ancak özel hayata ilişkin bir müdahalede bulunduğu; bununla birlikte bu saldırının anayasal sınırlamalara uymak şartıyla anayasaya uygun oldukları kabul edilmektedir.

Gerçekten de ceza muhakemesinde adli DNA analizi, DNA'nın kodlanmamış alanında yapıldığından, bireyin sır olarak tutmak isteyeceği gizli bilgilerine erişilmemektedir. Adli DNA analizleri elde ettiği sayısal dizilerle sahibine özgür bir sayılar dizini ortaya çıkarmakta, bu dizi de sadece kimliklendirmeye hizmet etmektedir. Burada kişinin gizli alanına girecek, o suçu işleyip işlememe potansiyelini belirleyecek herhangi bir kişilik özelliği, gen defektleri, irksal ya da fiziksel özellikleri, vücut yapısı vs. gibi özellikleri tespit edilmemekte, gizli bilgilere ulaşılmamaktadır. Dolayısıyla hayatın gizli alanına yönelik bir müdahale yoktur. Bununla birlikte kişiye özgü olan DNA profilinin elde edilmiş olması özel hayata bir saldırı teşkil ettiği gibi, profil neticesinde elde edilecek tüm doğrudan ya da dolaylı bilgiler de, kişinin herkesin bilmesini istemeyeceği özel bilgiler mahiyetinde olabilir. Olay yerinde DNA materyalinin bulunduğu belirlenmesi ile kişinin bir şekilde orada bulunduğu ve orada neler yaptığının ortaya çıkarılması dahi özel hayata ilişkin bir durumdur. Bu nedenle her hâlükârda özel hayata bir saldırıda bulunmaktadır.

101 Zafer, s. 13.

102 Zafer, s. 13.

103 Bkz. 64-71 arasındaki dipnotları.

104 Krieglstein, s. 102; Benfer, StV 1999, s. 403; Krehl/Kolz, StV 2004, s. 455; Sternberg-Lieben, NJW 1987, s. 1245; Özbek, son erişim: 6.1.2017; Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 62.

105 BVerfG NJW 1996, s. 771, 772.

Ancak efektif bir ceza yargılaması yapılması ve suçların aydınlatılmasında yatan kamusal yarar orantılı ve anayasal koşullara uygun bir müdahaleye katlanmayı da beraberinde getirmektedir. Müdahalenin orantılı olması bakımından gerek Türk gerekse Alman mevzuatında DNA profilinin tespitinden sonra, genleri içeren gen materyallerinin yok edilmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Buna ek olarak özellikle Almanya’da DNA analizi ile elde edilen verilerin aktarılacağı sınırlı sayıda kişi ve kurumlar hakkında yasal mevzuatta detaylı düzenlemeler yapılmaktadır. Tüm bu gerekçelerle adli DNA analizine ilişkin olarak mevcut ceza muhakemesi normlarıyla özel hayatı sınırlamaya yönelik düzenlemelerin anayasaya uygun olduğu ifade edilebilir.

ii) Adli DNA Analizi Yoluyla Resim Üzerindeki Hakkı İhlal?

Moleküler genetik incelemeler sonucunda normalde insan gözüyle görülemeyen DNA dizileri görülür hâle getirilmektedir. Elde edilen bu görüntü, bireye özgü olduğundan gerçekten de kimliklendirme yapılabilecek **moleküler biyolojik vesikalık bir resim** olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁶ Gerçekten de “*kişinin DNA’sına birebir karşılık gelen şifrelenmiş, numara dizileri*”¹⁰⁷ olarak kabul edilen DNA profilin “*fotoğraf benzeri bir tablo*”¹⁰⁸ niteliğindedir. Bu da Alman Anayasası ile korunan genel kişilik haklarından resim üzerindeki hak; Türk hukuku bakımından ise hem genel kişilik hakları (m. 17 I) hem de kişisel verilerin korunması (m. 20 II) kapsamında önem taşımaktadır.

“*Resim üzerindeki hak*” kişiye, kendisi hakkında ifşada bulunma üzerinde tasarruf hakkı vermektedir.¹⁰⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, kural olarak herkesin, kendi hayatının ya da hayatından bir kesitin bir başkası tarafından kamuya açılmasına izin verip vermeme ya da ne boyutta açacağına izin verme hakkına, bizzat ve sadece kendisinin sahip olduğunu ifade etmektedir.¹¹⁰ Adli DNA incelemeleri yoluyla elde edilen genetik parmak izlerinin, resim üzerindeki hakka yönelik bir müdahale teşkil ettiği, ancak mevcut durumun anayasaya uygun olduğu kabul edilmektedir.¹¹¹ Türk hukuku bakımından resim üzerindeki hak, kişisel verilerin korunması bakımından önem kazandığından, bu husus ilgili kısımda tartışılacaktır.

106 Krieglstein, s. 104.

107 Öztürk, s. 5.

108 Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 654.

109 BVerfG 34, s. 245.

110 BVerfG 35, s. 220.

111 Krieglstein, s. 104.

1.4.2.3. Adli DNA Analizi ve Kişisel Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı (Bilgiler Üzerinde Özerklik veya Bilgilendirme Özerkliği ya da Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı)

Moleküler genetik incelemeler yoluyla genetik parmak izinin belirlenmesi, DNA profilinin (kimlik şablonunun) işlenmesi ile kaydedilmesi ve en nihayetinde gerektiğinde genetik parmak izi bilgisinin diğer ceza yargılamalarında tekrar kullanılmak üzere ilgili mercie aktarılması, özellikle kişisel bilgilerin geleceğini belirleme hakkı (ya da bilgiler/veriler üzerinde özerklik veya bilgilendirme özerkliği ya da Türk hukukunda yaygın ifadesiyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı - das Recht auf informationelle Selbstbestimmung) kapsamında yoğun tartışmalara konu olmuştur. Türkiye’de konu CMK kapsamında moleküler genetik araştırmalarla alakalı olarak ele alınmış, henüz DNA profillerinin kaydedilip ileride tekrar kullanılmalarına ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığından konu özellikle “*DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı*” kapsamında kişisel verilerin korunması çerçevesinde önem kazanmıştır. Aşağıda bu husustaki Alman ve Türk hukukundaki tartışmalar aktarılmaya çalışılacaktır.

i) Bireyin Kişisel Bilgilerinin Geleceğini Belirleme Hakkı

Kişisel bilgilerin geleceğini belirleme hakkı, genel kişilik haklarından biri olup, Alman Anayasası m. 2 I ve bununla bağlantılı insan haysiyetinin dokunulmazlığını öngören m. 1 I’den çıkarılmakta; bu bağlamda kişiliğin özgürce geliştirilmesi hakkından, kişisel verilerin kullanılması ve bunların ne ölçüde nasıl ifşa edileceğinin kişinin bizzat kendinin belirleme hakkının doğduğu kabul edilmektedir.¹¹²

İnsan daima iletişim hâlinde olan bir canlıdır ve iletişim konusunun içeriğine, şekline, iletişimde bulunulacak diğer tarafın kim olacağına vs. bizzat kendisi karar vermektedir.¹¹³ Veriler, iletişim sürecinin yapı taşı olduğundan, iletişimin tarafları olan kişilerin, veriler üzerinde tasarruf hakkına sahip olmaları zorunludur.¹¹⁴ Bu nedenle de **bilgilendirme özerkliği ya da kişisel verilerin geleceğini belirleme hakkının koruma alanı sadece iletişimin tarafı, içeriği ve şeklini belirleme yetkisini değil, aynı zamanda belirli alanların kısmen ya da tamamen**

112 BVerfG 65, s. 43; Weichert, s. 11; Klumpe, s. 152.

113 Weichert, s. 11.

114 Weichert, s. 12.

bilgilendirme dışında bırakılmasını belirleme yetkisini de kapsamaktadır.¹¹⁵ Şu hâlde bireyin toplum içerisindeki rolünü müstakil, serbest ve kendi sorumluluğunu kendisinin üstleneceği şekilde belirleyebileceği olanaklara da sahip olabilmesi gerekmektedir. Kişisel veri ya da bilgilerin belirlenmesi veya aktarılması bu hak kapsamındadır. Bu özgürlük kişinin kendini ifade yöntemini, iletişimin ya da bilgilendirmenin yeri ve zamanını ve iletişimde bulunulacakları belirleme özgürlüklerini kapsamadığından bu hakka *kendini tasvir özgürlüğü - die Freiheit zur Selbstdarstellung*¹¹⁶ de denilmektedir.

Verilerin Korunmasına Dair Federal Kanun (Bundesdatenschutzgesetzes) kapsamında anılan kişisel veriler, bilgilendirme özerkliği hakkının koruması altındadır.¹¹⁷ Bu bağlamda DNA analizi neticesinde elde edilen genetik parmak izinin bu Kanun kapsamındaki kişisel verilerden olup olmadığının tespiti gerekmektedir.

Verilerin Korunmasına Dair Federal Kanun m. 3 I'e göre "*kişisel veriler*", belirli ya da belirlenebilen bir gerçek kişinin (ilgilinin), **kişisel** ya da **olgusal durumuna** ilişkin **müstakil bilgiler**dir.¹¹⁸ **Müstakil bilgiler** (Einzelangaben) kavramından, belirli - müstakil - gerçek bir kişiye ait olan ya da onunla ilişkilendirmeye **uygun** olan bilgiler anlaşılmaktadır.¹¹⁹ Bunun için amaçsal, aracı ya da saklayıcı olmaya yönelik bir unsurun mevcudiyeti şarttır.¹²⁰ İşte bu nedenle **izler, örneğin kan izleri, parmak izleri ya da lekeler bilgi olarak kabul edilmezler.**¹²¹ Bunlar ancak **ölçmek, işaretlemek, incelemek ya da tasvir etmek yoluyla iletmek ya da saklamak amacıyla bilgi üretilmesi için bir çıkış noktası** teşkil edebilirler.¹²²

Müstakil bilgiler ayrıca bir kişinin **kişisel** ya da **olgusal** durumunu konu almalıdır. İlgilinin bizzat şahsına ait, kimliklendirilmesi ve karakteristik özellikleri hakkındaki veriler "*kişisel durumlar*" olarak kabul edilir.¹²³ Örneğin isim, meslek, sağlık durumu, özellikler, resimler, parmak izi, röntgen filmi vs. kişisel duruma ilişkin müstakil

115 Weichert, s. 12.

116 Weichert, s. 11.

117 BVerfG 65, s. 42; Klumpe, s. 154.

118 Gola/Schomerus/Klug, BDSG, § 3; Simitis, BDSG, § 3.

119 Gola/Schomerus/Klug, BDSG, § 3 pn. 3.

120 Simitis, BDSG/Dammann, § 3 pn. 5.

121 Simitis, BDSG/Dammann, § 3 pn. 5.

122 Simitis, BDSG/Dammann, § 3 pn. 5.

123 Gola/Schomerus/Klug, BDSG, § 3 pn. 4, 5.

bilgilerdir.¹²⁴ “*Olguusal durumlar*”, ilgiliyle ilişkilendirilebilen bir olgu hakkındaki bilgiler, mesela ilgilinin ikametgâhı, üçüncü kişiyle yapılan bir telefon görüşmesi, yargılama bilgileri vs., yoluyla ortaya konulan durumlardır.¹²⁵

En nihayetinde kişinin **belirli** ya da **belirlenebilir** olması gerekmektedir. Eğer bilgilerden kişiye ya da sadece bir kişiye ulaşıyorsa kişi belirli demektir. Bu bağlamda kişinin ne şekilde kimliğinin belirlendiğinin vs. önemi yoktur.¹²⁶

Tüm bu açıklamalardan sonra DNA analizi yoluyla elde edilen DNA profilinin, kimliklendirme ve **sadece belirli bir kişinin**, kişisel durumunun tespit edilebilmesi imkânı yaratan, kişisel bir bilgi içermesi sebebiyle, **Verilerin Korunmasına Dair Federal Kanun kapsamında anılan bir kişisel veri** teşkil ettiğinden şüphe yoktur.¹²⁷

ii) DNA Analizleri Yoluyla Bilgilendirme Özerkliği Hakkını İhlal?

Anıldığı üzere bilgilendirme özerkliği hakkı bireyi, genetik bilgilerinin işlenmesinden koruduğu gibi bu bilgilerin aktarılması, kaydedilmesi gibi fiillerden de korumaktadır. Dolayısıyla bireyin bizzat kendisinin kişisel verilerini kullanması veya kullanmaması ya da ifşa etmesi yetkisinde herhangi bir sınırlamaya gidilmesi, kişinin kişisel verilerinin geleceğini belirleme hakkına tecavüz teşkil edecektir. Bu bağlamda DNA analizi sonrasında yaratılan DNA profillerinin oluşturulması, ayrıca kimlik tespiti amacıyla kullanılmak üzere kaydedilmesi, ihtiyaç duyulduğunda karşılaştırmaya tabi tutulması vs. kişilerin DNA profillerinin ne zaman, hangi amaçla, kime aktarılacağı konusunda bizzat kendisinin karar verememesini beraberinde getirmektedir. Bu nedenle de DNA profillerinin yaratılması, kullanılması, işlenmesi, kaydedilmesi, tespit edilmesi vs. anayasal güvence altında olan bilgilendirme özerkliği hakkına saldırı teşkil etmektedir.¹²⁸

Ancak bilgilendirme özerkliği hakkı da tüm diğer temel haklar gibi, anayasal sınırlamalara uyulmak koşuluyla sınırlandırılabilir ki Alman Federal Anayasa Mahkemesi¹²⁹, AlmCMK m. 81g hükmünün tüm koşulları yerine getirdiğine

124 Gola/Schomerus/Klug, BDSG, § 3 pn. 4, 5.

125 Gola/Schomerus/Klug, BDSG, § 3 pn. 6.

126 Simitis, BDSG/Dammann, § 3 pn. 20.

127 Krieglstein, s. 103; Klumpe, s. 154; Stumper, s. 82.

128 LG Freiburg, NStZ 2000, s. 162; LG Gera, NStZ 2000, s. 163; BVerfG StV 2001, s. 380; Neuser, s. 91, 92, 96; Foldenauer, s. 133; Klumpe, s. 157; Burr, s. 117; Krieglstein, s. 103, 104; Benfer, StV 1999, s. 402; Rademacher, StV 1989, s. 550.

129 BVerfG 103, s. 33; BVerfG NJW 2001, s. 879.

hükmetmiş, hükmü hukuka ve anayasaya uygun bulmuştur. Mahkemeye göre, *ileride vuku bulacak ağır suçların aydınlatılması, ceza yargılama sisteminin işlevselliğine hizmet edecektir ve bu da suçların aydınlatılmasındaki kamusal yararı oluşturmaktadır.*¹³⁰ *Belirlilik ilkesine de uygun olan hükümde, kişilik haklarının çekirdeğine de dokunulmamaktadır; zirâ incelemeler DNA'nın kodlanmamış alanında yapıldığından, kalıtsal ya da karakteristik özellikler ya da hastalıklar vs. araştırılmamaktadır.*¹³¹ *Ayrıca her somut olay hükümde anılan koşullar bakımından müstakil olarak inceleme konusu da yapılacaktır.*¹³²

iii) Adli DNA Analizi ve Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı

Kişisel bilgilerin geleceğini belirleme hakkı, “bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı” gibi, insan haysiyetinin korunması ve kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkından doğmaktadır. Şu hâlde kişisel bilgiler veya verilerin geleceğini belirleme hakkının da, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı (Anayasa m. 17 I) ve insan öz saygınlığının (insan onuru) korunması ilkesi (Anayasa m. 17 III) kapsamında koruma altında olduğu söylenebilir. Bunun yanında Türk hukukunda bu hak daha çok **kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı** kapsamında değerlendirilmektedir.

Kişisel verilerin korunması hakkı T.C. Anayasası m. 20 III kapsamında düzenlenerek, özel olarak anayasal korumaya alınmıştır. Anayasa Mahkemesine¹³³ göre Anayasa'nın “*Özel hayatın gizliliği*” başlıklı 20. maddesine 3. fıkrası olarak, 2010 yılında eklenen **kişisel verilerin korunması hakkı** “*kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı*

130 BVerfG 103, s. 21, 22.

131 BVerfG 103, s. 31, 32.

132 BVerfG NJW 2001, s. 879; krş. LG Zweibrücken, StV 2000, s. 304.

133 Anayasa Mahkemesi E: 2014/122, K: 2015/123, T: 30.12.2015, RG Tarih-Sayı: 01.03.2016 - 29640, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/004ab030-da02-462b-9990-84cad78525c9?highlightText=kişisel%20veri&excludeGereke=False&wordsOnly=False>, son erişim: 28.11.2016; ayrıca Anayasa Mahkemesi E: 2014/180, K: 2015/30, T: 19.3.2015, RG Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb0ec514-e01c-47ba-86bedadfd0c0c2b3?highlightText=dna%20analizi&excludeGereke=False&wordsOnly=False>, son erişim: 29.11.2016.

amaçlamaktadır.”¹³⁴ Hükme göre “Herkes, **kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.**” Bu şekliyle kişisel verilerin korunması hakkı, Alman hukukundaki bilgilendirme özerkliği veya kişisel bilgilerin geleceğini belirleme hakkı gibi, **kökleri insan haysiyetinin dokunulmazlığı ve maddî ve manevî varlığı geliştirme hakkına dayanan bir hak niteliğini** haiz olmakta; sadece Anayasa m. 17 aracılığı ile değil aynı zamanda m. 20 III aracılığı ile de korunmaktadır.

DNA profillerinin kaydedilip ileride tekrar kullanılmaları ile ortaya çıkan temel haklara saldırı Türk hukukunda¹³⁵ genellikle özel hayatın ve **kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı** kapsamında öne çıkmaktadır. 2007 yılındaki “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı” gerekçesi de bu hususa işaret etmektedir: “DNA verileri, ait olduğu kişiyle ilgili kalıtsal pek çok bilgiyi de içermektedir. Bu bakımdan Anayasanın 20. maddesi ile Ülkemizin de taraf olduğu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde koruma altına alınan ‘**Özel hayatın gizliliği**’ ile ilgili bir husustur. Hür ve demokratik bir toplumda kişi dokunulmazlığı, hem devletin hem de kişi ve organizasyonların kişinin özel hayatına girmesinin önünde bir engeldir. Günümüz teknolojisiyle tamamen olmasa da bilim ve teknikteki gelişmelere bağlı olarak, DNA **verilerinden** örneğin; kişinin saç rengi, göz rengi, yapısı, hastalıkları, etnik kökeni, diğer özellikleri, kardeşi, çocukları veya anne babasının tespit edilmesinin mümkün olabildiği düşünüldüğünde, verilerin elde edilmesi, saklanması ve kullanılmasının sıkı yasal koşullara bağlanması zorunluluğunu ve ihtiyacını ortaya çıkmaktadır. DNA **verilerinin** kullanım amacı ve kişisel verilerin korunması, uluslararası sözleşmelerde ve Avrupa Birliği

134 Anayasa Mahkemesi E: 2014/122, K: 2015/123, T: 30.12.2015, RG Tarih-Sayı: 01.03.2016 - 29640, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/004ab030-da02-462b-9990-84cad78525c9?highlightText=kişisel%20veri&excludeGereke=False&wordsOnly=False>, son erişim: 28.11.2016; Ayrıca Anayasa Mahkemesi E: 2014/180, K: 2015/30, T: 19.3.2015, RG Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb0ec514-e01c-47ba-86bedadfd0c0c2b3?highlightText=dna%20analizi&excludeGereke=False&wordsOnly=False>, son erişim: 29.11.2016.

135 Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 654; Özbek, son erişim: 6.1.2017; Batur, TBBD 2016 (126), s. 88; Aksoy İpekcioglu, iç: Centel’e Armağan, s. 1162.

müktesebatında da yer almıştır [...]’¹³⁶

Anayasa Mahkemesi¹³⁷ uluslararası sözleşmeler kapsamındaki **kişisel veri** tanımlarını şu şekilde aktarmaktadır: “*Türkiye’nin imzaladığı ancak uygulama kanununun yürürlüğe konmaması nedeniyle henüz taraf olmadığı¹³⁸ 1981 tarihli ve 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin 2. maddesine*” göre **kişisel veri**, “*kimliği belirli veya belirlenebilecek verinin öznesi olan gerçek kişiyle ilgili tüm bilgiler*” olup, Sözleşme’nin “*özellikli veri kategorileri*” başlıklı 6. maddesine göre de “*iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk menşeyini, politik düşünceleri, dinî veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel nitelikteki veriler ve ceza mahkûmiyetleri, otomatik bilgi işlemine tâbi tutulamazlar*” ifadesi söz konusu verilerin kişisel veri kapsamında olduğu belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi karşılaştırmalı tanımlamaya devam ederek şu saptamalarda bulunmuştur: “*Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü’nün (OECD) yayınladığı Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri’nde ‘kişisel veri’, ‘belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin tüm bilgiler’ şeklinde tanımlanmaktadır. Avrupa Birliği’nin 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi’nin 2. maddesinde de ‘kişisel veri’, ‘belirli ya da kimliği belirlenebilir gerçek kişi ile ilişkilendirilebilen her türlü bilgi’ şeklinde tanımlandıktan sonra ‘bir kişinin doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilmesine imkân sağlayan kişinin kimlik numarası, fiziksel, psikolojik, duygusal, ekonomik ve kültürel kimliği veya sosyal kimliğin’nin bu kapsamda değerlendirildiği ifade edilmektedir. ‘Kişisel veri’ kavramı tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AIHS) açık bir şekilde*

136 <http://www.ttb.org.tr/index.php/Haberler/dna-verileri-ve-tye-milli-dna-veri-bankasunu-tasar-471.html>, son erişim: 3.12.2016.

137 Anayasa Mahkemesi E: 2015/32, K: 2015/102, T: 12.11.2015, RG: 02.12.2015 - 29550, bu kararda 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun, 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle değişik 136. maddesinin (1) numaralı fıkrasının [“*Madde 136- (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”] Anayasa’nın 38. maddesine aykırılığı iddiasını incelemiştir.

138 Bugüne kadar Avrupa Konseyi üyesi bütün ülkeler ve Avrupa Konseyi dışından Uruguay olmak üzere toplam 47 ülke Sözleşmeye taraf olmuş, 46 ülke ise Sözleşmeyi onaylamıştır. Türkiye Sözleşme’yi imzalamış olmasına rağmen, onay işlemlerini tamamlamayıp yürürlüğe koymayan tek ülke konumunda idi. “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı*” 2014 yılında hazırlanmış ancak komisyon raporları verilmediğinden hükümsüz kalmıştı. Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasaru_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=162475, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss700.pdf>, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf>, son erişim: 22.11.2016. Ancak en nihayetinde 30.01.2016 tarihli 6669 sayılı Kanun ile Sözleşme’nin onaylanması uygun görülmüştür. Yayınlanan Resmi Gazete <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317-2.pdf>, son erişim: 10.01.2017.

düzenlenmemekle birlikte, Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme'ye atıfta bulunulmakta ve bu verilerin özel yaşamın gizliliğinin bir parçası olduğu kabul edilmektedir. AİHM kararlarında kişilere ait 'görüntü', 'fotoğraf', 'parmak izi', 'DNA profili', 'hücre örnekleri', 'ev adresi' ve 'yaş, doğum tarihi ve fiziksel özellikler', 'kişisel veri' kapsamında değerlendirilmektedir (Peck/Birleşik Krallık, B.No: 44647/98, 28.01.2003; Sciacca/İtalya, B.No:50774/99, 11.01.2005; S. ve Marper/Birleşik Krallık, (Büyük Daire), B.No: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008; Alkaya/Türkiye, B. No:42811/06, 09.10.2012; K.U./Finlandiya, B.No:2872/02, 02.12.2008).”

En nihayetinde Anayasa Mahkemesi **kişisel veri** kavramını, “**belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgiler**”¹³⁹ olarak tanımlamaktadır. “Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, **parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kulan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır.**”¹⁴⁰

Anayasa Mahkemesince yapılan tanımın Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹⁴¹ m. 3 I d içerisinde de öngörüldüğü görülmektedir: “**Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi**”yi ifade eder. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 6 I, **kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.**

Biyometri, “bir karakteristik özelliği veya bununla ilgili işlemi tanımlamaya

139 Anayasa Mahkemesi E: 2014/180, K: 2015/30, T: 19.3.2015, RG Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb0ec514-e01c-47ba-86bedadfd0c2b3?highlightText=dna%20analizi&excludeGerceke=False&wordsOnly=False>, son erişim: 29.11.2016.

140 Anayasa Mahkemesi, E: 2014/180, K: 2015/30, T: 19.3.2015, RG Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb0ec514-e01c-47ba-86bedadfd0c2b3?highlightText=dna%20analizi&excludeGerceke=False&wordsOnly=False>, son erişim: 29.11.2016.

141 6698 sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 24/3/2016, Resmi Gazete: 29677, 7/4/2016, iç: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407-8.pdf>, son erişim: 22.11.2016.

yarayan bir terim"¹⁴²; **biyometrik veri**, “biyolojik, fizyolojik ve kişisel özellikler ya da tekrar edilen hareketler gibi bir kişiye özgü olan ve ölçümü yapılabilen, ölçümün uygulanmasında da belirli bir ihtimal derecesi sunan özellikler ve/veya eylemlerdir. Bu veriler belirli bir kişi hakkında bilgi ihtiva etmeleri yanında, inceleme konusu bir veri ile kişi arasındaki irtibatı kurmaya da yardımcı olmaktadır.”¹⁴³. Biyometrik veriler, parmak izi, avuç izi, yüz görüntüsü ve iris ile DNA’dır.¹⁴⁴ “İnsan doku örnekleri biyometrik verinin elde edildiği kaynaklar olmakla beraber tek başlarına biyometrik veri olarak kabul edilemezler. Örneğin, parmak izi bir biyometrik veri iken parmak bir biyometrik veri değildir.”¹⁴⁵ DNA’dan adli DNA analizi yapılarak DNA kimlik şablonu yani DNA profili elde edilmektedir. **DNA profilleri**, “kişinin DNA’sına birebir karşılık gelen şifrelenmiş numara dizileridir”¹⁴⁶. Bu numara dizileri her kişide farklı farklı olduklarından “kişinin kimlik belirteci”¹⁴⁷ niteliğindedirler.

Şu hâlde genetik parmak izi mahiyetinde olan DNA profillerinin (kimlik şablonları) kişiyi belirli veya belirlenebilir kılan **biyometrik bir veri** olarak, **kişisel veri** mahiyetinde olduklarından şüphe yoktur.¹⁴⁸ Ayrıca bunlar Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında **özel nitelikli kişisel veridir**. Tüm bunlara ek olarak mevcut CMK m. 80 I de DNA profillerini kişisel veri olarak görmektedir: “*kişi 75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez.*” Şu hâlde Türk hukukunda DNA profilleri sadece Anayasa m. 17 değil, kişisel veri olarak Anayasanın 20. maddesinin de koruması altındadır. Bunun yanında Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun korumalarından da yararlanmaktadır.

Ancak birçok temel hakta olduğu gibi kişisel verilerin korunması hakkı da kamu düzeninin korunması, efektif ceza yargılaması ve suçların aydınlatılmasında yatan kamu yararı gibi nedenlerle Anayasa’nın 13. maddesi koşullarına uymak şartıyla sınırlandırılabilir: “*Türkiye Cumhuriyeti’nin imzaladığı ancak uygulama kanununun yürürlüğe konamaması nedeniyle taraf olmadığı 1981 tarihli ve 108*

142 Çubuk, s. 37.

143 Çubuk, s. 35.

144 Çubuk, s. 48.

145 Çubuk, s. 36.

146 Öztürk, s. 5.

147 Öztürk, s. 5.

148 Hepsinin yerine krş. Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 653.

sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 9. maddesinde de devlet güvenliği, kamu güvenliği, devletin ekonomik menfaatlerinin korunması ve suçlarla mücadele edilmesi, ilgilinin veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ile verilerin istatistikî veya bilimsel amaçlarla kullanılması durumlarında kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebileceği öngörülmüştür."¹⁴⁹

Bu bağlamda, DNA profillerinin **kişisel veri niteliğinde olup**, başka bir amaçla kullanılmayacağını ve aynı zamanda dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyeceğini öngören CMK m. 80 I, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı bakımından anayasaya uygun bir hüküm mahiyetindedir. Bununla birlikte *de lege ferenda* CMK içerisinde bir düzenlemeye gidilerek, gelecekteki yargılamalarda kullanılmak üzere adli DNA analizi yapılmasına ve DNA profillerinin kaydı ve tekrar kullanımına ilişkin getirilecek hükümlerin de anayasanın sınırlamaları göz önünde bulundurularak normlaşması gerekecek, aksi takdirde temel haklara yönelik ağır bir saldırı ile karşı karşıya kalacaktır.

2. Karşılaştırmalı Hukukta ve TürkCMK Kapsamındaki Adli DNA Analizine İlişkin Hükümler

TürkCMK'dan farklı olarak AlmCMK içerisinde doğrudan moleküler genetik incelemeye ilişkin 4 hüküm bulunmaktadır. Bunların haricinde tıpkı TürkCMK'da olduğu gibi beden muayenesine yönelik hükümlere de yer verilmiştir. AlmCMK m. 81a şüpheli/sanığın; 81c diğer kişilerin beden muayenesine; m. 81e moleküler genetik incelemeye, m. 81f moleküler genetik inceleme usulüne ilişkindir. TürkCMK m. 75'e ve AlmCMK m. 81e'ye denk gelebilecek hüküm, Avusturya'da AvCMK m. 124'te, İsviçre'de İsvCMK m. 255 içerisinde öngörülmüştür.

Türk ceza muhakemesi hukukunda yer almayan gelecekteki yargılamalarda kullanılmak üzere DNA profili kaydına ilişkin hükümler Almanya'da AlmCMK m. 81g, İsviçre'de İsvCMK m. 256'da, Avusturya'da ise Güvenlik Güçleri Kanunu m. 67'de öngörülmüştür.

Yine Türk ceza muhakemesi hukukunda yer almayan kitlesel DNA analizlerine ilişkin hükümler AlmCMK m. 81h ve İsvCMK m. 257'de yer almaktadır.

149 Anayasa Mahkemesi E: 2014/180, K: 2015/30, T: 19.3.2015, RG Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, iç: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb0ec514-e01c-47ba-86bedadfd0c0c2b3?highlightText=dna%20analizi&excludeGereke=False&wordsOnly=False>, son erişim: 29.11.2016.

TürkCMK içerisinde yer almayan AlmCMK m. 81g ve h dışındaki hükümlerin iki ülke bakımından büyük farklılıklar göstermediği görülmektedir. Aşağıda öncelikle *de lege lata* bu benzerlik ve farklılıklara genel olarak değinilerek, *de lege ferenda* önerilerde bulunulmaya çalışılacaktır.

2.1. Adli DNA Analizlerine İlişkin Ortak Hükümler ve *de lege ferenda* Öneriler

2.1.1. Türk ve Alman Ceza Muhakemesinde Ortak Hükümler

TürkCMK m. 75'e denk gelen, AlmCMK m. 81a **şüpheli/sanığın beden muayenesi** ve bedene yönelik müdahalelere ilişkindir. Hükümde şüpheli ya da sanık üzerinde iç beden muayenesinin yapılması ya da vücuttan kan örneği alınması gibi bedene yönelik diğer müdahalelere ilişkin koşullar öngörülmektedir. **Diğer kişilerin** beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması başlıklı TürkCMK m. 76'ya denk gelen hüküm ise AlmCMK m. 81c içerisinde öngörülmüştür.

TürkCMK m. 78 (79 ve 80) ile karşılaştırılabilecek “*moleküler genetik incelemeler*” başlıklı AlmCMK m. 81e **moleküler genetik incelemeye** ilişkin esasları öngörmektedir. TürkCMK m. 78 I'e göre “75 ve 76 ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.” Buna karşın AlmCMK m. 81e I, 81a I ve 81c kapsamında elde edilen örnekler üzerinde, sadece soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için gerekli olması halinde değil, **aynı zamanda kişinin cinsiyetinin tespiti için de** moleküler genetik inceleme yapılabileceğini öngörmektedir. Buna ek olarak AlmanCMK m. 81 I son cümlede de, alınan örnekler üzerinde hükümde anılan amaçlar dışında incelemeler yapılması yasaklanmaktadır. **CMK m. 78** ile alakalı olarak *de lege ferenda* öncelikle madde kapsamında alınan örneklerden ayrıca **cinsiyet tespitinin** yapılabilmesinin önünün açılması yerinde olur. Zirâ cinsiyetin açıkça ortada olduğu bazı durumlarda her profilin taranmasındansa, sadece o cinsiyete yönelik taramada bulunma zaman kazandırmaktadır.

Alman m. 81e II, TürkCMK m. 78 II ile çok yakın olmakla birlikte farklı formüle edilmiştir. Buna göre Alman hükmünde “*Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan, muhafaza altına alınan ya da el konulan örnekler üzerinde de yapılabilir. Fıkra 1 cümle 3 ve m. 81 a III ilk yarım cümle bu halde de uygulanır.*”

ifadesine yer verirken Türk hükmü “*Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu halde de uygulanır.*” düzenlemesinde bulunmuştur. Dolayısıyla AlmCMK “*kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları*” kavramlarını kullanmak yerine doğrudan muhafaza altına alma ve elkoyma tedbirine yer vermiştir. Muhafaza altına alma ve elkoyma tedbirini öngören AlmCMK m. 94, kan izi, mide içeriği, idrar ya da insana ya da cesede ait bir vücut parçası vs. gibi unsurların da madde kapsamında yer alan “*eşya*” kapsamında olduğunu kabul ettiğinden,¹⁵⁰ tedbiri içine alan bir üst kavram kullanmayı tercih etmiştir. TürkCMK m. 123 de “*İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya [...]*” hükmünün, özellikle hiç kimsenin zilyetliğinde olmayan sahipsiz eşyalar bakımından geçerli olacağı kabul edilmektedir.¹⁵¹ TürkCMK m. 75 ve 76, sadece şüpheli/sanık/mağdur hakkındaki beden muayenesi ve vücuttan örnek almayı öngördüğünden, kime ait olduğu belli olmayan ceset parçalarının, kan izleri, mide içeriği, semen vs. gibi örneklerin TürkCMK m. 123 kapsamında taşınabilir eşya olduğunu kabule engel bir durum bulunmamaktadır. Kaldı ki bu örnekleri CMK m. 78 II kapsamında incelemeye tabi tutmak için bunları öncelikle muhafaza altına almak gerekmektedir. Şu hâlde AlmanCMK hükmü, TürkCMK hükmüne göre daha belirli ve ayrıntılı bir düzenleme getirmiş, bu bakımından hangi tedbirin uygulanacağı tartışmalarının da önüne geçmiştir.

TürkCMK m. 79 ve 80’e denk gelebilecek AlmCMK m. 81f, **moleküler genetik inceleme usulüne** ilişkindir. TürkCMK m. 79 II gibi AlmCMK m. 81f II de **bilirkişilikle** ilgili usul işlemlerine yöneliktir. Buna karşın hükümlerin birinci fıkraları, bazı farklılıklar göstermektedir.

TürkCMK m. 79 I’e göre, “*78. madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir.*” Buna karşılık AlmanCMK m. 81f I, *ilgilinin yazılı rızasının bulunmaması durumunda m. 81e I kapsamında yapılacak incelemelere sadece mahkemenin değil, gecikmesinde tehlike bulunması durumunda savcılık ve savcılığın soruşturma görevlilerinin de karar verebileceğini* öngörmektedir. Hüküm ayrıca *rıza veren kişinin, elde edilen verilerin hangi amaçla kullanılacağı konusunda aydınlatılmasını zorunlu tutmaktadır.*

150 Daha fazla örnek için Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 81e s. 339.

151 Bkz. Şahin, CMH I, s. 334.

Bu hüküm TürkCMK hükmünden **birçok açıdan ayrılmaktadır**: Öncelikle Türk hükmünde **ilgilinin rızasına** ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bize göre TürkCMK hükmü tedbire karar için sadece hâkim kararı verilebileceğini emrettiğinden, ilgilinin rızası ile moleküler genetik incelemede bulunmak hukuken mümkün olmasa gerekir. Yargıtay¹⁵² uygulamaları ve öğreti görüşleri¹⁵³ de bu yöndedir. Bu bağlamda *de lege ferenda* ilgilinin rızası hükmünün madde kapsamına alınması yerinde olacaktır. Zirâ bu durum suçların aydınlatılmasında efektifliği ve hızı, hukuka uygun bir şekilde arttıracaktır. Bunun haricinde AlmCMK hükmü **sadece m. 81e birinci fıkrâ için hâkim kararı** öngörmekte, AlmCMK m. 81e II kapsamındaki bulunan, muhafaza altına alınan ya da el konulan örnekler üzerinde DNA analizi yapılabilmesi için hâkim kararına gerek **görmemektedir**. Bu bağlamda öğreti¹⁵⁴ ve uygulamada¹⁵⁵ bu tür örnekler üzerinde incelemede bulunulmasına savcılığın **ya da savcılığa bağlı kolluğun karar vereceği** ifade edilmektedir. Buna karşın TürkCMK m. 79, CMK m. 78 I ve II'yi kapsar nitelikte kaleme alındığından, m. 78 II kapsamında **bulunan ya da kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde DNA analizi yapılması için de hâkim kararının aranması gerekmektedir**. Öğreti¹⁵⁶ ve uygulama¹⁵⁷ da görüşler genel olarak bu yöndedir. Ancak Alman hukukuna benzer bir düzenlemenin *de lege ferenda* Türk hukuku bakımından da öngörülmesi yerinde olacaktır. Zirâ sahipsiz materyaller bakımından ortada temel haklarına saldırıda bulunan somut bir birey bulunmadığı gibi, - dolayısıyla iki fıkrâ arasında temel haklara saldırı bakımından büyük farklar bulunmaktadır - uygulamanın, makul sürede suçları aydınlatma ve usul ekonomisine olumlu etkisinin olacağından da şüphe yoktur.¹⁵⁸ Ancak hüküm içerisinde savcılık kararının gerekli olduğunun ve kararda *“inceleme ile görevlendirilen bilirkişinin de gösterileceği”* ile TürkCMK m. 79 II hükümlerine uyulması konusuna atıf yapılması yerinde olacaktır.

152 Yargıtay 13. CD, E: 2012/17565 K: 2012/23123 T: 7.11.2012, iç: <http://www.savasbaytok.av.tr/index.asp?sayfa=1337>, son erişim: 18.12.2016: “Mağdurun rızası varsa beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması için hâkim veya Cumhuriyet Savcısından karar alınmasına gerek yok ise de; 5271 sayılı CMK'nın 78 ve 79/1. maddeleri uyarınca, mağdurdan alınan kan örneği ile suç konusu araçtan elde edilen bulguların karşılaştırılması, diğer bir ifadeyle moleküler genetik inceleme işleminin yapılabilmesi için hâkim kararının bulunması gerektiği gözetilmelidir.”

153 Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 657.

154 Hepsinin yerine Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 81e s. 313.

155 LG Potsdam, NJW 2006, s. 1224.

156 Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 656, 657, 660.

157 Yargıtay 13. CD, 07.11.2012, E: 2012/17565, K: 2012/23123, iç: Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 657, dipnot: 297, s. 660; ayrıca 6. CD, E: 2009/18701, K: 2011/5063, T: 11.04.2011, iç: http://www.kararara.com/yargitay/yrty_2011/yrtyk14894.htm, son erişim: 18.12.2016.

158 Benzer ve diğer görüşler için Senger, NJW 2005, s. 3029.

Bundan sonraki yasal düzenlemeler **materyallerin imhası ile DNA verilerinin yok edilmesine** ilişkin olup, Almanya ve Türkiye bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Zirâ materyallerin imhası bakımından iki ülke yasal düzenlemeleri arasında çeşitli farklılıklar bulunsa da; esas farklılığın **verilerin silinmesi** hakkında olduğu sabittir. Zira Almanya’da tüm DNA profilleri yok edilmemekte, belli şartları taşıyanların (AlmanCMK m. 81g’de anılan) sisteme kaydedilecekleri öngörülmektedir. Böyle bir hüküm Türk hukukunda bulunmamaktadır.

Alman hukukunda AlmCMK m. 81g koşullarının oluşması durumunda gelecekteki yargılamalarda kullanılmak üzere DNA profillerinin silinmeyerek DNA veri bankalarında kaydedilebileceği kabul edilmektedir. Şu hâlde bu şartları taşımayan veriler gecikmeksizin silinecektir. Ceza yargılaması kapsamında elde edilen verilerin kişisel veri olması sebebiyle, **özel bir zarf içerisinde ceza dosyasına konulması gerektiği** belirtilmektedir.¹⁵⁹ Şüpheli/sanık ya da mağdura ait kişisel verilerin yani DNA profilinin çıkarıldığı **örneklerin yok** edilmesi ise, AlmanCMK m. 81a III ve 81c V’e dayanılarak gerçekleştirilmekte ve bu kapsamda örnekler ceza yargılamasında artık bunlara ihtiyacın ortadan kalktığı anda gecikmeksizin yok edilmektedir. Buna karşın şüpheli/sanık/mağdura **ait olmayan** AlmanCMK m. 80e II kapsamındaki bulunan ya da muhafaza altına alınan ya da elkonulan örnekler için yok etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zira AlmanCMK m. 80e II ikinci cümlede “*Fıkra I cümle 3 ve m. 81a III ilk yarım cümle bu halde de uygulanır.*” demekle, m. 81a III ilk yarım cümleyi (ki burada bu örneklerin mevcut ya da yürütülen başka bir yargılamada kullanılabilmesi öngörülmekte) kapsama almakta; ondan sonra gelen gecikmeksizin yok etmeye ilişkin cümleyi kapsam dışı bırakmaktadır. Öğretide¹⁶⁰ de bu şekilde bulunan, **sahipsiz örneklerin yok edilmeyip saklanacakları**, zira bunların yok edilmesi hâlinde bunlara ileride bir daha erişilmesinin mümkün olamayacağı ifade edilmektedir.

Türk ceza muhakemesi hukukunda “*Genetik inceleme sonuçlarının gizliliği*” başlıklı CMK m. 80 “75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip

159 Münchener Kommentar-Trüch, StPO, m. 80e pn. 27.

160 Hepsinin yerine Münchener Kommentar-Trüch, StPO, m. 80e pn. 26.

kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.” hükmüyle elde edilen **örneklerin** yok edilmesini **değil, inceleme sonuçları ve bilgilerin**¹⁶¹ **silinmesini** öngörmüştür. Elde edilen **örneklerin** yok edilmesine ilişkin TürkCMK m. 75 ve 76 içerisinde de bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁶² Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 14 de bu konuda aydınlatıcı bir hükme yer vermemiştir: “*Bu Yönetmelik hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir. Olay yerinden elde edilen diğer delillere ilişkin hükümler saklıdır. Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilir; bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilir ve bu husus raporda açıkça belirtilir.*”

Şu hâlde Türk hukukunda *de lege lata* DNA profili çıkarıldıktan ve profil makama gönderildikten sonra **kişisel veri mahiyetindeki DNA profillerinin (istisnasız¹⁶³) silinmesi esastır.** Yönetmelik’te öngörüldüğü üzere “*Bilirkişi tarafından yapılan*

161 Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 659; bilgiler deyiminden neyin kast edildiğinin belli olmadığını haklı olarak dile getirmekte ve burada söz konusu olanın CMK m. 80 l’de olduğu gibi, CMK m. 75-76 ve 78 uyarınca elde edilen bilgiler olduğunu ifade etmektedirler.

162 Krş. Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 659.

163 Buna karşın Özbek/Diğerleri, CMH, s. 539, mahkûmiyet kararı verildiğinde verilerin kaydedilmesi gerektiğini savunmaktadırlar; Şahin/Göktürk, CMH II, s. 86, ise dava açılmadığında ya da mahkûmiyet dışında esasa ilişkin bir karar verildiğinde verilerin imhası gerektiğini ifade etmektedirler; Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 658, ise, yok etme işleminin yapılmasını emreden hâller sayma yöntemi ile gösterilmiş olduğundan, bunlar dışındaki kararların verilmesi durumunda bu bilgilerin yok edilmesi gerekmediği sonucu ortaya çıkmakta olduğunu, bu durumda özellikle mahkûmiyet kararı hâlinde bilgilerin muhafazasının mümkün kılındığını ifade etmektedirler.

Bununla birlikte bize göre normun *ratio legis* ve koruma amacı ile şüpheden özgürlük yararları ilkesi, bu yorumlara engel teşkil eder gözükmektedir. Zira norm DNA verilerin belirli somut olaylarda mutlaka silinmesine özel önem vermiştir. Kanun koyucunun mahkûmiyet hâlini özellikle norm dışı bırakığına yönelik bir veri bulunmamaktadır. Ayrıca normda mahkûmiyet hâlinde kişisel veri niteliğindeki DNA profillerinin sistemde kayıtlı kalacaklarına ilişkin *belirli* bir hüküm getirmemiştir. Nitekim kayıt süresi ve sistemden silmeye ilişkin herhangi bir ilave hüküm de öngörülmemiştir. Şu hâlde DNA profillerinin kanun seviyesinde yasal bir düzenleme bulunmadan herhangi bir sistemde kayıtlı tutulmaları, temel hakka saldırı teşkil edecektir. Bu durumda şüpheden özgürlük yararları ilkesi gereği ilgili normun, mahkûmiyet hâlinde DNA profillerinin silinmemesine yasal dayanak teşkil etmemesi icap etmektedir.

analizler sonucu elde edilen **bulgular ilgili makama gönderilir**". DNA profilini içeren belge bir **bilirkişi raporu niteliğindedir**¹⁶⁴ ve her bilirkişi raporu gibi bunun da dava dosyasına konulması gerekmektedir.

Bununla birlikte Yönetmelik'te her ne kadar *üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imhâ edilir* ifadesi yer alsa da bize göre DNA örneği kelimesi, hem analiz edilecek DNA materyalini hem de analizden elde edilen DNA profilini kapsar nitelikte yanlış anlamalara müsait olduğundan isabetsiz olup; yeteri kadar açık ve belirli değildir. Bu nedenle profil elde edilen **materyalin** (kan, sperm vs.) **yok edilmesine yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığı** kabul edilebilir.¹⁶⁵ Her ne kadar maddenin *ratio legis*inden biyolojik örneklerin de yok edileceği haklı olarak ifade edilebilecek olsa da,¹⁶⁶ "*kendisinden DNA profili elde edilen materyalin (biyolojik örneğin)*" de yok edileceği hususunda açık bir hükme ihtiyaç bulunmaktadır. Yine her ne kadar Yönetmelik'te "*Olay yerinden elde edilen diğer delillere ilişkin hükümler saklıdır.*" hükmü yer alsa da, Yönetmelik kapsamında buna yönelik herhangi başka bir açıklama yapılmamaktadır. Şu hâlde özellikle sahipsiz örneklere ne olacağı belirsizdir. En nihayetinde *de lege ferenda*, mağdur/sanık/şüpheliden elde edilen biyolojik örneklerin yargılamada kendilerine ihtiyacın ortadan kalktığı durumlarda yok edileceğine; buna karşın olay yerinden elde edilen sahipsiz örneklerin saklanacağına ilişkin açık bir hükmün, CMK'da yer alması yerinde olacaktır.

2.1.2. Avusturya ve İsviçre Ceza Muhakemesinde Ortak Hükümler

Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun soruşturma aşamasında kimliklendirmeye ilişkin ikinci bölümünde yer alan 124. madde içerisinde "*moleküler genetik inceleme*" başlıklı benzer bir hüküm yer almaktadır. Hükmü Türk ve Alman normlarından ayıran en önemli özellik moleküler genetik incelemelerin yapılmasına mahkeme tarafından uygun bulunması koşuluyla savcının karar verecek olmasıdır. Kanun ayrıca Güvenlik Güçleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinin saklı olduğunu belirtmektedir. **İsviçre**'de DNA analizleri başlıklı m. 255 DNA analizine ilişkin genel koşulları, m. 256 kitleler üzerinde yapılacak DNA analizlerini, m. 257 hükümlülere

164 Aynı görüşte Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 659.

165 Buna yönelik eleştiriler için Ünver/Hakeri, CMH, s. 488; uygulamada da örneklerin ve profillerin yok edilmesinin çeşitli sıkıntılar yarattığı ortadadır. En son olarak bkz. <http://www.posta.com.tr/kan-ornekleri-imha-edildi-mezar-acilacak-haberi-137898>, son erişim: 18.12.2016.

166 Bu görüşte Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 659.

çıkarılacak DNA profillerine ilişkin hükümleri norma bağlamıştır. İsviçreCMK m. 255 I, suçların aydınlatılması için şüpheli/sanıktan, diğer kişilerden - özellikle mağdurlardan ya da şüpheliden ayrılmasını sağlamak için zorunlu olduğu sürece olay yeri ilişiği bulunanlardan - ölümlerden, fiil için önem addeden biyolojik materyallerden örnek alınabileceğini ve bunların DNA profillerinin çıkarılabileceğini öngörmektedir. İkinci fıkrada kolluğun kişilerden invaziv olmayan örnek alma işlemine ve fiil için önemli olan biyolojik materyallerden DNA profili çıkarılmasına ilişkin karar verebileceği öngörülmektedir. İsviçreCMK m. 258, invaziv örnek alma işleminin sadece hekimler ya da diğer tıbbi personel tarafından gerçekleştirilebileceğini; m. 259 ayrıca DNA Profil Kanunu'nun da uygulama bulacağına öngörmektedir.

2.2. Adli DNA Analizlerine İlişkin Ortak Olmayan Hükümler

Türkiye'de DNA profillerinin gelecekteki yargılamalarda kullanılmak üzere DNA veri bankalarında saklanması mümkün değildir. Ayrıca kitlesel moleküler genetik incelemelere ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Buna karşın Almanya, İsviçre ve Avusturya bu konuda uzun zaman önce önemli adımlar atmışlardır. Aşağıda bu ülkelerdeki yasal düzenlemelere yer verilecek, bunun ardından DNA profillerinin DNA veri bankalarında kaydedilmesine ilişkin istatistikî veriler ele alınarak, Türkiye bakımından *de lege ferenda* önerilerde bulunulacaktır.

Almanya'da "DNA kimlik tespiti" başlıklı AlmCMK m. 81g, şüpheli/sanığın ağır bir suçtan ya da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen bir suçtan şüpheli olması durumunda, ilerideki bir ceza yargılamasında kimliğini tespit amacıyla kendisinden hücre örneklerinin alınabileceğini, DNA profilinin oluşturulabilmesi veya cinsiyetin tespit edilebilmesi için moleküler genetik incelemeye tabi tutulabileceğini öngörmektedir. Ancak bunun için bazı koşulların oluşması gerekmektedir. Öncelikle fiilin türü ve işleniş tarzı, şüpheli/sanığın kişilik özellikleri ya da diğer veriler, faile karşı ağır bir suçtan dolayı ileride bir ceza yargılamasının vuku bulabileceğine işaret etmek zorundadır. Hükümde, diğer suçların tekrar edilerek işlenmesinin, ağır bir suçun haksızlık içeriği ile aynı derecede olduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda alınan vücut örnekleri sadece hükümde anılan moleküler genetik incelemeler amacıyla kullanılabilir, bu husustaki gereklilik ortadan kalktığında gecikmeksizin imha edilmek zorundadırlar. Ayrıca moleküler genetik inceleme sırasında cinselliğin tespiti ya da DNA profili çıkarılması dışında bir tespitte bulunulmasını kanun açıkça yasaklamıştır.

Hükümün üçüncü fıkrasında, vücuttan örnek alınmasına, şüpheli/sanığın yazılı rızası olmaması durumunda yalnızca mahkeme, ancak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ayrıca savcılık ve savcılığın soruşturma görevlilerince karar verilebileceği öngörülmüştür. Ancak alınan örnekler üzerinde moleküler genetik incelemede bulunma kararını şüpheli/sanığın yazılı rızası olmadığı durumlarda sadece hâkimin verebileceği öngörülmektedir. Rıza veren kişinin elde edilen verilerin hangi amaçla kullanılacağı konusunda aydınlatılmasına da norm içerisinde ayrıca yer verilmiştir. Üçüncü fıkra mahkemenin bu hükme dayanarak karar vermesinin gerekçeli olması gerektiğini ve gerekçenin her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı irdelenerek ele alınmasını emretmektedir. Gerekçede hangi hususların inceleme konusu yapılması gerektiği de normda ayrıca tespit edilmiştir. Bunlar: Suçun ağırlığı konusunda karar vermede göz önünde bulundurulmuş olgular, ileride sanık/şüpheliye karşı bir ceza yargılamasının yapılabileceğini kabule gerekçe oluşturan tüm bilgi ve veriler ve en nihayetinde belirleyici öneme sahip her durumun değerlendirilmeye alınmasıdır.

Hükümün dördüncü fıkrasında, ilk üç fıkrada anılan hükümlerin, ilgili kişi hakkında bir fiilden dolayı kesinleşmiş bir karar bulunması ya da haklarında bir hüküm bulunmaması ve adlî sicil kaydı olmasa da şu kişiler bakımından da aynen uygulama bulacağını belirtmektedir: Kusur ehliyetinin bulunmadığı haller, akıl hastalığı nedeniyle dava ehliyetsizliği hâlleri, GençlikK m. 3 kapsamında sorumsuzluk bulunması hâli.

Hükümün beşinci fıkrası hem bu madde kapsamında hem de bu maddedeki koşulları sağlayarak m. 81e I, II kapsamında elde edilen verilerin Federal Suçlar Bürosu'nda kaydedileceğini ve Federal Suçlar Bürosu Kanunu kapsamında kullanılacağını öngörmektedir. Fıkra, verilerin ceza yargılaması, tehlikenin önlenmesi ve uluslararası adlî yardımlaşma amacıyla aktarılabileceği öngörülmüştür. m. 81e I'e dayanılarak elde edilen verilerin sahibi şüpheli ya da sanık yararına olarak, kayıttan önce gecikmeksizin bilgilendirmede bulunarak, arzu ederse bu konuda bir hâkim kararı isteme hakkının bulunduğunun bildirilmesini emretmiştir.

AlmanCMK m. 81h, kitlesel DNA analizlerine ilişkindir. Hüküm, belirli olguların, hayata karşı, vücut bütünlüğüne karşı, kişisel özgürlüğe karşı ya da cinsel dokunulmazlığa karşı bir suçun işlendiği şüphesine gerekçe yaratmasını öngörmektedir. Bu şekilde gerekçelenmiş bir şüphe bulunması durumunda “muhtemelen faile ait bazı özelliklere sahip olan belirli kişilerden”, bunların yazılı rızaları da alınarak, vücut örneği alınabileceğini, alınan örneklerin, DNA profili

çıkarmak ya da cinsiyeti belirlemek için moleküler genetik incelemeye tabi tutulabileceğini ve elde edilen profillerin diğer mevcut iz örneklerinden alınan DNA profilleri ile programlar aracılığı ile karşılaştırılabileceğini öngörmektedir. Ancak bunun için, elde edilen örneklerin bu kişilere ait olup olmadığının tespitinin mutlaka gerekli olması ve tedbirin özellikle ilgili kişi sayısı ile işlenen fiilin ağırlığı açısından orantılı olması gerekmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında bu tedbire sadece mahkemenin karar verebileceğini ve kararın yazılı olması gerektiği öngörülmektedir. Kararın gerekçeli olması ve ilgili kişilerin tedbir için belirleyici addedilen özelliklerinin gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Kişilerin önceden dinlenmesine gerek yoktur. Tedbir kararına karşı itirazda da bulunulamaz.

Üçüncü fıkrada tedbirin gerçekleştirilmesi için, m. 81f II ve m. 81g II de uygulama bulacağı yer almaktadır. Ayrıca suçun aydınlatılması için artık gerekli olmadığı durumlarda elde edilen tüm DNA profillerinin gecikmeksizin silinmesi, silme işleminin mutlaka belgelendirilmesi gerektiği öngörülmektedir.

Dördüncü fıkrada, bu tedbirin sadece ilgilinin rızası ile gerçekleştirilebileceği hususunda ilgili kişinin yazılı olarak aydınlatılmasını emretmektedir. Aydınlatma ayrıca şu bilgileri içermelidir: Vücut örneklerinin sadece birinci fıkrada anılan incelemeye tabi tutulacağı ve artık gerek kalmadığı durumda gecikmeksizin yok edileceği, tespit edilen DNA profilinin gelecek ceza yargılamalarında kullanılmak üzere Federal Suçlar Bürosundaki DNA veri bankalarına kaydedilmeyeceği.

Avusturya'da, DNA kimlik tespiti başlıklı AlmCMK m. 81g'ye denk gelebilecek bir düzenleme, CMK içerisinde değil, tam tersine Güvenlik Güçleri Kanunu'nun "*DNA İncelemesi*" başlıklı 67. maddesinde öngörülmüştür. Bu hükmün CMK'da değil, tam tersine kolluğun görev ve yetkilerini düzenleyen bir kanunda öngörülmüş olması, kanun koyucunun ilerideki ceza yargılamalarında kimliklendirmede kullanılmak üzere DNA analizi yapılarak profillerin kaydedilip, verilerin yeniden kullanılmasını, kolluğun görev alanına giren "kimlik bilgilerinin tespiti amaçlı bir işlem" olarak gördüğünü göstermektedir.

67. maddeye göre DNA incelemesi yapılarak kimlik bilgileri tespiti amaçlı yapılacak bir işlem, şu şartlarda hukuka uygun kabul edilmektedir: İlgili kişinin, cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç ya da en az bir yıl özgürlüğü bağlayıcı ceza öngören kasten işlenebilen bir suç işlemiş olduğu yönünde bir şüphe bulunması

gerekmektedir. Bu şüphenin yanında, fiilin türü ve işleniş şekli ya da ilgilinin kişiliği nedeniyle, ilgilinin ileride tehlikeli saldırılarda bulunacağı ve arkasında DNA profili aracılığı ile yeniden tanınmasını sağlayacak bir iz bırakacağı düşünülmelidir.

Kanun ayrıca mevcut DNA izlerinin değerlendirilmesi için gerekli olması durumunda, m. 65 II kapsamına giren kişiler için de bu şekilde kimlik bilgilerinin tespiti amaçlı işlemde bulunulabileceğini belirtmektedir. m. 65 II'de kolluğun, belirli tehlikeli saldırılara ilişkin unsurları aydınlatmak amacıyla, saldırıda bulunduğu şüphesi altında olmayan ancak iz bırakmış olma ihtimali bulunan insanları da *“kimlik bilgilerinin tespiti amaçlı işlemlere”* tabi tutmaya yetkili olduğunu belirtilmektedir. Ancak bunun için bu işlemin mevcut izlerin değerlendirilmesi için zorunlu olması gerekmektedir.

M. 67 ayrıca, madde 65a kapsamındaki durumlar ve 66 kapsamındaki cesetlerde de bu şekilde kimlik bilgilerinin tespiti amaçlı işlemde bulunulabileceğini öngörmektedir. m. 65a intihar girişiminde bulunduğu ya da şiddet içeren bir fiilin mağduru olduğu ya da bir kazanın kurbanı olduğu düşünülen insanları kolluğun *“kimlik bilgilerinin tespiti amaçlı işlemlere”* tabi tutmaya yetkili olduğunu öngörmektedir. m. 66 birinci fıkra kimliği belli olmayan cesetlerin, ikinci fıkra kolluğun, cesedin ölmeden önce tehlikeli bir saldırıya ait mevcut izleri bırakmış olduğuna ihtimal vermesi durumunda, cesedi *“kimlik bilgilerinin tespiti amaçlı işlemlere”* tabi tutmaya yetkili olduğunu düzenlemektedir.

67. maddenin ikinci fıkrasında elde edilen genetik bilgilerin sadece kimlik bilgileri elde etme amacı için kullanılabilmesini öngörmektedir. Moleküler genetik incelemeleri yapacak bilirkişiye tüm inceleme materyali ilgilinin kimliğine vs. ilişkin veriler olmaksızın aktarılacak, kolluk kuvvetleri bilirkişinin sadece kimliklendirmeyi sağlayacak alanda DNA araştırma yapacağını ve kolluğun kimliklendirmeye ilişkin verileri silme yükümlülüğü doğduğu anda da bilirkişinin tüm inceleme materyallerini yok edeceğini sözleşmesel olarak güvence altına almak zorundadır.

İsviçre'de DNA analizleri başlıklı m. 255 DNA analizine ilişkin genel koşulları, m. 256 kitleler üzerinde yapılacak DNA analizlerini, m. 257 hükümlülerden çıkarılacak DNA profillerine ilişkin hükümleri norma bağlamıştır. Kitleysel inceleme başlıklı m. 256, bir suçun aydınlatılması amacıyla savcılığın istemi üzerine mahkemenin, suçun işlenmesi ile alakalı tespit edilmiş belirli unsurları bünyesinde barındıran kişilerden örnek alınması ve bunların DNA profillerinin çıkarılmasına

karar verebileceğini öngörmektedir. “*Hükümlülerden*” başlıklı m. 257, mahkemenin vereceği nihai hükmünde aşağıda anılan kişilerden örnek alınmasına ve DNA profillerinin çıkarılmasına karar verebileceğini düzenlemiştir: *Kasten işlenebilen bir suçtan dolayı, bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm edilenler; kasten işlenebilen, hayata, vücut bütünlüğü veya cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan birine mahkûm olanlar; tedavi ve genel güvenliği koruma amaçlı hakkında güvelik tedbiri kararı bulunanlar.*

3. Gelecekteki Yargılamalarda Kullanılmak Üzere Adli DNA Analizi Yapılarak Sonuçların DNA Profilleri Veri Bankasına Kaydedilmesi ve Kitlesel Adli DNA İncelemeleri De Lege Ferenda Öneriler

3.1. Suçların Aydınlatılmasında DNA Profilleri ve DNA Veri Bankalarının Yeri

Çalışmanın ilk bölümünde Türkiye ve Almanya, İsviçre ve Avusturya hukukunda adli DNA analizlerine ilişkin ortak olan ve olmayan hükümlere yer verilerek ülkeler arası farklılıklar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu aşamada en önemli farklılık, DNA profillerinin kaydedilmesi ve kitlesel DNA analizleri hükümlerinin Türkiye’de hâlâ mevzuata girmemiş olmasıdır. Çalışmanın bu aşamasında çeşitli verilerle bu eksikliğin suçların aydınlatılmasına olumsuz etkileri ortaya konulmaya çalışılacaktır. En nihayetinde ilgili hususların yasal zemine kavuşması bakımından *de lege ferenda* önerilerde bulunulacaktır.

3.1.1. İstatistiklere Göre Suçların Aydınlatılmasında DNA Profilleri

Almanya’da 2016 sonlarına kadar Federal Suçlar Bürosu kayıtlarında¹⁶⁷ **1.161.304 adet DNA analiz verisi** mevcuttur. Bu verilerin 861.641 âdeti kişilerden elde edilen veriler, 299.663 adedi ise kişi harici ortamlardan yani olay yerinden elde edilen verilerdir. Her ay ortalama 8.900 yeni kayıt yapılmaktadır. Mevzuat gereği ise, ilk yasal düzenlemenin yapıldığı 1998 yılından 2016 sonuna kadar yaklaşık 468.213 veri kayıtlardan silinmiştir. 1998 yılından 30.09.2016’ya kadar 229.430 eşleşme gerçekleşmiş, bunlardan **47.756 olayda fiillerin eşleşmesi söz konusu olmuş, dolayısıyla farklı yerlerden bulunan olay yerlerinde aynı kaynağa ait DNA profili tespit edilmiş; 181.674 defa ise bir kişiye ait DNA profilinin mevcut**

167 https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Ermittlungsunterstuetzung/DNA-Analyse/DNAstatistik/dnaStatistik_node.html, son erişim: 29.11.2016.

örnekle eşleşerek, işlenmiş fiillerin aydınlatılması sağlanmıştır. Bu rakam suçların aydınlatılması bakımından ciddi bir sonuç ortaya koymaktadır. DNA profilleri aracılığıyla aydınlatılmış suçlarda türe göre dağılım büyükten küçüğe doğru şu şekildedir:¹⁶⁸ Hırsızlık 142.002, yağma ve şantaj 11.839, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar 3.229, vücut dokunulmazlığına karşı suçlar 3.034, hayata karşı suçlar 1.982, mala zarar verme 1.907, genel tehlike yaratan suçlar 1.702, dolandırıcılık/güveni kötüye kullanma 777, kamu düzenine karşı suçlar 760, kişisel özgürlüğe karşı suçlar 219, hakaret 140. AlmanCK içerisindeki suçlarda toplam 7.716; Özel ceza kanunlarındaki suçlardan toplam 5.643. **Anılan tüm bu neticeler DNA profillerinin kaydedilmesi sonucunda ulaşılan neticelerdir. DNA profillerini veri bankalarına kaydetmeyen Türkiye ise ne yazık ki hem ulusal ve uluslararası suçların aydınlatılmasında geri kalmakta hem de mevcut analiz sonuçlarını yok ederek, büyük bir kaynak israfında bulunmaktadır.** Gerçekten de Türkiye Emniyet Genel Müdürlüğü biyolojik incelemelere ilişkin faaliyet raporları incelendiğinde Türkiye’de önemli sayıda DNA analizi yapıldığı görülmektedir. Örneğin 2015 faaliyet raporuna¹⁶⁹ göre, biyolojik incelemeler alanında 26.512 uzmanlık talebi raporla cevaplanmış; bu çalışmalarda gönderilen 166.669 numune üzerinde **700.022 analiz** gerçekleştirilmiştir. Aynı şekilde 2013 faaliyet raporuna¹⁷⁰ göre, biyolojik incelemeler alanında, 24.241 uzmanlık talebi raporla cevaplanmış; bu çalışmalarda gönderilen 145.219 numune üzerinde **636.329 analiz** gerçekleştirilmiştir. Ancak anıldığı üzere bu kayıtlar DNA veri bankalarında saklanmadan yok edilmekte ve Türkiye en azından anılan bu iki yıl bakımından toplam **1.336.331 analiz sonucunu Alman örneğindeki eşleştirmelere tabii tutamadan çöpe atarak** büyük bir kaynak israfında bulunmakta ve **suçların bilimsel verilerle aydınlatılmasında çağın gerisinde kalmaktadır.**

3.1.2. Suçların Aydınlatılmasında DNA Veri Bankaları

İstatistikî verilerin gösterdiği üzere bugün DNA profilleri, failinin çoğunlukla geride biyolojik kalıntı bıraktığı ve mükerrerliğin en sık görüldüğü cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda değil, hırsızlıktan mala zarar vermeye kadar çok geniş bir alanda suçların aydınlatılmasına hizmet etmektedir. Ancak bugün artık sadece

168 https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Ermittlungsunterstuetzung/DNA-Analyse/DNAstatistik/dnaStatistik_node.html, son erişim: 29.11.2016.

169 <https://www.egm.gov.tr/SiteAssets/Sayfalar/StratejiGelistirmeFaaliyetleri/EGM%20FAALİYET%20RAPORU%202015.pdf>, son erişim: 15.12.2016.

170 https://www.egm.gov.tr/SiteAssets/Sayfalar/StratejiGelistirmeFaaliyetleri/EGM_2013_Yili_FAALİYET_RAPORU.pdf, son erişim: 15.12.2016.

somut olay kapsamında elde edilen sınırlı verilerin kime ait olduğunun belirlenebilmesi için karşılaştırma yapma suçların aydınlatılmasında yeterli olmadığından, çok daha fazla veri imkânı tanıyan DNA veri tabanlarından faydalanılmaktadır. Aktarılan istatistikî verilerden de ortaya çıktığı üzere, bağlantılı olaylar arasındaki ilişkiler tespit edilebildiğinden, belirsizlikler daha erken aşamalarda önlenmektedir. Bununla birlikte şüpheli konumundaki birçok kişinin kısa sürede aklanması da sağlanmakta, bu vesileyle de gereksiz yere mağduriyetler önlenmektedir. **DNA veri bankaları sayesinde soruşturma yapan birimlerin işi kolaylaşmakta ve suçların aydınlatılmasında daha çabuk ve etkili sonuç alabilmektedirler!**

Tüm bu gerekçelerle 1900 yılların sonunda DNA profillerinin kaydedilmesi gereği ortaya çıkmış ve birçok ülkede DNA veri bankası kurulmuştur. Amerika'nın Virginia Eyaleti 1990 yılında DNA veri bankası kuran ilk Eyalet olmuş, bunu bir yıl sonra kurulan diğer 13 veri bankası izlemiştir. 1993 yılında ise FBI CODIS (Combined DNA Index System) adındaki merkezi veri bankası sistemini kurarak, tüm eyalet veri bankalarına ulaşımı sağlamıştır. İngiltere'de ise 1993 yılında "*Royal Commission on Criminal Justice*", ağır suçlardan hükümlü olanlardan DNA profili çıkarılarak kaydedilmeleri için, ulusal DNA veri bankasının "*National DNA Database*" kurulması önerisinde bulunmuş ve anılan Banka 1995 yılında kurulmuştur. Bu süreçte Almanya başta olmak üzere sayısız Avrupa ülkesi DNA veri bankası kurmuştur. Ayrıca Almanya'nın Prüm kentinde 27 Mayıs 2005 tarihinde kısaca "*Prüm Anlaşması*" denilen "*Özellikle Terörizmle, Sınır Aşan Suçlarla ve Yasadışı Göç ile Mücadele Amacıyla Sınır Aşan İşbirliğini Derinleştirme Hakkında Sözleşme*" (*die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration*)¹⁷¹ imzalanarak, Sözleşme'ye taraf olan AB üyesi devletlere DNA veri bankalarının kurma ve ortak veri kullanımı imkânı yaratma yükümlülüğü getirilmiştir. Her ne kadar Sözleşme ilk aşamada sadece Belçika Krallığı, Almanya Federal Cumhuriyeti, İspanya Krallığı, Fransa Cumhuriyeti, Lüksemburg Büyük Dukalığı, Hollanda Krallığı ve Avusturya Cumhuriyeti arasında imzalanmış olsa da, şu an için Finlandiya, Slovakya ve Ukrayna ve Norveç gibi diğer Avrupa Ülkeleri de Sözleşme'ye taraf olmuştur. Ancak 26 Ağustos 2008'de bu Sözleşme'nin birçok hükmü "*2008/615/JI, 23. Haziran 2008*" sayılı ve tarihli "*Özellikle Terörizmle, Sınır Aşan Suçlarla Mücadele*

171 Almanca metin için http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/Strafrecht/PruemerVertrag.pdf?__blob=publicationFile&v=1, son erişim: 6.12.2016.

*Amacıyla Sınır Aşan İşbirliğini Derinleştirme Hakkında Komisyon Kararı” (Ratsbeschluss zur Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus und der grenzüberschreitenden Kriminalität -Ratsbeschluss Prüm)*¹⁷² kapsamında Avrupa Birliği kapsamında yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme ile AB Üyesi 27 ülkeye DNA veri bankası kurulması ve profillerin otomatik taranması yöntemiyle tüm üye ülkeler arasında veri eşleşmesi ve aktarımına açılması yükümlülüğü getirilmiştir. Dolayısıyla DNA veri bankası kurulması gereği şu anda ulusal bir olgu olmaktan çıkıp, uluslararası bir boyut kazanmıştır.

Türk ceza muhakemesi hukuku doktrininde¹⁷³ DNA bankalarının kurulması görüşünün ağır bastığı görülmekte; uygulama yaşanan olaylar da, DNA profillerinin DNA veri bankalarına kaydedilmesine ve kayıtların erişime açılmasına ne denli ihtiyaç duyulduğunu net bir şekilde ortaya koymaktadır: En son yaşanan *Samatya*’da yaşamış olan *MK*’yı öldürdüğü iddiasıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis istemiyle yargılanan *MN*’nin yargılandığı davada, olay yerinden elde edilen ve maktul ve sanığın dışında üçüncü bir kişiye ait DNA profillerinin, *Jandarma Genel Müdürlüğü ve Emniyet Genel Müdürlüğü’nün kriminal laboratuvarındaki DNA örnekleriyle karşılaştırılması Mahkeme tarafından talep edilmiş; şikâyetçilerin avukatının “Adli Tıp Kurumu’nda faili meçhul cinayetlerin aydınlanması anlamında DNA arşivi bulunmamasını büyük bir eksiklik olarak”* gördüğüne yönelik ifadeleri basına yansımıştır.¹⁷⁴

Bugün için hem CMK kapsamında hem de ayrı özel bir kanun yoluyla yasal düzenlemelere gidilerek DNA verileri sorununun çözülmesi gerekmektedir. Özellikle CMK içerisinde DNA profillerinin veri bankasındaki sisteme aktarılarak eşleştirilmeleri sağlayacak ve ayrıca gelecekteki ceza yargılamalarında kullanılmak üzere kaydedilmesine hizmet edecek yeni yasal düzenlemelerin öngörülmesi gerekmektedir. Aynı şekilde kitlesel DNA analizlerine ilişkin temel bir hükmün de

172 Almanca metin için <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0005>, son erişim: 6.12.2016.

173 Ünver/Hakeri, CMH, s. 487, 489; Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 672; Mahmutoğlu, s. 9, son erişim: 15.01.2017; Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 64, 65; aynı şekilde Özbek, son erişim: 6.1.2017, 1999 CMUK Tasarısında genetik verilerin saklanmasıyla ilişkin olarak herhangi bir hükmün bulunmamasını “büyük eksiklik” olarak nitelendirmiştir. Yazara göre ayrıca “DNA-Analizi yönteminin daha etkin ve hızlı bir şekilde kullanılması, böyle bir veri bankasının oluşturulmasına bağlıdır.”

174 http://www.dha.com.tr/turkiyenin-kriminal-dna-arsivi-bu-cinayet-icin-didik-didik-edilecek_932624.html, son erişim: 7.1.2017.

CMK'ya alınması icap etmektedir. Tüm bu hususlara ilişkin önerilere aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecektir.

3.1.3. CMK Kapsamında DNA Profillerinin Kaydedilmesine İlişkin *de lege ferenda* Öneriler

i) DNA profillerinin kaydını sağlayacak ayrı bir hükmün *de lege ferenda* **TürkCMK içerisine** (örneğin **CMK m. 78/A**) eklenmesi gerekmektedir.¹⁷⁵ Aktarıldığı üzere suçların daha hızlı ve fazla aydınlatılması ile efektif bir ceza yargılaması sistemine erişilmesinde yatan **kamu yararı böyle bir yasal düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır**.

Şu hâlde gelecekteki yargılamalarda kullanılmak üzere DNA analizi yapma ve DNA profilini kaydetmeye yönelik tedbir, tıpkı İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi **CMK içerisinde öngörülmesi**, Avusturya örneğinde olduğu gibi Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (örneğin parmak izi ve fotoğrafların kayda alınmasına ilişkin 5. maddeye ekleme vs.) kapsamında ele alınmamalıdır. Zira tedbir her ne kadar yapısal olarak kolluğun tehlikeyi önleme ve önlemsel tedbirlerine benzese de, özünde tehlikeyi ya da bir suçun işlenmesini **önleme** değil, bir suçun kısa sürede aydınlatma amacı taşımaktadır.¹⁷⁶ Aynı şekilde Alman hukukunda da tedbirin gerçek bir ceza muhakemesi uygulaması tedbiri olduğu genel kabul görmektedir.¹⁷⁷ Gerçekten de DNA analizleri sonucu elde edilen DNA profillerinin ileride kullanılmak üzere kaydedilmesi tedbiri suç işlemeyi önlemeyi değil; tam tersine kimliklendirmeye yarayan delilin koruma altına alınmasını sağlayarak, ileride vuku bulacak bir ceza yargılamasının en hızlı şekilde aydınlatılmasını amaçlanmaktadır. Ayrıca DNA analizi ve DNA verilerinin kullanılmasının temel haklara saldırıda bulunması, temel haklara gösterilen önemi dış dünyaya yansıtması bakımından, bize göre bu tedbirin yapısına uymayan kolluk önlemleri arasında değil, tersine **çekirdek kanun** olan **CMK içerisinde öngörülmesine başka bir gerekçe oluşturmaktadır**.

ii) **CMK m. 78/A** kapsamında *de lege ferenda* hangi suç ve cezalardan dolayı DNA profili kaydı yapılacağı hususunun ayrıca tartışılması gerekir.

Bu kapsamda, **öncelikle** belirtmek gerekir ki, aktarılan diğer ülkelerde olduğu gibi

175 Aynı görüşte Mahmutoğlu, s. 9, son erişim: 15.01.2017.; Ünver/Hakeri, CMH, s. 489; Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 47 - 76, s. 65; aynı şekilde Özbek, son erişim: 6.1.2017.

176 Krş. Özbek, son erişim: 6.1.2017; aynı şekilde Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 64; Mahmutoğlu, s. 9, son erişim: 15.01.2017.

177 BVerfGE 103, s. 30 vd.; SK-StPO, Cilt I, s. 1439.

“**sadece**” bazı suçlarda ceza miktarına ya da suçun ağırlığına bakılmaksızın DNA profillerinin **otomatik** kaydı yerinde olacaktır. Bunun haricinde anılan ülkelerden farklı olarak istatistikî verilerde DNA profilleri aracılığıyla en çok aydınlatılan suçlardan olan hırsızlık ve yağma da, suçların aydınlatılmasında yatan kamu yararı nedeniyle, yukarıda anılan suçların yanında öngörülmesi gereken hükümlerden olmalıdır. Müstehcenlik ve fuhuş suçları failliği ile cinsel suçlar; işkence ve eziyet suçu ile vücut bütünlüğüne karşı suç faillikleri anılan suçları işleme potansiyeli taşıdıklarından anılan suçların da buraya ayrıca eklenmesi yerinde olacaktır. Bu bağlamda **hayata karşı suçlar, vücut bütünlüğüne karşı suçlar, işkence ve eziyet suçu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, müstehcenlik suçu, fuhuş, hırsızlık ve yağma suçu CMK m. 78/A** kapsamında **istisnasız** bir şekilde açıkça öngörülmelidir.

Açıkça anılan otomatik kayda tabi tutulan bu suçlar dışında **hangi suçların CMK m. 78/A** kapsamına alınacağı ayrıca tartışılması gereken bir husustur. Öncelikle hangi suçların kapsam dışında bırakılacağı belirlenmelidir. Bu bağlamda: Almanya’da tartışmalı olmakla birlikte¹⁷⁸, özellikle İsviçre ve Avusturya ceza muhakemesi hukuku açık bir şekilde, **taksirli suçlarda DNA profili kaydını** gerekli görmemiştir. Bu durum suçun haksızlık içeriği ve temel hakka saldırı arasında orantılı bir durum yarattığından, ayrıca taksirli suç tekrarlama potansiyeli doğaları gereği yüksek olmadığından bunları kapsam dışı bırakmak amaca uygun ve orantılı olacaktır. **Şu hâlde taksirli suçlardan DNA profili kaydı yapılmamalıdır.**

Bundan sonraki aşamada Avusturya ve İsviçre’de olduğu gibi **belirli bir ceza barajı** yerine, Alman hukukunda olduğu gibi **ağır bir suç** unsuru getirmek mi daha yerinde olacaktır sorusuna yanıt vermek gerekir. Biz ağır suç unsuru arayan Alman hukukunun çözümünün isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. Zira bu unsurun içeriğini doldurma görevinin uygulama ve teoriye bırakılması hem tartışma yaratmakta hem de mahkemelerin belirsizliklerle mücadele ederek, içtihat yaratmaları zaman ve emek kaybına yol açmaktadır. Bu gerekçeyle ceza miktarına göre suçların esas alınması hukukî güvenlik ve belirlilik ilkesi bakımından daha yerinde gözükmektedir.

Burada önemli olan ölçülülük ilkesi gereklerine uyacak hangi suç ve özellikle ceza miktarının esas alınacaktır:

Almanya “*ağır suç*” kavramı içerisinde belirli bir ceza miktarını esas almadan, somut olay merkezli hareket etmekte, hem *Verbrechen* denilen (alt sınırı bir yıl üzeri hapis

178 Tüm tartışmalar için SK-StPO, Cilt I, s. 1450, 1451.

cezası öngören) hem de *Vergehen* denilen (bir yılın altında hapis cezası ya da adlî para cezası öngören) suçların ağır suç teşkil edebileceğini kabul etmektedir (bir yıl hapis cezası merkezli olarak yapılan *Verbrechen* ve *Vergehen* ayrımı tanımını AlmCK m. 12'de yer almaktadır). Avusturya da soyut cezayı esas alarak, en az bir yıl üzerinde özgürlüğü bağlayıcı ceza öngören suçları yeterli görmektedir (Polis Kanunu kapsamındaki düzenleme, Ceza Kanunu m. 17 kapsamında üç yıllık özgürlüğü bağlayıcı cezayı esas alan *Verbrechen* ve *Vergehen* ayrımına yer vermeden, sadece suç kavramına yer vermiştir). İsviçre ise hükümlüden örnek alınmasını öngördüğünden, hem soyut hem de somut cezayı baz almış, *Verbrechen* denilen alt sınırı en az üç yıl ve üzeri olan suçlarda en az bir yıl ve üzeri özgürlüğü bağlayıcı cezaya çarptırılmış olmayı öngörmüştür (Alman hukukunun tersine İsviçre hukukunda *Verbrechen* üç yıl üzeri özgürlüğü bağlayıcı ceza öngören suçlara, *Vergehen* ise 3 yılın altında özgürlüğü bağlayıcı ceza öngören suçlara denilmektedir. Tanım İsviçreCK m. 10'da yer almaktadır.).

Türk ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bir öneride bulunmadan evvel TürkCMK içerisinde öngörülen bağlantılı diğer tedbirlerde kanun koyucunun nasıl bir irade gösterdiğine göz atmak faydalı olacaktır: CMK m. 75 V gereği şüpheli/sanık üzerinde *iç beden muayenesi* yapılabilmesi ya da kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi için, ilgili suçun **üst sınırının iki yıldan daha fazla** hapis cezası olması gerekmektedir. Bu durumda suçta **üst sınırı iki yıl üzeri hapis cezası zorunluluğu**, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması (CMK m. 76) ve *moleküler genetik incelemeler* (CMK m. 78) için de geçerlidir.¹⁷⁹ Bu durumda DNA profili çıkarılabilmesi için öngörülebiyecek sınırın **en az bu sınırdan** olması gerekecektir. Aynı şekilde “*fizik kimliğin tespiti*” (CMK m. 81 I) de **üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan** dolayı şüpheli veya sanık olan kişiler hakkında mümkün olabilmektedir. Kimliğinin teşhisi için kişinin fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntülerin kayda alınması söz konusudur.

Özgürlüğü bağlayıcı ceza miktarına bir üst sınır getirilmesi bu bağlamda da üst sınırı üç ve iki yıl olan suçlar gözden geçirildiğinde şöyle bir tablo çıkmaktadır:

Soyut cezası üst sınırı üç yıl ve altı olan suçlar genel olarak şu şekildedir: İnsan üzerinde deney TCK m. 90 I (bir yıldan üç yıla kadar); yardım veya bildirim

179 Aynı çıkarımda Mahmutoglu, s. 7, son erişim: 15.01.2017; Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 655, 656.

yükümlülüğünün yerine getirilmemesi m. 98 II (bir yıldan üç yıla kadar); kısırlaştırma m. 101 II (bir yıldan üç yıla kadar); şantaj m. 107 I (bir yıldan üç yıla kadar); siyasal hakların kullanılmasının engellenmesi m. 114 I b (bir yıldan üç yıla kadar); inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme m. 115 I (bir yıldan üç yıla kadar); konut dokunulmazlığının ihlali m. 116 IV (bir yıldan üç yıla kadar); iş ve çalışma hürriyetinin ihlali m. 117 II, IV (altı aydan üç yıla kadar); sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi m. 118 II (bir yıldan üç yıla kadar); nefret ve ayrımcılık m. 122 I (bir yıldan üç yıla kadar); haberleşmenin gizliliğini ihlal m. 132 I, III (bir yıldan üç yıla kadar); özel hayatın gizliliği m. 134 (bir yıldan üç yıla kadar); kişisel verilerin kaydedilmesi m. 135 I (bir yıldan üç yıla kadar); mala zarar verme m. 151 I (dört aydan üç yıla kadar); hakkı olmayan yere tecavüz m. 154 (altı aydan üç yıla); karşılıksız yararlanma m. 163 III (bir yıldan üç yıla kadar); şirket ve kooperatifler hakkında yanlış bilgi m. 164 (altı aydan üç yıla kadar); suç eşyasının alınması kabul edilmesi m. 165 I (altı aydan üç yıla kadar); genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması m. 170 I (altı aydan üç yıla kadar); radyasyon yayma m. 172 IV (altı aydan üç yıla kadar); çevrenin kasten kirlenmesi m. 181 II (bir yıldan üç yıla kadar); parada sahtecilik m. 197 II (bir yıldan üç yıla kadar); mühür bozma m. 203 (altı aydan üç yıla kadar); özel belgede sahtecilik m. 207 (bir yıldan üç yıla kadar); özel belgeyi bozmak, yok etmek, gizlemek m. 208 (bir yıldan üç yıla kadar); halkı kin ve düşmanlığa tahrik, aşağılama m. 216 I (bir yıldan üç yıla kadar); suç işlemek amacıyla örgüt kurma m. II, VIII (bir yıldan üç yıla kadar); ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması m. 223 (bir yıldan üç yıla kadar); kumar oynanması için yer ve imkân sağlama m. 228 I (bir yıldan üç yıla kadar); dilencilik m. 229 I (bir yıldan üç yıla kadar); çocuğun soybağını değiştirme m. 231 I (bir yıldan üç yıla kadar); ihaleye fesat karıştırma m. 235 III b (bir yıldan üç yıla kadar); kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma m. 238 I (bir yıldan üç yıla kadar); ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması m. 139 I (bir yıldan üç yıla kadar); bilişim sistemine girme m. 243 IV (bir yıldan üç yıla kadar); sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme m. 244 II (altı aydan üç yıla kadar); yasak cihaz veya programlar m. 245/A I (bir yıldan üç yıla kadar); irtikâp m. 250 III (bir yıldan üç yıla kadar); denetim görevinin ihmali m. 251 II (üç aydan üç yıla kadar); nüfuz ticareti m. 255 I (bir yıldan üç yıla kadar); görevini yaptırmamak için direnme m. 265 I (altı aydan üç yıla kadar); suç uydurma m. 271 I (üç yıla kadar); yalan tanıklık m. 272 II (bir yıldan üç yıla kadar); gizliliğin ihlali m. 285 I, II (bir yıldan üç yıla kadar); hükümlü ve tutuklunun kaçması m. 292 II (bir yıldan üç yıla kadar); kaçmaya imkân sağlama m.

294 I, VIII (bir yıldan üç yıla kadar); hükümlü veya tutukluların ayaklanması m. 296 I (altı aydan üç yıla kadar); infaz kurumuna ya da tutukevine yasak eşya sokmak m. 297 II (bir yıldan üç yıla kadar); hak kullanma ve beslenmeyi engelleme m. 298 I (bir yıldan üç yıla kadar); devletin egemenlik alametlerini aşağılama m. 300 I (bir yıldan üç yıla kadar); askerleri itaatsizliğe teşvik m. 319 I (bir yıldan üç yıla kadar); yabancı hizmetine asker yazma, yazılma m. 320 III (bir yıldan üç yıla kadar); seferberlikle ilgili görevin ihmali m. 324 (altı aydan üç yıla kadar).

Soyut cezası üst sınırı iki yıl ve altında kalan suçlar genel olarak şu şekildedir:

Terk m. 97 I (üç aydan iki yıla kadar hapis); yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi m. 98 I (bir yıla kadar hapis veya adli para cezası); çocuk düşürtme m. 99 II 2. cümle (çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın bir yıla kadar hapis veya adli para cezası); çocuk düşürme m. 100 I (bir yıla kadar hapis veya adli para cezası); tehdit m. 106 I 1. cümle (altı aydan iki yıla kadar hapis cezası), 2. cümle (altı aya kadar hapis veya adli para cezası); konut dokunulmazlığının ihlali m. 116 I (altı aydan iki yıla kadar hapis cezası), II (altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası); iş ve çalışma hürriyetinin ihlali m. 117 (altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası); sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi m. 118 I (altı aydan iki yıla kadar hapis cezası); haksız arama m. 120 (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası); dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi m. 121 (altı aya kadar hapis cezası); kişilerin huzur ve sükûnunu bozma m. 123 I (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası); haberleşmenin engellenmesi m. 124 I (altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası); hakaret m. 125 I (üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası), III (cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması m. 133 II (altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası); verileri yok etmeme m. 138 I (bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası); hırsızlık-daha az cezayı gerektiren hâller m. 144 (iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası); kullanma hırsızlığı m. 146 I (hırsızlık suçunun bir yıldan üç yıla kadar olan hapis cezası yarı oranına kadar indirilecek); ibadethanelere ve mezarlıkları kirletme m. 153 II (üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası); güveni kötüye kullanma m. 155 I (altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası); bedelsiz senedi kullanma m. 156 I (altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası); daha az cezayı gerektiren hâl m. 159 I (altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası); kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf m. 160 I (bir yıla kadar hapis veya adli para cezası); karşılıksız yararlanma m. 163 I (iki aydan altı aya kadar hapis veya adli

para cezası); II (altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası); bilgi vermeme m. 166 I (altı aya kadar hapis veya adlî para cezası); genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması m. 170 II (üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası); akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali m. 175 I (altı aya kadar hapis veya adlî para cezası); inşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama m. 176 (üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası); hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması m. 177 (altı aya kadar hapis veya adlî para cezası); işaret ve engel koymama m. 178 (iki aydan altı aya kadar hapis veya adlî para cezası); trafik güvenliğini tehlikeye sokma m. 179 II, III (üç aydan iki yıla kadar hapis cezası), çevreyi kirlletme m. 181 I (iki yıla kadar hapis cezası); gürültüye neden olma m. 183 I (iki aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası); sağlık için tehlikeli madde temini m. 194 I (altı aydan bir yıla kadar hapis cezası); bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma m. 195 I (iki aydan bir yıla kadar hapis cezası); usulsüz ölüm gömülmesi m. 196 I (altı aya kadar hapis cezası); parada sahtecilik m. 197 III (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası); kıymetli damgada sahtecilik m. 199 II (üç aydan bir yıla kadar hapis ve adlî para cezası), III (bir aydan altı aya kadar hapis cezası); resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan m. 206 I (üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası); açığa imzanın kötüye kullanılması m. 209 I (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası); suçu ve suçluyu övme m. 215 I (iki yıla kadar hapis cezası); halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama m. 216 II (altı aydan bir yıla kadar hapis cezası); III (altı aydan bir yıla kadar); kanunlara uymamaya tahrik m. 217 I (altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası); görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma m. 219 I (bir aydan bir seneye kadar hapis ve adlî para cezası); II (üç aydan iki seneye kadar hapse ve adlî para cezası); hayâsızca hareketler m. 225 I (altı aydan bir yıla kadar hapis cezası); birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören m. 230 I, II (altı aydan iki yıla kadar hapis cezası); III (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası); kötü muamele m. 232 I (iki aydan bir yıla kadar hapis cezası), II (bir yıla kadar hapis cezası), aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali m. 233 I (bir yıla kadar hapis cezası), II (üç aydan bir yıla kadar), III (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası); çocuğun kaçırılması ve alıkonulması m. 234 I, II (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası), III (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası); fiyatları etkileme m. 237 I, II, III (üç aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası); mal veya hizmet satımından kaçınma m. 240 I (altı aydan iki yıla kadar hapis cezası); bilişim sistemine girme m. 243 I, II, III (bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası); görevi kötüye kullanma m. 257 I (altı aydan iki yıla kadar hapis cezası); II (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası);

kamu görevinin terki veya yapılmaması m. 260 I, II (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası); kişilerin malları üzerinde usulsüz tasarruf m. 261 I (altı aydan iki yıla kadar hapis cezası); kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi m. 262 (üç aydan iki yıla kadar hapis cezası); özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma m. 264 I, II (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası); suç, üstlenme m. 270 (iki yıla kadar hapis cezası); yalan tanıklık m. 272 I (dört aydan bir yıla kadar hapis cezası); suçu bildirmeme m. 278 I, II, III (bir yıla kadar hapis cezası); kamu görevlisinin suçu bildirmemesi m. 279 I (altı aydan iki yıla kadar hapis cezası); sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi m. 280 I (bir yıla kadar hapis cezası); tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme m. 284 I, II, III (bir yıla kadar hapis cezası); ses veya görüntülerin kayda alınması m. 286 (altı aya kadar hapis cezası); genital muayene m. 287 I (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası); adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs m. 288 I (elli günden az olmamak üzere adli para cezası); muhafaza görevini kötüye kullanma m. 289 I, II, III, IV (üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası); resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması m. 290 I (üç aydan bir yıla kadar hapis); başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme m. 291 (altı aydan iki yıla kadar hapis cezası); hükümlü veya tutuklunun kaçması m. 292 I (altı aydan bir yıla kadar hapis cezası); muhafızın görevini kötüye kullanması m. 295 I (görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümler uygulanır: altı aydan iki yıla kadar hapis cezası); II (altı aydan iki yıla kadar hapis cezası); devletin egemenlik alametlerini aşağılama m. 300 II (altı aydan iki yıla kadar hapis cezası); Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama m. 301 I, II (altı aydan iki yıla kadar hapis cezası); yabancı devlet bayrağına karşı hakaret m. 341 I (üç aydan bir yıla kadar hapis cezası).

Soyut suç sınırının iki veya üç yıl ve altı ya da üç yıl üzeri olarak belirlenmesinde Anayasa'nın 13. maddesi gereği ölçülülük ilkesi gereklerine uyularak; özellikle geride DNA örneği bırakılmasının görece daha düşük olacağı suçları kapsam dışında bırakarak, işlenen suçun kamu huzuru, barış ve güvenliğini bozucu etkisi ve suçla korunan hukukî değerın önemini göz önünde tutmak yerinde olacaktır. Bu bağlamda ilk aşamada **soyut ceza üst sınırı iki yıl veya üç yıl ve altı** olan suçlar çoğunlukla DNA profil kaydı kapsamı dışında kalacak suçlar olup, bunlar çoğunlukla üzerinde DNA analizi yapılarak aydınlatılmaya müsait olmayan suçlardır. Kural olarak üst sınırı üç yıl üzeri olan suçların haksızlık içeriği ve korudukları hukukî değerler üst sınırı iki yıl veya üç yıl ve altı olanlara göre daha ağırdır. Bunlar toplumsal barışa daha çok zarar veren suçlardır. Ölçülülük ilkesi elde edilecek, ulaşılmak istenen

faıda ile verilecek zarar arasında oran aranmasını emrettiğinden, suç soyut ceza üst sınırını amaca hizmet etmeyecek derecede düşürmek elverişsiz ve orantısız olacağından, bu çalışmanın başında anılan temel haklara saldırı teşkil edecektir. Tüm bu gerekçelerle **soyut ceza olarak üst sınırı üç yılın üzerinde olan suçlar** DNA profili kaydına tabi tutulmalıdır. Üç yıl ve üç yılın altındaki suçlarda DNA profillerinin DNA veri bankalarına kaydı mümkün olmamalıdır.

Tüm bu tespitlerden sonra üst sınırı üç yıl üzeri olan soyut ceza dışında bir de **somut cezanın** da öngörülüp öngörülmeceğı ele alınmalıdır. Aktarıldığı üzere İsviçre hukukunda somut ceza bakımından, en az bir yıl ya da daha fazla özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya çarptırılmış olanların DNA kaydı yapılmaktadır. Almanya ve Avusturya ağır suçlarda şüpheli/sanık ya da hükümlü olma koşulunun yanında failin kişiliğı, fiilin türü ya da işleniş şekli nedeniyle gelecekte suçun yeniden işlenme tehlikesi bakımından incelemesini aramakla, tehlikeli addedilmeyecek failleri DNA profili açısından kayıt dışı bırakmaktadır. Bizce failin kişiliğı merkezli bir tehlikelilik değerlendirmesi değil, İsviçre hukukunda olduğu gibi somut cezayı esas alan ikinci bir elemanın Türk hukukunda öngörülmesi ölçülülük ilkesi bakımından yerinde olacaktır. Zirâ norm somut cezayı değil sadece soyut cezayı öngördüğünde, otomatik bir kayıt sistemi söz konusu olacaktır. Ayrıca somut ceza sınırının belirlenmesi özellikle TCK m. 61 kapsamında cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi hükümleri ile cezanın azalmasına etkide bulunan etkin pişmanlık hükümlerinin göz ardı edilmediğini göstermesi bakımından önemlidir. Bunun yanında TCK m. 50 ve 51 kapsamındaki ceza sınırları göz önünde bulundurulmalıdır. Açıklanan sebeplerle **somut ceza sınırının, iki yıl üstü hapis cezası olarak belirlenmesi, ceza hukuku sisteminde bütünlüğün korunması ve ölçülülük ilkesi bakımından isabetli** olabilecektir.

Şu hâlde **CMK m. 78/A** kapsamında DNA profilleri oluşturularak sistemde kaydedilecek hükümlüler, **üç yıl üzeri** özgürlüğü bağlayıcı ceza öngören **kasıtlı suçlardan iki yıl üzerinde hapis cezası** alanlar olacaktır. Bunun yanında yukarıda da aktardığımız gibi **hayata karşı suçlar, vücut bütünlüğüne karşı suçlar, işkence ve eziyet suçu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, müstehcenlik suçu, fuhuş, hırsızlık ve yağma suçu**nda soyut ve somut ceza sınırlarına bakılmaksızın otomatik kayıt sistemi öngörülebilecektir.

İki yılın üzerinde özgürlüğü bağlayıcı cezaya çarptırılmış olmak ana kural olmakla birlikte, İsviçre’de olduğu gibi çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (TCK m. 56) ve

akıl hastalarına (ve alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarına) özgü güvenlik tedbirleri (TCK m. 57) de önerilen **CMK m. 78/A** kapsamına *de lege ferenda* alınabilir. Ayrıca yukarıdaki suçlarda erişkin çocuk ayrımı yapmadan, mevcut ceza sınırlarının dikkate alınması, normun amacına uygun olacaktır.

iii) **CMK m. 78/A** kapsamında *de lege ferenda*, sadece hükümlülerin değil, aynı zamanda **şüpheli/sanıkların ve sahipsiz materyallerden elde edilen DNA profillerinin** DNA veri bankasına alınması ve **özellikle şüpheli veya sanıklar bakımından bu statüler son bulana kadar, sahipsiz olanlar bakımından ise uzun bir süre için (örneğin İsviçre’de 30 yıl) sistemde kayıtlı tutulmasını** öngörmek isabetli olacaktır. Her ne kadar içeriksel farklılıklar olsa da İsviçre, Almanya ve Avusturya düzenlemeleri şüpheli ve sanığın DNA profillerinin kayıtlarına izin vermektedir.

Bu bağlamda CMK m. 78/A kapsamında hükümlülere ilişkin normdan sonra farklı bir fıkra içerisinde mevcut CMK m. 78’e göre alınan ve üç yıl ve üzeri hapis cezası öngören suçlardan **şüpheli ya da sanık olanların DNA profilinin DNA bankası veri sistemine aktarılacağı**nın ve görülmekte olan diğer suçlar bakımından eşleştirmelere tabi tutulacaklarının ve en nihayetinde **bu statüleri son bulana kadar profillerin burada saklanacaklarının** öngörülmesi gerekir. Böylece sisteme aktarılan profil kimliği tespit amaçlı başka profillerle eşleştirilebilecek, ayrıca işlenmiş başka suçlarla da bağlantı kurularak, mevcut faili meçhul suçların aydınlatılması sağlanacaktır. Bunun yanında hem hükümlülerden ve şüpheli/sanıktan alınan hem de sahipsiz DNA profillerinin ne kadar sistemde kayıtlı olacağı ve ne zaman silinmeleri gerektiğinin CMK m. 78/A içerisinde ayrıca **ayrıntılı** bir şekilde düzenlenmesi; bunun dışındaki hususlar bakımından çıkarılacak *DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu* hükümleri saklı tutulduğu belirtilmesi isabetli olabilecektir.

iv) **CMK m. 78/A** kapsamına *de lege ferenda* sadece şüpheli/sanık/hükümlü **DNA profillerinin kaydedilmesi için mutlaka mahkeme kararının aranması** gerekir.

CMK m. 78/A kapsamında şüpheli ve sanıklardan mevcut düzenlemelere göre sulh ceza hâkimi ya da kovuşturmayı yapan mahkemenin karar vermesi söz konusu olabileceksen, hükümlüler bakımından hükmü veren mahkeme karar verebilecektir.

v) Bunun yanında CMK hükümde DNA profillerinin işlenmesi, kaydı ve **verilerin sistemden silinmesi** hakkında düzenlemeye gidilmemesi yerinde olacaktır. Bu hususta *DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu* **hükümleri saklı**

tutulmalı ve konu anılan Kanun kapsamında ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Gerek CMK uygulamaları gerekse CMK dışı uygulamaları ve bunlara ilişkin usulleri ve diğer ayrıntıları kurallara bağlayacak kanun seviyesinde bir yasal düzenleme yapılmalıdır. İlgili Kanun içerisinde DNA profillerinin hangi durumlar için ne kadar bir süre için sistemde kayıtlı olacağı ve ne zaman silinmesi gerektiği (örneğin sanık ve şüphelilerin bu statülerini sona erdirecek her bir durum ayrı ayrı anılarak, statünün sona ermesi ile verilerin silinmesi; hükümlülerden cezanın infazı, koşullu salıverme ya da güvenlik tedbirleri gibi her bir husus ayrı ayrı göz önünde bulundurularak, 10, 20 vs. yıl gibi bir süre sonra verilerin silinmesi; sahipsiz olan profillerin 30-50 vs. yıl sonra silinmesi vs.), silinmeye hangi durumlarda kimin karar vereceği belirtilmelidir. Bu bağlamda 2007 tarihli *DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı*, hakkında ileri sürülen görüşler de göz önünde bulundurularak¹⁸⁰ yeniden gözden geçirilerek revize edilmeli ve mutlaka yasalaşmalıdır.

3.1.4. Kitlesele DNA Analizlerine İlişkin *de lege ferenda* Öneriler

Mevcut CMK içerisinde suç şüphelisi ya da sanığı olmadığı hâlde, şüpheli olma potansiyeli olan bir kişi topluluğundan DNA örneği alınmasına, yani kitlesele DNA analizlerine izin veren bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁸¹ Zira TürkCMK m. 75 şüpheli/sanıktan; m. 76 mağdurdan örnek alınmasına yasal zemin hazırlamakta; CMK m. 78 II ise bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde DNA incelemesi yapılabileceğini öngörmektedir. Şu hâlde bunlardan hiç birisi olmayan bir insanlar topluluğundan hangi şartlarda örnek alınacağı ve bunların DNA analizine tabi tutulacağı belirsizdir. Şu hâlde bu gibi durumlar için CMK'ya *de lege ferenda* yeni bir hükmün (örneğin **CMK m. 78/B**) eklenmesi icap etmektedir.

Kitlesele DNA analizlerini konu alacak CMK m. 78/B kapsamında *de lege ferenda* tıpkı TürkCMK m. 78'te olduğu gibi **üst sınırının iki yıl ve üzeri** hapis cezası gerektiren suçlarda kitlesele DNA analizinin mümkün olabilmesi yerinde olabilir. Ancak buna bağlı olarak da DNA profili çıkarılacak kişilerde bulunması gereken özelliklerin açık ve net bir şekilde tespit edilmiş olması, aydınlatılacak suçla analiz yapılması arasında orantı bulunmasına, tedbirin zorlayıcı değil yazılı rızayla mümkün olacağına ve hâkim kararıyla gerçekleştirilebileceğine vurgu yapılmalıdır.

180 Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 670 vd.; Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 71 vd.; Türk Tabipler Birliği Etik Kurul görüşü için <http://www.ttb.org.tr/index.php/Etik-Kurul/etik-1369.html>, son erişim: 3.12.2016.

181 Aynı görüşte Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s. 655; karşı görüşte Ünver/Hakeri, CMH, s. 479, ancak yeni yasal düzenlemeden yana s. 490.

Bu bağlamda suç şüphelisi olmamakla birlikte, suçun işlenmesi ile ilgili tespit edilmiş olan bazı unsurları bünyesinde barındıran ya da şüpheliye ait bazı özelliklere sahip kişilerden DNA profili çıkarılmak üzere örnek alınabilir. Kişi DNA analizi amaçlı örnek vermeye zorlanamaz ve örnek vermeyen kişi hakkında suç şüphelisi olduğu çıkarımında bulunulamaz.

DNA analizi amaçlı örnek vermek isteyen kişinin, önceden özellikle profilin sadece mevcut yargılamada eşleşmeye tabi tutulacağı, başka ceza yargılamalarında kesinlikle kullanılmayacağı, Türkiye Milli DNA Bankası sistemine aktarılmayacağı ve örneklerle birlikte profilin eşleşme olmaması durumunda gecikmeksizin yok edileceği ve silineceği hususunda aydınlatılması ve aydınlatmanın ardından rızasının yazılı olarak alınması gerekir.

Tedbire sadece hâkim/mahkeme karar verebilmelidir. Tedbir kararına başvurmanın son çare olması gerektiği belirtilmelidir. Bu bağlamda failin kimliğini belirlemek bakımından mevcut örneklerin bu kişilere ait olup olmadığının tespiti kesinlikle gerekli olmalı, tedbire tabi tutulacak kişi sayısı ile işlenen fiilin ağırlığı arasında makul bir oran bulunmalıdır. Hâkim/mahkeme kararında bu konuda değerlendirme yaparak, tedbirin gerekçesini açıkça belirtmelidir.

Hükümde suçun aydınlatılması için artık gerekli olmadığı durumlarda elde edilen tüm örneklerin yok edileceği, DNA profillerinin gecikmeksizin silineceği ve bunların belgelendirileceği öngörülmelidir.

4. Sonuç

Mevcut çalışmada adlî DNA incelemelerinin tarihî geçmişi, kavramsal ve hukukî olarak anlamı üzerinde kısaca durulmuştur. Koruma tedbiri niteliğinde olan adlî DNA analizlerinin temel hakları ihlal edip etmedikleri tartışmalarına yer verilerek; tedbirin öncelikle vücut bütünlüğü hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı (verilerin geleceğini belirleme özerkliği), özel hayatın korunması hakkını ihlal ettiği; ancak mevcut yasal düzenlemelerin anayasal koşullara uymaları sebebiyle anayasa aykırılık oluşmadığı kabul edilmiştir. Buna karşın insan haysiyeti ile hayatın gizli alanına yönelik bir aykırılık saptanmamıştır. Çalışmanın ikinci kısmında TürkCMK ile başta Almanya olmak üzere, Avusturya ve İsviçre ceza muhakemesi hukuku DNA analizlerine ilişkin ortak hükümler karşılaştırmalı olarak ele alınarak gerektiğinde *de lege ferenda* önerilerde bulunulmuştur. Çalışmanın önemli kısımlarından birini oluşturan son bölümde istatistikî verilere dayanılarak suçların aydınlatılmasında DNA profillerinin

rolüne vurgu yapılmış, profil verilerinin kaydına ve kitlesel DNA analizlerine yönelik karşılaştırmalı hukuktan faydalanılarak ortaya konulmuş, bu bağlamda Ceza Muhakemesi Kanunu bakımından çeşitli *de lege ferenda* önerilerde bulunulmuştur. Bunun yanında DNA veri bankalarının kurulması konusunda *DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu* bağlamında bir yasal düzenlemenin acilen hayata geçirilmesi zorunluluğuna değinilmiştir.

Kaynakça

- Aksoy İpekcioglu, Pervin, Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukukî niteliği ve Anayasaya Uygunluğu, iç: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 1157 - 1175, (Alıntı: Aksoy İpekcioglu, iç: Centel'e Armağan, s.)
- Altendorfer, Reinhold, „Rechtsprobleme der DNA-Analyse im Strafverfahren“, Münih 2001, (Alıntı: Altendorfer, s.)
- Arslan, Kahan Onur, İnsan Onuru Kavramı Ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması, iç: TBBD 2015 (120), s. 155-172, (Alıntı: Arslan, TBBD 2015 (120), s.)
- Batur, Necat, Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme, TBB Dergisi 2016 (126), s. 69 - 94, (Alıntı: Batur, TBBD 2016 (216) s.)
- Benecke, Mark, „Kriminalbiologie“, Gladbach 1999, (Alıntı: Benecke, s.)
- Benfer, Jost, „Die molekulargenetische Untersuchung (§§ 81e, 81g StPO)“, iç: Strafverteidiger, yıl: 1999, s. 402-404, (Alıntı: Benfer, StV 1999, s.)
- Bergemann, Nils, Hornung, Gerrit, „Die DNA-Analyse nach den Änderungen der Strafprozessordnung-Speicherung bis auf Widerruf?“, iç: Strafverteidiger, Yıl 2007, s. 164-168, (Alıntı: Bergemann/Hornung, StV 2007, s.)
- Beulke, Werner, Strafprozessrecht, 10. baskı, Berlin 2008, (Alıntı: Beulke, Strafprozessrecht, s.)
- Burr, Kai, „Das DNA-Profil im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklungen in den USA“, Bonn 1995, (Alıntı: Burr, s.)
- Büyükkay, Yusuf, Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler, AÜEHFD C IX, S. 3-4 (2005), s. 355-382, (Alıntı: Büyükkay, AÜEHFD C IX, S. 3-4 (2005), s.)
- Centel, Nur, Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2015. (Alıntı: Centel/Zafer, CMH, s.)
- Çubuk, Mustafa Cem, Kişisel Kimlik Tespit Unsurlarına Ait Veritabanlarının Adli Araştırmalar Açısından Faydaları ve Türkiye'deki Uygulamaların Değerlendirilmesi (Yüksek Lisans Tezi), (Alıntı: Çubuk, s.)
- Deutsche Gesellschaft für Chemisches Apparatewesen, Chemische Technik und Biotechnologie, „Materialien und Basisdaten für gentechnisches Arbeiten und für Errichtung und den Betrieb gentechnischer Anlagen“, Cilt I „Biologische Sicherheit“, Frankfurt am Main, 1995, (Alıntı: DECHEMA, s.)
- Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO, 9. baskı, Münih 2015, (Alıntı: Eisenberg, Beweisrecht der StPO, s.)
- Ellermann, Rolf, Opolka, Uwe, „Genomanalyse: Ihre biochemischen, medizinischen, juristischen und politischen Aspekte“, Frankfurt am Main, 1991, (Alıntı: Ellermann/Opolka, s.)
- Elmas, İmdat, Ersoy, Gökhan, Adli Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması ve Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut, Klinik Gelişim, s. 111-113, (Alıntı: Elmas/Ersoy, iç: Klinik Gelişim, s.)
- Finger, von Thorsten, „Einwilligung in die Entnahme und Untersuchung von Körperzellen“, iç: Kriminalistik, Jahrgang 2006, s. 696-700, (Alıntı: Finger, s.)
- Foldenauer, Wolfgang, „Genanalyse im Strafverfahren“, Berlin 1995 (Alıntı: Foldenauer, s.)
- Gola, Peter, Schomerus, Rudolf, Klug, Christoph, „Bundesdatenschutzgesetz: Kommentar“, 8. Baskı, Münih 2005, (Alıntı: Gola/Schomerus/Klug, BDSG, § ... pn. ...)

- Harbort*, Stephan, „Der Beweiswert der Blutprobe“, Stuttgart 1994, (Alıntı: Harbort, s.)
- Henke*, Jürgen, *Scmitter*, Hermann, „DNA- Polymorphismen in forensischen Fragestellungen“, iç: Monatsschrift für deutsches Recht, Jahrgang 1989, s. 404-406, (Alıntı: Henke/Schmitter, MDR 1989, s.)
- Heiger*, Erwin, „Chancen und Risiken neuer Techniken“, iç: Die Polizei, Yıl 2003, s. 333-337, (Alıntı: Hetger, s.)
- Joecks*, Wolfgang, „Studienkommentar zur Strafprozessordnung“, 1. Baskı, 2006, Münih, (Alıntı: Joecks, StK-StPO, § ... pn. ...)
- Keller*, Rainer, „Die Genomanalyse im Strafverfahren“, iç: Neue Juristische Wochenschrift, Yıl 1989, s. 2289-2296, (Alıntı: Keller, NJW 1989, s.)
- Kindhäuser*, Urs, Strafprozessrecht, 7. baskı, Baden Baden, 2015, (Alıntı: Kindhäuser, Strafprozessrecht, s.)
- Klumpe*, Birgit, „Der genetische Fingerabdruck im Strafverfahren: Rechtsprobleme bei der Anwendung genetischer Analysen in Großbritannien und Deutschland“, Freiburg 1993, (Alıntı: Klumpe, s.)
- Knauer*, Christoph, *Kudlich*, Hans, *Schneider*, Hartmut, Münchener Kommentar zur StPO, 1. Cilt, 1. baskı, Münih 2014, (Alıntı: Münchener Kommentar-Trüch, StPO, m. 80e sn.)
- Krehl*, Christoph, *Kolz*, Alexander, „Genetischer Fingerabdruck und Verfassung“, iç: Strafverteidiger, Yıl 2004, s. 447-455, (Alıntı: Krehl/Kolz, StV 2004, s.)
- Kriegelstein*, Marco, „Der genetische Fingerabdruck zur Personenidentifizierung im Strafverfahren: Zur Frage des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs“, Holzkirchen 1994, (Alıntı: Kriegelstein, s.)
- Mahmutoglu*, Fatih Selami, Moleküler Genetik İncelemenin Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Analizi, son erişim: 15.01.2017, (Alıntı: Mahmutoglu, s. 4, iç: <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/27b485a20728432f3c6b2f169f7a8f80c62998517818071225.pdf>, son erişim:)
- Meyer-Goßner*, Lutz, „Beck’ische Kurz Kommentare zur Strafprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetzen und ergänzende Bestimmungen“, 59. Baskı, Münih 2016. (Alıntı: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 81e s.)
- Nagl*, Walter, „Gentechnologie und Grenzen der Biologie“, Darmstadt 1987, (Alıntı: Nagl, s.)
- Neuser*, Markus, „Rechtsfragen der DNA-Analyse zum Zweck der DNA-Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren“, 1. Baskı, Baden-Baden 2006, (Alıntı: Neuser, s.)
- Özbek*, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi, iç: <http://www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net/bilgi/a044.asp>, son erişim: 6.1.2017, (Alıntı: Özbek, son erişim:)
- Özbek*, Veli Özer, DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz, iç: Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2007, Sayı: 1, s. 47 - 76, (Alıntı: Özbek, CHD, Nisan 2007, Sayı: 1, s.)
- Özbek*, Veli Özer, *Kanbur*, Nihat, *Doğan*, Koray, *Bacaksız*, Pınar, *Tepe*, İlker, 7. Baskı, Ankara 2015, (Alıntı: Özbek/Diğerleri, CMH, s.)
- Öztürk*, Bahri, *Tezcan*, Durmuş, *Erdem*, Mustafa Ruhan, *Sırma*, Özge, *Kırıt*, Yasemin F. Saygılar, *Özaydın*, Özdem, *Akcan*, Esra Alan, *Erden*, Efser, *Nazari* ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015, (Alıntı: Öztürk/Diğerleri, CMH, s.)
- Öztürk*, Gülsüm Ezgi, Adli DNA ve Kimliklendirme (Bitirme Tezi) (2015), (Alıntı: Öztürk, s.)
- Pieroth*, Bodo, *Jarass*, Hans, „Grundgesetz-Kommentar“, 8. Baskı, Münih 2006, (Alıntı: Pieroth/Jarass, Grundgesetz, § ... pn. ...)
- Rackow*, Peter, „Das DNA-Identitätsfeststellungsgesetz und seine Probleme“, Frankfurt am Main 2001, (Alıntı: Rackow, s.)
- Rademacher*, Christine , „Zur Frage der Zulässigkeit genetischer Untersuchungsmethoden im Strafverfahren“, iç: Strafverteidiger, Yıl 1989, s. 546- 551, (Alıntı: Rademacher, StV 1989, s.)
- Roxin*, Claus, *Schünemann*, Bernd, Strafverfahrensrecht, 27. Baskı, Münih, 2012, (Alıntı: Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, s.)

- Schewe*, Christoph, „Qua vadis genetischer Fingerabdruck? Zum Regelungsbedarf bei der Speicherung von DNA-Identifizierungsmuster“, iç: Juristischer Rundschau, Yıl 2006, s. 181-188, (Alıntı: Schewe, JR 2006, s.)
- Senge*, Lothar, „Die Neuregelung der forensischen DNA-Analyse“, iç: Neue Juristische Wochenschrift, Jahrgang 2005, s. 3028-3033, (Alıntı: Senge, NJW 2005, s.)
- Senge*, Lothar, „Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz)“, iç: Neue Juristische Wochenschrift, Yıl 1999, s. 253-256, (Alıntı: Senge, NJW 1999, s.)
- Senge*, Lothar, Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA–Analyse, iç: Neue Juristische Wochenschrift, Yıl 1997, s. 2409-2412, (Alıntı: Senge, NJW 1997, s. 2410.)
- Simitis*, Spiros, „Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz“, 5. Baskı, Baden-Baden 2003, (Alıntı: Simitis, BDSG/Bearbeiter, § ... pn. ...)
- Sternberg-Lieben*, Detlev, „Genetischer Fingerabdruck“ und § 81a StPO“, iç: Neue Juristische Wochenschrift, Yıl 1987, s. 1242-1247, (Alıntı: Sternberg-Lieben, NJW 1987, s.)
- Stumper*, Kai, „Informationelle Selbstbestimmung und DNA-Analysen: zur Zulässigkeit der DNA-Analyse am Menschen angesichts des Informationellen Selbstbestimmungsrechts aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG“, Frankfurt am Main 1996, (Alıntı: Stumper, s.)
- Şahin*, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Cilt 1, 6. Baskı, Ankara 2015, (Alıntı: Şahin, CMH I, s.)
- Şahin*, Cumhur, *Göktürk*, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Cilt 2, 5. Baskı, Ankara 2016, (Alıntı: Şahin/ Göktürk, CMH II, s.)
- Ünver*, Yener, Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 3, Sayı 7, 2008, s. 41-82, (Alıntı: Ünver, CHD, Yıl: 3, Sayı 7, 2008, s.)
- Ünver*, Yener, *Hakeri*, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, 11. Baskı, Ankara 2016, (Alıntı: Ünver/ Hakeri, CMH, s.)
- Volk*, Elisabeth, „DNA-Identitätsfeststellungsgesetz- Kein Ende der Begehrlichkeiten“, iç: Neue Zeitschrift für Strafrecht, Jahrgang 2002, s. 561-565, (Alıntı: Volk, NSTZ 2002, s.)
- Volk*, Klaus, *Engländer*, Armin, Grundkurs StPO, 8. Baskı, Münih, 2013, (Alıntı: Volk/Engländer, Grundkurs StPO, s.)
- Von Münch*, Ingo, *Kunig*, Philip, „Grundgesetz-Kommentar“, Cilt I, 5. Baskı, Münih 2000, (Alıntı: Münch/ Kunig-Kunig, GGK I, m. ... pn ...)
- Weichert*, Thilo, „Informationelle Selbstbestimmung und strafrechtliche Ermittlung: zum verfassungskonformen Technikeinsatz im Strafverfahren“, Freiburg 1990, (Alıntı: Weichert, s.)
- Wolter*, Jürgen, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Cilt 1, 4. Baskı, Köln 2014, (Alıntı: SK-StPO, Cilt I, s.)
- Yenisey*, Feridun, *Nuhoğlu*, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015, (Alıntı: Yenisey/Nuhoğlu, CMH, s.)
- Zafer*, Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), 1. Baskı, 2010 İstanbul, (Alıntı: Zafer, s.)

Databases and Criminal Procedures in Switzerland and Turkey with Regard to European Council's Standards

Avrupa Konseyi Standartları çerçevesinde İsviçre ve Türk Hukukunda Veri Tabanları ve Ceza Muhakemesi

Begüm BULAK UYGUN¹

¹Dr. Iur, MLaw (Faculty of Law, University of Geneva), LLM (College of Europe), ELFA Vice-President, Geneva, Switzerland

ABSTRACT

Databases are increasingly used by law enforcement to effectively investigate and prosecute criminal offences. The growing tendency and need for law enforcement to use big data is particularly challenging when the data is stored abroad. As law enforcement authorities' coercive powers are limited to their national territories, the path to enhanced judicial cooperation in criminal matters and police cooperation is of paramount importance.

With the increasing use of big data, personal data processing takes place when the concerned individuals whose data is actually being processed are absent. This raises issues related to data regulations and to the effectiveness of existing mechanisms of legal protection for data subjects.

This article deals with concerns relating to privacy protection in the context of data retention and judicial data exchange in Europe. To this end, a comparative analysis of Swiss and Turkish legal frameworks with regard to the European Court of Human Right's case law provides a useful tool in identifying the legal standards that can help strike a fair balance between legitimate interests in database use and personal privacy protection. The specifics of the interplay between the right to privacy and the prevention and combatting of crime in Swiss and Turkish cultures also creates a fertile ground to discuss the flaws in existing regulations.

Keywords: Databases, Privacy, Personal Data, Cross-border investigations, Judicial Cooperation, Police Cooperation, Criminal Procedure, Law Enforcement, Europol

öz

Veri tabanları, kolluk kuvvetleri tarafından yürütülen soruşturma ve kavuşturmalar için giderek daha fazla ve etkili bir şekilde kullanılmaktadır. Kişisel verilerin toplanması bir suçun işlenmesini önlemek gibi meşru bir amaca hizmet ederken, aynı zamanda veri sahibinin özel hayatına da müdahale niteliğindedir. Bu nedenle güvenlik önlemlerinin alınması ve kişisel verilerin korunması bir denge içerisinde olmalıdır.

Büyük verilerin artan kullanımıyla, kişisel verilerin işlenmesi ilgili kişilerin bilgisi dışında gerçekleşmektedir. Bu durum kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevcut düzenlemelerin ve ilgili kişisel veri sahiplerine sağlanan hukuki güvencelerin etkinliğine ilişkin hususları gündeme getirmektedir.

Günümüzde yargı alanlarını ve sınırları aşan suçlar yalnızca ulusal bir mesele değildir. Kolluk kuvvetlerinin yetkileri ulusal topraklarla sınırlı olduğundan ötürü, ceza konularında polis ve adli işbirliği büyük önem arz etmektedir. Bu özellik, ciddi suçların çoğunun uluslararası boyutu göz önünde bulundurulduğunda geçerlidir.

Mevcut çalışmada Avrupa'da verilerin saklanması ve adli veri değişimi bağlamında kişisel verilerin korunması ele alınmaktadır. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ilgili İsviçre ve Türk yasal düzenlemelerinin karşılaştırmalı analizinde veri tabanı kullanımı ile kişisel verilerin korunması arasında adil bir dengeyi oluşturulmasını sağlayabilecek yasal standartların belirlenmesinde önem teşkil etmektedir. Kişisel verilerin korunması ile suçun önlenmesi ve suç ile mücadele arasındaki karşılıklı etkileşim İsviçre ve Türkiye'deki mevcut düzenlemelerdeki farklılıkları tartışmak için verimli bir zemin yaratmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Veri tabanları, Kişisel veriler, Büyük veriler, Kolluk Kuvvetleri, Polis ve Adli İşbirliği, Ceza Muhakemesi, Adli veri değişimi, Avrupa Polis Ofisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Date of receipt: 21.09.2017 • **Date of acceptance:** 25.09.2017

Corresponding author: Begüm Bulak Uygun, E-mail: begumbulak@gmail.com

Disclaimer: This article was verbally presented on 28.04.2016 at the Swiss Institute of Comparative Law and thus it does not take into account any legal changes after this date.

Citation: Bulak Uygun, B. (2017). Databases and criminal procedures in Switzerland and Turkey with regard to European Council's standards. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology* 2017; 5(2):89-106. <https://doi.org/10.26650/JPLC360268>

EXTENDED ABSTRACT

We are witnessing a decade where human activities have led to an unprecedented scale of data collection and processing. Databases are being increasingly used by law enforcement to effectively investigate and prosecute criminal offences. Databases undeniably enhance the efficiency of investigations and assist in the prevention and prosecution of crime. However, the use of databases should also be assessed in relation to the protection of fundamental rights. Given the fact that the storage and processing of data are deployed to control, detect, deter, and prevent crime, databases and privacy are strongly linked. Depending on the case, the important aim of investigating serious crime may not sufficiently justify data retention.

With the increasing use of big data, personal data processing takes place in the absence of the concerned individuals whose data is actually being processed. This raises issues related to data regulations and the effectiveness of existing mechanisms of legal protection for data subjects.

On a different note, crime is no longer solely a national concern: it crosses jurisdictions and borders with ease. The growing tendency and need for law enforcement to use big data is particularly challenging when the data is stored abroad. Data transfer is particularly problematic if the recipient country cannot ensure an appropriate level of data protection. Because law enforcement authorities' coercive powers are limited to their national territories, the path to enhanced judicial cooperation in criminal matters and police cooperation is of paramount importance. This is particularly true given the transnational dimension of most of serious crimes. It is essential for countries to cooperate in investigating and prosecuting criminal acts. This is particularly true in Switzerland and Turkey because of their status in the regional context: both lie outside the European Union (EU) but still have a high degree of interaction with the EU.

This article deals with concerns relating to privacy protection in the context of data retention and judicial data exchange in Europe. A comparative analysis of Swiss and Turkish legal frameworks with regard to the European Court of Human Right's case law provides a useful tool in identifying the legal standards that can help strike a fair balance between legitimate interests in database use and personal privacy protection. The specifics of the interplay between the right to privacy and the prevention and combatting crime in Swiss and Turkish cultures also creates a

fertile ground to discuss the flaws in existing regulations. To this end, we describe the core principles in database processing with reference to the Council of Europe's standards. Then we evaluate the legal frameworks of two countries under consideration. Last but not least, we assess the practical implications of these legal frameworks with regard to transmittal of personal data, with reference to the European Police Office.

1. Introduction

Security concerns are at the forefront of data storage, and the increasing use of databases in criminal procedures raises problems in terms of ensuring the respect and protection of fundamental rights. Databases are in widespread use in criminal justice worldwide, and they have undoubted advantages: Databases contribute considerably to rapid intervention in crime investigation and allow for information exchange between countries, but they undoubtedly have an impact on individual privacy that creates the need for appropriate regulation regarding the use and storage of the data collected. Police undoubtedly collect and use sensitive personal data, and processing this information infringes on the fundamental right to protection of privacy. If enforcing criminal laws requires preserving personal information, greater awareness is needed of the threat to privacy that is implicit in accumulating vast amounts of personal information in data banks.

Traditionally, investigations and criminal proceedings were mainly conducted at the national level. Mostly focused on the national dimension of serious crime, national law-enforcement authorities were unwilling to cooperate across national boundaries. However, many crimes in the 21st century have a transnational dimension that requires at least a regional if not a global law enforcement response. Separately, we are witnessing a decade driven by digital data that are being used in many sectors, notably in law enforcement, and electronic indexing now enables an unprecedented scale of data collection and processing.

Increasingly, cross-border investigations and prosecutions resulted in the need for closer judicial cooperation, and the use of databases is considered one of the key elements in significantly improving the administration of justice, especially for law-enforcement authorities to exchange data more efficiently and effectively.

As noted above, crime is not solely a national concern but crosses jurisdictions and borders with ease. Because it is crucial for countries to cooperate in investigating

and prosecuting criminal acts,¹ it is more important than ever to have coherent and compatible data protection frameworks. Alongside concerns that national databases threaten to undermine the right to privacy, cross-border exchanges of personal data by law-enforcement bodies also have considerable implications. Data transfer is particularly problematic when the receiving country cannot ensure appropriate protection. Moreover, although law-enforcement agencies would usually obtain due authorization for the use of specific data, the data sharing does not necessarily require such authorization. Clearly, a high level of personal data protection for individuals would ensure effective law enforcement and judicial cooperation in criminal matters.²

Given the judicial data interchange and storage of data in Europe, this paper suggests a comparative assessment of the Swiss and Turkish legal frameworks with regard to European minimum standards. More specifically, this research addresses the data interchange between the law-enforcement bodies, in particular, the privacy challenges associated with surveillance, primarily within the realm of criminal justice databases. That is, this paper sketches the extent to which data protection laws interact with criminal procedural law in order to evaluate the effectiveness of police and judicial cooperation.³ When assessing individual privacy in the area of criminal law, the concern must be the extent to which criminal procedures are constrained by a respect for privacy.⁴

In order to identify parallels and discrepancies between the two legal frameworks under study, the relevant national laws will be assessed based on European legal standards, and the operational practice will be measured based on the systems' effectiveness and independence. Before embarking on this assessment, the paper provides an overview of the criteria laid down in European Court of Human Rights' (ECtHR) case law with a particular focus on the right to private life and data protection in the context of criminal justice systems. The following section concentrates on and evaluates existing legislation and practice at the national level in order to evaluate compliance with European standards. To this end, it is important to identify the

1 European Commission, Communication to the Council and the European Parliament : Towards enhancing access to information by law enforcement agencies, COM (2004) 429 final, 16.06.2004.

2 See the Council of Europe Recommendation CM/Rec (2010)13, *The Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data in the Context of Profiling*.

3 Common rules for processing and protecting personal data in criminal matters as foreseen for the EUROPOL and INTERPOL provide important benchmarks for research in the field of law enforcement cooperation.

4 Erik Claes, Anthony Duff, Serge Gutwirth, *Privacy and the Criminal Law*, Intersentia, Antwerp, 2006, at 2.

existing national systems and to assess whether their practices are in accord with the practices of the Court. The conclusion makes proposals for rectifying and improving any flawed practices.

2. The European Benchmarks

2.1. Legal Framework

The Council of Europe's instruments contain general operating guidelines regarding data protection that seek to guarantee the right balance between the requirements of combating terrorism and organized crime on the one hand and the duty to respect personal data on the other.

The first of these instruments is the European Convention of Human Rights (ECHR) which provides a right to protection of personal data as a subset of the right to privacy as guaranteed by Article 8. Article 8 ECHR is a qualified right, although the right to a private family life and respect for the home and correspondence is non-absolute and may be restricted under certain circumstances.

Such interference is acceptable only if it passes a three-pronged test. First, the interference under scrutiny has to be prescribed by law or in accordance with law,⁵ and the legal basis has to comply with accessibility and foreseeability requirements.⁶ Second, the interference must fall under one of the "legitimate aims" in the second paragraph of Article 8 such as national security or public safety or to prevent disorder or crime⁷. Third, the interference must be "necessary in a democratic society"⁸: That is, it must follow a "pressing social need"⁹ and not be greater than what is required to attain the social need in question.¹⁰

In addition to the negative obligation, namely to refrain from interfering in the right to privacy under Article 8, ECHR imposes a positive obligation on the contracting states that aims to ensure effective protection with the adoption of reasonable and appropriate measures.

5 See for instance *Adali v. Turkey*, (ECHR, 31.03.2005), § 271-272.

6 The legal norm has to be accessible to an individual and formulated precisely with regard to its meaning and scope. See, e.g., *N.F. v. Italy*, (ECHR, 2.08.2001), § 26-29.

7 See, e.g., *Rassemblement Jurassien and Unité Jurassienne v. Switzerland*, (ECHR, 10.10.1979); *Chassagnou and Others v. France*, (ECHR, 29.04.1999)

8 *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, (ECHR, 30.01.1998), § 45.

9 *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, (ECHR, 8.12.1999), § 43-44.

10 *Öllinger v. Austria*, (ECHR, 29.06.2006) § 47.

In complement to Article 8 ECHR, the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data of 1981 (hereinafter: Convention No. 108)¹¹ and its Additional Protocol define personal data as “any information relating to an identified or identifiable individual”¹². Convention No. 108 aims “to secure in the territory of each Party for every individual, whatever his nationality or residence, respect for his rights and fundamental freedoms, and in particular his right to privacy, with regard to automatic processing of personal data relating to him.”¹³ In other words, it tends to fill the gaps in national legislation on general rules for registering and using personal information. Preceded by two resolutions on data protection,¹⁴ Convention No. 108 contains substantive law provisions as basic principles for data protection such that “each Party should take the necessary steps to give effect to this “common core” in its domestic legislation.”¹⁵

It is crucial that personal data be “obtained and processed fairly and lawfully” and “stored for specified and legitimate purposes.”¹⁶ Special categories of data such as criminal convictions may not be processed automatically unless appropriate safeguards are provided by domestic law.¹⁷

In parallel to the positive obligations incumbent under Article 8 ECHR, Article 10 of Convention No. 108 expressly requires establishing appropriate sanctions and remedies for violating provisions of domestic law under the Convention.

In this respect, the case law emphasizes that “the protection of personal data is of fundamental importance to a person’s enjoyment of his or her right to respect for private and family life, as guaranteed by Article 8 ECHR. The domestic law must afford appropriate safeguards to prevent any such use of personal data as may be inconsistent with the guarantees of this Article. The need for such safeguards is all the greater where the protection of personal data undergoing automatic processing is concerned, not least when such data are used for police purposes.”¹⁸

11 *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, 18.01.1981.

12 Article 2 (a) Convention n°108.

13 Article 1 Convention n°108.

14 *Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*, p. 5.

15 *Ibidem*.

16 Article 5 Convention n°108.

17 Article 6 Convention n°108.

18 *S. and Marper v. The United Kingdom*, (ECHR, 4.12.2008), § 103.

By analogy with the legitimate aims listed in paragraph 2 of Article 8 ECHR, Article 9, paragraph 2 of Convention No. 108 allows for the possibility to derogate from the basic principles when such derogation is needed in order to protect the fundamental values in a democratic society.¹⁹

Further, Recommendation No. R (87) 15 of the Committee of Ministers to Member States regulating the use of personal data in the police sector comprises different rules for collecting, storing, using, and communicating personal data for police purposes.²⁰ According to Article 5 of Convention N°108, the core principles for data protection from the Council of Europe's legal framework can be summarized as personal data must be processed fairly and lawfully;²¹ collected for specified, explicit and legitimate purposes and not used in a way incompatible with those purposes;²² adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are stored;²³ accurate and, where necessary, kept up to date;²⁴ preserved in a form which permits identification of the data subjects for no longer than is required for the purpose for which those data are stored.²⁵ The most significant principles related to the retention of personal data are “purpose specification and limitation”, “data minimization”, and “fairness”.²⁶ Essentially, law-enforcement bodies are not allowed to collect more data on individuals or to store data for longer than they need for crime prevention and/or prosecution. Finally, retention of personal data must be subject to accountability, which recalls the effective remedy requirement pursuant to Article 13 ECHR.

2.2. Case Law

According to well-established Court case law, “the storing of information relating to an individual’s private life in a secret register and the release of such information come within the scope of Article 8 § 1 [ECHR].”²⁷ The Court has consistently held

19 Namely in the interest of protecting State security, public safety, the monetary interests of the State or the suppression of criminal offences.

20 Recommendation No. R (87) 15 of the Committee of Ministers to member states regulating the use of personal data in the police sector Adopted by the Committee of Ministers on 17.09.1987 at the 410th meeting of the Ministers’ Deputies.

21 Article 5 (a) Convention n°108.

22 Article 5 (b) Convention n°108.

23 Article 5 (c) Convention n°108.

24 Article 5 (d) Convention n°108.

25 Article 5 (e) Convention n°108.

26 Commissioner for Human Rights, *The Rule of law on the Internet and in the wider digital world*, Issue Paper, Council of Europe, at 89.

27 *Leander v. Sweden*, (ECHR, 26.03.1987), § 48; *Rotaru v. Romania*, (ECHR, 4.05.2000), § 43.

that storing personal data by police and criminal justice authorities constitutes interference with Article 8 ECHR,²⁸ and it is not necessary for a person to know about it or be inconvenienced by it. In short, European case law implies that any storage of data constitutes an interference with and infringement on the right to privacy, including exchanging already stored information in executing police cooperation requests.

Storing and exchanging personal data give rise to separate responsibilities under Article 8 ECHR,²⁹ and each step in the chain of data processing and data exchange is considered a separate interference. Hence, any release, storage or request of information concerning criminal investigations and their results in the course of international cooperation would also necessitate a separate justification.

As a consequence of the principle of legality, laws justifying these infringements must stipulate clearly and precisely the conditions for any infringement ranging from collecting to transferring data. Among many others, the Court addressed data retention within law-enforcement powers in the following four cases.

A first prominent example of this intricate relationship between databases and crime prevention is the leading case of *S. and Marper v. the United Kingdom*,³⁰ the relevant facts of which are as follows. Two men were arrested in 2001, and their fingerprints and DNA samples were taken; *S.* was a minor by then, and he was acquitted a few months later, and for *Marper*, the case was formally discontinued. Both asked for their fingerprints and DNA samples to be destroyed, arguing that the retention of their data created suspicion with respect of persons who had been acquitted, but in both cases the police refused.³¹ Although the interference had a legal basis and retaining the information pursued the legitimate purpose of preventing crime by assisting in identifying future offenders,³² under the core principles of the Council of Europe's instruments that require that data be retained in proportion to the purpose for their collection and limited in time, particularly in the police sector, the necessary conditions were not satisfied; the retention was not limited in time, and only limited possibilities existed for acquitted individuals to have their data removed

28 *B.B. v. France* (ECHR, 17.12.2000) ; *Gardel v. France* and *M.B. v. France* (ECHR, 17.12.2000) ; *Dimitrov-Kazakov v. Bulgaria* (ECHR, 10.02.2011) ; *M.M. v. the United Kingdom* (ECHR, 13.11. 2012).

29 *Leander v. Sweden*, cited above.

30 *S. and Marper v. the United Kingdom*, (ECHR, 4.12.2008).

31 *Idem* § § 9-12.

32 *Idem* § § 95-117.

from the nationwide database.³³ Moreover, the risk of stigmatization was of particular concern, with persons who had not been convicted of any offense and were entitled to the presumption of innocence finding themselves treated in the same way as convicted persons.

The second case, *Khelili v. Switzerland*,³⁴ concerned classifying the applicant as a “prostitute” in the Geneva police computer database for five years after a police search during which police officers found business card mentioning that she was looking for men to meet. Following that classification, Ms. Khelili requested multiple times that the mention be removed from the police database but with no results.

In its ruling, the Court highlighted that the term “prostitute,” which still appeared in all criminal files related to Ms. Khelili even though she regularly requested that the term be removed, could be harmful to her reputation and could also make her daily life more difficult given that the information could be transmitted to authorities. The Court therefore concluded that maintaining this personal information in the police database for several years was neither justified nor necessary in a democratic society and in fact violated Ms. Khelili’s right to private life.³⁵

Thirdly, in the case of *M.K. v. France*³⁶ the applicant, who had been the subject of two investigations concerning book theft—which ended in one case with his acquittal and in the other with a decision not to prosecute—complained of the fact that his data had been retained on a database by the French authorities. Specifically, he had been fingerprinted and photographed, and his personal data were stored on the police database, including his name, his father’s name, his mother’s name, his date and place of birth, and the offense that was being investigated. The applicant’s request to have his private data deleted from the police database was rejected on the grounds that he was a suspect in an investigation and that the decision not to charge him was not grounds for deletion.

The Court considered that retaining the data in question had amounted to disproportionate interference with the applicant’s right to respect for his private life, on the grounds that the storage of the private data of an innocent citizen on the police

33 *Idem* § 119.

34 *Khelili v. Switzerland*, (ECHR, 18.10.2011).

35 *Idem*, §§ 63-70.

36 *M.K. v. France*, (ECHR, 18.04.2013).

database for 25 years was not “necessary in a democratic society.” The Court added that the judicial process to have the private data deleted was a “deceptive guarantee”.³⁷

The fourth case is *Brunet v. France*³⁸, in which the applicant complained in particular of interference with his private life as a result of being added to a police database—including information from investigation reports that listed the individuals implicated and the victims—after criminal proceedings against him had ended.

The Court held that there had been a violation of Article 8 (right to respect for private life) of the Convention, finding that the French state had overstepped its discretion to decide (“margin of appreciation”) on such matters: The retention could be regarded as a disproportionate breach of the applicant’s right to respect for his private life and was not necessary in a democratic society.

The Court considered in particular that the applicant had not had a real possibility of seeking the deletion from the database of the information concerning him and that the length of retention of that data, 20 years, could be construed to be if not indefinite then at least to a norm rather than to a maximum limit.³⁹

Finally, the landmark ruling of the Court of Justice of the European Union (CJEU), *Digital Rights v. Ireland*⁴⁰ should be mentioned. Charged with giving a preliminary ruling on the validity of Directive 2006/24/CE, the CJEU held that the directive that mandated the retention of communications data by communications providers for law-enforcement purposes was incompatible with the right to privacy. The essence of the Court’s reasoning rests on its finding that “(...) data, taken as a whole, may allow very precise conclusions to be drawn concerning the private lives of the persons whose data has been retained, such as the habits of everyday life, permanent or temporary places of residence, daily or other movements, the activities carried out, the social relationships of those persons and the social environments frequented by them.”⁴¹ Noting that by allowing untargeted retention measures, the CJEU found that the data retention directive “affects, in a comprehensive manner, all persons using electronic communications services, but without the persons whose data are retained

37 *Idem*, § 44.

38 *Brunet v. France*, (ECHR, 18.09.2014).

39 *Idem*, § 43.

40 CJEU Joined Cases C-293/12 and C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd and Seitlinger and others*, 8.03.2014, §65-68.

41 *Idem*, § 27.

being, even indirectly, in a situation which is liable to give rise to criminal prosecutions. It therefore applies even to persons for whom there is no evidence capable of suggesting that their conduct might have a link, even an indirect or remote one, with serious crime. Furthermore, it does not provide for any exception, with the result that it applies even to persons whose communications are subject, according to rules of national law, to the obligation of professional secrecy.”⁴²

Crucially, the CJEU ruled that the important objective of investigating serious crime did not in itself justify data retention. This was motivated by the broad scope of the directive as well as the lack of sufficient safeguards regarding the data retention period, the categories of data to be retained, and the absence of obligations to destroy the data or to retain the data within the EU only.

It should be pointed out that the legality of the EU’s data retention directive has been assessed in the specific context of data retention for law-enforcement purposes. This judgment is of high importance because it strengthened data protection in this area by rejecting compulsory, suspicionless, untargeted data retention.

3. Switzerland

3.1. Legal Framework

The right to privacy as enshrined in Article 13 (2) of the Federal Constitution of the Swiss Confederation⁴³ states that “every person has the right to be protected against the misuse of their personal data.” This right includes the right to self-determination with respect to personal data. According to the case-law of the Federal Court, collecting, retaining, and processing identification data infringe on the right to respect for private life.⁴⁴ In its recent findings, the Federal Court confirms that “the retention of personal data in criminal investigation files constitutes at least a virtual infringement of the concerned person’s privacy, whose protection is guaranteed under Articles 8 ECHR and 13 Cst.”⁴⁵ In order to be admissible, such infringement must have a legal basis justified by a public interest or the protection of a fundamental right of another individual and must be proportionate to the aim pursued according to Article 36 Cst.⁴⁶

42 *Idem*, § 58.

43 Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999, RS. 101.

44 ATF 120 Ia 147 para. 2a; JdT 1996 IV 61.

45 ATF 126 I 7 para. 2a ; ATF 138 I 256, para. 4 ; TF 1C_51/2008, para. 3.1.

46 TF 1C_363/2014, para.2

With regard to databases, “the retention of personal data in judicial police files pursues legitimate aims relating to the prevention of disorder or crime and the retention of data relating to a convicted person on the grounds that the person could be re-offend complies with the principle of proportionality.”⁴⁷ However, this is not the case for retaining personal data relating to criminal proceedings terminated by a final disqualification on grounds of law, acquittal, or withdrawal of a complaint.⁴⁸

Thus, Article 13 (2) Cst. protects individuals against abusive use of their personal data, especially those data related to judicial procedures that would undermine their social consideration.⁴⁹

With regard to the Federal Data Protection Act (FDPA),⁵⁰ the scope of federal (and also cantonal) legislation on data protection does not extend to the processing of personal data in the context of pending criminal proceedings, including proceedings that require international legal assistance.⁵¹ Therefore, this legislation does not apply to data that the police collect for judicial inquiry under the direction of a criminal judicial authority.⁵² In such cases, data processing is governed by the specific provisions of the Swiss Criminal Procedure Code (CPC)⁵³ to protect the persons involved in the proceedings.

From the moment a criminal proceeding begins until it ends, specific provisions set out in Section Eight of the Swiss Criminal Procedure Code on data processing apply. Personal data are “all information relating to an identified or identifiable person.”⁵⁴ Article 95 CPC addresses obtaining personal data, and it states in par. 1 that “Personal data must be obtained from the person concerned or with that person’s knowledge unless the proceedings would be otherwise be prejudiced or unreasonable inconvenience or expense would be incurred.” That is, it is in the nature of law enforcement that information is collected without the knowledge of those concerned

47 *Khelili*, cited above, § 66

48 TF 1P.46 / 2001 of 2.03.2001 para. 2a, 2b and 2c.

49 ATF 137 I 167 para. 3.2 ; 135 I 198 para.3.1. ; TF 2P.83/2005 para.2.1.

50 Federal Act on Data Protection (FADP), 19.06.1992, R.S. 235.1.

51 RJJ 1999, p. 117, para. 1b, p. 121 and 122.

52 Frédéric Gisler, *La coopération policière internationale de la Suisse en matière de lutte contre la criminalité organisée*, Schultess, 2009, p. 86.

53 Swiss Criminal Procedure Code of 5 October 2007, RS 312.

54 Article 3 FADP lit. a.

and must be collected for criminal offenses.⁵⁵ This leads to the requirement of subsequent information as provided for by Article 95 par. 2 CPC: “If personal data is obtained without the knowledge of the person concerned, that person must be notified thereof immediately. Where overriding public or private interests so require, notification may be dispensed with or postponed.” Thus, if the information has been collected without the knowledge of those concerned, which is often the case for criminal offenses, Article 95 par. 2 CPC requires that the concerned person be notified immediately.

Regarding the period following the conclusion of the proceedings, Article 99 CPC provides that “The processing of personal data, procedures, and legal protection are governed by the provisions of federal and cantonal data protection law.” The storage period for personal data after conclusion of proceedings is governed by Article 103 CPC: “The case documents must be preserved at least until conclusion of the time limits for prosecution and for the execution of the sentence have expired.” Retention and use of identifying documents are further regulated under Article 261 CPC, which allows retention for a maximum period of 10 years if there is a re-offense risk.

The situation differs slightly with respect to retaining personal data in police files over a criminal procedure. Pursuant to Article 18 of the Geneva Police Act, “Police officers can undergo identification measures such as taking photographs or fingerprints of persons if their identity is in doubt and cannot be established by any other means,” and “unless the law authorizes conservation for the needs of another procedure, photographic, fingerprint, or another collected data is destroyed as soon as the identity of the person concerned is established.”⁵⁶

Regarding the police records, Article 1 of the Information Act and Police records issuing certificates of good life and morals in Geneva states that “The police organize and manage folders and files related to the tasks incumbent upon them, thus can process sensitive personal data and establish personality profiles for the prevention or prosecution of crimes.” The storage period is again determined under the provisions of FDPA.

⁵⁵ Daniela Brüscheiler, *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2014, at 457.

⁵⁶ *Loi sur la Police (Lpol)*, 9.9.2014, F 105.

3.2. Case Law

In its recent finding of November 26, 2015, the Federal Court ruled about the legality of retaining personal data after proceedings are discontinued.⁵⁷ The appeal was directed against a decision on a request for the deletion of data entered in a criminal investigation file, and the facts can be summarized as follows: A complaint was filed against A. for fraud and forgery in 2012, and the Public Prosecutor of the Republic and Canton of Geneva ordered the discontinuation of the proceedings in January 2014. In April 2014, A. requested the cancellation of data entries in connection with the criminal proceedings filed against him. By decision of June 2014, the Head of Police of the Republic and Canton of Geneva proceeded to cancel some documents but refused to withdraw other data because the infringements in question concerned serious events occurred less than five years previously and that the proceedings could very likely resume in the event of the discovery of new evidence or facts.

The Federal Court admitted that the police retained personal data in their files for their potential utility in preventing or prosecuting crimes.⁵⁸ That is, the legitimate aim was to allow for identifying the perpetrators of serious crimes and preventing disorder or crime. Nonetheless, the Federal Court argued that the storage of personal data in police records should comply with the proportionality requirement where security must be balanced against the seriousness of the interference with an applicant's right to respect for his or her private life⁵⁹.

In this specific case, the Federal Court held that the fact that the police records did not contain the ranking order of the prosecution contravened the requirement of completeness as required by Article 36 para. 1 of the Geneva Data Protection Act.⁶⁰ Furthermore, the likelihood that the data could be used for future investigations was purely theoretical and the fact that the concerned person was never convicted or prosecuted beforehand led the Federal Court to conclude that this storage was not justified.⁶¹

57 TF 1C_307/2015. see also, ATA/636/2016 (26.07.2016, Geneva Court of Justice)

58 Article 1 para. 3 of the Geneva Information Act and Police Records Issuing Certification of Good Life and Morals (la loi genevoise sur les renseignements et les dossiers de police et la délivrance des certificats de bonne vie et moeurs) (LCBVM; RS/GE F 1 25).

59 TF 1C_307/2015, para. 2.

60 Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD), 5.10.2001, A 208.

61 See also, Ursula Uttinger, Öffentliches Interesse an Polizeidaten höher als Interessen der betroffenen Person, in: Commentaire de jurisprudence numérique publié le 15 août 2012.

4. Turkey

4.1. Legal Framework

The right to privacy and the right to data protection are enshrined in Article 20 of the Constitution of the Republic of Turkey (Cst.)⁶². Regarding personal data, a constitutional guarantee of protection against unlawful use was introduced in 2010, in Article 20, paragraph 3 Cst.: “Everyone has the right to request the protection of his/her personal data,” including being informed of, having access to, and requesting the correction and deletion of personal data as well as being informed whether these data are being used consistently with the purpose for their collection. Thus, under these principles, personal data can only be processed with a data subject’s explicit consent or with any of the conditions envisaged by law.

With regard to Law n° 6698 on Protection of Personal Data⁶³, exclusions from its scope are similar to those in Swiss data protection law. Article 28 § 1 of the law excludes processing personal data outside of scope where the processing is within the scope of preventive, protective, and intelligence-related activities by public institutions and organizations who are assigned and authorized to provide national defense, national security, public safety, public order, or economic safety as well as where the processing is for criminal investigations, prosecutions, or cases performed by judicial bodies and execution offices.

One can observe a substantial difference between the two national frameworks: Swiss data protection law applies to the pre- and post-trial period, whereas the Turkish legal framework is regulated under different legislation.

With regard to identification under the Criminal Procedure Code (CPC Law n°5721),⁶⁴ Article 81 provides that “If the committed crimes requires a maximum prison term of two years or a heavier punishment, upon the order of the public prosecutor, a picture shall be taken, measurement of the body shall be made, fingerprints or palm prints shall be taken, special marks on the body, that would enable the recognition of the suspect or the accused shall be registered; and a voice sample and a video film shall be produced as well, and inserted into the file where the interactions related to the investigations and prosecutions are kept.”

62 Constitution of the Republic of Turkey, of 18 october 1982.

63 Published in Official Gazette n° 29677, 7.4.2016.

64 Law n° 5721, published in the Official Gazette n° 25673, 17.12.2004.

Nevertheless, Article 81 § 2 CPC foresees that in cases in which the time limit is exhausted for opposing a decision on no grounds for prosecution, the opposition has been overturned, the court gives a final judgment on acquittal, or a judgment is rendered on not punishing the accused and the judgment is made final, “related records shall be destroyed in the presence of the public prosecutor and this fact shall be documented.” Thus, with the respect to the defense’s rights, privacy is equally respected in this regulation.

However, Article 5 of Law n° 2559 on Duties and Powers of Police⁶⁵ authorizes collecting and storing fingerprints and photographs of arrested persons, and these data can be used to prevent or investigate by the courts, prosecutors, and law-enforcement bodies. If the storage can be deemed to satisfy a legitimate aim, the problematic part of this regulation remains in the fact that all data included will be erased only after 80 years except when the concerned person passes away, in which case the data will be deleted 10 years after death. The question is raised of whether such a long period can be deemed to be proportionate to the legitimate aim.

From this, it follows that cancelling the fingerprints and photographs that law enforcement authorities collect is subject to different rules: Even if the data have to be deleted in accordance with Article 81 CPC, Article 5 (4) of the Police Law allows for their storage for the purpose of preventing an offense.

4.2. Case Law

The existing dichotomy in the legal framework can also be found in the case law of the Turkish Council of State of 6 December 2010.⁶⁶ Ruling on a claimant’s infringement claim of, among other matters, the right to privacy, for having had an application rejected for cancelling the registration of the claimant’s fingerprints and photos following his acquittal, the Council of State held that keeping this record for identification purposes was in accordance with Law n° 2559.

Another prominent example of the constitutionality of such databases is found in a recent Ombudsman’s decision of 3 December 2014.⁶⁷ In *F.D. v. Ministry of Justice*, the claimant challenged the validity of his records because he had been accused of a theft in 2009 and acquitted in 2010, but the National Judiciary Informatics System

65 As amended on 27.03.2015, published in the Official Gazette n° 2751, 04.07.1934.

66 Danistay 10 Daire 2007/4364 E.N., 2010/10458 KN of 06.12.2010.

67 Ombudsman decision *F.D. v. Ministry of Justice*, 03.12.2014.

was never rectified, and his charge was still on record by 2014. With reference to international and national legal frameworks for protecting personal data, the Ombudsman held that storage of such information for an unknown period was disproportional and undermined the private life of the claimant.⁶⁸

5. Conclusion

To conclude, the practical implications of these distinctive legal frameworks requires an assessment with regard to trans-border flows of personal data with reference to The European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol).⁶⁹

Europol's main purpose is the exchange of police information with a view to preventing and combating organized crime; it analyzes and makes available information it obtains from the various countries.

Switzerland and Europol concluded a cooperation agreement that came into force on March 1, 2006,⁷⁰ that enables the exchange of strategic, operative, and other specific information.⁷¹ The cooperation agreement comprehensively covers data processing. Articles 7 to 13 govern data transmission, source and information classification, data correction and deletion, and classification or confidentiality of information. These fulfill the constitutionality requirements regarding privacy protection under Article 13 of the Swiss Constitution and Article 8 of the Convention on Human Rights.

With regard to Turkey, a cooperation agreement with Europol came into force in 2004.⁷² The agreement is a strategic one, which “means an agreement allowing for the exchange of information, excluding personal data.”⁷³ In other words, “this agreement does not authorize the transmission of data related to an identified individual or identifiable individuals.”⁷⁴ A further liaison agreement was concluded

68 Following the Ombudsman's recommendation, the Ministry of Justice declared it necessary to end this practice.

69 See Regulation (EU) 2016/794 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation, OJ L 135, 24.05.2016, p. 53-114.

70 Agreement between The Swiss Confederation and Europol, 24.07.2004, RO 2006, 1019.

71 Article 1 and 4 CH-Europol Agreement. The scope of this cooperation was extended on January 1, 2008, to embraces 25 areas of crime.

72 Strategic Agreement on Cooperation Between The European Police Office and the Republic of Turkey.

73 See Article 1 (g) of the Council Decision 2009/934/JHA.

74 Article 1 TR-Europol Agreement.

between Turkey and Europol in 2016 in order to enhance cooperation with Turkish law enforcement to strengthen the fight against organized crime and terrorism.

Article 1 of the “main” cooperation agreement of 2004 aims to “enhance the cooperation of the Member States of the European Union, acting through Europol and the Republic of Turkey in preventing, detecting, suppressing, and investigating serious forms of international crime within the respective competence of each Party, (...) in particular through the exchange of strategic and technical information,” which are “of mutual interest.”⁷⁵ Note that it is of crucial importance to specify that “this agreement does not authorize the transmission of data related to an identified individual or identifiable individuals.”⁷⁶ The reasoning of such a limited scope relies on the fact that at the time of this cooperation agreement, there was not yet a specific data protection law in Turkish legislation. Or, in order to satisfy the requirement for a data exchange, the Europol Convention requires an equivalent framework that will ensure proper use and storage of personal data, and because Turkey only ratified CV n°108 in 2016, it was not possible to speak about an equivalent level of protection within the Turkish legal order. To sum up, an effective application of data protection in Turkey is required in order to enable closer cooperation with Europol, and indirectly with Switzerland, in law-enforcement cooperation.⁷⁷

Bibliography

- BRÜSCHWEILER D. in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Donatsch A., Hansjakob T., Lieber V. Schulthess, 2014.
- CLAES E., DUFF A., GUTWIRTH S., *Privacy and the Criminal Law*, Intersentia, 2006.
- HOVEN VAN GENDEREN R., *Cybercrime investigation and the protection of personal data and privacy*, Council of Europe Publications, 2008.
- GÜNTÜRK M. S., *Türk Yüksek Mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması*, Seçkin, 2012.
- GISLER F., *La coopération policière internationale de la Suisse en matière de lutte contre la criminalité organisée*, Schultess, 2009.
- UTTINGER U., “Öffentliches Interesse an Polizeidaten höher als Interessen der betroffenen Person”, *Commentaire de jurisprudence numérique* publié le 15 août 2012.

75 Article 3 TR-Europol Agreement.

76 Article 1 TR-Europol Agreement.

77 It should be noted that at the bilateral level of data exchange between Switzerland and Turkey, the latter is not deemed to ensure an equivalent level of data protection by the former.

The Protection of Trade, Banking, and Customer Secrets in Turkish Criminal Law

Türk Ceza Hukukunda Ticari Sır, Bankacılık Sırrı ve Müşteri Sırrının Korunması

Büşra DEMİRAL BAKIRMAN¹

¹Ph.D. Candidate, Works as a Research Assistant at the University of Istanbul, Faculty of Law, The Chair of Criminal Law & Criminal Procedure Law, Istanbul, Turkey

ABSTRACT

Trade secrets, banking secrets, and customer secrets are subject to the same protection that has been provided by unfair competition laws or by other specific provisions such as the provisions of labor law, criminal law, and civil law. The privacy of trade, banking, and customer secrets is protected under the framework of criminal law in the Turkish Penal Code section for crimes of economy, industry, and trade. The goal of this study is to investigate the outlook of legislation as it relates to trade, banking, and customer secrets in Turkish criminal law. In this study, the crime of information disclosure and the criminal sharing of documents deemed as trade secrets, banking secrets, or customer secrets are analyzed in accordance with the general theory of crime. First, we examine both the material and moral elements of the current type of crime and discuss what reasons could justify that crime. Second, the study focuses on the special appearance forms of this criminal offense. In this regard, concurrence of crimes is explained as the main problem with regard to the violation of trade secrets, banking secrets, and customer secrets. This paper will also discuss available punishments for the perpetrator. In the last part of this study, we explain the draft law on "Trade Secrets, Banking Secrets, and Customer Secrets," which was created to clear up the inherent complexities of this issue, and attempt to balance it with the criminal framework that already exists for such secrets.

Keywords: Secrets, trade secrets, banking secrets, customer secrets, disclosure, unfair competition, Turkish Penal Code

ÖZ

Ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırları, haksız rekabete ilişkin hükümlerin yanı sıra, iş hukuku, ceza hukuku ve medeni hukukta yer alan özel hükümler tarafından sağlanan korumaya tabidir. Türk Ceza Kanunu'nda ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırlarının gizliliği, ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçların düzenlendiği bölümde koruma altına alınmıştır. Bu çalışmanın amacı, ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırlarına ilişkin Türk ceza hukukundaki düzenlemelerle ilgili genel bir bakış açısı sunmaktır. Çalışmada, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu, suç genel teorisine göre analiz edilmiştir. Bu kapsamda öncelikle, suçun maddi ve manevi unsurları ele alınmış, daha sonra bu suç bakımından uygulama alanı bulabilecek hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiştir. İkinci olarak, suçun özel görünüş biçimleri irdelenmiştir. Bu bağlamda, ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırlarının gizliliğini korumayı amaçlayan farklı düzenlemeler arasındaki içtima sorunu ele alınmış ve son olarak bu suç için öngörülen yaptırımlara yer verilmiştir. Çalışmanın son bölümünde, "Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı" ile ilgili genel açıklamalar yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sır, ticari sır, bankacılık sırrı, müşteri sırrı, sırrın ifşası, haksız rekabet, Türk Ceza Kanunu

Date of receipt: 21.09.2017 • **Date of acceptance:** 25.09.2017

Corresponding author: Büşra Demiral Bakırman, E-mail: bdemiral@istanbul.edu.tr

Citation: Demiral Bakırman, B. (2017). The protection of trade, banking, and customer secrets in Turkish criminal law. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology 2017; 5(2):107-118*. <https://doi.org/10.26650/JPLC360269>

EXTENDED ABSTRACT

Ensuring the confidentiality of trade secrets, banking secrets, and customer secrets is very important for commercial enterprises, companies, banks, and their customers. The protection of such secrets is related to the transparency of commercial enterprises, companies, banks, insurance companies, and brokerage firms operating in capital and financial markets. This protection is also related to the prevention of money laundering and subterranean economies as well as fighting against organized crime.

Secret or confidential information refers to information that is protected against disclosure and remains confidential. A trade secret is confidential information that creates an economic advantage for commercial enterprises and companies, gives them an advantage over their competitors (for example, advertising strategies, consumer profiles, distribution methods, sales methods, lists of suppliers and clients, and manufacturing processes), and has independent commercial value. The concept of trade secret has come to cover both the commercial and financial sectors. The unauthorized use of trade secrets by anyone other than the owner is regarded as unfair practice and a violation of the trade secret. In addition, it is important to clarify the extent of the trade secret both for defining the limits of the stakeholders' rights to receive information and for establishing the borders of disclosure in capital markets.

Banking secrets can be defined as all information related to bank financial, economic, or credit status. Finally, customer secrets refer to all types of information and documentation related to customer relations of commercial enterprises, companies, banks, etc., with regard to their own areas of activity and all information and documentation obtained by such enterprises related to the personal, economic, financial, cash, or credit status of their customers.

Depending on the national legal system, trade secrets, banking secrets, and customer secrets are subject to the protections provided for by unfair competition laws or other specific provisions like the provisions of labor law, criminal law, civil law, etc. Turkish law also provides numerous provisions regarding the protection of trade secrets. In this study, we first examine the provisions related to unfair competition in the Turkish Commercial Code, which provides legal protection for trade secrets, provisions for banking secrets and customers' personal data in the Banking Code, and related provisions of the Labor Code. However, the focus of this study is Turkish Penal Code regulations. This study's goal is to investigate the outlook of legislation

as it relates to trade, banking, and customer secrets in Turkish criminal law.

Corporation privacy and business secrets are protected under the economy, industry, and trade section of the Turkish Penal Code. In this study, the crime of information disclosure or documents deemed as trade secrets, banking secrets, or customer secrets is analyzed in accordance with the general theory of crime and the general provisions of the Turkish Penal Code. First, we examine both the material and moral elements of the current type of crime and discuss what reasons could justify that crime. In this respect, the most accepted definitions of trade secrets are introduced as the subject of the crime. Second, the study focuses on the special appearance forms of this criminal offense. In this regard, concurrence of crimes is explained as the main problem with regard to the violation of trade secrets, banking secrets, and customer secrets. This paper will also discuss available punishments for the perpetrator.

In the last part of this study, we explain the draft law on “Trade Secrets, Banking Secrets and Customer Secrets,” which was created to clear up the inherent complexities of this issue and attempt to balance it with the criminal framework that already exists for such secrets.

1. Introduction

Turkish law provides numerous provisions for the protection of trade secrets which can be found in various codes, such as the Turkish Penal Code, Banking Code, and Turkish Commercial Code.

The term *secret* refers to trade, banking, and customer secrets, and their protection by law is derived indirectly from the Constitution. According to Art. 20 of the Turkish Constitution, everyone is entitled to request the protection of his or her personal data. This right includes being informed of, having access to, and requesting the correction and deletion of personal data, as well as the right to be informed if these data are used consistently with envisaged objectives. Personal data can only be processed in cases envisaged by law or by the person’s explicit consent.¹

In practice, the most relevant statutory provision is the *unfair competition* provision of the Turkish Commercial Code (TCC). In this provision, some forms of unfair competition are defined, including “to prompt employees or representatives or other assisting persons to obtain or to disclose the production or trade secrets of their

1 YILDIZ/SÖZER, Data Protection in Turkey, p.1

customers” and “to disclose unlawfully production or trade secrets.” The remedies available in the event of unfair competition are also applied to trade secret violations. According to unfair competition rules, the party whose rights are violated can ask the court for violations to be determined, stopped, or prevented, and can request preliminary injunctions, request restoration of material facts resulting from the unfair competition and request payment of compensation for material and moral damages occurring because of the violations.²

Unfair competition also constitutes a criminal offense. Pursuant to Art. 62 of TCC, any person who violates the unfair competition rules or deceives employees or representatives or other assisting persons in obtaining their employers’ or customers’ production or trade secrets is punished upon complaint with imprisonment of two years, as well as a judicial fine, unless the exercised act does not require heavier punishment.

Furthermore, according to Art. 25/2 of the Turkish Labor Code, any employee behavior in opposition to the principles of honesty and loyalty is considered immediate grounds for termination of the labor contract; revealing an employer’s professional secrets falls into this category.

Pursuant to Art. 73 of the Banking Code, banking secrets and customers’ personal data are to be protected and kept confidential by the chairman and members of the Banking Regulation and Supervision Board, personnel of the Banking Regulation and Supervision Agency, and by the Fund Board Chairman, members, and Fund personnel. Individuals who, by virtue of their positions or duties, have access to confidential information about banks or customers are not permitted to disclose it to any person or entity other than those expressly authorized by law. Art. 159 of the Banking Code stipulates imprisonment from one to three years in addition to a judicial fine if this obligation is breached.

According to Art. 239 of the Turkish Penal Code (TPC), any person delivering or disclosing information or documents deemed as trade secrets, banking secrets or customer secrets, as well as information about scientific research, discoveries, or industrial practices which she or he holds by his position, duty, profession or art, to unauthorized third parties, is also punished upon complaint.

2 ÖZDOĞAN I., IP in business transactions, p. 2.

Moreover, there is a new draft of the Code specializing in Trade Secrets, Banking Secrets and Customer Secrets which provides details of such secrets and any exceptions. The enactment process of The Draft that started in 2008 has been brought before the Parliamentary Commission. The principles covering the protection and the use of trade secrets, banking secrets, and customer secrets are defined, as well as the exceptions to confidentiality and the sanctions for regulation³.

2. The Crime of Disclosure of Information or Documents deemed as Trade Secrets, Banking Secrets or Customer Secrets

1.1. Legal Regulation

The privacy of corporations and business secrets is protected under crimes related to the economy, industry, and trade section of the TPC. Pursuant to Art. 239 of TPC which reads as follows:

“(1) Any person who discloses confidential information, or documents, relating to commerce, banking or private customers, which he holds by virtue of his title, duty, profession or trade, to an unauthorized person shall be subject to a penalty of imprisonment for a term of one year to three years and a judicial fine up to five thousand days, upon complaint. Where such information or documents are disclosed to unauthorized individual by a person who unlawfully acquired such information or documents such person shall be subject to a penalty in accordance with this section.

(2) Section 1 shall apply to information relating to scientific invention and discovery, and the industrial implementation of such.

(3) Where such confidential information is disclosed to a non-citizen (who is not resident in Turkey) or his staff the penalty shall be increased by one third. In such case, no complaint is required.

(4) Any person who, by using force or threats, compels another to disclose the information or documents within the scope of this article shall be subject to a penalty of imprisonment for a term of three to seven years”⁴.

Art. 239 of the TPC stipulates penalties against the disclosure of secrets which have been acquired in various matters, by indicating that such acts of disclosure are

3 ÖZTEK, et. al., Protection of trade secrets, p. 2.

4 BIÇAK, Mukayeseli, Gerekeçli, Türkçe- İngilizce Ceza Kanunu, p. 594.

considered penalties. According to that regulation, disclosure of information or documents regarded as trade secrets, banking secrets, customer secrets, scientific discoveries, inventions, or information about industrial applications to unauthorized third parties is defined as a criminal act.

2.2. The Legally Protected Interest

The legal interest intended for protection against these criminal acts refers to the protection of information and documentation deemed secret in economic and commercial life. Through this provision, the legislator aims to prevent unfair competition cases arising as a result of possession of information and documents relating to trade secrets, banking secrets, customer secrets, scientific inventions, discoveries, or scientific applications by unauthorized third parties, and to allow commercial activities to be conducted under the guise of good faith⁵.

2.3. Elements of the Crime

2.3.1. Material Elements

2.3.1.1. The subject of the Crime

The first paragraph of Art. 239 defines the material subject of crime as information or documents regarded as trade secrets, banking secrets or customer secrets to which a person has access because of his position, duty, profession or art. In the second paragraph of Art. 239, the material subject of the crime is described as the information relating to scientific researches or discoveries or industrial practices.⁶

The term *secret or confidential information* refers to information which is protected against disclosure, which should be kept secret, and which should remain confidential. In the doctrine, it is widely accepted that in order for an issue to be kept secret, the owner of the secret should have the subjective will of its being kept as a secret; this issue should not be known by others and it should fulfill objective conditions regarding the requirement that it should remain confidential from third parties⁷.

It is not possible to provide one specific definition that covers all aspects of the

5 YAŞAR, et. al., **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, p. 7198; PARLAR, et. al., **Bankacılık Ceza Hukuku**, p. 664; ERSAN, Ticari Sır, p.16; BAYCAN, Trade Secret, p.3.

6 PARLAR, et. al., **Bankacılık Ceza Hukuku**, p.664; ERSAN, Ticari Sır, p.16.

7 DONAY, **Meslek Sırrı**, p. 5, 6; İÇEL, Ticari Sır, p. 30; DÜLGER, Bankacılık Sırrı, p. 6,7.

term due to the lack of a local statutory law defining trade secrets, banking secrets or customer secrets.⁸ The Code itself simply states trade secrets, banking secrets or customer secrets without specifying a defined meaning. With a broad definition, a trade secret can be defined as any disclosed information related to a commercial entity's business that intentionally kept secret by its owner, which creates a commercial advantage for its owner in terms of competition and has an independent commercial value⁹. Banking secrets, on the other hand, can be defined as all information relating to a bank's financial, economic or credit status¹⁰.

In the Art. 2 of the Draft, “*trade secret*” is described as “*the information and documents regarding the field of operations of a commercial enterprise or company, that are and that can be known and acquired only by a specific number of members and other officials, that is exposed to the risk of the emergence of losses particularly if they are learnt by the rivals and that should not be disclosed to the third parties, that are extremely vital for the enterprise and for the success and efficiency in the economic life of the company, that contain important information about the internal structure or organization of enterprise, its financial, economic, credit and cash status, its research and development studies, its operations strategy, its resources for raw materials, the technical characteristic tactics and expenses, its marketing tactics and expenses, its market share, its client potential and client networks on the wholesale and retail sale basis, as well as its contractual contacts for items that are subject to permission and that are not subject to permissions, and other relevant information and documentation*”¹¹.

According to the Art. 2 of the Draft, “*banking secret*” is described as “*the information relating to the financial, economic, credit and cash status that are known by the members, personnel and other officials appointed in the management and auditing of the banks, the client potential of the bank, the deposit collection and principles of the management of the bank and other banking services and activities, as well as all information and documentation regarding the risk positions of the bank*”¹².

8 ÖZTEK et al., Protection of trade secrets, p.3.

9 ÖZTEK et al., Protection of trade secrets, p.3.

10 DONAY, **Bankacılık Ceza Hukuku**, p.95; ERMAN, **Bankacılık Suçları**, p.313; DÜLGER, **Bankacılık Sırrı**, p.7.

11 BAYCAN, Trade Secrets, p.122.

12 BAYCAN, Trade Secrets, p.122.

As for “*customer secret*,” this refers “*all types of information and documentation regarding the client relations of the commercial enterprises and companies, banks, insurance companies, the intermediary institutions operating in the capital markets and financial markets regarding their own areas of activity and all information and documentation acquired directly and indirectly by such enterprises, relating to the personal, economic, financial, cash or credit status of their clients*”¹³, pursuant to the Art. 2 of the Draft.

2.3.1.2. Perpetrator and Victims of the Crime

Any person who delivers or discloses information or documents deemed as trade secrets, banking secrets or customer secrets, as well as information relating to scientific researches or discoveries, or industrial practices which he holds by his position, duty, profession or art, can be considered the perpetrator of this crime, pursuant to the first and the second paragraph of Art. 239. Only the subject holding this special status may be considered the perpetrator. With regard to delivery or disclosure of unlawfully acquired information or documents to unauthorized individuals, anyone can be the perpetrator of this crime¹⁴.

Furthermore, any person who compels another person to disclose such information or documents can be the perpetrator of this crime, pursuant to the fourth paragraph of Art. 239.

Any persons or legal entities who are rights holders on such secrets or scientific researches or discoveries or industrial practices could be the victims of this crime.

2.3.1.3. The Act

The act constituting this crime is to deliver or disclose information or documents regarded as trade secrets, banking secrets or customer secrets. Delivering such information or documents to unauthorized individuals means entering into the actual domain of the unauthorized individual as verbal, written, etc. For an offense to occur through disclosure, these information or documents must be shared or explained to unauthorized persons.

According to the second sentence of the first paragraph, to deliver or disclose of this information or documents to unauthorized individuals by the persons who

13 BAYCAN, Trade Secrets, p.122.

14 İÇEL, Ticari Sır, p.31; ERSAN, Ticari Sır, p.24.

unlawfully acquired such information or documents is punishable. It is not required that the offender has gained any benefits from her or his act.

In order for the crime to occur, the offender must compel another to disclose the information or documents by using force or threat, as stipulated by the fourth paragraph.

2.3.2. Moral Elements

These crimes are deliberately committed. The existence of a criminal offense depends on the presence of intent. In these crimes, intent includes both knowledge of information and documents in the legal definition of crime that are by nature secret, and the persons who take and find out such information and documents are unauthorized. An individual does not have to have a motive to obtain any benefits from the act in order to commit the crime.

2.3.3. The Justification Reasons

In terms of the general grounds of justification; the consent of the person concerned and the execution of statutory provision may be applied for this crime¹⁵. The obligation for secrecy terminates when a secret owner gives her or his consent for disclosure of information. Furthermore, there are numerous exceptions to the banking secrecy requirement, based on legal obligations to disclose information to certain public authorities. For example, under Art. 73 of the Banking Code, bank associates, board members and employees may disclose customer information to credit institutions and finance institutions.

As mentioned, the Draft defines first the terms *trade secret*, *banking secret* and *customer secret*, and then it regulates some exceptions as to confidentiality. According to Art. 3 of the Draft, when information must be declared to the public to comply with the clarity principle, or when a secret owner agrees to disclose information or a legal obligation must be fulfilled, it is not regarded as disclosure of customer secrets. Articles 4 and 5 of the Draft regulate the cases under which secrets may be disclosed. Under Article 4, secrets may be disclosed when revealed in parliamentary enquiry sessions (which are kept confidential), in enquiries and prosecutions conducted by the courts, during audits made in the name of the treasury, and where provided for by other laws. Under Art. 5, trade, banking and customer secrets must be disclosed to the Grand National Assembly of Turkey, the courts and the public prosecution offices.

15 DÜLGER, Bankacılık Sırrı, p. 18, 20.

Secrets are to be revealed in relation to financial and administrative audits, provided that the information is related to the duty, it is limited to the purpose of the audit, and disclosure of such information is an obligation¹⁶.

2.4. The Special Forms of Crime

In this type of crime, only the subject holding special status or the perpetrator committing the required act may be considered the perpetrator. All other persons who have participated in the commission of the crime may only be held responsible either as an instigator or assistant. In alignment with this, the Draft does not specify a particular manner of participation to the act defined in the fourth paragraph.

As for the persons those who commit this crime more than one time by the same act, which is known as the doctrine of concurrence in the criminal law, they shall be punished according to only the one requiring the heaviest punishment, pursuant to Art. 44 of the TPC. Also, in cases in which the actions constituting a crime under this code and also at the same time require punishment (imprisonment) pursuant to the other law, the provision which stipulates the heaviest punishment shall be applied, due to Art. 161 of the Banking Code.

2.5. Sanctions

Anyone who discloses trade, banking, or customer secrets obtained as a result of his position, duty, profession or art will be subject to imprisonment for one to three years as well as a judicial fine up to 5,000 days on a complaint. According to the fourth paragraph of the Art., any person who compels another to disclose such information or documents shall be subject to imprisonment for three to seven years.

3. The Draft Law on Trade Secrets, Banking Secrets, and Customer Secrets

It is key to note the explanation indicating reasons behind that provision which reads as *“to regulate the basis and procedures about disclosure, usage, protection and limitation of the trade secrets, banking secrets and customer secrets of public or private intuitions’ and financial sector’s productive, consumption and service companies and companies of banking, insurance and capital market and trade relations of their customers”*¹⁷.

16 UYSAL/HERDEM, Banks’ Duty of Confidentiality, p.1.

17 ÇIBIKÇI ÖNDER, Legal Liability of Data Centers, p. 189.

If the Draft Law is enacted, it will be applied to requesting, releasing, usage and protection of information, documents and electronic registries about the trade, banking and customer secrets of banking, insurance, finance companies and commercial or manufacturing companies in the possession of public or private institutions. According to the penal provisions of Art. 8, public officials and other people who discover the given secrets directly or indirectly and who violate the confidentiality obligation in Art. 6, shall be punished by Art. 239 of the TPC if she or he discloses information or uses it in order to obtain material benefits or to cause damage. Public officials who violate the confidentiality regulated by the Article 7 shall be subject to imprisonment for one to three years and a judicial fine up to 10000 days¹⁸.

4. Conclusion

As explained above, there are different provisions for the protection of trade secrets, banking secrets, and customer secrets. In this regard, the main problem with banking secrets and customer secrets is the concurrence of crimes. However, if the abovementioned Draft Law which attempts to harmonize the criminal framework regarding such secrets is enacted, the only applicable provisions about such secrets will be this regulation, unless the conduct does not require heavier punishment according to the TPC. Furthermore, the terms and regulations concerning trade, banking, and customer secrets, as well as the exceptions of confidentiality will be clarified.

Bibliography

- BAYCAN, B. U., “*Trade Secret, Banking Secret, Client Secret*”, available at <http://www.baycan.av.tr/wp-content/article/trade-secret.pdf>, (25.03.2016).
- BIÇAK, V., **Mukayeseli, Gerekçeli, Türkçe- İngilizce Ceza Kanunu**, Ankara, 2007.
- ÇIBIKÇI ÖNDER, B., “*Legal Liability of Data Centers on Data Hosting*”, available at http://www.gokusufiisik.av.tr/Articleletter/2015_Summer/GSI_Articleletter_2015_Summer_Article13.pdf, (25.03.2016).
- DONAY, S., **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul, 1978.
- DONAY, S., **Bankacılık Ceza Hukuku**, İstanbul, 2007.
- DÜLGER, V., “*Bankacılık Sırrı ve Sırrın Açıklanmasına İlişkin Suçlar*”, available at <http://www.dulger.av.tr/pdf/bankaciliksirri.pdf>, (01.04.2016).
- ERMAN, S., **Bankacılık Suçları**, İstanbul, 1984.
- ERSAN, A., “*Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanmasına Dair Türk Ceza Kanunu ve Bankacılık Kanunundaki Düzenlemelerin Karşılaştırılması*”, (2013), Terazi Hukuk Dergisi, p. 14-37.

18 Reasoning of the Draft Law on Trade Secrets, Banking Secrets and Customer Secrets.

- İÇEL, K., “*Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçları- Bu Tür Sırlarla İlgili Bilgi İstenmesinin Sınırları*”, (2010) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, p.27-38.
- ÖZDOĞAN, I., “*IP in business transactions: Turkey Overview*”, available at <http://global.practicallaw.com/8-617-3217>, (24.03.2016).
- ÖZTEK, S./AKSOY, Z. S./BARBUR, B./DİNÇER, E.T., “*Protection of trade secrets, through IPR and unfair competition law*”, available at <https://aiippi.org/download/commitees/215/GR215turkey.pdf>, (10.04.2016).
- PARLAR, A./ AKIN, A./ HATİPOĞLU, M., **Bankacılık Ceza Hukuku**, Ankara, 2010.
- Reasoning of the Draft Law on Trade Secrets, Banking Secrets and Customer Secrets, available at <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tasariasamaları/tbmmkms/tbmmkom/ticarisir.pdf>, (20.03.2016).
- UYSAL, Z./ HERDEM, Ş., “*Banks’ Duty of Confidentiality about Customer Secrets in Turkish Banking Law*”, available at <https://www.hg.org/article.asp?id=31246>, (25.03.2016)
- YAŞAR, O./GÖKCAN, H. T./ ARTUÇ, M., **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, B:5, 2. e., Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- YILDIZ, H. C., SÖZER, C., “*Data Protection in Turkey: overview*”, available at, <http://global.practicallaw.com/7-520-1896>, (24.03.2016).

Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri

The Acts of Aiding in Compare with German Law

Muhammed DEMİREL¹

¹Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

ÖZ

Türk Ceza Kanunu (TCK)'nda "Suça İştirak" başlıklı altında düzenlenen yardım etme, kanunun 39'uncu maddesinde hüküm altına alınmış, bu kapsamda nelerin yardım etme olduğu açıkça ve sınırlı bir şekilde belirlenmiştir. Bunlar; suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmaktır. Bunların dışında, gerek maddede gerekse madde gerekçesinde bu yardım türlerinden ne anlaşılması gerektiğine yer verilmemiştir. Bu hareketler ve durumlar, genel olarak gayet açık ve anlaşılır gibi görünse de gerek birbirleri arasındaki ince ayrımlar, gerek azmettirme hareketi ve müşterek faillik kapsamında gerçekleştirilen hareketlerle ayrımları noktasında özel bir incelemenin yapılmasını zaruri hale getirmektedir. Buna göre müşterek faillikle yardım etme ve keza azmettirmeye yardım etme arasındaki ayrımın hangi ölçütlere göre yapılacağı, nitekim olay yerinde gözcülük yapan kişinin müşterek fail mi yoksa yardım eden mi olduğu bu sorunlara verilebilecek örneklerden birkaçıdır. İşte bu sorunlar nedeniyle konu, detaylı bir şekilde irdelenmelidir. Bu çerçevede Alman Ceza Kanunu'ndaki yardım etmeye ilişkin düzenleme de (§ 27) dikkate alınmalıdır. Zira Alman Ceza Kanunu'nda yardım etme durumları açıkça düzenlenmiş olmasa ve bu konu doktrine bırakılmış olsa da doktrindeki görüş ve tartışmalar, Türk hukukuna yol gösterecek niteliktedir. İşte bu makalede, Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak bu yardım etme hareketleri özel olarak irdelenmekte, bununla birlikte Türk mahkeme kararları üzerinden de bir inceleme yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yardım etme, suça teşvik etme, suç işleme kararını kuvvetlendirme, suça araç sağlama, suçun işlendiği yerde bulunma, gözcülük, manevi anlamda yardım etme

ABSTRACT

A crime can only be committed by the perpetrator. But besides the perpetrator can participate in a crime and also be found criminally responsible. Participation can include acts such as making the decision to commit the crime, giving a pistol to another person for the commission of a crime, and keeping watch while a crime takes place. Someone who provides support during or for the commission of a crime is not responsible as a perpetrator, but is responsible as a solicitor, aider, or inciter, depending on the actions of the perpetrator.

Criminal liability for aiders and inciters is regulated under the title "Participation in Crime" in the Turkish Criminal Code. The regulation for aiders is formulated in Article 39, under the title of "Aiding." This regulation determines the acts that can be considered aiding. This regulation identifies the acts of aiding as limited and serial. These acts include the following: soliciting a person for commission of a crime, supporting a person's decision to commit a crime, guaranteeing help to someone after commission of a crime, providing ideas about how the crime should be committed, supplying the necessary tools to be used during commission of a crime, or rendering support before and during the commission of a crime in order to simplify the intended act. In this essay, we analyse only the acts of aiding in a crime.

Keywords: Turkish Criminal Code, German Criminal Code, Perpetrator, Accomplice, Aider, Attempted Aider, Inciter, Keep Watch During a Crime, Acts of Aiding, Solicit for Commission of a Crime, Support a Decision to Commit a Crime, Provide Ideas About How to Commit a Crime

Date of receipt: 23.12.2016 • **Date of acceptance:** 26.12.2016

Corresponding author: Muhammed Demirel, E-mail: muhammedemirel@gmail.com

EXTENDED ABSTRACT

In the criminal code, a crime is defined such that it can only be committed by a perpetrator. Punishing those who provide support for the commission of a crime but do not fulfil certain typical acts stipulated in the code requires an additional condition: this is called the accessory principle. In this context, the criminal liability of solicitors, aiders, or inciters to a crime depends on that of the perpetrator. Criminal liability for aiders and inciters is regulated under the title “Participation in Crime” in the Turkish Criminal Code. The regulation for aiders is formulated in Article 39, under the title of “Aiding.” This regulation determines which acts are considered aiding. According to this regulation, a person aiding another person in the commission of an offense can be sentenced to heavy life imprisonment, from 15 to 20 years, or to imprisonment from 10 to 15 years, if the perpetrator is subject to life imprisonment. Finally, this regulation defines the acts of aiding as limited and serial. These acts read as follows: to solicit a person for commission of a crime, to support a person’s decision to commit crime, to provide a guarantee of help after commission of crime, to provide ideas about how the crime should be committed, to supply the necessary tools to be used during commission of crime, or to render support before and during the commission of a crime in order to simplify the intended act.

The legislative reasoning for this article does not define the scope of the aiding act. The definition of this condition is largely open to what it means to behave as an aider. There is also a similar influencing regulation in the 765 numbered Turkish Criminal Code (the former Code). In spite of the new Code’s explicitness, some problems arise under this article. Some of these read as follows: What are the differences between inciter and aider or accomplice and aider? Is someone who keeps watch during a crime considered an aider or an accomplice? This issue is important and must be handled carefully and in detail. In addition, the aiding regulation of the German Criminal Code (paragraph 27) must be taken into consideration, because this regulation (§27) differs from Article 39. The difference is that Article 39 clarifies the acts, whereas §27 does not. In German law, aiding acts are not defined clearly; this subject has been dealt with in doctrine. Comparing Turkish with German law on this subject is important in order to bring light to Turkish law. In particular, we emphasize how we deal with this subject in the following table, which contains the special systematic steps of aiding. Finally, in this essay, we analyse only aiding acts (Number 2 in table).

THE SYSTEMATIC REVIEW OF AIDING

A. Material Element

1. *Perpetrator's Act Committed Intentionally and Contrary to the Laws*

2. *Aiding Acts*

B. Moral Element

Double Complicity Intent

C. Unlawfulness Element

TYPICALITY

1. Genel Olarak

Yardım etme, Türk Ceza Kanunu'nun "Suça İştirak" başlığını taşıyan dördüncü bölümü altında "Yardım Etme" başlığıyla 39'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede *suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on beş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verileceği, diğer hallerde cezanın yarısı indirileceği, ancak bu durumda verilecek cezanın sekiz yılı geçemeyeceği* belirtilmiştir. Hükmün devamında ise kişinin hangi hallerde işlenen suçtan yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulacağı sıralı ve sınırlı bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre bir kimsenin yardım etmeden sorumlu tutulabilmesi için, a) *Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek*, b) *Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak*, c) *Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak* şeklindeki durumlardan birinin gerçekleşmesi gerekir. Bunun dışında madde gerekçesinde, bu davranışlarla ilgili herhangi bir bilgiye yer verilmemiş, maddedeki ifadelerle yetinilmiştir. Bu, söz konusu durumlar kapsamında yer alabilecek davranışlardan ne anlaşılması gerektiğinin büyük ölçüde açık olmasından kaynaklanmaktadır. Elbette düzenlemenin 765 sayılı TCK'daki yardım etmeye ilişkin hükümle büyük oranda benzerlik göstermesinin de etkisi gözden uzak tutulmamalıdır¹.

1 Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, s. 526; Ali Kemal Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 122; Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 372.

Buna rağmen belirtilen davranışların, azmettirme kapsamında suç işleme kararının oluşturulması ya da müşterek faillik kapsamında suçun birlikte işlenmesi şeklindeki davranışlardan ayırt edilmesi, gözcülük gibi birtakım hareketlerin bu davranışlar altında telakki edilip edilmeyeceği hususlarının özel olarak irdelenmesi yönünde bir gereklilik bulunmaktadır. Dolayısıyla da yardım etme hareketlerine ilişkin kanundaki açıklığa rağmen bu konuda dahi doktrinel anlamda tartışmaların ortaya çıktığı görülmekte, bu da konunun, incelemeye değer bir yönünün olduğunu göstermektedir.

Bu durum, Alman ceza hukukunda daha ayrı bir önem arz etmektedir. Zira Alman Ceza Kanunu'nun 27'nci paragrafında düzenlenen yardım etme düzenlemesi altında *bir başkasının kasıtlı olarak işlediği hukuka aykırı fiile kasıtlı olarak yardım sağlayan* kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulacağı belirtilmiş ve düzenlemede yardım sağlamaktan ne anlaşılması gerektiği, hangi davranışların yardım sağlama olduğu hususlarına Türk ceza hukukunda olduğu gibi bir açıklık getirilmemiştir. Bu açıdan Alman hukukunda, bu konu tamamen doktrine bırakılmıştır². Dolayısıyla Alman hukukunda failin işlediği suça yardım etmeden ne anlaşılacağına ortaya konulması, Alman literatürünün iyi bir şekilde incelenmesini, bununla birlikte yargı kararlarının da gözden kaçırılmamasını gerekli hale getirmektedir. İşte çalışmamızda da bu hususlar, Türk ve Alman doktriniyle mahkeme kararları birlikte dikkate alınarak bir inceleme yapılmıştır.

Tüm bunların yanında yardım etmenin her iki hukuk düzeninde de maddi yardım ve manevi yardım adı altında incelendiği, bu şekilde bir kolaylık sağlanmaya

2 Martina Baunack, **Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe**, Duncker & Humblot, Berlin 1999, s. 97; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, s. 488, dpn. 1651. Dolayısıyla Alman Ceza Kanunu'ndan farklı olarak TCK md. 39 hükmüyle yardım etme hareketlerinin tek tek gösterilmesinin kanunilik ilkesinin bir gereği olduğu yönündeki görüşün yerindediği (Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 478) şüphelidir. O kadar ki Alman Ceza Kanunu'ndaki bu düzenlemeye göre "yardım etme" kavramının kapsamının oldukça geniş olduğuna, bu nedenle de bilhassa nedensellik hususunda kanunilik prensibiyle bağlantılı olarak sorunların ortaya çıktığına işaret edilmesine rağmen bu durumun yardım etme hareketlerinin kanunda sayılmamasından bahsedilmemiş, bilakis manevi yardım etmenin kendi yapısından, kapsamın genişliğinden söz edilmiştir (Aristoteles Charalambakis, "Zur Problematik der psychischen Beihilfe", **FS-Roxin**, 2001, s. 625). Bununla birlikte bu hareketlerin kanunda tahdidi şekilde gösterilmesi karşısında bu davranışlar dışında kalan bir hareketle de yardım etmeden sorumluluk yoluna gidilememesi, kanunilik ilkesinin bir gereği olarak telakki edilebilir (Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, Beta, İstanbul 2017, s. 918). Yani bu hareketlerin kanunda gösterilmesi, bir zorunluluk değildir ve bu bakımdan da kanunilik ilkesinin bir gereği olarak görülemez. Buna karşılık TCK'da olduğu gibi şayet bu hareketler tek tek gösterilmişse bu hareketler dışında yardım etmenin kabul edilmemesi, kanunilik ilkesinin beraberinde getirdiği bir husus olarak görülecektir.

çalışıldığı görülmektedir³. Bu nedenle de inceleme yapılırken yardım etme, maddi anlamda yardım etme ve manevi anlamda yardım etme şeklinde tasnif edilmiş, bu üst başlıklar altında irdeleme yoluna gidilmiştir.

İncelemeye geçilmeden evvel özellikle vurgulamak gerekir ki, bir kimsenin yardım eden olarak sorumlu tutulması ve cezalandırılması, her ne kadar yardım hareketlerinin gerçekleştirilmesine bağlı olsa da salt bu hareketlerin gerçekleştirilmesiyle de ulaşılabilecek bir sonuç değildir. Bu hareketler, yardım etmenin maddi unsurları kapsamında yalnızca yardım etme hareketini oluşturmaktadır. Şu halde yardım etme hareketleri, yardım etmenin ilk şartı olup⁴ tek başına da yeterli değildir. Buna mukabil herhangi bir yardım etme hareketi gerçekleştirilmediğinde de cezalandırılabilir bir yardım etmeden söz edilemez. Nitekim hırsızlık suçu sonucunda elde edilen paralardan, bu suçtan habersiz ve de bağımsız bir başka kişinin yararlanması halinde yardım etme hareketinin varlığından bahsedilemez⁵. Bu noktada yardım etme hareketi bulunmadığından kişinin kastını ve fiilinin hukuka aykırılığını dahi incelemeye gerek bulunmamaktadır.

Şu halde bu hareketlerin, bir şeriklik türü olan yardım etme sistematığında tam olarak nerede konumlandığının tespit edilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, tabloda da görüleceği üzere yardım etme de faillik gibi tipiklik ve hukuka aykırılık şeklinde ayrılmış bir sistematik üzerinden irdelenebilir. Bununla birlikte yardım etme, ceza kanununun özel hükümlerindeki suç tipleri üzerinden gerçekleşmediğinden ve incelenmediğinden, kanunun genel hükümlerinde düzenlenen ve ferî niteliği haiz bir

3 Türk doktrini için bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Seçkin, Ankara 2017, s. 553; Koca/Üzülmez, s. 488; M. Emin Artuk/Ahmet Gökcan/A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Adalet, Ankara 2016, s. 666; M. Emin Artuk/Ahmet Gökcan/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet, Ankara 2017, s. 677; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 525; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 499; Yıldız, s. 122; Mustafa Ruhan Erdem, “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı”, **HPD 2005**, S. 5, s. 213; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Adalet, Ankara 2017, s. 589; Zafer, s. 478; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Yetkin, Ankara 2016, s. 483; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. I, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2014, s. 1156; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 919. Alman doktrininde bu hususta bir oybirliği bulunmakla birlikte bir kısım örnek için bkz. Baunack, s. 97; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Auflage, Giesecking, Biefeld 2016, § 26 kn. 98; Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner**, 4. Auflage, Springer, Heidelberg 2015, § 10 kn. 292; Eric Hilgendorf/Brian Valerius, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, C. H. Beck, München 2015, § 9 kn. 147; Fritjof Haft, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, C. H. Beck, München 2004, s. 220. Esasında bu şekilde maddi ve manevi yardım ayırımına yer verilmesi, Alman Ceza Kanunu’nda mevcut düzenleme öncesi “sözle veya fiille” yardımdan bahsedilmesine dayandığını belirtmek yanlış olmayacaktır. Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 26 kn. 98.

4 Koca/Üzülmez, s. 487; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1155.

5 Hakeri, s. 589.

düzenleme olduğundan kendine has bir sistematik üzerinden ele alınacaktır. Dolayısıyla yardım etmenin maddi unsuru altında, *i. Failin kasıtlı ve hukuka aykırı olarak işlenmiş fiili*, *ii. “İnceleme konumuz olan yardım etme hareketleri yer alacakken yardım etmenin manevi unsuru altında ise çifte şeriklik kastı yer alacaktır (Bakınız Tablo)⁶*. İşte bu çalışmadaki inceleme, tam olarak yardım etmenin maddi unsurları altındaki yardım etme hareketleri üzerine olacaktır.

YARDIM ETMENİN SİSTEMATİK İNCELEMESİ	
A. Maddi Unsur	} TİPİKLİK
1. <i>Failin kasıtlı ve hukuka aykırı olarak işlenmiş fiili</i>	
2. <i>Yardım Etme Hareketleri</i>	
B. Manevi Unsur	
<i>Çifte Şeriklik Kastı</i>	
C. Hukuka Aykırılık	

2. Yardım Etme Türleri

2.1. Maddi Anlamda Yardım Etme

Hem fiilin işlenmesinde zorunlu olan veya en azından fiilin işlenmesini kolaylaştıran araçların temin edilmesi hem de gözcülük gibi başka bedensel aktivitelerle işlenen fiile doğrudan etki oluşturacak türde bir katkı sağlanması şeklinde tezahür eden⁷ maddi anlamda yardım etme⁸, **suçun işlenmesinde kullanılacak araçların sağlanması ve suç işlenmeden önce veya suçun işlenmesi esnasında faile**

6 Tablo, *Hoffmann-Holland* ve *Satzger*'den alınmıştır. Bkz. Klaus Hoffmann-Holland, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, kn. 560; Helmut Satzger, “Teilnehmerstrafbarkeit und ‘Doppelvorsatz’”, **Jura** 2008, s. 516.

7 Claus Roxin, “Was ist Beihilfe?”, **FS-Miyazawa**, 1995, s. 505; Baunack, s. 97; Baumann/Weber/Mitch/Eisele, § 26 kn. 99. Bedensel katkıların, manevi bir etki oluşturması durumunda maddi yardımdan değil, manevi yardımdan söz edilecektir. Dolayısıyla bedensel katkıların, *Roxin*’in belirttiği gibi maddi yardım olarak nitelendirilebilmesi için etkisinin de maddi alanda kalması, manevi alana geçmemesi gerekir. Şu halde bir davranışın salt bedensel oluşundan hareketle yardımın maddi mi yoksa manevi mi olduğu yönünde bir tespit yapılması makul bir yol olmayacaktır. Önemli olan davranışın niteliğinden ziyade davranışın oluşturduğu etkidir.

8 Alman literatüründe bazı görüşler tarafından “teknik anlamda yardım” olarak ifade edilmektedir (Klaus Geppert, “Die Beihilfe”, **Jura** 1999, s. 267; Baunack, s. 97; Charalambakis, s. 634; Haft, s. 222). Buna rağmen teknik yardım ifadesi, genel olarak manevi yardım etme kapsamında suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösterme için kullanılmaktadır. Zira bu yardım etme davranışı içerisinde faile fiilin nasıl işleneceği hususunda teknik bazı bilgiler verilmektedir (Charalambakis, s. 634). Bu konuda ayrıntılı bilgiler için bkz.

yardımda bulunarak fiili icrasını kolaylaştırma şeklinde söz konusu olabilir⁹.

a. Suçun İşlenmesinde Kullanılacak Araçların Sağlanması

*Bu çerçevede ilk olarak suçun işlenmesinde kullanılmak üzere faile araç temin edilmesi, kişide suç işleme kararının oluşmasına neden olmaması kaydıyla*¹⁰ *maddi yardım olarak kabul edilecektir.* Bu konudaki en basit ve sıklıkla karşılaşılan örnek, bir kimseyi öldürme düşüncesi olan faile, fiili işlemesi için silah temin edilmesidir¹¹. Söz konusu silahla suçun işlenmiş olması halinde silahı temin eden kişinin bu hareketinin meydana gelen netice açısından nedenselliğini izah etmeye gerek dahi bulunmuyorsa da bazı yazarlar tarafından belirtildiği gibi¹² buradaki hareketin cezalandırılmasındaki gerekçe, *her durumda* bu araç olmaksızın fiilin gerçekleştirilemeyecek olması yönünde bir argüman olamaz. Zira bir köyde B'yi öldürmeye karar veren ve tüfek arayan A'ya, evindeki tüfeği veren C'nin hareketine “olmasaydı bu fiil işlenemezdi” şeklindeki bakış açısıyla ortaya konulan yaklaşıma, “C'nin tüfeği olmasaydı, D'nin tüfeğiyle de bu fiil işlenebilirdi” şeklinde yanıt ileri sürülebilir ki bu da eski klasik nedensellik anlayışına geri dönüş anlamına gelir. Şu halde önemli olan, sağlanan aracın herhangi bir şekilde suçun işlenmesinde kullanılmış olması değil, kullanılmış olmasa bile, failin işlediği fiil bakımından manevi anlamda da olsa bir etkisinin bulunmasıdır¹³. Elbette manevi etki, maddi anlamda yardım etme kapsamında değil, manevi anlamda suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi ya da suça teşvik kapsamında telakki edilebilecektir. Zira faile silah temin edilmesinin, maddi anlamda yardım etme olarak değerlendirilebilmesi, ancak bu silahın fiilin işlenmesinde kullanılmasına bağlıdır. Bu bakımdan manevi etkiye, incelemenin ilerleyen kısımlarında değinilecektir.

9 Özgenç, s. 553; Koca/Üzülmez, s. 487; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 666; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 677; Yıldız, s. 122; Hakeri, s. 590; Zafer, s. 478; Soyaslan, s. 483; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1155; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 919.

10 Nitekim araç temininin, failde suç işleme kararına neden olması durumunda artık yardım etmeden değil, azmettirmeden söz edilecektir. Bkz. Halid Özkan, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet, Ankara 2013, s. 250. Bu tür durumlarda bir kimsenin hem azmettiren hem de manevi anlamda yardım eden olduğu hiçbir şekilde ifade edilemez (Joachim Hruschka, “Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe”, **JR 1983**, s. 179).

11 Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 505; Geppert, s. 267; Evik, s. 217; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 667; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 678; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 525; Zafer, s. 479; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1158; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Adalet, Ankara 2017, s. 665.

12 Jürgen Baumann, “Täterschaft und Teilnahme”, **JuS 1963**, s. 136.

13 Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 501; Akbulut, s. 664. Bu bakımdan doktrinde, aracın mutlaka suçu işlemeye elverişli olması gerektiği yönündeki görüşlerin ne denli yerinde olduğu kuşkuludur. Bu tür görüşler için bkz. Hakeri, s. 590; Zafer, s. 479; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1158. Esasında araçların elverişliliği şartı, yardım etme için değil de fiilin işlenmesine araç sağlama şeklindeki yardım etme açısından geçerli olabilir.

Kanun koyucu, bazı suç tipleri bakımından ilgili suç tipleriyle bağlantılı olarak araçların sağlanmasını bağımsız suç tipleri olarak ihdas etmiş olsa da¹⁴ bu durum, genel hükümler kapsamında işlenen suça araç tedarik edilmesinin yardım etme kapsamına dahil edilmesine engel teşkil etmeyecektir. Buna göre “Para ve Kıymetli Damgaları Yapmaya Yarayan Araçlar” başlıklı TCK md. 200 kapsamında *paralarla kıymetli damgaların üretiminde kullanılan alet veya malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden* kişilerin bu suçun faili olarak sorumlu tutulacağı belirlenmiş olması karşısında bir bodrum katında arkadaşının temin ettiği matbaa ve yurt dışından getirttiği özel kağıtlarla sahte para basan kişinin yakalanması üzerine hakkında TCK md. 197 hükmüne binaen “Parada Sahtecilik” suçunun faili olarak sorumluluk yoluna gidilecekken matbaa ve kağıdı temin eden kişi, hem parada sahtecilik suçuna yardım eden olarak, hem de TCK md. 200 hükmünde düzenlenen “Para ve Kıymetli Damgaları Yapmaya Yarayan Araçlar” suçunun faili olarak sorumlu tutulur. Ancak kişinin failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince sadece “Para ve Kıymetli Damgaları Yapmaya Yarayan Araçlar” suçuna faillikten dolayı sorumlu tutulması yoluna gidilecektir.

Benzer şekilde “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma” başlıklı TCK md. 190 hükmüne göre *uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak için özel yer, donanım veya malzeme sağlayan* kişilerin söz konusu suçun faili olarak cezalandırılacağı belirlenmiş olması karşısında uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştırmak için özel yer sağlayan bir kimsenin, sağladığı yerde uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretinin yapılması halinde, hem TCK md. 188’de düzenlenen “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti” suçu bakımından yardım eden olarak, hem de TCK md. 190’da düzenlenen “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma” suçu açısından fail olarak sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak işlediği tek fiille bir suçun faili, bir başka suçun ise şeriki konumuna gelen kimsenin ceza sorumluluğu, “failliğin şerikliğe asliliği kuralı” gereğince yalnızca faili olduğu suça göre belirlenecektir.

Bu noktada üzerinde özellikle durulması gereken hususlardan biri, katkının kendisi maddi olmasına rağmen etkisinin manevi olduğu durumlarda artık maddi anlamda yardımdan değil, manevi anlamda yardımdan söz edilecek olmasıdır. Zira faile fiilin işlenmesi için temin edilen bir silahın, suçun işlenmesinde kullanılmaması

14 Koca/Üzülmez, s. 487; Devrim Aydın, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 179, 180; Hakeri, s. 589; Akbulut, s. 664.

ve fakat failin suç işleme kararının sağlanan bu silahla kuvvetlendirilmesi durumunda, artık araç sağlama hareketinin maddi bir etkisinden söz edilemeyecek, ancak manevi etkisinden bahsedilebilecektir. Bu durumda da aracın faile teslim edilmesi, suçun işlenmesinde kullanılan araçların sağlanması suretiyle maddi yardım etme olarak değil, suç işleme kararının kuvvetlendirilmesinden bahisle manevi yardım etme kapsamında değerlendirilebilecektir. Nitekim burada suçun işlenmesinde “kullanılan” araçların sağlanmasından söz edilmektedir¹⁵. İşte bu durum, maddi nitelik arz eden katkının, mutlaka maddi anlamda yardım etme olarak kabul edilmesi gerektiği anlamına gelmeyeceğini açıkça göstermektedir¹⁶. Böylelikle fiilin işlenmesinde kullanılmak üzere faile araç sağlandığında yardım etmeden söz edilebilmesi için söz konusu araçların mutlaka suçun işlenmesinde kullanılmış olmasının şart olmadığı da ifade edilebilir¹⁷.

Failin suç işleme kararının icraya dönüşmesini mümkün kılacak, suçun işlenmesi bakımından elverişli olan her türlü taşınır yahut da taşınmaz vasıtanın faile temin edilmesi araç sağlama anlamına gelecektir¹⁸. Bununla birlikte “...iş ve vasıtanın temini...” şeklindeki ifadenin yer aldığı 765 sayılı TCK’da, kapsamın geniş tutulması maksadıyla “iş” şeklindeki ifadeye de yer verildiğinden dolayı faile bir takım hizmetler sağlanması da bu kapsamda addedilmiştir¹⁹. Ancak faile suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya mümkün kılacak şekilde vasıta sağlanması dışında bir iş temin edilmesi veya bir hizmet sunulması, zaten suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi esnasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırma kapsamında kabul edilebileceğinden söz konusu ifadenin gereksiz olduğu sonucuna ulaşılmış olmalı ki²⁰ 5237 sayılı TCK’da “iş temini” ifadesine *haklı olarak* yer verilmemiştir.

15 Evik, s. 217; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 922; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 678.

16 Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, C.H. Beck, München 2003, § 26 kn. 197.

17 Özgenç, s. 553; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 678; Aydın, s. 180; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 923; Akbulut, s. 665.

18 Sulhi Dönmezer/Sahir Erman: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta Yayınları, C. II, 10. Bası, İstanbul 1997, s. 530; Recep Gülşen, “Bir Fer’i Maddi İştirak Şekli Olarak İş veya Vasıta Tedariki (TCK m. 65/II)”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, GÜ Yay., İstanbul 2004, s. 432; Aydın, s. 179; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 923.

19 Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, C. II-III, 2. Bası, İstanbul, 1992s. 468; Dönmezer/Erman, C. II, s. 530.

20 Nitekim *Dönmezer/Erman*, her türlü hizmetin iş tedariki kapsamına dahil edilmesi durumunda fer’i maddi iştirakin, yani yardım etmenin araç sağlama dışındaki ikinci hali olan fiilin işlenmesini kolaylaştırmayla iş tedariki arasındaki farkın ortadan kalkacağına vurgu yapmıştır (Dönmezer/Erman, C.II, s. 530). *Dönmezer/Erman*, sanki bu iki durum arasında bir fark varmış gibi ifade kullanmış olsa da kanaatimize göre işlenen yahut da işlenecek olan bir suçun işlenmesini kolaylaştıracak şekilde hizmet sunulmasının, kanunda ayrıca “hizmet veya iş tedarik edilmesi” şeklinde bir ifadeye yer verilmesini gereksiz kılacak şekilde “fiilin icrasını kolaylaştırma” kapsamında yer alabilecek nitelikte olduğu rahatlıkla belirtilebilir.

Tam da bu kapsamda faile suçun işlenmesini mümkün kılacak şekilde araç temin edilmesinin de “fiilin icrasını kolaylaştırma” kapsamında telakki edilebileceği, bu minvalde kanunda ayrıca “araç sağlanması” unsuruna gerek olmayabileceği şeklinde bir görüş de ileri sürülebilir. Nitekim suçun işlenmesinde kullanılacak olan araçların faile sağlanması, rahatlıkla suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi esnasında fiilin icrasını kolaylaştırma kapsamında anlaşılabilir. Zaten araç sağlanması dışındaki tüm maddi nitelik taşıyan yardımların cezasız kalmaması adına bu şekilde tüm maddi nitelik arz eden yardımları kapsamında bulunduran bir ifadeye yer verildiğine dikkat çekilmektedir²¹. Bu da göstermektedir ki, araç sağlamaya ayrıca yer verilmeksizin sadece fiilin icrasının kolaylaştırılmasının belirtilmesiyle yetinilebilirdi.

Buna rağmen her ne kadar Türk doktrininde bir görüş tarafından araç temini ile fiilin icrasını kolaylaştırma mutlak şekilde farklı addedilmiş ve aralarındaki sınır, araçların sağlandığı zamana göre belirlenmiş ve vasıtanın fiilin işlenmesinden evvel sağlanması durumunda “araç sağlanması”ndan, vasıtanın fiilin işlenmesi esnasında tedarik edilmesi halinde ise “fiilin icrasının kolaylaştırılması”ndan söz edilebileceği ileri sürülmüş²² olsa da, kanaatimize göre bu tür bir ayırım, oldukça suni ve göreceli olduğundan yerinde değildir²³. Kanun koyucunun, gerek 765 sayılı TCK döneminde gerekse 5237 sayılı TCK döneminde bu şekilde faile suçun işlenmesinde kullanılan araçların tedarik edilmesini ayrıca vurgulamasının pratikte pek bir öneminin olmadığı altı çizilmelidir. Zira suç işleyeceği bilinen bir kimseye araç sağlanması, bu araçların kullanılması halinde zaten fiilin icrasını kolaylaştırma olacakken suçun işlenmesinde kullanılmamış olan bir aracın faile temin edilmiş olması halinde iki ihtimalden biri gündeme gelecektir.

Araçların temininin, failde suç işleme kararının kuvvetlenmesi şeklinde bile olsa en ufak bir etkisinin olmaması halinde, aracı temin eden kişi bakımından gerek Türk hukukunda gerekse Alman hukukunda cezalandırılmayan akim kalmış yardım

21 Evik, s. 220.

22 Dönmezer/Erman, C. II, s. 530; Aydın, s. 179.

23 Koca/Üzülmez, s. 488; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 679. Nitekim Önder, bu görüşe karşı olarak suçun icrasını kolaylaştıran her türlü eylemin bu kapsamda değerlendirilebileceğini, bu nedenle bu tür hareketlerin suçun işlenmesinden evvel gerçekleştirilmiş olmasının şart olmadığını, suç işlenirken de suçun icrasının kolaylaştırılmasından söz edilebileceğini vurgulamıştır (Önder, C.II, s. 468). Bu yönde bir tartışmanın olduğuna dair bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 679; Akbulut, s. 665.

etmenin mevzu bahis olacağı yönündeki ilk ihtimal²⁴ bir tarafa bırakılıp ikinci ihtimal ele alındığında, failin kendisine sağlanan aracı fiilin işlenmesinde kullanmamasına rağmen söz konusu araçların fiili işleme konusundaki kararını artırması, kuvvetlendirmesi durumunda daha evvel değinildiği üzere kanundaki unsurlardan “suç işleme kararını kuvvetlendirme”nin gündeme gelebileceği, bu kapsamda da manevi yardım etmenin söz konusu olabileceği belirtilebilir²⁵. Buna göre bir kimsenin evine girmeye karar veren faile kapıyı açabilmesi için anahtar sağlanması ve fakat failin evin önüne gittiğinde kapının açık unutulması nedeniyle anahtara ihtiyacının kalmaması yahut da failin anahtarı kullanmayarak kapıyı kırması durumunda manevi yardım etmeden bahsedilebilecektir²⁶. Dolayısıyla sağlanan araçların fiilin işlenmesinde kullanılması ve fiilin işlenmesinin bu araçla mümkün kılınması yahut da kolaylaştırılması durumunda araç temin eden kişi, TCK md. 39 kapsamında yer verilen “suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırma” unsurundan bahisle yardım eden olarak sorumlu tutulabilecekken araçların fiilin işlenmesinde hiçbir şekilde kullanılmamış olması durumunda ise söz konusu araçların failin fiili işlemesi bakımından “en ufak bir etkisinin olması halinde” bu defa “suç işleme kararını kuvvetlendirme” unsurundan bahisle yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir²⁷. Şu halde “iş temini” unsurunun

-
- 24 Baumann, s. 136; Dönmezer/Erman, C. II, s. 530; Koca/Üzülmez, s. 488; Artuk/Gökçen/ Yenidünya, s. 667; Centel/Zafer/Çakmut, s. 501.
- 25 Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1996 § 64 III 2 a; Harro Otto, “Anstiftung und Beihilfe”, **JuS** 1982, s. 564; Aydın, s. 180; Evik, s. 218; Yaşar/Gökcan/Artaç, C. I, s. 1158. Failin fiili işleme kararının kuvvetlendirilmesi yoluyla da manevi yardım etmenin cezasızlığı için bkz. Hruschka, JR 1983, s. 178. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 11.04.2011 tarih ve 319/2167 sayılı kararında, olay sırasında iki farklı tabancadan ateşlendiği ekspertiz raporuyla anlaşılan toplam 16 adet (9+7) mermi kovanının elde edildiği, sanık Yücel’in silahla ateşine, mağdur-katılan Taner tarafından da aynı şekilde karşılık verildiği, böylece sanıklar Mürsel ve Yüksel’in mağdurlara tabancayla ateş ettiklerinin maddi delillerle ve tanık anlatımlarıyla tereddütsüz belirlenemediği, bu nedenle eylemlerinin diğer sanık Yücel’in yanında yer almak suretiyle suçun işlenmesini kolaylaştırmak olduğunun anlaşılması karşısında, haklarında TCK’nın 39. maddesinin uygulanması yerine, TCK’nın 37. maddesi uygulanmak suretiyle fazla ceza tayinini hukuka aykırı bulmuştur. Karar için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 667, dpn. 326; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 678, dpn. 326.
- 26 RGSt 58, 113 (Jescheck/Weigend, § 64 III 2 a); BGHSt 2, 129 (Baumann/Weber/Mitch/Eisele, § 26 kn. 103).
- 27 Bununla birlikte kanunda yer alan “fiilin işlenmesinde kullanılan” araçların sağlanması şeklindeki ifade, yardım etme için araç temininin mutlaka fiilin işlenmesinden evvel sağlanması gerektiği, aksi takdirde, fiilin işlenmesi esnasında sağlanan araçların kişiyi müşterek fail haline getireceği yönündeki argümana (Centel/Zafer/Çakmut, s. 501) bir gerekçe oluşturmayacak, yalnızca faile sağlanan aracın fiilin işlenmesinde kullanılmaması durumunda “araç sağlama” şeklindeki maddi yardım etmeden bahisle kişinin sorumlu tutulmasının önüne geçilmesini sağlayacaktır. Elbette belirtildiği üzere kişinin sağladığı araç, suçun işlenmesinde kullanılmış olmasa dahi failin fiili işleme kararını kuvvetlendirmiş olabilir ki bu defa da manevi yardım etmeden sorumluluk söz konusu olabilir.

yanı sıra “*araç temini*” de diğer unsurların içerisinde eritilebilecek durumda olduğundan mevcut kanuni düzenlemede olmasa da sorun teşkil etmeyecek unsurlardan biridir²⁸.

Zaten bu argümanımızın ne denli haklı olduğunu, Alman doktrininde araç sağlama ile fiilin icrasını kolaylaştırmanın birbirinden ayrı değerlendirilmemiş olması, her ikisinin de bir bütün halinde maddi anlamda yardım kapsamında telakki edilmiş olması açıkça ortaya koymaktadır. Değindiği üzere Alman Ceza Kanunu’nda TCK’da olduğu gibi yardım etme hareketlerinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiş, bu husus doktrine bırakılmıştır. Bu anlamda Alman hukuk doktrininde, “araç sağlama” değil de, araç sağlamayı da kapsamına alacak şekilde “fiilin icrasını kolaylaştırma” ön plana çıkmaktadır.

b. Fiilin İcrasını Kolaylaştırma

*Maddi anlamda yardım etme, failin işlediği fiilin üzerinde hakimiyeti bulunmayan kişinin bu hareketi azmettirme olmamak kaydıyla hukuka aykırı fiili ile bir başka kişinin fiilinin “dışardan görülebilecek” şekilde desteklediği her durumda söz konusu olabilir*²⁹. Buna göre bir kimseyi öldürme düşüncesinde olan bir kişiye, öldürme fiilini işlemesi için tabanca verilmesinin yanı sıra failin öldürülecek kişinin bulunduğu güzergaha otomobille götürülmesi ya da araçta beklenip suç işlendikten sonra failin taşınması³⁰, hırsızlık yapılırken el feneri tutulması, merdivenin olay yerine getirilmesi ve duvara dayanması³¹, fiilin işlendiği esnada apartmanın kapısında gözcü olarak beklenmesi yahut da suç işleme arzusunda olduğu bilinen

28 Türk doktrininde suçun icrasını kolaylaştırmadan söz edilirken fiile veya faile yönelik araç temin etme dışındaki kişisel hizmetlere işaret edilmiş, araç sağlama ile fiilin icrasını kolaylaştırma arasında yapay bir farklılık oluşturulmaya çalışılmıştır. Bkz. Evik, s. 220; Zafer, s. 480.

29 Volker Krey/Robert Esser, **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Stuttgart 2012, § 32 kn. 1071; Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Vahlen, München 2012, § 20 kn. 223; Bernd Schünemann, “Täterschaft und Teilnahme”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, 12. Auflage, De Gruyter, 2010, § 27 kn. 48; Uwe Murmann, **Grundkurs Strafrecht**, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2015, § 27 kn. 129; Baunack, s. 99; Rudolf Rengier, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2015, 45/85; Wolfgang Joecks, “Täterschaft und Teilnahme”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, Verlag C.H. Beck, München 2003, § 27 kn. 5; Koca/Üzülmez, s. 488.

30 “İnceleme dışı sanık Hakan’ın kimliği belirlenemeyen diğer şahıs ile birlikte maktulü bıçaklamak suretiyle öldürdükleri olayda, suçun işlenmesinden önce maktulün iş yerinde bulunduğunu bildiren ve suçun işlenmesi sırasında da kasten öldürme suçunun azmettiricisi olan sanık Yakup ile birlikte olay yerini görmeyen bir noktada araç içerisinde bekleyip eylemden sonra olay yerinden kaçmaya yardımda bulunan sanık Hasan’ın suça iştiraki, 5237 sayılı TCK’nın 39/2-c maddesi kapsamında suçun işlenmesinden önce maddi yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak, eylem sonrasında da olay yerinden kaçışa yardım etme suretiyle yardım eden niteliğindedir.” – YCGK, 03.06.2014, 109-305 - Akbulut, s. 665, dpn. 2023.

31 Haft, s. 222; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 671; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 682.

kişilerin birbiriyle tanıştırılması³² şeklindeki hareketler de maddi anlamda yardım etme olarak kabul edilebilecektir³³. Zira failin fiili üzerinde etki eden bu katkılarla birlikte fiilin işlenmesi için gerekli koşullar oluşturulmakta veya fiilin işlenmesi bir şekilde kolaylaştırılmaktadır. Nitekim gözcülükte de, fiilin işlenmesi esnasında söz konusu olabilecek muhtemel saldırılara karşı uyarı veya koruma fonksiyonunun üstlenilmesi söz konusudur³⁴.

Tam bu noktada gözcülük, üzerinde özel olarak durulması gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir defa daha en baştan gözcülük yaparak fiilin işlenmesine katkı sağlayan bir kimse, fail yahut da failin fiili üzerinde iştirakin üç derecesinden biri kapsamında etki edebilir ve buna göre de bu katkı, kişinin sorumluluğunu beraberinde getirebilir. Bu derecelerden ilki müşterek faillik olup bu etki, en üst katta yer alırken bir alt katta maddi anlamda yardım etme, en alt katta ise manevi anlamda yardım etme bulunmaktadır. Esasında maddi anlamda yardımla manevi anlamda yardım arasında kademeli bir ilişki bulunmamaktadır. Dolayısıyla buradaki sıralamamızın, manevi yardım karşısında maddi anlamda yardımın görülebilen, ispatı daha kolay, etkisi daha belirgin bir yardım olmasından kaynaklandığının altı çizilmelidir.

İncelemeye orta katta yer alan maddi anlamda yardım etme olarak nitelendirilen gözcülükten başlanması daha doğru olacaktır. Zira failin fiili işlediği esnada, gözcü olarak bekleyerek fiilin işlenmesine katkı sağlayan kişinin bu katkısı, kural olarak fiilin icrasını kolaylaştırıcı bir etki gösterir ki, bu da maddi anlamda yardım etme olarak nitelendirilir. Buna göre failin fiili işlediği anda kapıda gözcü olarak bekleyen kişinin, fiilin işlendiği yere doğru gelmekte olan kişilerin güzergahlarında çeşitli

32 Nitekim Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 04.06.2012 tarih ve 2012/1119, 2012/10319 sayılı kararında sanığın, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirmediği, ancak uyuşturucu madde almak isteyen şahısları, uyuşturucu satıcısı olan diğer sanıkla tanıştırmak suretiyle, diğer sanığın işlediği suçun icrasını kolaylaştırdığı dikkate alınarak, suçun işlenmesine yardım eden sanık hakkında TCK'nın 39. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmediği sonucuna ulaşmıştır (Artuk/Gökçen/Yenidünya, **TCK Şerhi**, C. I, 2. Baskı, s. 1330).

33 Geppert, s. 268. Bununla birlikte Türk doktrininde bazı yazarlar, TCK'da yer alan "fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak" ifadesi yer aldığından araç sağlama dışındaki fiilin icrasını kolaylaştıran her türlü maddi yardımın bu kapsamda telakki edildiğine dikkat çekmişlerdir. Bkz. Evik, s. 220; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1158. Kanaatimiz, *incelememizde belirttiğimiz üzere* araçların kullanılmasının kanunda ayrıca belirtilmesinin ne denli makul olduğu hususunda şüphelerin bulunduğu yönünde olduğundan araç teminin de pekala bu kapsamda kabul edilebileceği yönündedir. Öyle ki doktrinde bu tür bir harekete yer verilmesinin de, araç sağlama dışındaki her türlü maddi yardımın cezasız kalmaması arzusundan kaynaklandığına dikkat çekilmektedir (Evik, s. 220). Şu halde "araç sağlama" unsuruna ayrıca yer verilmeden de bu hareketle yetinilebilir, pekala araç sağlama da bu hareket kapsamına dahil edilebilir.

34 Önder, C.II, s. 468; Kühl, § 20 kn. 224; Stephan A. Osnabrügge, **Die Beihilfe und ihr Erfolg**, Ducker&Humblot, Berlin 2002, s. 137.

bahanelerle değişikliklere neden olması ve bu suretle failin fiilini güvence altına alması durumunda maddi katkılardan söz edilecek, bu da maddi yardım etme olarak nitelendirilecektir³⁵.

Bununla birlikte yardımda bulunularak fiilin icrasının kolaylaştırıldığından sözü edilebilmesi için yapılan bu katkıların fiil üzerinde hakimiyet elde edilmesi sonucunu beraberinde getirmemesi gerekir. Nitekim gözcü olarak beklemek gibi fiilin işlenmesinin kolaylaştırılması, başta fiilin ortak işlenmesine yönelik karşılıklı bir anlaşmanın bulunması olmak üzere koşullarının gerçekleşmesi halinde bir üst basamakta yer alan müşterek faillğe de bir temel teşkil edebilir³⁶. Bu anlamda Yargıtay tarafından verilen bir karara da dayanarak gözcülüğün fiilin icrasını kolaylaştırma, dolayısıyla da yardım etme olacağı görüşünü belirten Önder'in bu şekilde doğrudan bir sonuca ulaşması doğru deęildir³⁷. Benzer şekilde her ne kadar bazı kararlarında somut olayın koşulları üzerinde bütüncül bir değerlendirme yapıp isabetli kararlar verse de³⁸, Yargıtay'ın da son dönem verdiği bazı kararlarda doğrudan bir sonuca ulaşarak gözcülüğü müşterek faillik olarak nitelendirmesi yerinde deęildir³⁹. Elbette burada müşterek faillikle yardım etme arasındaki ayrımın belirlenmesinde, **ortaya konulan katkının suçun işlenmesi açısından önemi ve ağırlığı** önemli bir belirti olacaktır⁴⁰.

Keza bu tür katkıları sağlayan kişilerin müşterek fail olarak mı yoksa yardım eden olarak mı sorumlu tutulacaklarına ilişkin olarak yapılacak irdeleme bakımından fiile yapılan söz konusu katkıların ne zaman sağlanmış olduğunun tek başına bir önemi olmadığını da ifade etmek gerekir. Yani yalnızca bu katkıların failin fiili işlemesinden önce mi, yoksa fiili işlediği esnada mı gerçekleştirildiğinden hareketle, katkıyı

35 Hilgendorf/Valerius, § 9 kn. 147.

36 Kühl, § 20 kn. 224; Roxin, **AT II**, § 25 kn. 212; § 26 kn. 214; Krey/Esser, § 32 kn. 1074; Koca/Üzülmez, s. 488; Akbulut, s. 665; Hakeri, s. 571; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. I, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2014, s. 1155.

37 Önder, C.II, s. 468.

38 Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 03.03.2011 tarih ve 2011/400-1222 sayılı kararında aralarında arkadaşlık ilişkisi bulunan sanıklar İ. ve E. ile maktul S.'nin, olay tarihinde olayın meydana geldiği köprü altına giderek birlikte alkol aldıkları, burada sanıklardan E.'nin maktule, M. isimli kıza olan ilişkisini bitirmesini söylediği, maktulün bunu kabul etmediği, bunun üzerine sanık İ.'nin 13 bıçak darbesi ve taşla başına vurmalarıyla yardım eden olarak suça katıldığı olayda, sadece öldürme kastına yönelik çok sayıda bıçak darbesi ve taşla vurmanın canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçuna kanıt sayılamayacağı... yönünde bir karar vermiştir. Karar için bkz. Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 926, dph. 43.

39 Hakeri, s. 571. Örnek karar için bkz. Y. 6. CD., 04.04.2007, 4290. Türk doktrininde de gözcülüğü direkt olarak faillik kapsamında telakki eden görüşler için bkz. Hafızoğulları/Özen, s. 373.

40 Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf/Dieter Dölling/Christian Laue/Joachim Renzikowski, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Auflage, C.F.Müller, 2014, § 52 kn. 8; Evik, s. 196.

sağlayan kişinin fail ya da şerik olacağı yönünde bir sonuca ulaşılması yerinde değildir⁴¹. Gerçi 765 sayılı TCK döneminde Türk doktrininde yardım etme için iş ve vasıta tedarikinin suç teşkil eden hareketin icrasından evvel gerçekleştirilmiş olması gerektiği, bu tür katkıların suçun icrası ile aynı zamanda olduğunda müşterek failliği beraberinde getirebileceği yönünde bir takım görüşler ileri sürülmüş olsa da⁴² **faillik konusundaki kriter, hiçbir zaman salt vasıta temininin ne zaman yapıldığına bağlı tutulamaz**. Ancak elbette ortaya konulan katkının önemi ve ağırlığının belirlenmesinde, vasıtanın sağlandığı zamanın da göz önünde bulundurulacağına herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır⁴³. Dolayısıyla suçun tamamlanmasına kadar faile sağlanan araçlar da, araçları temin eden kişinin müşterek fail olmaması kaydıyla yardım etmeyi gündeme getirebilecektir.

Bu minvalde hakim, somut olayın koşullarını dikkate almak suretiyle katkıların önemini değerlendirip ilk olarak müşterek failliğin koşullarının oluşup oluşmadığını irdeleyecek, faillğe ilişkin şartların gerçekleşmemesi halinde, yani fiilin işlenişi üzerinde hakimiyetin bulunduğu tespit edilememesi halinde bu defa yardım etme üzerinden bir inceleme yapacaktır⁴⁴. Bu değerlendirme, fiilin işlenmesi için verilen

41 Suçun işlenmesi sırasında da pekala yapılan yardım, kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulması sonucunu beraberinde getirebilir. Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1158; Akbulut, s. 665.

42 Dönmezer/Erman, C. II, s. 530, 531.

43 Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1158. Nitekim *Dönmezer/Erman* da iki iştirak şekli arasındaki sınırları, katkının sağlandığı ana göre belirlenmesinin tam manasıyla bir ölçüt olamayacağına dikkat çekmiş ve yapılan katkıların somut olaydaki öneminin hakim tarafından takdir edilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır (Dönmezer/Erman, C. II, s. 531).

44 Aydın, s. 177; Evik, s. 196. Nitekim Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 22.01.2007 tarih ve 19090/134 sayılı kararında pencereye tırmanan diğer sanığı yukarı kaldırarak yardım edip gözcülük yapmak suretiyle eyleme katılan sanık hakkında 37/1. madde yerine 39/2. maddenin uygulanması kanuna aykırı görülmüştür. Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1159. Bu noktada somut olayın koşullarını dikkate almak suretiyle katkıların önemini değerlendirilip bir sonuca ulaşılması gerektiği yönündeki tespit açısından *Yaşar/Gökcan/Artuç* tarafından verilen şu örnek oldukça açıklayıcı görünmektedir: “*Bir dağ evinin soyulmasında gözcülük yapan kişinin eylemi, yalnızca kolaylaştırıcı bir işleve sahip iken, şehir merkezindeki bankanın soyulmasında faile telsizle cadde üzerindeki durumdan bilgi veren kişinin eylemi, suçun işleniş bakımından büyük bir öneme sahip bulunmaktadır.*” Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1158, 1159. Benzer şekilde Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 15.06.2006 tarihli kararı da somut olayın bütün koşulları dikkate alınarak bir sonuca ulaşılması açısından önemli bir örnek teşkil etmektedir: “*Yerel mahkemenin tüm dosya ve deliller kapsamında edindiği kanaate göre, başından beri maktulü etkisiz hale getirerek üzerindeki anahtarları alıp o şekilde hırsızlık yapma konusunda diğer sanıklarla anlaşan, olay gecesi de tamamen diğer sanıklarla birlikte hareket eden, diğer sanıkların maktule yönelik eylemleri sırasında yanlarında bulunan, kendinden geçen maktulün bagajına yüklenmesine yardımcı olan, otomobili kullanan, öldüğü düşünülen maktulün irmağa atılması eylemine bizzat katılan, ardından yapılan hırsızlık eyleminde etkin rol oynayan ve çalınan paraları diğerleri ile paylaşan, böylece öldürme suçunun hareketi ve neticesi üzerinde diğer sanıklarla birlikte hakimiyet kurduğu anlaşılan, sanık Semih'in öldürme suçunun faili olduğunun kabul edilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, tebliğnamede yer alan sanık Semih hakkında öldürme suçuyla ilgili olarak 5237 sayılı Yasanın 39. maddesinin uygulanması yönündeki görüşe itibar edilmemiştir.*” Bkz. M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, **TCK Şerhi**, C. 2, 1. Bası, md. 39.

kararın icra ediliş biçimi, olay öncesinde, esnasında ve sonrasında gerçekleştirilen davranışların birlikte dikkate alınması suretiyle yapılır⁴⁵.

Bu hususa ilişkin olarak 765 sayılı TCK'da söz konusu katkılar ortaya konulmaksızın failin fiili işleminin mümkün olmadığı, bu minvalde yapılan katkıların zorunlu olduğunun tespit edilmesi halinde artık yardım etmeden söz edilemeyeceğini, yani failliğin gündeme geleceğini içeren düzenleme de (md. 65) bu açıdan değerlendirilmekteydi⁴⁶. Bununla birlikte mevcut ceza kanununda bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, fiil hakimiyeti prensibinin benimsenmesiyle bu düzenlemeye gerek kalmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu da, Türk doktrininde söz konusu düzenlemenin yürürlükten kaldırılmasına ve "fiil hakimiyeti" prensibine yöneltilen eleştirilerin⁴⁷ ne denli yersiz olduğunu göstermektedir. Diğer bir ifadeyle bu kriterle birlikte faillik-şeriklik ayrımı konusunda hangi teorinin benimsendiği belli olmayan 765 sayılı TCK'da mevcut olan bu tarz bir düzenleme (md. 65) tamamen gereksiz hale gelmiştir⁴⁸. Nitekim bu şekilde bir düzenleme ihdas edilmemiş olsa bile, işlenen fiile kasıtlı olarak katkıda bulunan bir kimsenin katkısının fiilin işlenişi üzerinde hakimiyet sağlaması sonucunu da beraberinde getirecek derece önem arz etmesi durumunda artık yardım etmeden değil, müşterek faillikten söz edilecektir⁴⁹. Bu husus, TCK md. 37'nin gerekçesinde yer alan "...gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir." şeklindeki ifadelerden de anlaşılmaktadır. Bu bakımdan suç işlenirken gözcülük yapılması şeklindeki katkının müşterek failliği beraberinde getirebilmesi için bu gözcülüğün, failin fiili neticeye başarıyla ulaşacak şekilde gerçekleştirmesi açısından

45 Evik, s. 200.

46 Dönmezer/Erman, C. II, s. 531.

47 Hafizoğulları/Özen, zorunlu yardım etmenin öngörülmediği 5237 sayılı TCK'nın iştirak kurumunu kısırlaştırdığını, yenilik denen şeyin "suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet olduğu"nu, bunun hiçbir maddede yer almadığını ifade etmişlerdir (Hafizoğulları/Özen, s. 372). Önemle belirtmek gerekir ki, iştirak kurumlarının birbiriyle iç içe geçmesinin önüne geçilmesi, kısırlaştırma değil, bir kurumun belirli bir kriterle belirli hale getirilmesidir. Bu konuda gerekli açıklamalar için bkz. Özgenç, s. 555.

48 Özgenç, s. 555.

49 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 677.

önemli bir nitelik arz etmesi gerektiğinde herhangi bir tereddüt yoktur⁵⁰. Dikkat edilmelidir ki burada fiilin işlenmesi bakımından katkının zorunluluğundan söz edilmemekte, yalnızca fiilin işlenmesinde önemine vurgu yapılmaktadır. Yoksa zaten fiilin işlenmesi açısından zorunlu olduğu bilinen bir katkıyı sağlayan kişinin, yardım eden olarak değil de müşterek fail olarak sorumlu tutulacağında şüphe bulunmamaktadır⁵¹.

Nihayet en alt derecede manevi anlamda yardım etme yer alacaktır ki, bu da gözcülüğün müşterek faillik niteliğinde olmaması ve maddi bir niteliği haiz olmaksızın sadece failin fiili işlerken kendisini güvende hissetmesine neden olacak derecede olması durumunda gündeme gelir. Buna göre failin fiili işlemesi esnasında olay yerine birilerinin gelmemesi durumunda, yani *ex post* bir yaklaşım sergilendiğinde gözcü olmasaydı da failin fiili rahatlıkla işleyebileceğinin anlaşılması halinde, gözcünün katkısının maddi nitelikte olmadığı, sadece failin gözcü sayesinde kendisini güvende hissettiği ve fiili daha rahat bir şekilde işlediği yönündeki tespitlerle birlikte failin suç işleme kararının kuvvetlendirildiği ve bu suretle gözcülüğün artık yalnızca manevi bir nitelik arz ettiği ifade edilebilecektir⁵².

Tüm bunların yanında yardımsal katkının mutlaka fail tarafından işlenen fiil bakımından nedensel olması da gerekir. Bununla birlikte yardım etme niteliğindeki hareketlerin, tipe uygun netice bakımından nedensel olması gerekse de bu, nedenselliğin mutlaka “olmazsa olmaz niteliği haiz olması” gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Buna göre yardımsal katkılar, olmazsa olmaz niteliği haiz olmasalar bile failin fiilini kolaylaştıran veya en azından herhangi bir şekilde destekleyen nitelik

50 Krey/Esser, § 32 kn. 1074; Aydın, s. 183; Koca/Üzülmez, s. 448, 449; Zafer, s. 480; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1158. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.05.2011 tarihli 59-85 sayılı kararında *sanıkların maktul ile yaşadıkları olay nedeniyle aldıkları suç işleme kararı ve yaptıkları etkin işbölümü çerçevesinde hareket ederek sanıklardan birinin gözcülük yaparak diğerlerinin silahlarla bara girip maktule ateş ederek ölümüne neden oldukları olayda tüm sanıkların suçta TCY'nun 37. maddesi anlamında doğrudan fail olarak katıldıklarının kabulünün gerektiği* sonucuna ulaşmıştır (İlhan/Erel/Fazla/Halitoğlu ve diğerleri, s. 203 – Aktaran Koca/Üzülmez, s. 449, dpn. 1472).

51 Bu açıdan Türk doktrininde zorunlu katkılarının faillik olduğu yönündeki ifadenin yerindeliği şüphesiz ki tartışmaya açık değildir. Burada tartışılması gereken esas husus, zorunlu katkılarının failliği beraberinde getirip getirmeyeceği değil, zorunlu olmayan ve fakat fiilin işlenmesi açısından önem arz eden katkılarının failliği beraberinde getirip getirmeyeceğidir. Dolayısıyla doktrinindeki “katkının zorunluluğu” kriteri üzerinde duran görüşlerin (Hafizoğulları/Özen, s. 374) halen bunu tartışma konusu yapmaları soru işaretlerini içerisinde barındırmaktadır.

52 Seher, s. 794; Krey/Esser, § 32 kn. 1074.

de arz edebilir⁵³. Nitekim yardım eden konumundaki A'nın, B'ye temin ettiği silahla C'nin öldürülmesi, matkapla firmanın kasasını delmeye çalışan C'ye yemek ve içecek getiren D'nin getirdiklerini yiyip içen C'nin daha hızlı ve canlı bir şekilde çalışmaya başlaması, F'nin E'ye karşı cinsel saldırı suçunu işlediği esnada E'nin çıkardığı seslerden şüphelenen ve evin bahçesine kadar gelen komşuları sıkıntı olmadığını söyleyerek insanları uzaklaştıran bekçi G'nin gözcülük yapması, failin fiilin işleneceği olay yerine bir araçla götürülmesi şeklindeki olayların her birinde maddi yardımda bulunan kişilerin her birinin katkısının maddi anlamda yardım etme olarak değerlendirileceği noktasında herhangi bir soru işareti yoktur⁵⁴.

2.2. Manevi Anlamda Yardım Etme

Bir fiilin yardım etme olarak değerlendirilmesi, söz konusu katkının failin fiili üzerindeki etkisinin mutlaka maddi anlamda olmasına bağlı olmayıp bu katkı, failin kararı üzerinde etki göstermesi gibi şekillerle failin manevi durumu üzerinde maddi olmayan nitelikte bir etkiye de sahip olabilir⁵⁵. Bu noktada önem arz eden husus, daha evvel de üzerinde durulduğu üzere katkının manevi nitelikte olması değil, katkının meydana getirdiği etkinin manevi nitelikte olmasıdır. Zira katkının bizatihi kendisi, maddi nitelik taşımasına rağmen fail üzerinde manevi bir etki oluşturmuş da olabilir. Dolayısıyla katkının maddi bir nitelik arz etmesi, bu yardımsal katkının da muhakkak

53 Özgenç, s. 553; Erdem, s. 213; Evik, s. 218. *Yazı yazmasını bilmeyen sanığın tehdit mektubunu onun dikte etmesi üzerine yazan kişinin tehdit suçuna suçun icrasını kolaylaştırma suretiyle yardım eden olarak iştirak ettiği* kabul edildiği Yargıtay kararında (Y. 4. CD. 14.11.1979, E. 1979/6677, K. 1979/6701 - Dönmezer/Erman, C. II, s. 531) yardımsal katkıda bulunan kişiye yöneltilen zorlama bir tarafa bırakılıp bizatihi mektubu yazma şeklindeki yardımsal katkısı değerlendirilir ve “olmazsa olmaz” yaklaşımı ile bir irdeleme yapılırsa bu defa “*Mektubu bu kişi yazmasaydı da başkası yazardı.*” yaklaşımı sergilenerek sorumluluktan kurtulması yoluna gidilebilirdi. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere kesinlikle olmazsa olmaz şeklindeki bir nedensellik anlayışı ile inceleme yapılmayacak, failin fiilini en düşük dereceli bir kolaylaştırma dahi yardım etme kapsamında telakki edilecektir (Koca/Üzülmez, s. 487).

54 Bkz. Dönmezer/Erman, C. II, s. 530.

55 Dönmezer/Erman, C. II, s. 531; LK-Schünemann, § 27 kn. 12; Wolfgang Schild, in **Nomos Kommentar**, Band 1, 4. Auflage, 2013, § 27 kn. 9; Charalambakis, s. 633; Baunack, s. 97; Kristian F. Stoffers, “Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht”, **Jura 1993**, s. 11; Bernd Herinrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Kohlhammer, Tübingen 2015, kn. 1322; Satzger, s. 515; Kühl, § 20 kn. 223; Seher, s. 795.

maddi anlamda yardım etme olarak kabul edilmesi gerektiği anlamına gelmeyecektir⁵⁶. Bu minvalde faile fiili işlemesi için sağlanan bir silahın, hiçbir şekilde fiilin işlenmesinde kullanılmamış olması ve fakat silahın sağlanmasının faildeki fiili işleme kararının kuvvetlenmesine neden olması durumunda maddi nitelikli katkının manevi etkisinden söz edilecek ve temin edilen araç hiç kullanılmamasına rağmen, araç tedarik eden kişi, işlenen fiilden yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir.

Bununla birlikte salt fiilin işlendiği yerde bulunma yahut da planın hazırlanmasına katılma gibi fiillerin de her durumda kişinin manevi yardım eden olarak sorumlu olması sonucunu doğurduğu belirtilemez. Öyle ki bu bakış açısıyla hareket edildiğinde, yardım etmenin cezalandırılabilirlik alanı katlanılmaz derecede genişler ve düşman ceza hukuku anlayışıyla düşüncenin dahi ceza yaptırımına altına alınması gündeme gelir⁵⁷. Bu anlamda manevi anlamda yardım etme, henüz azmettirme hareketinin eşiğine geçmiş olmasa bile yine de izin verilmeyen riski aşacak şekilde yardımsal katkının faile veya failin fiiline yönelik manevi bir etki oluşturması durumunda söz konusu olabilecektir⁵⁸, bu bakımdan da manevi anlamda etki oluşturan katkılarla netice arasında nedensel bir bağın bulunmasının hiçbir şekilde aranmayacağı yönünde bir sonuca ulaşılmayacaktır⁵⁹. Zira manevi yardım, işlenen fiil bakımından failin ruhsal durumu üzerinde, bu çerçevede fiil ya da fiilin neticesi üzerinde etki eder⁶⁰. Bu anlamda bu yardım türünde kişinin yaptığı yardımın etkisi, failin fiilinden çok failin kendisine yöneliktir⁶¹. Fakat bu etkinin maddi yardımda olduğu gibi kolaylıkla tespit edilebilir bir niteliği haiz olmadığı da üzerinde durulması gereken

56 Satzger, s. 515; Bu bağlamda *Roxin* tarafından manevi yardım etmeden bahsedilirken manevi yardım etme durumlarında kişinin vücutsal katkısından değil, yalnızca fikirsel katkılarından, fiilin işlenişine katılımdan söz edileceğine dair açıklamalarını (*Roxin, FS-Miyazawa*, s. 505; *Roxin, AT II*, § 26 Kn. 197) yerinde görmediğimizi önemle vurgulamak gerekir. Bu çerçevede manevi yardım etmenin plan üzerinde çalışma gibi maddi yardım söz konusu olmayacak şekilde bir anlam ifade ettiğini belirten *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*'nin görüşüne de katılmadığımızı ifade etmek gerekir. Bununla birlikte daha evvel de ifade ettiğimiz üzere sırf bu nedenlerden dolayı, yani maddi nitelikte katkıların aynı zamanda manevi anlamda yardım etme olarak da kabul edilebilir nitelikte olması hasebiyle *Renzikowski*, yardım etmenin bu iki türü arasındaki ayrımı gereksiz görmüştür (*Maurach/Gössel/Zipf*, § 52 kn. 7). Ayrıca bu konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Muhammed Demirel, **Suçta İştirakte Bağlılık Kurah**, Doktora Tezi, İstanbul 2017.

57 Satzger, s. 515.

58 *Roxin, AT II*, § 26 kn. 198; *LK-Schünemann*, § 27 kn. 49; *Rengier*, 45/86; *Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer 2015, § 10 kn. 299; *Günther Heine/Bettina Weißer*, "Täterschaft und Teilnahme", **Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2014, § 27 kn. 15; Farklı ihtimaller dahilinde inceleme için bkz. *Charalambakis*, s. 634.

59 *Schünemann*, § 27 kn. 12.

60 *Roxin, FS-Miyazawa*, s. 501, 505; *Kühl*, § 20 kn. 225.

61 *Seher*, s. 795.

bir husustur⁶². Öyle ki bizatihi kendisinin “renksiz” bir kavram olduğu kabul edilen⁶³ yardım etme bakımından yapılan bu yorum karşısında, manevi yardım etme açısından bir takım zorlukların ortaya çıkması oldukça normaldir. Ancak bu zorlukların bütün manevi anlamda yardım etme türleri açısından var olduğu da belirtilemez. Zira faile bir takım ip uçları vermek suretiyle fiilin işlenişini kolaylaştıran veya ilk alanda mümkün kılan teknik tavsiye niteliğindeki yardımsal hareketlerde bu noktada pek bir sorun ortaya çıkmamaktadır⁶⁴. O halde bu zorlukların daha iyi incelenebilmesi için manevi anlamda yardım etme türlerinin ayrı olarak ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

Bu çerçevede Türk hukukunda açık kanuni düzenlemeden kaynaklı olarak suç işlemeye teşvik etme, suç işleme kararını kuvvetlendirme, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunulacağı yönünde vaatte bulunma ve nihayet suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösterme hareketleri manevi yardım etme olarak kabul edilirken⁶⁵ Alman doktrininde teknik anlamda yol gösterme, failin ceza soruşturmasına tabi tutulmasını önlemeye yönelik davranışlar veya failin suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi yahut da kararın sabit kılınması şeklindeki hareketler bu kapsamda telakki edilmektedir⁶⁶. ***Dolayısıyla bu konuya ilişkin olarak Türk hukuku ile Alman hukuku arasında bir mukayese yapıldığında Alman doktrininde suç işlemeye teşvikten söz edilmediği, bunun dışındaki durumların her birinin karşılığının bulunduğu ifade edilebilir.*** Buna rağmen incelememizde Türk hukuku merkezde yer aldığından öncelikle suç işlemeye teşvik ele alınacak, yeri geldiğinde Alman hukukunda kabul edilen davranışlar üzerinde durulacaktır.

a. Suç İşlemeye Teşvik Etme

Suç işlemeye teşvik etme, zaten suç işleme düşüncesi bulunan ve fakat bu konuda henüz tam manasıyla karar vermemiş olan bir kimsenin⁶⁷, kesin olarak karar vermesine

62 Roxin, **AT II**, § 26 kn. 197; Heinrich, kn. 1322; Kühl, § 20 kn. 226.

63 Joecks, § 27 kn. 5.

64 Roxin, **AT II**, § 26 kn. 198.

65 Koca/Üzülmez, s. 487; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 671; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 682; Zafer, s. 478; Soyaslan, s. 483; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1156; Akbulut, s. 665; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 919.

66 Schünemann, § 27 kn. 49.

67 Erdem, s. 214. “*Fiili işlemeye yönelik karar*” kavramının, kasta eşdeğer olduğu ve isteme unsuru olarak kullanıldığı ifade edilmiştir. Nitekim kast, objektif tipiklik unsurlarının bilinmesi ve istenmesi olduğundan kastın isteme unsuru da tipik hareketin gerçekleştirilmesine yönelik karar ve bu kararın icraya dökülmesinden ibaret görülmektedir. Buradan hareketle istemenin iki fonksiyon icra ettiği kabul edilir. Detaylı açıklamalar için bkz. Baunack, s. 105.

yönelik gerçekleştirilen sözlü veya fiili davranışlardır⁶⁸. ***Kişinin aklında belli bir kimseye yönelik belirli bir suçun işlenmesi yönünde bir düşünce olmasına rağmen bir türlü icraata geçemediği bir durumdan haberdar olan bir başka kimsenin, bu kişiye karşı düşüncelerini kesin bir karara dönüştürücü sözleri ya da davranışları, azmettirme olarak değil, suç işlemeye teşvik kapsamında manevi yardım etme olarak telakki edilecektir***⁶⁹.

Bununla birlikte failde fiili işleme konusunda düşük dereceli bir karar bulunmasına rağmen fiili işleme konusunda gerçek anlamda bazı kuşkuvarın mevcut olması halinde failde fiili işleme yönündeki kararın varlığı noktasında soru işaretleri gündeme gelecek ve bu defa kişinin bu şüphelerini gidermeye çalışan kişi, manevi yardım eden olarak değil, azmettiren olarak nitelendirilecektir⁷⁰. Bu çerçevede failin fiiline yönelik katkının, azmettirme aşamasına geçmeden yardım etmenin sınırları içerisinde kalabilmesi için, **“failde daha evvelden fiili işleme yönünde bazı düşük dereceli tereddütler dışında”** büyük oranda bir kararın mevcut olması gerekmektedir. Yani failde hasıl olan ilgili fiilin işlenmesi yönündeki karar, şerik tarafından oluşturulmuş olmamalıdır. Aksi takdirde yardım etmeden değil, azmettirmeden söz edilir.

Bu anlamda kişinin kararsız olması halinde doğrudan azmettiren ya da yardım eden olduğu yönündeki bir tespit yerinde olmayacaktır. Bu aşamada kişideki kararsızlıkların giderilmesinin azmettirme mi yoksa yardım etme mi olduğu, tamamen bu kişideki kararsızlığın derecesine bağlı olacak, bunun değerlendirmesi de hakim tarafından yapılacaktır. Dolayısıyla da Türk doktrininde suç işleme fikri ve düşüncesi olan ve fakat suçu işleyip işlememe noktasında kararsızlığı bulunan kişinin, suçta

68 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 672; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 684; Hakeri, s. 584; Zafer, s. 479; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1156; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 931; Akbulut, s. 666; Özkan, s. 252.

69 Dönmezer/Erman, C.II, s. 532; Önder, C.II, s. 469; Erdem, 214; Aydın, s. 185; Evik, s. 202; Koca/Üzülmez, s. 489; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 672, 673; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 684; Centel/Zafer/Çakmut, s. 481; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1156; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 931. Bu noktada failin suça yönlendirilmesi için söylenen sözler ve davranışlar dikkatlice değerlendirilmelidir. Burada da failin, şerikle karşılaşmadan evvel suçu işlemeye ne derece kararlı olduğuna dair tespitler yapılmalı, şerikin davranışının etkisi belirlenmeye çalışılmalıdır. Yargıtay, bu konuda bilhassa belirsiz durumlarda *haklı olarak* şeriki azmettiren olarak değil de yardım eden olarak sorumlu tutma eğilimi göstermektedir. O kadar ki Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 05.06.2007 tarih ve 19077/7271 sayılı kararında faille iş yerindeki kasada para olduğundan söz eden ve kasanın anahtarının yeriyile ilgili bilgi veren ve çalınan bilgisayarın satışını gerçekleştiren kişinin bu davranışları, azmettirme değil, yardım etme olarak kabul edilmiştir. Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1159. Benzer şekilde Yargıtay 1. Ceza Dairesi, silahla kasten yaralama suçunun aslı failin olan sanık Ramazan'ın olay esnasında araçtan tüfeği alıp fişekleri doldurduktan sonra, sanık Ahmet'in “vur ulan şunları” şeklinde beyanda bulunması karşısında, sanık Ahmet'in suç işlemeye teşvik suretiyle eyleme iştirak ettiği gözetilmeyerek azmettirmeden hüküm kurulmasını kanuna aykırı bulmuştur (Y. 1. CD., 23.05.2007, 4007 - Hakeri, s. 592).

70 Krey/Esser, § 32 kn. 1077.

yöneltirmesinin direkt olarak yardım etme olacağı yönündeki genel kabul⁷¹ tam anlamıyla yerinde değildir. Bu minvalde kanaatimize göre suçu işleme yönünde bir fikri bulunan, ancak henüz tam manasıyla karar vermemiş, bununla birlikte fiili işleme hususunda da kararsızlığı ya da tereddütleri bulursa da bu tereddütlerin oldukça düşük dereceli olduğu bir durumda, kişinin tam anlamıyla karar vermesinin sağlanması, suç işlemeye teşvik olup bu, kararın kuvvetlendirilmesine göre bir üst basamakta yer almaktadır. Zira ilerleyen kısımlarda da görülecek olduğu üzere **kararın kuvvetlendirilmesinden söz edilebilmesi için teşvikteki durumdan farklı olarak tam anlamıyla karar vermiş bir kimse söz konusu olmalıdır.**

Ayrıca kişinin var olan düşüncesini aşan, başka bir karara yönelik fikirler ileri sürülmesi suretiyle kişinin düşüncesi dışında bir karara ulaşmasına neden olunması halinde artık suç işlemeye teşvikten değil, azmettirmeden bahsedilecektir. Dolayısıyla bir kimsenin malikanesini soymayı düşünen ve fakat bundan tam manasıyla emin olmayan bir kimseye malikane sahibinin hafta sonları malikanede olmadığı ve rahatlıkla malikaneye girilebileceği yönünde bilgi verip yanında bulunan malikanenin de ünlü bir iş adamına ait olduğu, oraya da girilebileceği yönünde mevcut düşünceye ek bir karar oluşturulması halinde artık failin aklındaki malikaneye girmesi bakımından manevi yardım etme, diğer ünlü iş adamının malikanesine girmesi açısından ise azmettirme gündeme gelecektir.

Kanaatimize göre **bu konu kapsamındaki zorluk, suç işlemeye teşvik etmeyle azmettirme arasındaki farkın ne olduğu hususundan ziyade suç işlemeye teşvik etmeyle suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi arasındaki farkın ne olduğu noktasında ortaya çıkacaktır.** Zira azmettirme, ancak failde fiili işleme yönünde kararın bulunmadığı ve fakat faile yönelik olarak etkide bulunan kişi tarafından bu kararın oluşturulduğu yahut da “önemli şüpheleri ve kararsızlıklarının söz konusu olduğu ve bunların giderildiği durumlarda gündeme geleceği” hallerde söz konusudur⁷².

İlk bakışta suç işlemeye teşvikin de suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi

71 Aydın, s. 185; Koca/Üzülmez, s. 489; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1156; Nitekim *Dönmezer/Erman*’ın da suç işlemeye teşvik kapsamında kararsızlığı yahut da suçu işleme noktasında tereddütleri bulunan failden söz edilmediğine dikkat çekmek gerekir (Dönmezer/Erman, C.II, s. 532). Bununla birlikte azmettirme ile yardım etme arasındaki fark ortaya konulurken bunun fiil işlenmeden taraflar arasında bir anlaşmanın bulunup bulunmadığına indirgenmesi, bu şekilde bir etkenden söz edilmesi de (Centel/Zafer/Çakmut, s. 481) makul görünmemektedir.

72 Joecks, § 27 kn. 13; Andreas Hoyer, “Täterschaft und Teilnahme”, *Systematischer Kommentar*, Band 1, 7. Auflage, 2001, § 27 kn. 12.

kapsamında anlaşılabilceği sonucuna ulaşılabilirse de aradaki ince çizginin düşünce ile karar arasındaki farkın belirlenmesi noktasında yer aldığı belirtilmelidir. Nitekim ilkinde henüz tam manasıyla karar vermemiş ve fakat ilgili suçu söz konusu kimseye karşı işlemeyi aklından geçiren bir kimse söz konusuyken ikincisinde zaten karara sahip olan bir kimsenin kararının pekiştirilmesi mevzu bahistir. Dolayısıyla bir kimseye söz konusu kararını icraata geçirmesine yönelik olarak fiili veya sözlü davranışlarda bulunma ve böylelikle kişinin kararlılığında belli bir oranda artışa neden olma, suç işlemeye teşvik olarak değil, suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi olarak telakki edilecektir. Şu halde “...teşvik, failin suçu işleme kararını desteklemek ve onu kararını uygulamaya sürüklemektir...” ifadeleriyle Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında⁷³ teşvik olarak anlaşılan belli bir karara sahip olan kişinin bu kararını uygulamaya sürüklenmesi, suç işlemeye teşvikten ziyade suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi olarak anlaşılmalıdır.

Buradan da anlaşılmaktadır ki, bu iki kavram arasındaki belirsizlik, esasında her ikisinin de birbiriyle iç içe geçmiş olmasından kaynaklanmakta olup bu durum, aralarındaki farklılaştırmanın suniliğini göstermektedir. Gerçekten de Türk doktrini irdelendiğinde suç işlemeye teşvikle suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi arasında net bir ayrımı sağlayacak kriterleri ortaya koyacak yeterli açıklamaların bulunmadığı dikkat çekmektedir⁷⁴. Bunun nedeni, bu konu üzerinde yeterince çalışılmaması ya da düşünülmemesi değil, bilakis bu kavramlar arasında net bir ayrımın yapılmasını sağlayacak kriterlerin ortaya konmasındaki zorluk karşısında böyle bir ayrımın yapılmasının ne derece yerinde olduğu sorusunun varlığıdır. Öyle ki kanaatimize göre Alman doktrininde suç işlemeye teşvikten ayrıca söz edilmemesi, bilakis suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi kapsamında telakki edilmesi de bu durumu doğrulamaktadır. Şu halde suç işlemeye teşvikten ziyade suç işleme kararının kuvvetlendirilmesinin ele alınması daha makul olacaktır.

b. Suç İşleme Kararının Kuvvetlendirilmesi

Manevi yardım etme, daha çok suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi şeklinde gündeme gelmektedir⁷⁵. *Her ne kadar bir kimsenin, belirli bir kişiye yönelik olarak*

73 YCGK 20.03.1978/1-19, K. 1978/93 (YKD, 1978, sy. 6, s. 1007); 23.10.1989 tarih ve 1-235/302 sayılı kararında da Ceza Genel Kurulu, teşviki faildeki suç işleme kararının desteklenmesi ve pekiştirilmesi olarak nitelendirmiştir (Önder, C.II, s. 469).

74 Bkz. Koca/Üzülmez, s. 489; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1156.

75 Baunack, s. 97; Baumann/Weber/Mitch/Eisele, § 26 kn. 100; Hilgendorf/Valerius, § 9 kn. 147.

belirli bir suçta işleme yönünde bir kararı olsa da kişinin bu kararını pekiştirici her türlü söz yahut davranış, suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi anlamına gelecektir⁷⁶. Bu kapsamda elbette ilgili davranışların failin kararına ne derece etki ettiğine ilişkin tespit bakımından bir sorunla karşılaşmaktadır ki, bu da tamamen nedensellik ile ilgili bir husus olarak görülebilir. Bilhassa *suç işleme kararı olan bir kimsenin bu kararının sabit kılınmasının ne derece manevi yardım etme olarak nitelendirileceği* oldukça muallak bir meseledir. Türk hukukunda çok fazla üzerinde durulmayan bu konuya ilişkin olarak Alman literatüründe üç farklı görüş ileri sürülmüştür:

Birinci görüşe göre nedensellik koşulundan vazgeçmek suretiyle her türlü etkilemeye dönük hareket üzerinde cezalandırılabilirlik kabul edilmekteyken⁷⁷ ikinci görüşü temsilen bir kısım yazar, fiilin işlenmesi yönünde failde mevcut olan kararın sabit kılınması suretiyle manevi yardım etme imkanını, bu tür içsel etkilemelerin fiil üzerindeki nedensel katkısı tam anlamıyla yeterli görülmediğinden ve ispat bakımından birtakım zorlukların mevcut olmasından dolayı kural olarak reddetmektedir⁷⁸. Ancak ikinci görüşteki bazı yazarlar, ilginç bir şekilde bu tür bir etkilemenin fiil üzerinde değil de fail üzerinde olduğu görüşünü benimseyerek yardım etmeden değil de azmettirmeden söz edilebileceğini, belki bu noktada bir tartışmanın yapılabileceğini

76 Dönmezer/Erman, C.II, s. 532; Önder, C.II, s. 469; Erdem, s. 214; Koca/Üzülmez, s. 489; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1156; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 933.

77 BGHSt 40, 307, 315; BGH NSTZ 1999, s. 609, 610 (Murrmann, § 27 kn. 130); Rengier, 45/88.

78 Nitekim *Samson*, bu etkileme kapsamındaki nedenselliğin neredeyse ispatlanamaz olduğuna, bununla ilişkili olarak kişinin bu tür durumlarda yardım eden olarak sorumlu tutulmasıyla “şüpheden sanık yararlanır (*in dubio pro reo*)” ilkesinin önemsenmediğine, oysa ki “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince bu durumların en fazla teşebbüs aşamasında kalmış yardım etme olarak kabul edilebileceğine değinmiştir. Zira bu tür içsel anlamda etkilemenin söz konusu olduğu durumlarda manevi katkı ile netice arasında nedenselliğin kesin bir şekilde tespit edilebilir olmadığı belirtilmektedir (Samson, § 27 kn. 15). *Roxin*, bu görüşün haklı olarak mahkeme kararlarının yardım etmenin kapsamını genişletmesi nedeniyle ortaya çıkan endişelere işaret ettiğini ifade etmiş, fakat failin fiili işleme kararı üzerinde nedensel katkısının her daim ispatlanabilir olmadığı şeklindeki tespitin yerinde olmadığına, pekala failin içindeki bir takım şüphelerin giderilmesi veya faili cesaretlendirmek suretiyle fiili işleme yönünde ek nedenler sağlayan yahut da fiilin içerdiği haksızlık yoğunluğunu artıran kişi bakımından nedenselliğin belirlenebilir olduğuna işaret etmiştir (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 208). Bununla birlikte *Hruschka*'nın failin fiili işleme kararının salt kuvvetlendirilmesinin failin fiilini işlemesini kolaylaştırma anlamında bir fayda sağlamayacağı ve dolayısıyla da yardım etmenin koşulunun gerçekleşmeyeceği yönündeki itirazına (Hruschka, JR 1983, s. 178; Bu görüşe hak verenler için Joecks, § 27 kn. 43; Kühl, § 20 kn. 226) karşı olarak hem mantığa hem de kelime anlamına göre failin kararlılığının sabit kılınmasını sağlayacak bir hareket yapısının gerçeğe uygun olduğu, bu yardım etme şeklinin de failin kararını gerçekleştirmesi bakımından lehe bir durum sağladığı, bununla da riskin mağdurun aleyhine artırıldığı belirtilmiştir (Murrmann, § 27 kn. 130).

ileri sürmektedirler⁷⁹. Nihayet bu kapsamda Alman mahkeme kararlarında benimsenen üçüncü görüş tarafından adeta konuya daha yüzeysel bir yaklaşım sergilenerek doğrudan manevi yardım etme kabul edilmekte⁸⁰, bir tehlike suçu olarak kabul edilen yardım etmenin özellikle tehlikeye temel teşkil ettiğinden bahisle kapsamı oldukça geniş tutulmaktadır⁸¹. Literatürde de bu görüşü savunan yazarlara rastlanmaktadır. Bu yazarlara göre failin fiili işleme yönündeki kararında en ufak dereceli kuvvetlendirme dahi mağdurnezdinde riskin artırılması olarak görülmektedir. Kararın kuvvetlenmesinde etki olup olmadığı hususunda ispat sorununun bulunduğu yönündeki iddianın çok da yerinde olmadığını, zira bir fiili işlemeye karar veren kimsenin fiili işleme kararı ne kadar sıkı olursa olsun riskin az da olsa bir şekilde artırıldığını belirten bu yazarlara göre, failin kararında bu fiili işlemekten vazgeçme ihtimalinin sonlandırılması suretiyle da bir kuvvetlendirmeye neden olunabilmektedir⁸². Bu yazarlardan *Roxin*, kural olarak failin kararını salt etkilemek suretiyle yardım etmeyi mümkün görmektedir. Ancak bu kabul, söz konusu görüş sahiplerinin yardımsal katkıların nedenselliğinin zorunluluğundan vazgeçtikleri anlamına da gelmemelidir. Böylelikle bu görüş, yardım

79 *Hruschka*, failin fiili işleme kararının kuvvetlendirilmesi suretiyle manevi yardım etmeyi, Alman Ceza Kanunu'nda yer alan yardım etme düzenlemesinden hareketle yardımda bulunmanın faile değil de fiile dayalı olduğu gerekçesiyle sadece fiil üzerinde gerçekleşen bir etkilemenin yardım etme olarak kabul edilebileceği, fail üzerindeki bir etkileme hareketinin yardım etme olarak nitelendirilemeyeceği, bilakis azmettirme olarak kabul edilebileceği görüşünden bahisle failin fiili işleme kararının kuvvetlendirilmesi suretiyle manevi yardım etmeyi daha ilk baştan reddetmektedir. Fail üzerinde sadece fiili işlemesine yol açan nitelikteki hareketlerin azmettirme olarak kabul edildiğini belirten yazar, bunun dışında kararın kuvvetlendirilmesinin yürürlükteki hukuka göre cezasız kalacağını ileri sürmüştür (*Hruschka*, JR 1993, s. 178). Ancak *Hruschka* tarafından ileri sürülen yardım etmenin sadece fiil üzerinde söz konusu olabileceği şeklindeki bu tezin bir iddiadan öteye geçemeyeceği ve ispatlanmamış olduğu, aynı zamanda uygulanabilir olmadığı, zira faile teknik tavsiyelerde bulunulması ve fiilin işlenmesi için gerekli olan aracın sağlanmasının olayların gerçekleşmesi bakımından aynı şekilde failin üzerinde sadece manevi bir etki oluşturacağı, dolayısıyla da öncelikli etkilemenin fail üzerinde de olduğu belirtilerek ileri sürdüğü görüşe itiraz edilmiştir (*Roxin*, AT II, § 26 kn. 209). Nitekim *Roxin*'in deyimiyile haklı olarak kanunda yer alan yardım etme şeklindeki düzenleme kapsamından (§ 27 StGB) dolayı da olsa her türlü yardım hareketinin anlaşılabilirliğine işaret edilmiştir. Elbette bu hareketlerin fiil üzerinde de dolaylı etkileri gündeme gelecektir. Nihayet Alman hukuku bakımından konuya ilişkin olarak ulaşılabilecek sonuç, mahkeme kararları ve doktrinde farklı olup mahkeme kararlarında bazı zamanlarda manevi desteklemenin fiilin işleniş üzerinde hiçbir etkisi olmamasına rağmen kişinin yardım eden olarak cezalandırılması söz konusuken doktrinde de fiilin işlenmesi kararının kuvvetlendirilmesine etki eden bir fiilin kural olarak mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. (*Roxin*, AT II, § 26 kn. 209). Benzer şekilde *Schünemann* da bu görüşe fail ile fiili etkileme üzerinde sert bir ayırım yapılmasının çok sürdürülebilir olmadığı yönünde bir eleştiri getirmiş, kural olarak her şerikliğin fail üzerinde fiil bakımından etki ettiğini, fiilin işlenmesi yönündeki kararın kuvvetlendirilmesinin de fiil üzerindeki dolaylı etkilemenin sonuçları olması gerektiğini belirterek itirazda bulunmuş olsa da genel olarak bu tür etkileme hareketlerinin de düşünülmeden kabul edildiği şeklindeki eleştiriye de hak vermiştir (*Schünemann*, § 27 kn. 15; Bu görüşe hak verenler için bkz. *Murmann*, JuS 1999, s. 548, 551).

80 Bilgi için *Geppert*, s. 270; *Schünemann*, § 27 kn. 15.

81 *Maurach/Gössel/Zipf*, § 52 kn. 24; *Joecks*, § 27 kn. 9.

82 *Murmann*, JuS 1999, s. 551.

etmenin cezalandırılabilirliği üzerinde hasıl olan genişlemenin bu şekilde sınırlandırılmasını da sağlamaya çalışmıştır⁸³.

Kanaatimize göre daha evvel de üzerinde durulduğu üzere herhangi bir fiili işleme yönünde kesin karar vermiş bir fail söz konusu olsa da, kişinin bu kararında en düşük dereceli bir artışa yol açan kimsenin, işlenen fiil üzerinde manevi anlamda etkisinden söz edilmesi gerekir. Yani failin fiilinin işleniş sürecinde, bir başkası tarafından gerçekleştirilen davranış, failin kararının kuvvetlendirilmesi noktasında etkisiz gibi duruyor olabilir. Buna rağmen yardım etmenin failin fiili bakımından varlığından söz edilebilmesinin hiçbir şekilde aralarında doğal bir ilişkinin mevcudiyetine bağlı olmadığı, buna uygun olarak failde sağlam bir şekilde hasıl olan kararın dahi kuvvetlenmesi yoluyla failin fiili sonuna kadar sürdürmesine neden olacak şekilde yükselttiği ifade edilebilecektir⁸⁴. Failin kararında düşük dereceli de olsa herhangi bir artışın olup olmadığı, ancak faili etkilemeye yönelik fiil veya sözlerin failin işlediği suçun haksızlık oranında bir artışa neden olup olmadığına göre olayın somut koşulları dikkate alınarak hakim tarafından somut belirtiler ortaya konmak suretiyle tespit edilebilir⁸⁵. Dolayısıyla arka plandaki kişinin fiili işleyecek yahut da işlemekte olan failin kararı veya işlediği fiil üzerinde etki gösterip göstermediği, failin tipik hareketinin yoğunlaştırılması sonucunu ortaya çıkarması durumunda sorun teşkil etmeyecektir. Buna göre mağduru dövmekte olan bir faile alkış tutarak ve tezahürat yaparak dövmeye devam etmesinin istenmesi üzerine failin mağduru daha fazla veya daha sert bir şekilde dövmeyi sürdürmesi halinde açık bir şekilde manevi yardım etmeden söz edilecektir⁸⁶. Yine genel olarak A'nın, fail konumundaki B'ye yardımda bulunacağına dair vaatte bulunması⁸⁷ yahut da hırsızlık suçunun işlendiği esnada kapıda bekleyerek failin kendini güvende hissetmek suretiyle fiili işlemeye devam etmesi olaylarında, failin suç işleme kararı üzerinde nedensel anlamda bir etkinin oluşturulduğu hususunda bir şüphe bulunmamaktadır. Öyle ki bu durumlarda kişi, yardımsal nitelikte bir katkıda bulunmak suretiyle ya suçun işlenmesine “birlikte neden olan konumunda yer almakta” yahut da bir şekilde “suçun işlenmesine destek olmakta”dır⁸⁸.

83 Roxin, **AT II**, § 26 kn. 199.

84 Murmann, **JuS 1999**, s. 551; Murmann, **Grundkurs StrR**, § 27 kn. 130.

85 Geppert, s. 270.

86 Schünemann, § 27 kn. 14; Kühl, § 20 kn. 226; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 200; Krey/Esser, § 32 kn. 1073; Heine/Weißer, § 27 kn. 15; Baunack, s. 118, 119; Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 25.

87 Heine/Weißer, § 27 kn. 12; Krey/Esser, § 32 kn. 1073.

88 Krey/Esser, § 32 kn. 1073.

Ayrıca burada failin suç işleme kararının kuvvetlendirilmesinin kapsamının oldukça geniş olduğu, nitekim TCK md. 39 kapsamındaki davranışlardan herhangi birinin gerçekleştirilmesi durumunda da kararın kuvvetlendirilmesinden söz edilebileceği anlaşılmaktadır. Tüm bu hususlara rağmen bir kısım görüş sahibinin, bu yaklaşımla birlikte suç teşkil eden olayla ilgisi bulunmayan üçüncü kişinin sırf olay yerinde bulunması yahut da işlenen fiili salt uygun görmesi, tasvip etmesi durumlarının da manevi yardım etme olarak kabul edilmesi gibi bir tehlikenin ortaya çıkabileceği yönündeki eleştirilerine⁸⁹ karşılık yapılan hareketin tasvip edilmesi, yani doğrudan fiili işleyen kişiye yönelik yapılan hareketin uygun görüldüğüne dair bir davranış sergilenmesinin de yukarıda ifade ettiğimiz üzere büyük oranda manevi anlamda yardım etme olarak telakki edilebileceği belirtilebilir⁹⁰.

Yine *olayla ilgisi olmayan üçüncü kişilerin*, fiilin işlendiği esnada olay yerinde bulunmaları ve olayı izlemelerinin failin kararında bir pekişmeye neden olması veya en azından fiili işlemeye devam etme noktasındaki kararına etki etmesi argümanından hareketle yardım eden olarak sorumlu tutulmaları, gerçekten de ihmali hareketlerle icrai hareketlerin birbirine karışmasına yol açabilecek niteliktedir. Bu noktada cezalandırılabilir nitelikteki ihmali hareketlerle icrai hareketler arasındaki ayrımın ortaya konulması için salt hareketsizliğin cezaya tabi kılınmasının, sadece garantörlük konumunda ve keza garantörlük olmasa bile kanunda yardım etme yükümlülüğünün öngörüldüğü durumlarda söz konusu olabileceği ileri sürülebilir⁹¹. O halde *olayla ve faille ilgisiz olan bir kimsenin*, failin fiili işlediği esnada suç teşkil eden olayın seyircisi olması, **o kişiyi işlenen suça yardım eden kılmayacaksa da** olaya müdahale etmediği yahut da somut olayın koşullarına göre yetkili mercilere bildirmediği için kanunda özel olarak ihdas edilen yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi yahut da suçu bildirmeme gibi suç tiplerinin faili olarak sorumlu tutulmasına sebep olacaktır. Bu anlamda bu suç tiplerinin kişilerin ihmali hareketle yardım eden olarak sorumlu tutulamayacak olmalarından kaynaklı cezalandırılabilirlik alanındaki boşluğu doldurma gibi bir işlevlerinin olduğu da belirtilebilir.

Buna rağmen olayla ilgisiz olmayan, failin yanında olay yerine giden ve fakat

89 Geppert, s. 270.

90 Baumann/Weber/Mitch/Eisele, § 26 kn. 100. Bununla birlikte hiçbir davranış sergilemeksizin, yani objektif anlamda katkı olarak tezahür etmeyecek şekilde salt işlenen fiilin uygun görülmesi veya tasvip edilmesi hakim görüşe göre yardım etme olarak görülmemektedir. Bkz. Baunack, s. 98; Schild, § 27 kn. 9.

91 Özgenç, s. 554; Erdem, s. 213; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 677; Geppert, s. 270; Charalambakis, s. 637.

fiilin işlenmesi sürecine hiçbir şekilde müdahale etmeyen kişilerin, işlenen fiilden yardım eden olarak sorumlu tutulup tutulmayacakları, somut olayın koşullarına göre, bu pasif beklemenin failde ve de mağdurda oluşturduğu etki ve bu etkinin pasif şekilde bulunan kişi tarafından öngörülmenin yanı sıra kabullenilip kabullenilmediği dikkate alınarak belirlenecektir. Bu açıdan fiilin işlenmesi esnasında olay yerinden geçmekte olan ve bir an için olayı seyre dalan kişilerle bizatihi fiilin işlenmesi esnasında olayla ilgili şekilde failin yanında bulunan ve fakat aktif bir davranış sergilemeksizin bekleyen kişiler arasındaki fark gözetilmelidir. Fiilin işlenmesi esnasında olayla ilgili şekilde failin yanında bulunan ve fakat aktif bir davranış sergilemeksizin bekleyen kişilerin yardım eden olup olmadıkları noktasında somut olayın koşulları özel olarak irdelenmeli, *ex ante* bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılmalıdır⁹².

Failde söz konusu olan fiili işleme kararına rağmen mevcut olan düşük dereceli çekincelerin giderilmesi halinde yaygın görüşe göre failin fiili işleme kararının kuvvetlendirilmesi suretiyle manevi yardım etme söz konusu olabilir⁹³. Bu kuvvetlendirme, açıkça veya sonuca yönelik bir hareket suretiyle gerçekleştirilmelidir. Bu bağlamda fiilin işlenmesine yönelik olarak failin kararının adeta sallantıda olduğu bir durumda kararının sağlamaştırılmasına yönelik davranışlar, bu kararın ilk defa oluşmasına neden olan davranışlar olmadığından dolayı azmettirme olarak kabul edilmemekte, bilakis sadece yardım etme olarak telakki edilmektedir⁹⁴. Buna göre C'den intikam almak istediği için C'ye karşı hırsızlık suçunu işlemeyi düşünen ve fakat C'nin bunu ortaya çıkaracağına dair içinde bazı şüpheleri bulunduğunu açıklayan B'ye yönelik olarak A'nın, C'nin evinde tek yaşadığını ve geceleri uykusunun çok ağır olduğunu, dolayısıyla gece evine girecek olursa C'nin kolay

92 “Sanığın, kasten öldürme suçunu gerçekleştiren diğer sanığın eylemine taraftar olmadığını gösterecek şekilde engelleyici bir söz söylemediği ve bu yönde davranışta bulunmadığı gibi, aksine olayın başından itibaren diğer sanığın yanında yer alması ve üzerindeki bıçakla maktule saldırması şeklindeki eylemleri göz önünde bulundurulduğunda, kasten öldürme suçunun işlenmesinden önce ve işlenmesi sırasında suçun icrasını kolaylaştırmak suretiyle diğer sanığa yardım ettiğinden hakkında 5237 sayılı TCK'nın 39/2-c maddesi uyarınca aynı maddenin 1. fıkrasının uygulanması gerekir.” YCGK, 19.03.2013, 81-91 – Akbulut, s. 666, dpn. 2025.

93 Baunack, s. 98; Krey/Esser, § 32 kn. 1077; Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 506; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 199, 200; Otto, § 22 kn. 56; Charalambakis, s. 635, 636; Geppert, s. 270; Thomas Weigend, “Grenzen strafbarer Beihilfe”, **FS-Nishihara**, Nomos, Baden, 1998, s. 210, 211; Centel/Zafer/Çakmut, s. 482. Bu noktada kanaatimiz, şüphelerin ancak düşük dereceli olması durumunda manevi yardım etmeden söz edilebileceği yönündedir. Dolayısıyla şüphelerin derecesi, arka plandaki kişinin faildeki şüpheleri gidermesi noktasında azmettirimin mi yoksa manevi yardım etmenin mi söz konusu olduğu hususunda önem arz etmektedir. Şu halde bazı kaynaklarda doğrudan şüphelerin giderilmesinin hiçbir ayırım yapılmaksızın bir bütün halinde manevi yardım etme kapsamında telakki edilmesi (Geppert, s. 268) yerinde değildir.

94 Kühl, § 20 kn. 227; Schünemann, § 27 kn. 14; Otto, § 22 kn. 56.

kolay uyanmayacağını söylemesi üzerine B'nin bu önerilere uygun şekilde hırsızlık suçunu işlemesi durumunda artık yardım etmeden söz edilebilecektir. Zira bu olayda artık B'nin korunan hukuki değerler üzerindeki somut tehlikenin artmasına neden olduğu ifade edilebilecektir⁹⁵.

Failin fiili işleme konusunda bir şüphe taşımaması ve fakat fiili işlemesine neden olan, kendi içinden kaynaklanan esas dürtünün yanına bir başka neden daha eklenmesine sebebiyet verecek şekilde bir katkıda bulunulması suretiyle failin kararının kesin hale getirilmesi durumlarında da nedensellik bağının varlığı kabul edilebilecek ve kişi, yardım eden olarak nitelendirilebilecektir⁹⁶. Zira bu tür durumlarda failin fiili işleme kararının yardımsal katkı ile birlikte somut manevi etki gücü çerçevesinde riskin artırılması şeklinde “birlikte etki etmiş olduğu” var sayılabilir. Bu suretle failin işlenmesi sonucu gerçekleşen neticenin meydana gelmesine yol açan kararın kesin bir şekilde oluşmasına failin zaten var olan ancak kesin olmayan kararıyla birlikte etki eden olması hasebiyle netice bakımından dolayı da olsa nedensel olduğu, bu anlamda -her ne kadar mutlaka gerekli olmasa da- olmazsa olmaz (*causa causae-est causa causati*) bir nitelik taşıdığı ifade edilebilir⁹⁷. Nitekim Alman mahkeme kararlarının bazılarında bu tanımlamaya uygun kararların varlığı da görülmektedir. Söz konusu mahkeme kararlarına göre bir tanığa onun boşanma davası esnasında verilecek olan gerçek dışı beyanlar karşısında sessiz kalabileceği yönünde vaatte bulunan kişi⁹⁸; daha önceden kürtaj yaptırmaya karar vermiş olan gebe kadına bu fiili mutlaka gerçekleştirmesi için ayrıca para veren kimse⁹⁹; eşini öldürmeye karar vermiş olan bir adama, kafasındaki eşini öldürme fikrini yerine getirmesi durumunda kendisiyle evleneceği garantisini veren adamın sevgilisi olan kadın¹⁰⁰; yaptıkları bu katkıyla neticenin kesin olarak gerçekleşmesine yol açacak şekilde failin fiili işleme kararını pekiştirdiklerinden, hukuki değerlerin ihlal edilmesinin yoğunlaştırılması sonucuna yol açan, bu anlamda da netice

95 Otto, § 22 kn. 56.

96 Geppert, s. 270; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 200; Schünemann, § 27 kn. 14; Joecks, § 27 kn. 43; Hoyer, § 27 kn. 14.

97 Roxin, **AT II**, § 26 kn. 200; Uwe Murmann, “Zum Tatbestand der Beihilfe”, **JuS 1999**, s. 552; Baunack, s. 99; Weigend, s. 209; Heine/Weißer, § 27 kn. 15; Fiile yönelik olarak “sağlam” bir şekilde kararlılık, her daim kararından vazgeçme ihtimalini de içerdiğinden riskin yükseltilmesi failin ölçülebilir bir şekilde desteklenmesi koşuluyla sınırlandırılmıştır (Kühl, § 20 kn. 227, dñn. 362b; Weigend, s. 210; Krey/Esser, azmetirme olduğunu belirterek eleştiri getirmiştir. Bkz. Krey/Esser, kn. 1077.

98 HRR 1938 Nr. 629 (Joecks, § 27 kn. 13).

99 HRR 1939 Nr. 1275 (Joecks, § 27 kn. 13)

100 RGSt 73, 52 (Joecks, § 27 kn. 13; Seher, s. 795).

bakımından nedensel olduğunda hiçbir şüphe bulunmayan katkılar ortaya koyduklarından manevi anlamda yardım edenlerdir. Zira faili birtakım hareketleriyle kışkırtan kişinin, neticenin mağdur üzerinde isabet etme ihtimalini artırdığı, neticenin somut olarak gerçekleşmesini kuvvetlendirdiği açık olup bu çerçevede yardım eden olarak cezalandırılması söz konusu olabilecektir¹⁰¹.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, doktrinde bir kısım görüş tarafından her ne kadar failde var olan içgüdüsel nedene bir neden daha ekleyen kişi, yardım eden olarak nitelendirilecek olsa da, failde fiili işlemesi için yeni bir neden oluşturan kişinin, failin fiili işlemesinde bu nedeni kendine esas alması halinde azmettiren olarak sorumlu tutulacağı, zira bu tür durumlarda artık yeni bir fiil işleme kararından bahsedilebileceği belirtilmektedir¹⁰². Ancak kanaatimize göre doktrindeki bu görüş pek makul görünmemektedir. Nitekim azmettirmeye ilişkin yapılan açıklamalarda da açıklandığı üzere azmettirme, failde bir suç işleme kararının oluşturulması olup failde var olan karara yeni bir neden eklenmesi demek değildir. Yani hırsızlık suçunu sadece borcunu ödemek için işlemeyi düşünen failde çalacağı parayla borcunu ödemek yerine bir dükkan açmasının daha doğru olacağını söyleyen kişi, failin hırsızlık suçuna temel teşkil eden bu nedenini değiştirmesi durumunda sırf bu nedensel değişiklikten dolayı azmettiren olarak nitelendirilemeyecek, olsa olsa manevi yardım eden olarak kabul edilebilecektir.

Bunların dışında failin fiili icra etmeden evvel başka bir ek neden oluşturmaksızın ya da failde şüphe bulunmamasından kaynaklı olarak herhangi bir şüphe giderimi söz konusu olmaksızın, sadece failin işlediği fiilin yoğunluk derecesinin artmasına yol açacak şekilde kışkırtıldığı durumlarda da kararının pekiştirilmesinden ve bu kapsamda da fiilin neticesinin haksızlık içeriğinin artırılmasından dolayı manevi anlamda yardım etme gündeme gelebilecektir¹⁰³. Ancak failin kararının mevcudiyetinin sağlam olduğu hallerde nedensellikten, daha doğrusu riskin hukuken uygun görülecek nitelikte artırılmasından söz edilemeyeceğinden bu tür bir manevi yardım etmeden

101 Roxin, **AT II**, § 26 kn. 200.

102 Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 9; Nitekim *Charalambakis*, failde fiili işlemesi bakımından ek bir sebep daha oluşturarak şüphelerini gideren kişiyi, suç birlikte belirleyen olarak kabul edip bu kişinin azmettiren olduğu sonucuna ulaşmıştır (*Charalambakis*, s. 635, 636); Ancak *Roxin*, bu tür bir hareketin haksızlık içeriğinin failde eş bir cezalandırmayı beraberinde getirebilecek nitelikte fiile neden olmadığını, sadece destekleme niteliğinde bir hareketin mevcut olduğunu, faildeki fiilin işlenmesi yönündeki kararın sağlamlaştırılmasına ihtiyaç bulunmayan, bilakis kararı zaten sağlam, net olan bir failin tamamen fiili işleme yönündeki motivasyonunu güçlendirici olan hareketlerin yardım etme niteliğinde olduğunu vurgulamıştır (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 200).

103 Heine/Weißer, § 27 kn. 15; Baunack, s. 119; Roxin, **FS-Miyazawa**, s. 506; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 200.

bahsedilemeyecektir¹⁰⁴. Bu çerçevede henüz sona erdirilmemiş olan içgüdüsel süreç bakımından failin kararının gerçek anlamda kuvvetlendirilmesi ve bu suretle hukuki değerlerin ihlal edilmesi ihtimalinin yükseltilmesi zorunlu görülmüştür¹⁰⁵.

Başkasının fiilinin salt tek taraflı olarak bilinmesi yahut herhangi bir katkıda bulunmaksızın tasvip edilmesi, bu fiille ilgili düşünce beyan edilmesi, bu fiile müsamaha gösterilmesi, fiilin onaylanması veya işlenen/işlenmekte olan fiile sempatiyle bakılması şeklinde faile dayanışma arz edecek nitelikteki durumlarda kişinin yardım eden olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği açısından ise Türk doktrininde teşvik etme veya kararı kuvvetlendirme olduğundan bahisle manevi yardım etme olacağı görüşü hakimken¹⁰⁶ gerek genel itibarıyla Alman mahkeme kararlarında¹⁰⁷ –ki yardım etmenin çerçevesini oldukça geniş tutan BGH’nın her ne kadar eski tarihli olsa da bu konuda da ilginç kararlarının var olduğu görülmektedir¹⁰⁸- gerekse Alman literatüründe hakim görüş¹⁰⁹ tarafından bu tür salt tasvip veya dayanışma tarzı ifadelerin beyan edilmesi, daha önceden anlaşılan fiilin işleme kararının yoğunluğu üzerinde bir etki oluşturmayacağından bahisle sadece faili memnun edici bir duruma yol açacağından hareketle cezalandırılabilir yardım etme için yeterli kabul edilmemiştir. Buna göre evinde marihuana yetiştirilmesine göz yuman kişinin uyuşturucu madde suçuna yardım eden olarak kabul edilemeyeceği, zira salt işlenen bir fiilin uygun görülmesinin, tasvip edilmesinin garantör

104 Heine/Weißer, § 27 kn. 15; Baunack, s. 128, 129.

105 Heine/Weißer, § 27 kn. 15.

106 Dönmezer/Erman, C. II, s. 533.

107 BGH NSTZ 2010, s. 225 (Krey/Esser, § 32 kn. 1070); BGH NSTZ 1998, s. 662 (Kühl, § 20 kn. 226); BGH NSTZ 2007, s. 37 (Joecks, § 27 kn. 14).

108 Öyle ki BGH, eşine yönelik öldürme planlarını bilmesine rağmen bu kişiyle sevgililik ilişkisini sürdürdüğü için failin suç işleme kararını kuvvetlendirdiği yönünde bir karar verilmiştir (BGH NJW 1950, s. 118 - Joecks, § 27 kn. 9). Aynı şekilde polisi yaralayarak kaçarak evine giren bir kimse ile yakınlık kuran bir kişi de polislin kasten yaralanmasına yardım eden olarak sorumlu tutulmuştur (BGH NJW 1975, s. 49 - Joecks, § 27 kn. 9).

109 Schünemann, § 27 kn. 14; Baunack, s. 160; Heine/Weißer, § 27 kn. 15; Heinrich, kn. 1322; Hoyer, § 27 kn. 14; Kühl, § 20 kn. 226; Weigend, s. 209; Joecks, § 27 kn. 44; Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 10; Roxin, AT II, § 26 kn. 202. Roxin de benzer şekilde bu hareketlerle failin fiili işleme kararının ne şüphelerin giderilmesi durumunda olduğu gibi sabit kılındığını ne ek bir sebep daha eklenerek daha geniş temellere konulduğunu ne de hukuki değerlerin ihlal edilmesini yükseltmekteki gibi daha da yoğunlaştırıldığını belirtmiştir. Keza Roxin, bu tür durumların yardım etme olarak cezalandırılmayacağını Alman Ceza Kanunu’nun 140’ıncı paragrafında düzenlenen “Suçu ödüllendirme ve uygun bulma” başlıklı suç tipinden anlaşıldığını, nitekim bu suç tipi kapsamında yalnızca çok sınırlı sayıda suç tipi bakımından bir suçun işlenmiş olmasının tasvip edilmesinin ceza tehdidi ile karşı karşıya kalmasının söz konusu olduğunu ifade etmiştir (Roxin, AT II, § 26 kn. 201) Söz konusu suç tipi kapsamında yer verilen suçlar işlendikten veya cezalandırılabilir bir şekilde işlenmeye teşebbüs edildikten sonra ödüllendirilir ya da kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde alenen, bir toplantıda veya yazı yayarak bu suçu onaylayan kişinin üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir.

yükümlülüğünün şartlarıyla birlikte ihmal suretiyle yardım etmenin sınırlarına geçemeyeceği, sorumluluğu beraberinde getirmeyeceği belirtilmiştir¹¹⁰.

Otto, kesin olarak karar verilen bir fiile yönelik olarak alkış, onay veya dayanışma teşkil edecek nitelikte beyanların söz konusu fiiller bakımından karar verilmesini sağlamayacağı yönündeki eleştiriye hak vermiş, salt fikirsel anlamda bir beyanatın yardım etme olarak nitelendirilemeyeceğini, yolu kapatan karı kürekle alarak yolu açmaya çalışan bir kimseye “Bravo!” diyerek bağırarak bir kimsenin söz konusu yolun açılması bakımından hiçbir şekilde yardımda bulunmuş olmayacağını belirterek manevi yardım etme bakımından da yardım edenin hareketinin failin fiilini *objektif* olarak kolaylaştırması veya desteklemesi noktasında birtakım belirtilerin bulunmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir¹¹¹. Benzer hususun salt düşüncenin beyan edilmesi bakımından da geçerli olduğu, sırf düşünce beyanının da yardım etme olarak nitelendirilemeyeceği, öyle ki salt bir kimsenin işlediği fiile sempati beslenmesi yardım etmeye ilişkin düzenleme kapsamında telakki edilmiş olsa ve cezalandırılabilir görülmüş olsaydı bu defa hukuk devleti açısından oldukça sorunlu bir durumun ortaya çıkmasına zemin hazırlanmış olacağı vurgulanmıştır¹¹².

Bu noktada önemli bir hususa daha dikkat çekmek gerekir. O da şu ki, Alman doktrininde failin yanında hareketsiz bir şekilde bulunan kişinin kendisini ele vermeyeceği ve kendisine engel çıkarmayacağı düşüncesiyle suç teşkil eden hareketlerini devam ettirmeye yönelik olarak motive olan failin varlığı durumunun da hareketsiz bir şekilde yanında bulunan kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulması sonucunu ortaya çıkarmayacağına vurgu yapılmaktadır¹¹³. Bu durum, iki temel argümanla açıklanmaktadır. Birincisi, bağlılık kuralından hareketle BGH tarafından verilen kararda da işaret edildiği üzere failin yanında bulunan kişinin de bu durumun bilincinde olması, yani en azından failin yanında hareketsiz bir şekilde bekleyişi karşısında gerektiğinde failin lehine olaya müdahil olacağı düşüncesiyle fiili işleme kararının daha da güçlendiğinden hareket ettiğinin farkında olması ve buna rağmen beklemeye devam etmesi gerekmektedir. İkincisi ise her ne kadar kişinin pasif

110 İlgili mahkeme kararları için bkz. Joecks, § 27 kn. 14, dpn. 36.

111 *Otto*, § 22 kn. 56.

112 Schünemann, § 27 kn. 14; Baunack, s. 160.

113 Roxin, **AT II**, § 26 kn. 205; Krey/Esser, kn. 1077; Seher, s. 795; Heinrich, kn. 1322; Joecks, § 27 kn. 9. Nitekim olay yerinde pasif bir şekilde bekleyen kişilerin yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiğini kabul eden Alman mahkeme kararlarının eleştirilmesine hak veren *Charalambakis*, ihmali hareketlerin cezalandırılmasını garantör olma şartına bağlayan Alman Ceza Kanunu'nun 13'üncü paragrafına işaret etmiştir (*Charalambakis*, s. 637, 638).

durmasının failin fiilinin türüne ve yöntemine ilişkin cesareti üzerinde tek taraflı olarak etkili olduğu belirtilebilecekse de bekleyen kişinin ihmali bir davranışı söz konusu olduğundan kanunen hangi hallerde ihmali davranışın cezalandırılabilceğinin belirlendiği, bu çerçevede salt ihmali davranışın kişiyi garantör kılmaması ve bu bağlamda cezalandırılabilme şartlarının oluşmaması nedeniyle kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulmasının mümkün olmamasıdır¹¹⁴. Nitekim bir kimsenin, yanındaki kişinin işlediği suç esnasında o kişiye manevi desteğe yol açacak davranışlardan sakınma gibi bir yükümlülüğün getirilmesinin ne çerçevede kapsamı belirli bir durum olduğu da tartışmaya açık olacaktır. Buna karşılık arka plandaki kişinin olay yerinde bulunma amacının failin, karşı tarafın meşru savunma teşebbüsünde bulunması gibi birtakım zorluklarla karşılaşması durumunda mağduru korkutmak ya da faile destek olmak ise bu defa failin fiili işlediği esnada sessiz bir şekilde beklese bile durumda değişiklik olacaktır¹¹⁵. Bu koşullar altında suça iştirak eden kişi, fiil planı kapsamında amacı yerine getirirse ve failin yükünü hafifletirse bunun da manevi yardım etmeyi temellendirebileceği ifade edilmektedir¹¹⁶.

En nihayetinde failin fiilini etkilemeye yönelik şeriklik türü davranışları arasında azmettirme, suç işlemeye teşvik, suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi ve nihayet failin fiiline etkisizlik sonucu akim kalmış yardım etme şeklinde bir kademeli ilişkiden söz edilebilir. Buna göre arka plandaki kişinin sözlü yahut fiili davranışının faile yahut failin fiiline etki derecesine göre arka plandaki kişinin azmettiren olarak nitelendirilmesi mümkün olabileceği gibi akim kalmış yardım etme cezasız kaldığından cezalandırılmaması da gündeme gelebilecektir¹¹⁷. Dolayısıyla incelemenin bu kademeli ilişki göz önünde bulundurularak gerçekleştirilmesi daha makul olacaktır.

c. Fiilin İşlenmesinden Sonra Yardımda Bulunulacağına Dair Vaat

Manevi anlamda yardım etme kapsamındaki davranış türlerinden bir diğeri, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunulacağına dair vaattir. Fiilin işlenmesinden evvel fiilin işlenmesinden sonra faile yardımda bulunulacağına dair söz verilmesi, teminatta bulunulması, fiili işleyecek olan failin cesaretinin artırılmasına sebebiyet verir¹¹⁸.

114 Roxin, **AT II**, § 26 kn. 205.

115 Joecks, § 27 kn. 9; Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 27.

116 Baunack, s. 155, 159; Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 27; Joecks, § 27 kn. 9.

117 Akim kalmış yardım etmenin cezasızlığına ilişkin tartışma ve açıklamalar için bkz. Muhammed Demirel, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, Doktora Tezi, İstanbul 2017.

118 Dönmezer/Erman, C. II, s. 532; Önder, C.II, s. 469; Erdem, s. 214; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 673; Centel/Zafer/Çakmut, s. 482; Zafer, s. 479; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 933.

Hazırlık hareketi mahiyetindeki bu davranışlarla zaten fiil üzerinde hakimiyet kurulamayacağından bu şekilde vaatte bulunan bir kimsenin fail olarak sorumluluğundan bahsedilemezse de¹¹⁹ yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹²⁰. Fakat fiilin işlenmesinden sonrasına ilişkin olarak kafasında bazı soru işaretleri bulunan faile yardım vaadinde bulunulmasıyla birlikte bu soru işaretlerinin giderilmesi durumunda, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunulacağına dair vaadin, failin suç işleme kararının kuvvetlenmesine neden olacağı açıktır¹²¹. Zira bu tür destek hareketleri, failin tespit edilip ortaya çıkarılması riskini azaltmaktadır¹²². ***Buna rağmen suç işleme kararının kuvvetlendirilmesinin yanı sıra fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunulacağına dair vaat şeklindeki davranış türünün öngörülmesinin ne anlam ifade ettiği ortaya konulmalıdır.*** Fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunulacağına dair vaadin, yardım etme olarak kabul edilebilmesi için failin fiili işleme kararı üzerinde herhangi bir etki oluşturmaya gerek olmayıp faile fiili işlerken fiil sonrası bir beklentiye kapılmasına yol açması da yeterlidir ki bu durumda manevi yardım etmeden söz edilebilecektir. Bununla birlikte failin hiçbir şekilde umursamadığı, önem atfetmediği yardım vaadi, yalnızca akim kalmış yardım etme sınırları içerisinde cezasız kalacaktır.

Tam bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, bir kimsenin faile karşı fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağına dair bir vaatte bulunması ve bu vaadin failde bir beklentiye yol açmasının da ötesinde failin suç işleme kararını kuvvetlendirmesi halinde artık TCK md. 39 kapsamındaki davranışlardan birkaçının aynı anda gerçekleşmesinden söz edilecektir -ki bu, madde kapsamındaki yardım etme hareketleri seçimlik olarak gösterildiğinden pekala mümkündür¹²³- ve bu durum, TCK md. 61 kapsamında cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır¹²⁴.

119 Kayıhan İçel/Fusun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoğlu/Yener Ünver, **Suç Teorisi**, 3. Bası, Beta, İstanbul 2004, s. 383.

120 Baumann/Weber/Mitch/Eisele, § 26 kn. 100.

121 Önder, C.II, s. 469; Nitekim Türk doktrininde bazı yazarlar tarafından hem suç işleme kararının kuvvetlendirilmesinde hem de suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunulacağına dair vaatte bulunulmasında faile cesaret verilmesinden söz edilmesi de (Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1156) bu iki tür yardım etme davranışın iç içeliğini açıkça ortaya koymaktadır

122 Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 29; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 201.

123 Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 919.

124 Koca/Üzülmez, s. 492; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 920. Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 27.09.2006 tarih ve 3885/3053 sayılı kararında sanığın, suçta kullanılan tüfeği sanık M.K.'a vermesi, eylemin icrası için birlikte olay yerine gitmesi, beklemesi, olaydan sonra tüfeği M.K.'dan alıp saklamasında, olaya yardım düzeyinin yüksekliği gözetilmeden TCK 39. maddenin uygulanmasında cezanın alt sınırdan tayini suretiyle eksik ceza verilmesi kanuna aykırı görülmüştür. Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1159, dpn. 1412.

Alman doktrininde “failin suç sonrasında tespit edilmesini engellemeye yönelik hareketlerde bulunma vaadi”nden söz edilirken Türk Ceza Kanunu’nda “fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunulacağına dair vaatte bulunma” şeklindeki davranış türünün ihdas edilmiş olması, davranış türünü daha somut hale getirmiştir. Zira Alman doktrinindeki failin suç sonrasında tespit edilmesini engellemeye yönelik hareketlerde bulunma vaadi, sadece failin tespitini önlemeye dair bir vaadi içerirken Türk hukukunda öngörülen fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunma vaadi, failin tespit edilmesini engellemeye yönelik vaadi de kapsamında bulunduracak niteliği haiz olup daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bu minvalde Türk hukukunda vaadin konusu hususunda herhangi bir sınırlandırma yapılmamıştır¹²⁵. Önemli olan failin yapılan vaatten etkilenmiş olması ve vaade dayalı hareket etmiş olmasıdır. Şu halde A’nın, B’ye hırsızlık suçunu işlerken tespit edilmesini engelleyecek özel bir elbise vaadi¹²⁶, gece vakti büyük bir mağazadan eşya çalma planları yapan D’nin, işlenen suç sonrası olası soruşturmada olay esnasında tramvayda olduğunu ispat edebilmek adına kendi akbilini fiil işlediği saatte eve dönüşte kullanması için arkadaşı C’ye teslim etme vaadi¹²⁷, faile fiile işledikten sonrası için yurt dışına kaçması için uçak bileti satın alınacağı ve kaçış işlemlerinin gerçekleştirileceğinin belirtilmesi¹²⁸ şeklindeki failin suç sonrasında tespit edilmesini engellemeye yönelik hareketler mevzu bahis olabileceği gibi failin yakalanması ve cezaya mahkum edilmesi halinde cezaevindeyken ailesinin her türlü bakım masrafının karşılanacağına yönelik diğer davranışlar bu kapsamda telakki edilebilir¹²⁹.

Etkisini fiilin işlenmesinden sonra gösterecek olan yardımda bulunulacağına dair vaadin, mutlaka fiilin işlenmesinden evvel veya en azından fiilin işlendiği esnada yapılması gerekir. Yani yardım etme için, söz konusu vaadin suç tamamlanmadan evvel yerine getirilmesi şart değildir. Bu minvalde örneklerde de görüldüğü üzere faile vaat edilen yardımın, mutlaka yerine getirilmiş olması da şart değildir. Zira bu kapsamda cezaya layık görülen davranış, henüz işlememiş yahut da işlemeye başlamış fakat henüz tamamlanmamış olan faile yönelik olarak failin fiili işlemesi hususunda olumlu bir etki göstermiş olan suç tamamlandıktan sonra yardımda bulunulacağına dair vaadin kendisidir. Bu anlamda bizatihi söz konusu vaatte bulunulması da manevi

125 Yaşar/Gökcan/Artaç, C. I, s. 1157.

126 RGSt 8, 267 (Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 29).

127 BGH NJW 1951, s. 451 (Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 29).

128 Geppert, s. 267, dpn. 25.

129 Yaşar/Gökcan/Artaç, C. I, s. 1157.

anlamda yardım etme için yeterli olacaktır¹³⁰.

Bu noktada failin işlenmesinden sonra failin yakalanmasını, tutuklanmasını veya hakkında hükmolunan mahkumiyet kararını infazını engelleyecek şekilde imkan sağlama vaadinde bulunan kişi, esasında suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunma vaadinde bulunarak işlenen suça manevi anlamda yardım eden konumunda olacak, bununla birlikte suçun işlenmesi halinde, bu şekilde işlenen suçun manevi anlamda yardım edeni olan kişinin bu vaadini yerine getirmesi halinde artık TCK md. 283 hükmünde öngörülen “Suçluyu Kayırma Suçu” suçunun faili olacaktır. Buna göre henüz suç işlenmeden suçluyu kayırma vaadinde bulunan bir kimsenin, suç işlendikten sonra gerçekten de söz konusu vaadini yerine getirmesi durumunda hem TCK md. 283 hükmünün faili hem de önceki suçun yardım edeni olacaktır¹³¹. Burada üzerinde durulması gereken esas husus, bu kişinin tek fiille hem fail, hem de yardım eden olmasıdır. Yani böyle bir durumda görünüşte içtima kuralları kapsamında asli norm-tali norm kuralları gereğince failliğin şerikliğe asliliğinden hareketle kişinin sadece TCK md. 283 hükmünden fail olarak sorumlu tutulması yoluna gidilemez. Zira burada önce bir suçun işlenmesi halinde sonrasında failin yargılanmasının engelleneceğine dair vaatle failin kararının kuvvetlendirilmesi suretiyle manevi yardım hareketi gerçekleştirilmekte, zamansal olarak failin suçu işlemesinin ardından söz konusu vaadin yerine getirilmesi suretiyle bu defa TCK md. 283’te düzenlenen suçun fail konumunda işlenmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu iki hareket, tek fiil olarak tezahür etmemekte, farklı zamanlarda gerçekleştirilen hareketlerin bir görünüm şekli olarak ortaya çıkmaktadır. Şu halde bu kişi hem fail hem de yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.

Bununla birlikte TCK md. 283 hükmünde yer alan *“Bu suçun, üst soy, alt soy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz.”* şeklindeki şahsi cezasızlık sebebi dikkate alındığında bu kişi, önceki suçun yardım edeni olduğundan fail olarak sorumlu tutulduğu TCK md. 283 kapsamındaki suçtan dolayı cezalandırılmayacak, geriye yalnızca önceki işlenen suça yardım etmeden kaynaklı sorumluluğu kalacaktır. Diğer bir ifadeyle failin işlenmesinden sonra failin yakalanmasını, tutuklanmasını veya hakkındaki hükmolunan mahkumiyet kararını infazını engelleyecek şekilde imkan sağlama vaadinde bulunan *üst soy, alt soy, eş,*

130 Aydın, s. 178; Zafer, s. 479; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1157.

131 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 525; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1157.

kardeş veya diğer suç ortağı konumundaki kişi bu vaadini yerine getirdiği takdirde, hakkında sadece yardım etmeden ceza verilebilecektir¹³².

Tüm bu anlatılanlardan sonra TCK md. 281 hükmü kapsamında ihdas edilen “Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçu”na da değinmekte yarar bulunmaktadır. Bu suç hükmüne göre “Gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyen, değiştiren veya bozan kişi ... cezalandırılır. Kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak kişiye bu fıkra hükmüne göre ceza verilmez.” Bu kapsamda kişinin kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak kendisi hakkında bu suç hükmüne göre ceza verilmeyeceği öngörülerek bir başka kişinin işlediği suçun delillerinin yok edilmesi, gizlenmesi veya değiştirilmesi suretiyle yardım eden sıfatıyla iştirak edilmesi halinde bu suç düzenlemesi bakımından da şahsi cezasızlık sebebine yer verilmiş, böylelikle yardım eden kişinin bu suç hükmüne binaen fail olarak sorumlu tutulmasının önüne geçilmiştir. Bu kapsamda yardımsal katkıda bulunacak olan kişinin henüz fiil işlenmeden yahut da işlenirken, daha doğrusu henüz fiil tamamlanmadan önce söz gelimi delillerin ortadan kaldırılmasına yönelik bir vaatte bulunması, sadece fail tarafından işlenen suçta manevi yardım etme olarak kabul edilecekken¹³³ bilakis bu şekilde bir vaade binaen fiilin tamamlanmasının ardından delillerin gizlenmesi, yok edilmesi veya değiştirilmesi suretiyle failin işlediği fiilin ortaya çıkarılmasını engellemeye yönelik davranışlar, işlenen suçta manevi yardım etmenin yanı sıra bağımsız bir suç tipi olan TCK md. 281 çerçevesinde cezalandırılmayacaksa da¹³⁴ bu durum, kişinin önceki suçta yardım eden olarak sorumlu tutulmasına da engel teşkil etmeyecektir. Yani TCK md. 283 için yapılan açıklamalar, büyük ölçüde bu suç açısından da geçerlidir.

132 Alman doktrininde failin fiili gerçekleştirme kararının kuvvetlendirilmesi yoluyla manevi anlamda yardım etmenin söz konusu olabileceğini reddeden yazarların bu fikirlerinin benimsenmesi halinde, bu tür hareketlerin her birinin “Suçluyu Kayırma” olarak anlaşılacağı aşikardır. Ancak mağdur tarafından tanınmaması için faile yüz maskesi veya kamuflaj elbisesi sağlayan yahut da polis tarafından yapılan araştırmalarda ortaya çıkması muhtemel delilleri saklayan kişinin hareketinin netice bakımından kural olarak nedensel kabul edileceği, zira bu katkılarda bulunan kişinin bu sayede ya faildeki tereddütleri ortadan kaldıracığı ya da failin fiilin işlemeye yönelik eğilimini yükselteceği açıktır (Schünemann, § 27 kn. 13; Roxin, AT II, § 26 kn. 201). Zira kişinin bu katkıları olmasaydı failin neticeye ulaşmak için ya başka önlemler alması yahut da fiilin işleniş yöntemi üzerinde bir takım değişiklikler yapması gerekecekti. Ancak sırf yardım edenin bu katkıları sayesinde failin ne başka önlemler almasına ne de fiili işleme yönteminde bir değişiklik yapmasına gerek kalmıştır (Roxin, AT II, § 26 kn. 201).

133 Otto, § 22 kn. 56; Geppert, s. 270; Roxin, AT II, § 26 kn. 199; Weigend, s. 210, 211; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1156.

134 Yaşar/Gökcan/Artuç, C. I, s. 1157.

d. Suçun İşlenmesi Hususunda Yol Gösterme

Yardım etme hareketlerinden suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösterme, fiilin işleneceği yer, bu yerde bulunan alarm sistemi, mağdurun eve sürekli gelip gittiği yol gibi genel davranışları, faile ev sahibinin evde olmadığı anı bildirme, fiilin daha hızlı nasıl işlenebileceği yahut da kesin sonuca nasıl ulaşılabileceği gibi hususlar hakkında faile detaylı bilgi verme¹³⁵, çelik kasayı açmasını sağlayabilecek olan sayısal şifreler konusunda bilgilendirme veya suikastı en iyi nasıl gerçekleştirebileceği yönünde akıl hocalığı yapma¹³⁶, fiilin nerde daha iyi bir şekilde işlenebileceği ya da silahın nasıl kullanılacağını anlatma¹³⁷ gibi teknik anlamda yol gösterici nitelikteki hareketlerle gerçekleştirilebilir¹³⁸. Yol gösterici nitelikteki bu tür hareketler bakımından fiilin somut işleme türünün ve usulünün değişmesine yol açan kişilerin tıpkı fail gibi netice bakımından nedensel nitelikte bir katkı sağladıklarında ve bu katkının manevi bir niteliği haiz olduğuna hiçbir şüphe bulunmamaktadır¹³⁹. Keza yardım eden kişinin bu türden bir katkısıyla netice arasındaki nedensel bağlantının varlığının kolaylıkla tespit edilebileceği de belirtilmektedir¹⁴⁰.

Nitekim Alman mahkemelerinin de bu konuda çoğunlukla pek tartışmalı kararlar vermediği görülmektedir. Krallık Yüksek Mahkemesi'nin o dönem mevcut olan Düello suçu kapsamında düelloda kullanılacak silahın türü üzerine kurulan danışma konseyi tarafından karar verilmesi¹⁴¹ veya öldürme suçunun amaca uygun şekilde işlenmesi hususunda tavsiyelerde bulunulması¹⁴² yahut da daha yakın zamanlarda sigorta şirketini aldatma amacıyla olan bir kişiye otomobilini nasıl ateşe vereceğinin anlatılması¹⁴³ gibi olayların her birinde manevi yardım etme örnekleri vuku bulup ortaya konulan bu tavsiye niteliğindeki fiktisel katkılar netice bakımından nedensel addedilmiştir.

135 Kühl, § 20 kn. 225; Rengier, 45/87; Roxin, **AT II**, § 26 kn. 198; Krey/Esser, § 32 kn. 1072; Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 7.

136 Hoyer, § 27 kn. 11; Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 23.

137 Seher, s. 795.

138 Baunack, s. 97; Schünemann, § 27 kn. 12; Alman Mahkeme kararları için Kühl, § 20 kn. 225; Joecks, § 27 kn. 7.

139 Dönmezer/Erman, C. II, s. 533; Schünemann, § 27 kn. 12; Otto, § 22 kn. 54.

140 Baunack, s. 97. Hoyer, teknik anlamda yol gösterici nitelikteki hareketler ifadesini tercih etmemektedir. Zaten yazarın ayrıldığı nokta da terminolojik bakımdan olup bunun dışında görüşleri benzer bir nitelik taşımaktadır (Hoyer, § 27 kn. 11).

141 RGSt 13, 265 (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 198; Schünemann, § 27 kn. 49).

142 RGSt 73, 52 (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 198).

143 BGHR StGB § 27, Abs. 1, Hilfeleisten, Nr. 2 (Roxin, **AT II**, § 26 kn. 198).

Bu kapsamda değinilmesi gereken hususlardan biri, 765 sayılı TCK'da yer alan “suçun ne suretle işleneceğine müteallik talimat vererek...” ifadesindeki “talimat” ibaresidir. Her ne kadar doktrinde kanunda kullanılan bu ifadenin, yol gösterme yerine kullanıldığı kabul edilmekteyse de¹⁴⁴ bunun, gerek sözlük kullanımında¹⁴⁵ gerek günlük kullanımında, gerekse de hukuki kullanımda bir öneri veya akıl vermekten ziyade muhatabı belli bir konuda davranmak noktasında adeta zorunlu tutacak nitelikteki sözler olarak nitelendirilebileceği açıktır. Bu minvalde bilhassa Askeri Ceza hukukunda yaygın bir şekilde kullanıldığı görülen “Talimat” kelimesinin kullanıldığı normlar irdelendiğinde talimat vererek astların belirli şekillerde hareket etmelerine sebebiyet veren üstün, herhangi bir suçun işlenmesi durumunda bu suça yardım eden olarak sorumluluğu değil, bilakis azmettiren olarak sorumluluğu gündeme gelecektir. O halde asta verilen talimatın, üstün azmettiren olarak sorumlu tutulmasına neden olması, talimatın yol göstermenin de ötesinde bir kavram olduğunu göstermektedir. Tüm bu izahattan sonra 765 sayılı TCK'da yol göstermeye karşılık kullanılan “talimat” ifadesinin oldukça şüpheli olduğunu¹⁴⁶, nitekim 5237 sayılı TCK'da söz konusu ifade yerine açıkça “yol gösterme”nin tercih edildiğini ve bu suretle şüphelerin de ortadan kaldırıldığını ifade etmek gerekir.

3. Değerlendirme ve Sonuç

Tüm bu bilgilerden ve açıklamalardan sonra yapacağımız değerlendirme, esasında bu çalışmada temel olarak altı çizilen hususların tekrarlanması olacaktır. Bu çerçevede en çok önem arz eden meselelerden biri, yardım etmenin de faillikteki suç sistematğine benzer bir sistematğın ortaya konulmuş olmasıdır. Buna göre yardım etmenin tipikliği kapsamında yer alan maddi unsur altında *failin kasıtlı ve hukuka aykırı olarak işlenmiş fiili ile “inceleme konumuz olan yardım etme hareketleri” yer alacakken* manevi unsur altında çifte şeriklik kastı yer alacaktır. Böylelikle Alman hukukunda zaten bilinen bu sistem, Türk

144 Önder, C.II, s. 469.

145 Nitekim Türk Dil Kurumu'nun Büyük Türkçe Sözlüğü'nde yer alan ifade şu şekildedir: “1. Yönerge: Demir Bey'den beklenen talimat gelmişti. -R. H. Karay. 2. ask. Görevin gerektirdiği türlü hizmetlerin başarıyla yürütülmesi için kumandan, başkan veya daire başkanları tarafından verilen, o hizmetle ilgili sorumluluk, düzen ve ilkeleri içine alan buyruklar.” Bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a184b6179c143.85087725.

146 Mülgâ kanun dönemindeki doktrinde talimat vermenin maddi yardım mı yoksa manevi yardım mı olduğu konusunda bir takım tartışmalar yapılmışsa da (Dönmezer/Erman, C. II, s. 533) asli iştirak olduğu konusunda hiçbir görüşün ileri sürülmemiş olması da oldukça ilginç karşılanacak bir husustur.

hukukunda da bilinir hale gelecek, yardım etmenin incelenmesi biraz daha basite indirgenmiş olacaktır.

Bu kapsamda belirtilmesi gereken ikinci husus, failin işlediği fiile yönelik olarak gerçekleştirilen katkının kendisi maddi olmasına rağmen etkisinin manevi olduğu durumlarda artık maddi anlamda yardımdan değil, manevi anlamda yardımdan söz edilecek olmasıdır. Yine üçüncü olarak faile suçun işlenmesini mümkün kılacak şekilde araç temin edilmesi, “failin icrasını kolaylaştırma” kapsamında telakki edilebilecektir. Bu minvalde kanunda ayrıca “araç sağlanması” unsuruna yer vermenin gerekli olup olmadığı da şüpheli hale gelecektir.

Dördüncü olarak gözcülük yapılması suretiyle işlenen suça iştirak üzerinde durulmalıdır. Suç işlenirken gözcülük yapılması halinde bu katkının hangi iştirak türüne karşılık geldiğinin tespit edilmesi, somut olayın koşullarının dikkate alınmasına bağlıdır. Bu çerçevede evvela müşterek failliğin koşullarının oluşup oluşmadığı irdelenecek, faillğe ilişkin şartların gerçekleşmemesi halinde, yani failin işlenişi üzerinde hakimiyetin bulunduğu tespit edilememesi halinde bu defa yardım etme üzerinden bir inceleme yapılacaktır. Bu değerlendirme, failin işlenmesi için verilen kararın icra ediliş biçimi, olay öncesinde, esnasında ve sonrasında gerçekleştirilen davranışların birlikte dikkate alınması suretiyle yapılır.

Son olarak TCK’da “failin işlenmesinden sonra yardımda bulunulacağına dair vaatte bulunma” şeklindeki davranış türünün ihdas edilmiş olmasının, davranış türünü daha somut hale getirdiği ifade edilebilir. Bununla bağlantılı olarak failin işlenmesinden sonra failin yakalanmasını, tutuklanmasını veya hakkındaki hükmolunan mahkumiyet kararının infazını engelleyecek şekilde imkan sağlama vaadinde bulunan kişi, işlenen suça manevi anlamda yardım eden konumunda olacak; suçun işlenmesi halinde ise, vaadin yerine getirilmesiyle birlikte artık TCK md. 283 hükmünde öngörülen “Suçluyu Kayırma Suçu”nun faili olacaktır. Sonuç olarak da görünüşte içtima kuralı uygulanarak failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereği kişinin sadece TCK md. 283’ten fail olarak sorumlu tutulması yoluna gidilmeyecek, hem işlenen suça yardım etme, hem de sonradan TCK md. 283’e faillik söz konusu olacaktır. Nitekim burada aynı anda işlenmiş tek bir fiil bulunmayıp bir vaat ve bu vaadin yerine getirilmesi şeklinde iki ayrı fiil mevzu bahistir¹⁴⁷.

147 Görünüşte içtima kuralları için bkz. Muhammed Demirel, “Karar Analizi Tehlike Suçları-Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akncı’ya Armağan, İÜHFİM**, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1479-1489.

Kısaltmalar

Alm. CK	: Alman Ceza Kanunu
AT	: Allgemeiner Teil
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
FS	: Festschrift
GÜ	: Galatasaray Üniversitesi
K.	: Karar
kn.	: Kenar Notu
RGSt	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
StGB	: Strafgesetzbuch
TCK	: Türk Ceza Kanunu
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

Kaynakça

- Akbulut, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Adalet, Ankara 2017.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 10. Bası, Ankara 2016.
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Adalet, Ankara 2017.
- Aydın, Devrim: **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Baumann, Jürgen: “Täterschaft und Teilnahme”, **JuS 1963**, s. 125-138.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 12. Auflage, Verlag Ersnt und Werner Gieseking, Bielefeld 2016.
- Baunack, Martina **Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe**, Duncker & Humblot, Berlin 1999.
- Charalambakis, Aristoteles: “Zur Problematik der psychischen Beihilfe”, **FS-Roxin**, 2001, 625-639.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Bası, Beta, İstanbul 2016.
- Demirel, Muhammed: “Karar Analizi Tehlike Suçları-Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Füsun Sokullu-Akıncı’ya Armağan, İÜHFİM**, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1479-1489.
- Demirel, Muhammed: **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, (Doktora Tezi), İstanbul 2017.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta Yayınları, C. II, 10. Bası, İstanbul 1997.

- Erdem, Mustafa Ruhan: “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı”, **HPD 2005**, S. 5.
- Evik, Vesile Sonay: **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, Oniki Levha, İstanbul 2010.
- Geppert, Klaus: “Die Beihilfe”, **Jura 1999**, s. 266-274.
- Gropp, Walter: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Springer 2015.
- Gülşen, Recep: “Bir Fer’i Maddi İştirak Şekli Olarak İş veya Vasıta Tedariki (TCK m. 65/II)”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, GÜ Yay., İstanbul 2004.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 2010.
- Haft, Fritjof: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, C.H. Beck, München 2004.
- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20 Baskı, Adalet, Ankara 2017.
- Heine, Günther/Weißer, Bettina: “Täterschaft und Teilnahme”, **Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2014.
- Herinrich, Bernd: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Kohlhammer, Tübingen 2015.
- Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, C.H.Beck, München 2015.
- Hoffmann-Holland, Klaus: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Hoyer, Andreas: “Täterschaft und Teilnahme”, **Systematischer Kommentar**, Band 1, 7. Auflage, 2001.
- Hruschka, Joachim: “Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe”, **JR 1983**, 177-181.
- İçel, Kayhan/Sokullu-Akıncı, Füsün/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih Selami/Ünver, Yener: **Suç Teorisi**, Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2004.
- Jeschek, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1996.
- Joecks, Wolfgang: “Täterschaft und Teilnahme”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, Verlag C.H. Beck, München 2003.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2017.
- Krey, Volker/Esser, Robert: **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Stuttgart 2012.
- Kühl, Kristian: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Vahlen, München 2012.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, Beta, İstanbul 2017.
- Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz/Dölling, Dieter/Laue, Christian/ Renzikowski, Joachim: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 8. Auflage, C.F.Müller, 2014.
- Murmann, Uwe: **Grundkurs Strafrecht**, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2015.
- Murmann, Uwe: “Zum Tatbestand der Beihilfe”, **JuS 1999**, s. 548-553.
- Osnabrügge, Stephan A.: **Die Beihilfe und ihr Erfolg**, Ducker&Humblot, Berlin 2002.
- Otto, Harro: “Anstiftung und Beihilfe”, **JuS 1982**, s. 557-566.
- Önder, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, C. II-III, 2. Bası, İstanbul, 1992.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2017.
- Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Seçkin, Ankara 2017.
- Özkan, Halid: **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet, Ankara 2013.
- Rengier, Rudolf: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, C.H. Beck, München 2015.
- Roxin, Claus: “Was ist Beihilfe?”, **FS-Miyazawa**, 1995, s. 501-517.
- Roxin, Claus: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, C.H. Beck, München 2003.

- Satzger, Helmut: “Teilnehmerstrafbarkeit und “Doppelvorsatz””, **Jura 2008**, s. 514-523.
- Schild, Wolfgang: “Täterschaft und Teilnahme”, in **Nomos Kommentar**, Band 1, 4. Auflage, Baden, 2013.
- Schulz, Joachim: “Anstiftung oder Beihilfe”, **JuS 1986**, s. 933-942.
- Schünemann, Bernd: “Täterschaft und Teilnahme”, **Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch**, Band 1, §§ 1-51 StGB, 12. Auflage, De Gruyter, 2010.
- Seher, Gerhard: “Grundfälle zur Beihilfe”, **JuS 2009**, s. 793-797.
- Stoffers, Kristian F. : “Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht”, **Jura 1993**, s. 11-17.
- Weigend, Thomas: “Grenzen strafbarer Beihilfe”, **FS-Nishihara**, Nomos, Baden, 1998.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa: **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, C. I, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2014.
- Yıldız, Ali Kemal: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Beta, İstanbul 2016.

The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases

DNA Veri Bankaları Karşısında Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşılması ile Genoma Dayanan Özel Yaşamın Korunması Arasındaki Dengenin Sağlanması

Rahime ERBAŞ¹

¹Ph.D. Candidate, Works as a Research Assistant at the University of Istanbul, Faculty of Law, The Chair of Criminal Law & Criminal Procedure Law, Istanbul, Turkey

ABSTRACT

Using DNA databases has a significant role in finding truths in criminal law; therefore, national DNA databases are becoming common worldwide. Consequently, their size is increasing every year. However, do we actually need a DNA database for the sake of criminal justice? Within this context, this study first demonstrates how common it is to create DNA databases today and how much information is retained in these databases. Then, the key question emerges: how do we find the balance between the competing interests of ensuring the right to privacy while facilitating the state's interest in solving crimes? This is where the main implementation criteria for data entry, storage and destruction become significant. More concretely, we examine the criteria that should be adopted around whether DNA samples for particular criminals should be included. For example, should DNA samples be included in the case of serious crimes, e.g., crimes against life, sexual abuse, and robbery, as well as crimes requiring punishment of more than a certain time period, such as more than one year? Further, is it possible to remove DNA information from the database? This study is based on the proposal that these criteria play a significant role in softening the tension between breaching privacy and the State's interest in fighting and solving crimes. This study will focus on these criteria, summarized as data entry, storage and destruction by considering comparative law including the EU, the ECHR and the USA analysis.

Keywords: Genome, DNA, Databank, storage, privacy, crime, criminal procedure, Prüm Convention, the EU member countries, the USA, the ECHR, S and Marper vs. United Kingdom, Maryland vs. King

ÖZ

DNA veri bankalarının ceza muhakemesinde suçların aydınlatılmasında-maddi gerçeğe ulaşılmasında- önemli işlevleri bulunmaktadır. Bu nedenle birçok ülkede DNA veri bankasının oluşturulması yaygınlaşmakta; mevcut olan ülkelerde de veri bankalarının hacmi her geçen gün büyümektedir. Fakat gerçekten ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılması için DNA veri bankaları olmazsa olmaz nitelikte midir? Bu bağlamda çalışmada ilk olarak dünyada bu amaçla hangi yaygınlıkta DNA veri bankalarının kurulduğu ve bu bankaların ne ölçüde bilgi içerdiğine yer verilecektir. İşte bu noktada bu çalışmanın özünü oluşturan temel soru ortaya çıkmaktadır: devletin suçların aydınlatılmasındaki menfaati ile bireylerin DNA'larından kaynaklanan kişisel verileri bağlamında özel yaşam hakkı arasında denge nasıl sağlanacaktır? Bu dengenin sağlanması için DNA veri bankasına verilerin girilmesi, burada tutulması ve buradan silinmesi şeklindeki üç temel çıkış noktası önemli rol oynamaktadır. Daha somut ifadeyle, örneğin insan öldürme, cinsel saldırı veya yağma suçlarını gibi veya bir yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren suçları işleyenlerin DNA verilerine bu bankalarda yer verilmesi şeklinde sınırlamalar getirilmesi gösterilebilir. Yahut ta bir kere veri bankasına girmiş DNA verisinin bu bankadan çıkarılması, silinmesi gibi bir imkânın mevcut olup olmadığı önem arz etmektedir. Bu çalışmada devletin suçları aydınlatmadaki menfaati ile bireylerin özel yaşamı korunması hakkı arasındaki denge, karşılaştırmalı hukuka bakmak suretiyle DNA veri bankasına verilerin girilmesi, burada tutulması ve buradan silinmesi şeklindeki üç tutamak noktasından hareket edilerek ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Genom, DNA, Veri Bankası, verilerin depolanması, özel yaşam, suç, ceza muhakemesi, Prüm Sözleşmesi, AB Ülkeleri, ABD, AlHM, S ve Marper v. Birleşik Krallık, Maryland v. King

Date of receipt: 21.09.2017 • **Date of acceptance:** 25.09.2017

Corresponding author: Rahime Erbaş, E-mail: erbas@istanbul.edu.tr

Citation: Erbaş, R. (2017). The tension between genome privacy and criminal justice in the wake of DNA databases. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology* 2017; 5(2):163-178. <https://doi.org/10.26650/JPLC360271>

EXTENDED ABSTRACT

National DNA databases are becoming common throughout the world. Consequently, their size and volume are expeditiously increasing each year. However, do we actually need a DNA database for the sake of criminal justice? Within this context, this study first shows how common it is to create DNA databases in the world today and how much information is retained in these databases. Then, the key question emerges: how do we find the balance between the competing interests of ensuring the right to privacy while facilitating the State's interest in solving crimes? This is where the main implementation criteria for data entry, storage and destruction become significant. More concretely, we examine the criteria that should be adopted around whether DNA samples for particular criminals should be included. For example, should DNA samples be included in the case of serious crimes, e.g., crimes against life, sexual abuse, and robbery, as well as crimes requiring punishment of more than a certain time period, such as more than one year? Further, is it possible to remove DNA information from the database? This study is based on the proposal that these criteria play a significant role in easing the tension between breaching privacy and the state's interest in fighting and solving crimes. This study will focus on these criteria, summarized as data entry, storage, and destruction.

This study indicates that collecting DNA evidence in databases is useful for the criminal justice system in fighting and solving crimes. However, concerns arise, especially around privacy. Each criterion related to data entry, storage, and destruction of DNA samples plays a significant role in mitigating the tension between privacy concerns and the state's interest in fighting and solving crime. As a matter of fact, these criteria ensure the principle of proportionality. However, the current tendency to create databases and expand the existing ones is developing in confusion and mess, which in turn renders cooperation among countries difficult. Within this context, it was highly unexpected that this study would find this outcome: EU member countries prefer to keep their own national criminal law procedural understanding in the application of the criteria private, even when the EU demands unity, such as through the introduction of the Prüm Convention of 2005. This outcome forces us to confront the issue of whether breaching genome privacy for the sake of the criminal justice system is ultimately justified is indeed still under question.

1. Introduction

I would like to begin with two striking cases: one from Europe and another from the USA. Assume that an eleven-year-old boy is arrested on the suspicion of attempted robbery and his DNA samples are collected by the police. Having been acquitted after five months, he demands the removal of his samples from the DNA database. His demand, however, is rejected. This famous and extreme case, *S and Marper vs. United Kingdom*, was brought to the ECHR in 2004 and heard in 2008¹. A similar case occurred in the USA in 2013. In this case, an individual was arrested on assault charges, and his DNA samples were collected. Four months later, his DNA sample was found to match DNA samples from an unsolved rape case, and the individual was convicted of the crime. Justice Antonin Scalia stated that “*make no mistake about it: As an entirely predictable consequence of today’s decision, your DNA can be taken and entered into a national DNA database if you are ever arrested, rightly or wrongly, and for whatever reason*” in the decision *Maryland v. King*².

Despite the aforementioned extreme cases from the UK and the USA, DNA analysis has a significant function in crime solving by enabling the analysis of genetic codes that differentiate one human being from another. In the USA, numerous individuals who have been sentenced to the death penalty have been exonerated because of DNA evidence³. Hence, the use of DNA evidence in the criminal justice system is on the rise today. Although many countries have already created their own national DNA databases, some countries, such as Turkey, are only starting to do so⁴. In accordance with the increasingly prevalent use of DNA evidence, some developed countries have expanded their existing DNA databases. In 2012, to justify the expansion of the existing DNA Database Centers in New York, a Senate Majority Leader stated that “*DNA is the 21st Century equivalent of a fingerprint and the most powerful law enforcement tool to catch and prosecute criminals and protect victims*”⁵. Consequently, the question arises whether genome privacy concerns due to the

1 S and Marper vs. United Kingdom, Applications nos. 30562/04 and 30566/04.

2 Maryland vs. King (425 Md. 550, 42 A. 3d 549, reversed), SCALIA, J., dissenting, p.17.

3 *The National Registry of Exonerations, A Project of the University of Michigan Law School*.

4 For example, in Turkey, there was an attempt to create a national DNA databank in 2007; however, it has not been signed into law yet. For more information regarding the Turkish DNA database See İLGİLİ & ARDA, Forensic DNA Banking Legislation in Developing Countries: Privacy and Confidentiality Concerns Regarding a Draft from Turkish Legislation, p. 56 *at seq.*

5 *The New York State Senate*, Statement by Senate Majority Leader Dean Skelos on Expansion of DNA Databank, March 14, 2012, Issue: Crime.

creation of a national DNA database can be justified against the State's interest in fighting and solving crime.

Since the 19th century, the understanding of the structure and function of DNA has been a turning point in scientific development. Our existing knowledge of DNA, the human genome, and DNA analytical tools and methods have become increasingly relevant in the light of future developments and present several issues. On the one hand, how can we control our future based on our genetics? What information will DNA retainers, such as criminal justice authorities, interpret from our DNA in the future? Do innocent people indeed have nothing to fear? On the other hand, can we reject the benefits of the use of DNA in criminal cases for identifying criminals, protecting victims, and exonerating the wrongly convicted? These questions result in a conflict between genome privacy and the creation of a national DNA database for the use of the criminal justice system. I aim to discuss these questions and concerns in this article.

In this article, I begin by questioning the necessity of a DNA database for the sake of criminal justice and the pros and cons of such a database. Subsequently, I discuss the prevalence of establishing DNA databases among countries and the extent of information retained in these databases. The key question thus emerges: how can we balance the competing interests of the right to privacy and the state's interest in solving crimes? The main implementation criteria for the entry, storage, and destruction of genetic information thus become significant in the context of this question. These significant criteria can be recast into the following questions: Whose DNA information (e.g., that of the arrestee, detainee, suspect, or convict) will be collected, and how long and under what conditions should be they included in the database? What criteria should be adopted for including DNA samples of particular criminals, such those who perpetrate serious crimes, e.g., crimes against life, sexual abuse, and robbery, and crimes that require punishment for more than a certain period, such as one year or more? Is the removal of genomic information from the database possible? This article is based on the proposition that these criteria significantly soften the tension between breaches in privacy and the state's interest in solving and fighting crime. Therefore, this article will focus on these criteria, which are summarized as entry, storage, and destruction.

2. An Ever- Present Question: Is the Creation of a DNA Databank Actually Inevitable?

National DNA databases have become common worldwide and contain an annually expanding volume of information. The existence of these databanks, however, hinges on the necessity of a DNA database for the sake of criminal justice. In other words, does the state's interest in solving crime through the creation and use of such a database supersede the interest of the privacy of its citizens? In contrast to other countries, such as Turkey, that do not have DNA databases, the UK, the USA, Germany, and Switzerland have answered that question as "yes" by establishing their own national DNA databases with their own regulations, limitations, and criteria. The discussions over the *legitimacy* and *disadvantages* of these databases continue in countries with established DNA databases, whereas countries without such databases continue to discuss the *legitimacy* and *advantages* of such databases. In the case of *S and Marper vs. United Kingdom*, the ECHR ruled that "...any State claiming a pioneer role in the development of new technologies bears special responsibility for striking the right balance in this regard"⁶.

The concept that "DNA has the power to identify the guilty and exonerate the innocent"⁷ is widely accepted. The creation of a DNA database, however, raises several concerns, particularly those of privacy. Some scholars raise the fact that "...unlike fingerprints, DNA is a trove of personal, medical, and ancestral information"⁸. The potential for the future misuse of DNA information should be taken into account⁹. DNA samples enable "access to all intimate knowledge of a person's biological constitution" and "may contain information about hereditary diseases (both physical and mental), hair color, skin color, ethnical background and etc., as well as information about family relations (parenthood, indications of hereditary diseases that may implicate relatives etc.)"¹⁰. Therefore, the novel term "genetic exceptionalism"¹¹ has been developed within the context of privacy issues. This term implies that genetic information is treated separately from other forms of

6 S and Marper vs. United Kingdom, Applications nos. 30562/04 and 30566/04, para. 112.

7 SILVERSTEIN, *The Dark Side of DNA*, p. 8.

8 No. 7.

9 WILLIAMS & JOHNSON, *Inclusiveness, Effectiveness and Intrusiveness: Issues in the Developing Uses of DNA Profiling in Support of Criminal Investigations*, p. 546.

10 HILDEBRANDT, *Who is Profiling Who? Invisible Visibility*, p. 245.

11 ROTHSTEIN & TALBOTT, *The Expanding Use of DNA in Law Enforcement: What Role for Privacy?*, p.160.

health information¹². In addition, privacy and discrimination concerns about genetic information are interrelated. As a matter of fact, an important concern for the misuse of genetic information to discriminate against people based on their race exists in the USA¹³. Within the context of *non-discrimination*¹⁴, the likelihood that “*the ‘match statistics’ generated by analyzing large troves of DNA information are easy to misinterpret*”¹⁵ has been pointed out.

Furthermore, as DNA evidence is perceived as highly reliable owing to its scientific features, an irrelevant person may be charged with a crime on the basis of their DNA sample matching one from a crime scene or one obtained from a victim; this match, however, may be erroneous¹⁶. For example, in a 2002 case from Italy, a young girl was killed by a foreigner, and a blood stain sample found at the crime scene was sent to Interpol. DNA information from this stain matched one from a UK database. The DNA information belonged to a barman in England, who was subsequently accused of the murder on the basis of the DNA match. After the accused denied the charges and fresh DNA samples were taken from him, the earlier match was found as a mismatch¹⁷. This case indicates that innocent people can be charged with a crime solely on the basis of a (mis)match from a DNA database. Furthermore, numerous studies have investigated the possibility of random matches¹⁸. Thus, although scientific evidence based on technological tools and methods, such as computing, profiling, and mathematical analysis, have a significant role¹⁹ in criminal justice, it can also mislead it.

Despite the disadvantages of DNA information, some of which were mentioned above, *Robin Williams* and *Paul Johnson* have stated that DNA information provides

12 No. 11.

13 *Silverstein stated that “But beyond privacy concerns, there is another reason to reconsider DNA collection on arrest. Because people of color are disproportionately stopped, searched and arrested, they will disproportionately bear the burden of this genetic dragnet. And because DNA samples can be used to establish family relationships, it has the potential to widen the surveillance to entire communities”*, see no.7.

14 No. 11.

15 MURPHY, E., *The Dark Side of DNA Databases*, Oct 8, 2015.

16 See also PASCALI & LAGO & DOBOSZ, *The dark side of the UK National DNA Database*, p. 834, see also no.15.

17 No. 16.

18 See at KOEHLER & CHIA & LINDSEY, *The Random Match Probability (RMP) in DNA Evidence: Irrelevant and Prejudicial?*, p. 201 et seq.

19 For the discussions on the idea to guarantee privacy concerns using technology see NAVEED & AYDAY & W. CLAYTON & FELLAY & A. GUNTER & HUBAUX & A. MALIN & WANG, *Privacy and Security in the Genomic Era*, p.10.

“the potential to make speedy and robust suspected offender identifications through automated profile comparisons in centralised criminal justice databases; the ability confidently to eliminate innocent suspects from investigations; the increased likelihood of generating reliable and persuasive evidence for use in court; a reduction in the cost of many investigations; the likely deterrent effect of DNA databasing on potential criminal offenders; and a possible increase in public confidence in policing and in the wider judicial process”²⁰. DNA databases serve their purpose only in cases in which DNA samples from the crime scenes or victims and matching tools are available. If a DNA database does not exist, the possibility to perform matching procedures, such as acquiring a DNA sample from a suspect, is limited. Nevertheless, despite the advantages of DNA evidence and databases, the inevitability of establishing DNA databases remains debatable²¹.

3. How Common are DNA Databases in the World?

The first attempt to collect DNA samples in the UK occurred in 1987. After a brutal double rape/homicide incident, authorities in the UK collected DNA samples from 4000 men to find the perpetrator. However, the perpetrator’s DNA was not among the 4000 samples collected. The perpetrator was arrested only after he was observed attempting to convince another person give his DNA sample on his behalf²². In 1995, the UK introduced *NDNAD*, the first national DNA database. *NDNAD* was initially used to store samples only from convicted individuals but has since developed into the largest and most inclusive national forensic DNA database in the world. A year after its establishment, *NDNAD* included DNA samples from 2.7 million individuals, many of whom have never been charged with, or convicted of, any crime²³. Therefore, in 2008 case *S and Marper vs. United Kingdom*, the ECHR found that UK authorities were in violation of Art. 8 of the Convention for storing the DNA information of an eleven-year-old child who had been previously acquitted²⁴. The National DNA Database Strategy Board Annual Report of 2014/2015 pointed out that

20 No. 9.

21 Likewise, *Rodrigues* points out that the need for a DNA database is indubitable. However, he is referring to the importance of the aims, workings, and policy of the database and has suggested keeping an eye on future developments regarding the issue, see RODRIGUES, *Big Bio Brother is Here: Wanting, Taking and Keeping Your DNA*, p.12.

22 WAMBAUGH, *The Bleeding* (New York, NY: Morrow, 1989), as cited in No. 11, p. 155.

23 WALLACE, *The UK National DNA Database: Balancing Crime Detection, Human Rights and Privacy*”, (2006) 7 *EMBO reports*, p. 26.

24 No. 1.

over the DNA profiles of 1.7 million innocent people, including children, have been deleted from the *NDNAD*. In addition, 7.75 million DNA samples that were unnecessarily retained have been destroyed as a result of the commencement of the Protection of Freedoms Act 2012²⁵. According to the report of the *Home Office*, the database retains 5,766,369 DNA profiles collected between the years of 1995 and 2015²⁶.

Since 1992, the USA has had its own national DNA databank called *CODIS (Combined DNA Index System)*. Similar to the *NDNAD*, *CODIS* initially held the data of only convicted rapist and murderers²⁷. The FBI retains and searches DNA profiles submitted to *CODIS* by federal and state law enforcement authorities²⁸. The Netherlands and Austria introduced their own DNA databases in 1997. One year later, Germany created its own database. In 1999, Finland and Norway also created their databases, and Denmark established their own DNA database in 2000²⁹. In Switzerland, a DNA database was established in 2000. However, it was subjected to a four-year testing period and did not come into effect until 2005. It is now the fifth largest DNA database in Europe³⁰, containing 176, 758 personal profiles and 63, 941 crime scene samples by the end of 2015³¹. A DNA database came into existence in France in 2001³². Moreover, Belgium, Hungary, Luxemburg, Poland, Romania, Spain, Sweden, Estonia, Latvia, Lithuania, and Slovakia now have their own national DNA databases³³. In terms of size, some databases, such as those of Germany, France, Belgium, and Hungary, are restrictive, whereas those of the UK, Austria, and Finland, are expansive³⁴. The national DNA database of Switzerland can be considered as

25 *The National Police Chiefs' Council/Home Office/ National DNA Database*, National DNA Database Strategy Board Annual Report 2014/15, p. i. However, as pointed out by *The Guardian*, a British Newspaper, "Police retain DNA from thousands of children", see *The Guardian*, Police retain DNA from thousands of children, Vikram Dodd, Monday, 20 May 2013. Also there is a press release of 2013 by a NGO in the UK as "Police take DNA samples from children every 10 minutes", see *The Howard League for Penal Reform*, Police take DNA samples from children every 10 minutes, Press statement, 20 May 2013.

26 *National DNA Database Strategy Board Annual Report 2014/15*, p.9.

27 No.11, p. 153.

28 No. 7.

29 SCHNEIDER & MARTIN, *Criminal DNA Databases: The European Situation*, p. 233.

30 VOEGELI & HAAS & KRATZER & BÄR, *Evaluation of the 4-Year Test Period of the Swiss DNA Database*, p. 731.

31 *Federal Office of Police*, *The CODIS DNA database*.

32 No. 4, p. 57.

33 For the size and amount of DNA data of some European countries' databases see SANTOS & MACHADO & SILVA, *Forensic DNA Databases in European Countries: is Size Linked to Performance?*, p.7.

34 No. 33.

expansive given that it is the fifth largest database in Europe. Italy only established its own DNA database in 2009³⁵.

The *Prüm Convention of 2005*, later known as the *Prüm Decision of 2008*³⁶, stated that the widespread creation of DNA databases should consider *the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime* in European Union countries. The Decision requires the establishment of national DNA databases and cooperation among European Union countries, stating that “*EU countries are to establish national DNA analysis files for the purpose of investigating criminal offences. Reference data, consisting of the non-coding part of the DNA and of a reference number that does not enable an individual to be identified, must be made available to other EU countries to carry out automated searches*”³⁷. Furthermore, INTERPOL³⁸ has maintained a DNA database, known as DNA Gateway, since 2002; this database contains more than 150,000 DNA profiles contributed by 73 member countries³⁹.

4. Tension-Softening Curves: Criteria for the Entry, Storage, and Destruction of DNA Profiles

The implementation of certain criteria for the entry, storage, and destruction of DNA profiles in national databases is necessary to maintain the balance between the competing interests of the right to privacy and the state’s interest in solving crimes. These are the concrete forms of *the principle of proportionality*. To illustrate, collecting and storing the DNA samples of a perpetrator who committed a crime that carries a penalty of six months’ imprisonment or only a fine is disproportionate and thus does not justify the breach of privacy resulting from the storage of the perpetrator’s

35 MARCHESI & CERRI & CAENAZZO, “Italian National Forensic DNA Database in a European Perspective”, p. e246.

36 The decision is based on *The Prüm Treaty* of 27 May 2005, which was signed between Belgium, Germany, Spain, France, Luxembourg, the Netherlands, and Austria, see *EUR-Lex*, Stepping up cross-border cooperation (Prüm Decision), Last updated: 24.11.2010.

37 No. 36.

38 INTERPOL is an abbreviation of an international police organization, which is described as “*the world’s largest international police organization, with 190 member countries*”, INTERPOL, Overview.

39 “*Police in member countries can submit a DNA profile from offenders, crime scenes, missing persons and unidentified bodies to INTERPOL’s automated DNA database. Known as the DNA Gateway, the database was initiated in 2002 with a single DNA profile but, by 2014, it contained more than 150,000 DNA profiles contributed by 73 member countries. Participating countries are actively using the DNA Gateway as a tool in their criminal investigations, and it regularly detects potential links between DNA profiles submitted by member countries – searches of the database by member countries led to 77 international hits during 2014*”, INTERPOL, Fact Sheet, DNA Profiling, p. 1.

genomic data. However, despite the consensus on the creation of DNA databases and agreement regarding cooperation between European countries and other non-European countries via Interpol, the non-uniformity of criteria for the entry, storage, and destruction of DNA information among countries, even among European Union countries, remains problematic. In this respect, pursuant to *Schneider* and *Martin*, “*there is a significant difference between the European Countries...*”⁴⁰. To clarify these differences, *Santos et al.* have divided the European countries into two groups known as *the restrictive* and *the expansive* countries⁴¹.

Notably, the DNA databases of the UK and the USA initially held samples of convicted criminals but later expanded to include samples of those who have not yet been convicted. However, the judgment of *S and Marper vs. United Kingdom* has slightly changed this tendency toward expansiveness among European countries. In this case, an eleven-year-old boy was arrested on suspicion of attempted robbery, and his DNA samples were collected by the police. Having been acquitted after five months, he demanded the removal of his samples from the database. His request, however, was rejected. The ECHR pointed out that “*the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the fingerprints, cellular samples and DNA profiles of persons suspected but not convicted of offences, as applied in the case of the present applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped any acceptable margin of appreciation in this regard*”⁴². Subsequently, the Court found a violation of Art. 8 of the Convention, stating that “*the retention at issue constitutes a disproportionate interference with the applicants’ right to respect for private life and cannot be regarded as necessary in a democratic society*”⁴³.

As a response to the above judgment, a new regulation, *The Protection of Freedoms Act*, was signed into law in 2012. However, this Act allows for only some limited destruction and not the immediate destruction of DNA samples taken from the innocent and children. The Act necessitates the removal of the DNA samples of an arrestee under suspicion of a qualifying crime and who is acquitted within three years. That time can be extended by two years by a district court judge. If the arrestee

40 No. 29.

41 For this classification see no. 33, p. 4 *et seq.*

42 No.1, para. 126.

43 No.1, para. 126.

is under suspicion of a minor crime, the samples have to be destroyed. However, in both instances, if the arrestee has *a previous conviction* for a recordable crime, the samples will be retained *indefinitely*. These refer to cases that have not resulted in a conviction. In cases resulting in convictions, DNA samples from adults can be retained indefinitely. The DNA records of children under 18 and who are convicted of a recordable minor crime may be retained for five years in addition to the length of any prison sentence in the first conviction. However, if the prison sentence is for five years or more, their DNA samples can be retained indefinitely. In the case of a second conviction, the samples can be kept indefinitely⁴⁴. In any case, DNA samples are to be destroyed if the responsible chief officer of police finds that “(a) *as the taking of the samples was unlawful,*” or “(b) *the samples were taken from a person in connection with that person’s arrest and the arrest was unlawful or based on mistaken identity,*” pursuant to Art. 14 titled as *destruction of samples*⁴⁵.

Similar to that in the UK, the DNA samples of convicted individuals are not destroyed in the USA. DNA samples can be taken from the arrestee, detainee, or convict. However, if an arrestee requests removal and provides a final court order document showing that the charge has been dismissed, has resulted in an acquittal, or that no charges have been brought within the applicable time period, their DNA samples are to be removed. In the case where the conviction is overturned, if the convicted person requests removal and provides a final court order document indicating that the conviction has been overturned, the samples are to be removed⁴⁶.

Likewise, in almost every European country, DNA samples are collected and stored not only from *the convict*, but also from *the suspect*, and many countries require the removal of DNA samples from the national database in cases that do not end in conviction. However, some countries, such as France and Germany⁴⁷, stipulate

44 *Home Office*, Policy paper Protection of Freedoms Act 2012: How DNA and Fingerprint Evidence Is Protected in Law, Published 4 April 2013.

45 *Legislation.gov.uk*, Protection of Freedoms Act 2012, 2012, c. 9, Part 1, Chapter 1, Destruction rules for samples and impressions of footwear subject to PACE, Section 14.

46 *The FBI, Federal Bureau of Investigation*, Frequently Asked Questions (FAQs) on the CODIS Program and the National DNA Index System.

47 As a matter of fact, in the case, *Peruzzo and Martens vs. Germany*, the ECHR pointed out that taking, storing, and retaining the DNA samples of persons who were *convicted of serious crimes* or drug-related crimes for future use in criminal proceedings is justified and proportionate. Indeed, the Court emphasized *the gravity of crime* that the convicted person committed by pushing forward *the principle of proportionality*. The ECHR, thusly, held the case inadmissible. See *Peruzzo and Martens v. Germany*, Application nos. 7841/08 and. 57900/12.

the collection of DNA samples from *particular criminals*, such as those who have committed serious crimes (e.g., crimes against life, sexual abuse, or robbery), whereas some other countries, such as Hungary, specify the collection of samples in the case of crimes resulting in punishment by imprisonment for more than *a certain period*, such as five years⁴⁸. By doing so, a tendency to set up *a certain crime catalog* exists in these countries⁴⁹. The inclusion of DNA samples in databases can be subjected to *an order by a judge or court* in some countries, such as in Luxemburg, the Netherlands, and Portugal⁵⁰. As a matter of fact, no specific crime limitation exists in some countries classified by *Santos et.al.* as expansive. These countries include Estonia, Latvia, Lithuania, and Slovakia. In these countries, the DNA samples of a suspect or a convicted person in any type of crime can be included in the database⁵¹.

As for the possibility of removing DNA information from the national database, some countries expunge DNA samples from their databases following acquittal, after a certain period of time, and after the sentence has been served. In Belgium, records are removed after 30 years of inclusion, in Poland after 35 years, in France⁵² after 40 years, and in Hungary 20 years after the sentence has been served. In Italy, records are removed 20 years after the commission of the crime and are no longer held after 40 years. Some countries, such as Luxemburg, remove records after the death of the convicted person. In Germany, profiles are reviewed at certain periods, which differ for adults, children, and youth. Many countries, such as Hungary, Ireland, Italy, Luxemburg, the Netherlands, Poland, and Sweden remove DNA samples after acquittal⁵³. In Switzerland, DNA samples can be taken from both the suspect and the convicted person for use in criminal procedures⁵⁴. After judgment and conviction, the samples of the convicted person are included in the database. However, some

48 THIBEDEAU, National Forensic DNA Databases 2011, p.7.

49 No. 48.

50 No. 33, p. 5

51 No. 33, p. 6.

52 However, recently- in 2017- in the case of *Aycaguer v. France* (application no. 8806/12) the ECHR holds that there has been a violation of art. 8 by arguing that “...to date, no appropriate action had been taken on that reservation and that there was currently no provision for differentiating the period of storage depending on the nature and gravity of the offences committed” (*The ECHR, Judgment Aycaguer v. France - refusal to participate in a national genetic database*, available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF AYCAGUER v. FRANCE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-175007"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)) (19.11 .2017).

53 No. 33, p. 5.

54 *Der Bundesrat*, Das Portal der Schweizer Regierung, DNA-Profil-Gesetz, Art. 3 Probenahme und DNAAnalyse in Strafverfahren.

circumstances exist wherein DNA samples can be retained, depending on the type of crime and the punishment. Specifically, DNA samples are retained in the case of intentionally committed crimes or crimes that require imprisonment or other measures that result in the deprivation of liberty for a period of no less than a year. In addition, samples may be retained where the crime involves a crime against health, life, or sexual integrity⁵⁵. DNA samples are removed after acquittal, upon the termination of the case, or on the death of the convict. In Switzerland, DNA records are expunged 10 years after the sentence has been served, five years after security measures are imposed, or 10 years after the implementation of the deprivation of liberty⁵⁶.

In expansive countries, such as Estonia, samples of the suspect or the convicted person are deleted 10 years after death. In Latvia, the samples of the convicted person are removed 75 years after its inclusion, and the samples of the suspect are deleted 10 years after acquittal. In Lithuania, samples are removed 100 years after inclusion in the database or 10 years after the death of the suspect or the convicted person. In Slovakia, records are deleted 100 years after the date of birth of the person concerned, and the records of suspects are deleted after acquittal⁵⁷.

Turkey attempted to establish a national DNA database in 2007; however, it remains unsigned into law as of today. The draft aimed to establish a DNA database for not only criminal affairs but also for other purposes, such as the location of missing persons by taking samples from volunteers. Existing databases in other countries are expanding for the same purposes. Under the current Turkish law, DNA samples can be collected from the suspect, the convicted person, and the victim, as well as from the crime scene. Regarding the removal of DNA samples in the context of criminal matters, the draft referred to Art. 80 of the Turkish Criminal Procedure Code. Pursuant to this Article, DNA results should be expunged by a public prosecutor under the following circumstances: (1) if a public prosecutor decides not to prosecute, and the time for objection against the decision by a public prosecutor to not prosecute is due or the objection is rejected; (2) the perpetrator is *acquitted*; (3) or the court

55 Art. 5: Probenahme und DNA-Analyse bei verurteilten Personen.

56 Art. 16: Löschung der DNA-Profile von Personen.

57 No. 33, p. 6.

renders a judgment to the effect that there is *no need to inflict punishment*⁵⁸. Notably, no expunction duty exists in the case of a conviction, i.e., if *A* is convicted for sexual assault and his DNA information has been extracted from his semen found on the body of the victim, then the information may not be expunged.

Given that a national Turkish DNA databank does not currently exist, the following questions arise: should the DNA samples and information of convicted people be expunged? If the answer is “yes,” for how and for how long should they be retained? Turkish scholars hold divergent opinions on the creation of a national DNA databank. Some strongly favor the creation of such a database, arguing that it is an inevitable and even necessary tool for solving crime in a modern society. By contrast, some scholars object to the creation of such a database⁵⁹.

5. Conclusive Remarks

The functions of DNA evidence and DNA databases in the criminal justice system indicate the necessity of creating DNA databases to solve and fight crime. However, the creation of such databases raises some concerns, especially those for privacy. This essay is based on the proposition that the criteria for the entry, storage, and destruction of DNA samples ease the tension between privacy breaches and the state’s interest in solving and fighting crime. As a matter of fact, these criteria ensure *the principle of proportionality*. However, the current tendency to create databases and expand existing ones introduces confusion and complicates cooperation among countries. This outcome brings us to the issue of whether breaching DNA privacy for the sake of the criminal justice system is justified remains debatable.

Bibliography

ALTAŞ, E., Bir Koruma Tedbiri olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve Türkiye Milli DNA Veribankası Kanunu Tasarısı, (2007) 3 *CHD*, p. 76.

58 The judgment of *acquittal* differs from the judgment of *no need to inflict punishment* in the Turkish criminal procedure because culpability has been separated from the mental elements of the crime (*mens rea*). In that respect, different conclusions between the lack of mental element and of culpability exist. Acquittal indicates that the perpetrator is not guilty, their guiltiness could not be proven, or the crime did not come into being because of the lack of elements of crime, for example, lack of mental elements. The judgment of *no need to inflict punishment* indicates the lack or deficient of culpability out of mental illness, being under age, acting under necessity or coercion, or lack of consciousness of that the act is unjust.

59 For these opinions see ARISOY & ERESEN & ÖZBEK, Yeni yasal düzenlemeler ve Moleküler Genetik İncelemeler (New Laws and Molecular Genetic Tests: Review), p.181; see also ÖZBEK, DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz, p. 76; ALTAŞ, E., Bir Koruma Tedbiri olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve Türkiye Milli DNA Veribankası Kanunu Tasarısı, p. 107.

- ARISOY, Y. & ERESEN, Ç. & ÖZBEK, V. Ö, Yeni yasal düzenlemeler ve Moleküler Genetik İncelemeler (New Laws and Molecular Genetic Tests: Review), (2008) 28 *Türkiye Klinikleri J Med Sci*, p.178.
- Der Bundesrat, Das Portal der Schweizer Regierung, DNA-Profil-Gesetz, Art. 3 Probenahme und DNA-Analyse in Strafverfahren, available at <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20031383/index.html#a3> (11.04.2016).
- EUR-Lex, Stepping up cross-border cooperation (Prüm Decision), last updated: 24.11.2010, available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0005> (10.04.2016).
- İLĞİLİ, Ö. & ARDA, B., Forensic DNA Banking Legislation in Developing Countries: Privacy and Confidentiality Concerns Regarding a Draft from Turkish Legislation”, (2014) 12 *Revista Română de Bioetică*, p. 56.
- INTERPOL, Overview, available at <http://www.interpol.int/About-INTERPOL/Overview> (10.04.2016).
- INTERPOL, Fact Sheet, DNA Profiling, available at <http://www.interpol.int/en/News-and-media/Publications/Fact-sheets/DNA-Profiling/>(10.04.2016).
- Federal Office of Police, The CODIS DNA database, available at https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/en/home/sicherheit/personenidentifikation/dna-profile/die_datenbank_codis.html (11.04. 2016).
- HILDEBRANDT, M., Who is Profiling Who? Invisible Visibility, in Gutwirth, S., Pouillet, Y., de Hert, P., de Terwangne, C., Nouwt, S. (eds.), *Reinventing Data Protection?*, Springer, Netherlands, 2009, p. 239.
- Home Office, Policy paper Protection of Freedoms Act 2012: How DNA and Fingerprint Evidence Is Protected in Law, Published 4 April 2013, available at <https://www.gov.uk/government/publications/protection-of-freedoms-act-2012-dna-and-fingerprint-provisions/protection-of-freedoms-act-2012-how-dna-and-fingerprint-evidence-is-protected-in-law#fn:4> (11.04.2016).
- KOEHLER, J. & CHIA, A. & LINDSEY, S., The Random Match Probability (RMP) in DNA Evidence: Irrelevant and Prejudicial?, (1995) 35 *Jurimetrics Journal*, p. 201.
- Legislation.gov.uk, Protection of Freedoms Act 2012, 2012, c. 9, Part 1, Chapter 1, Destruction rules for samples and impressions of footwear subject to PACE, Section 14, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/section/14/enacted?view=interweave> (11.04.2016).
- MARCHESE, V. & CERRI, N. & CAENAZZO, L., “Italian National Forensic DNA Database in an European Perspective”, (2013) 4 *Forensic Science International: Genetics Supplement Series*, p. e246.
- MURPHY, E., The Dark Side of DNA Databases, Oct 8, 2015, available at <http://www.theatlantic.com/science/archive/2015/10/the-dark-side-of-dna-databases/408709/>, (08.04.2016).
- NAVEED, M. & AYDAY, E. & W. CLAYTON, E. & FELLAY, J. & A. GUNTER, C. & HUBAUX, J. & A. MALIN, B. & WANG, X., Privacy and Security in the Genomic Era, p.1, available at arXiv:1405.1891 (14.04.2016).
- ÖZBEK, V. Ö, DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz, (2007) 3 *CHD*, p. 47.
- PASCALI, V. & LAGO, G. & DOBOSZ, M., The dark side of the UK National DNA Database, (2003) 362 *The Lancet*, p. 834, available at DOI: [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(03\)14261-4](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(03)14261-4), (08.04.2016).
- RODRIGUES, R., Big Bio Brother is here: Wanting, Taking and Keeping Your DNA, p.1, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113344 (12.04.2016).
- ROTHSTEIN, M. & TALBOTT, M., The Expanding Use of DNA in Law Enforcement: What Role for Privacy?, (2006) 34 *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, p.153.
- SANTOS, F. & MACHADO, H. & SILVA, S., Forensic DNA Databases in European Countries: is Size Linked to Performance?, (2013) 9 *Life Sciences, Society and Policy*, p.1, available at <http://www.lssjournal.com/content/9/1/12> (10.04.2016).
- SCHNEIDER, P. & MARTIN, P., Criminal DNA Databases: The European Situation, (2001) 119 *Forensic Science International*, p. 232.
- SILVERSTEIN, J., The Dark Side of DNA, (2013) 296 *The Nation*, p.6.

- Supreme Court of the United States, Maryland vs. King* (425 Md. 550, 42 A. 3d 549, reversed), No. 12–207. Argued 26. 02. 2013—Decided 03. 06. 2013, available at <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/12-207> (03.04.2016).
- Supreme Court of the United States, Maryland v. King* (425 Md. 550, 42 A. 3d 549, reversed), Syllabus, Certiorari to the Court of Appeals of Maryland, SCALIA, J., dissenting, p.1, available at <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/12-207.pdf>, (11.08.2017).
- The ECHR, Peruzzo and Martens vs. Germany*, Application nos. 7841/08 and. 57900/12, available at <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-7614&filename=002-7614.pdf> (14.04.2016).
- The ECHR, S and Marper vs. The United Kingdom*, Applications nos. 30562/04 and 30566/04, available at <https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20EN.pdf> (11.04.2016).
- The ECHR, Judgment Aycaguer v. France - refusal to participate in a national genetic database*, available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF AYCAGUER v. FRANCE"\], "documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"\], "itemid":\["001-175007"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (19.11.2017)).
- The FBI, Federal Bureau of Investigation, Frequently Asked Questions (FAQs) on the CODIS Program and the National DNA Index System*, available at <https://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet> (11.04.2016).
- The Guardian, Police retain DNA from thousands of children, Vikram Dodd, Monday, 20 May 2013*, available at <http://www.theguardian.com/uk/2013/may/20/police-retain-dna-thousands-children> (11.04.2016).
- The Howard League for Penal Reform, Police take DNA samples from children every 10 minutes, Press statement, 20 May 2013*, available at <http://www.howardleague.org/police-and-dna-samples/> (11.04.2016).
- The National Police Chiefs' Council/Home Office/ National DNA Database, National DNA Database Strategy Board Annual Report 2014/15*, available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/484937/52921_NPCC_National_DNA_Database_web_pdf.pdf (09.04.2016).
- The National Registry of Exonerations, A Project of the University of Michigan Law School*, available at <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Exoneration-by-Year.aspx> (12.04. 2016).
- The New York State Senate, Statement by Senate Majority Leader Dean Skelos on Expansion of DNA Databank, 14. 03. 2012, Issue: Crime*, available at <https://www.nysenate.gov/newsroom/press-releases/statement-senate-majority-leader-dean-skelos-expansion-dna-databank> (03.04.21016).
- THIBEDEAU, A., National Forensic DNA Databases 2011, available at <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/dnadata/fullreport.pdf> (12.04.2016).
- VOEGELI, P. & HAAS, C. & KRATZER, A. & BÄR, W., Evaluation of the 4-Year Test Period of the Swiss DNA Database, (2006) 1288 *International Congress Series*, p. 731.
- WALLACE, H., The UK National DNA Database: Balancing Crime Detection, Human Rights and Privacy”, (2006) 7 *EMBO reports*, p. 26, available at <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1490298/pdf/7400727.pdf>, (09.04.2016).
- WILLIAMS, R. & JOHNSON, P., Inclusiveness, Effectiveness and Intrusiveness: Issues in the Developing Uses of DNA Profiling in Support of Criminal Investigations, (2005) 33 *Journal of Law, Medicine & Ethics*, p. 545.

TANIM

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology), açık erişimli, hakemli, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki defa yayınlanan bilimsel bir dergidir. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin bir yayınıdır.

AMAÇ ve KAPSAM

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology), öncelikle ceza hukuku ve kriminoloji alanlarına odaklanan, suç ve suçlulukla ilişkili konularda yazılan makalelere açık olan bir dergidir. Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, yüksek kalitede içerikle bu alanlara katkıda bulunan ve bilgi paylaşımı sağlayan uluslararası bir platform sunmayı amaçlar. Dergide, Türkçe makalelerin yanı sıra İngilizce, Almanca, Fransızca, İspanyolca ve İtalyanca makalelere de yer verilir. Derginin hedef kitesini akademisyenler, araştırmacılar, profesyoneller, öğrenciler ve ilgili mesleki, akademik kurum ve kuruluşlar oluşturur.

EDİTORİYAL POLİTİKALAR VE HAKEM SÜRECİ

Yayın Politikası

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen makalelerin içeriği, derginin amaç ve kapsamı ile uyumlu olmalıdır. Dergide, orijinal araştırma niteliğindeki yazıların yayınlanmasına öncelik verilmektedir.

Genel İlkeler

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'nde daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirmede olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir.

Makalede daha önce yayınlanmış alıntı yazı, tablo, resim vs. mevcut ise, makale yazarı, yayın hakkı sahibi ve yazarlarından yazılı izin almak ve bunu makalede belirtmek zorundadır. Gerekli izinlerin alınıp alınmadığından makalenin yazarı sorumludur.

Bilimsel toplantılarda sunulan özet bildirimler, makalede belirtilmesi koşulu ile kaynak olarak kabul edilir. Gönderilen makale biçimsel esaslara uygun ise editör, çift taraflı kör hakem değerlendirmesi için gelen yazıyı yurtiçinden ve/veya yurtdışından üç hakeme sunar, çeviri yazıyı ise bir hakeme gönderir.

Makale yayınlanmak üzere Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'ne gönderildikten sonra

YAZARLARA BİLGİ

yazarlardan hiçbirinin ismi, tüm yazarların yazılı izni olmadan yazar listesinden silinemez ve yeni bir isim, yazar olarak eklenemez, yazar sırası değiştirilemez.

Yayına kabul edilmeyen makale, resim ve fotoğraflar yazarlara geri gönderilmez. Yayınlanan yazı ve resimlerin tüm hakları Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'ne aittir.

Yazarların Sorumluluğu

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. Yazar, makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirilmediği konusunda teminat sağlamalıdır. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telifle ilgili materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürler kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir.

Gönderilen makalede tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır. Bu bağlamda “yazar” yayınlanan bir araştırmanın kavramsallaştırılmasına ve dizaynına, verilerin elde edilmesine, analizine ya da yorumlanmasına belirgin katkı yapan, yazının yazılması ya da bunun içerik açısından eleştirel biçimde gözden geçirilmesinde görev yapan kişi olarak görülür. Yazar olabilmenin diğer koşulu ise, makaledeki çalışmayı planlamak veya icra etmek ve/veya revize etmektir. Fon sağlanması, veri toplanması ya da araştırma grubunun genel süpervizörlüğü tek başına yazarlık hakkı kazandırmaz. Yazar olarak gösterilen tüm kişiler, sayılan tüm ölçütleri karşılamalı ve yukarıdaki ölçütleri karşılayan her kişi, yazar olarak gösterilmelidir. Yazarların isim sıralaması ortak verilen bir karar olmalıdır. Tüm yazarlar, yazar sıralamasını telif hakkı devri formunda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan, ancak çalışmaya katkısı olan tüm kişiler, “teşekkür/bilgiler” kısmında sıralanmalıdır. Bunlara sadece teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler örnek olarak gösterilebilir.

Bütün yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkiler, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan etmelidirler. Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Editör ile Hakem Sorumlulukları ve Değerlendirme Süreci

Editör; makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyuşundan, dini inancından, siyasi ve felsefi düşüncesinden bağımsız olarak değerlendirir. Ayrıca editör, yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden

YAZARLARA BİLGİ

geçmelerini sağlar. Gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalacağını garanti eder. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verir ve yazarı durumdan en kısa sürede haberdar eder. Editör, içerik ve yazının toplam kalitesinden sorumludur. Ayrıca editör, gerektiğinde hata sayfası yayınlamalı ya da düzeltme yapmalıdır.

Editör; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çatışmaya izin vermez. Hakem atama konusunda tam yetkiye sahiptir ve dergide yayınlanacak makalelerle ilgili nihai kararı vermekle yükümlüdür. Yayın etiği konusunda COPE kaynağına bakabilirsiniz.

<https://publicationethics.org/files/u7141/1999pdf13.pdf>

Hakemler; makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından, siyasi ve felsefi düşüncesinden bağımsız olarak değerlendirirler. Araştırmayla ilgili, yazarlarla ve/veya araştırmanın finansal destekçileriyle çıkar çatışmaları olmamalıdır. Değerlendirmelerinin sonucunda tarafsız bir yargıya varmalıdırlar. Hakemler, yazarların atıfta bulunmadığı konuyla ilgili yayınlanmış çalışmalarını tespit etmelidirler. Gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgilerin gizli tutulmasını sağlamalı ve yazar tarafından herhangi bir telif hakkının ihlal edildiğini ve intihal yapıldığını fark ederlerse editöre raporlamalıdırlar. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlayamayacağını düşünüyorsa, editöre bu durumu derhal bildirmeli ve editörden hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör, hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri, başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kendileri için makalelerin kopyalarını çıkarmalarına izin verilmez. Ayrıca hakemler, editörün izni olmadan makaleleri başkasına veremezler. Yazarın ve editörün izni olmadan hakemlerin gözden geçirmeleri basılamaz ve açıklanamaz. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir. Bazı durumlarda editörün kararıyla, ilgili hakemlerin makaleye ait yorumları aynı makaleyi yorumlayan diğer hakemlere gönderilerek hakemlerin bu süreçte aydınlatılması sağlanabilir.

Değerlendirme süreciyle ilgili olarak COPE kaynağına bakabilirsiniz:

https://publicationethics.org/files/Ethical_Guidelines_For_Peer_Reviewers_2.pdf

AÇIK ERİŞİM İLKESİ

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology), tüm içeriği okuma ya da okurun dahil olduğu kuruma ücretsiz olarak sunulur. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almadan dergi makalelerinin tam metnini okuyabilir, indirebilir, kopyalayabilir, arayabilir ve link sağlayabilir. Bu durum, BOAI açık erişim tanımıyla uyumludur.

YAYIN ETİĞİ

İlke ve Standartlar

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology), yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlı olup Committee on Publication Ethics (COPE) tarafından geliştirilen yayın etiği ilkelerini ve tavsiyelerini gözetir.

Gönderilen tüm makaleler orijinal, yayınlanmamış ve başka bir dergide değerlendirme sürecinde olmamalıdır. Her bir makale, editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçirilir. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir.

Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı uygunsuzluklar içeren makaleler de dahildir.

Olası bilimsel etik dışı davranışlar ve etik yayın ihlali durumunda, COPE Ethics Flowcharts dikkate alınır: https://publicationethics.org/files/Full_set_of_flowcharts_Turkey_2017%20%281%29.pdf

YAZILARIN HAZIRLANMASI

1. Makale gönderimi online olarak, <http://dergipark.gov.tr/iuchkd> üzerinden yapılmalıdır.
2. Gönderilen yazılar, yazının yayınlanmak üzere gönderildiğini ve Derginin hangi bölümü (araştırma makalesi, karar incelemesi, kitap incelemesi gibi) için başvurulduğunu belirten bir mektup ve tüm yazarların imzaladığı ‘Muvafakatname’ eklenerek gönderilmelidir.
3. Yayınlanmak üzere gönderilen makalelerde bir kapak sayfası konulmalıdır. Bu kapak sayfasında; makalenin türü, makalenin tam adı, yazar veya yazarların bağlı oldukları kurum ve unvanları, kendilerine ulaşılabilecek adresler, cep, iş ve faks numaraları ve e-posta adresleri yer almalıdır.
4. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Editörler ve Yayın Kurulu tarafından yapılır.
5. Gönderilen yazılarla ilgili tüm yazışmalar ilk yazarla yapılır.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların derginin kurallarına uygun olduğu kabul edilir. Bilimsel araştırma ve etik kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Editörler ve Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
7. Gönderilen çalışmaların yazı karakteri Times New Roman ve yazı büyüklüğü-14 punto olması gereken bölüm başlıkları ve 10 punto olması gereken dipnotlar dışında- 12 punto olması gerekir. Satır aralıklarının da 1.5 değerinde olması gerekir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin dipnotlar sayfa altında yer almalıdır.

YAZARLARA BİLGİ

8. Yazar/yazarların adları çalışmanın başlığının hemen altında sağa bitişik şekilde verilmelidir. Ayrıca yıldız dipnot şeklinde (*) yazarın unvanı, kurumu ve e-posta adresi ve telefonu sayfanın en altında dipnotta belirtilmelidir.
9. Çalışmaların başlıca şu unsurları içermesi gerekmektedir: Türkçe Başlık, Türkçe öz ve anahtar kelimeler; İngilizce başlık, İngilizce öz ve anahtar kelimeler; İngilizce genişletilmiş özet, ana metin bölümleri, son notlar ve kaynaklar.
10. Giriş bölümünden önce 100-200 sözcük arasında çalışmanın kapsamını, amacını, ulaşılan sonuçları ve kullanılan yöntemi kaydeden Türkçe ve İngilizce öz ile 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Çalışmanın İngilizce başlığı İngilizce özün üzerinde yer almalıdır. İngilizce ve Türkçe özlerin altında çalışmanın içeriğini temsil eden 3 İngilizce, 3 Türkçe anahtar kelime yer almalıdır.
11. Araştırma yazılarında sorunsalın betimlendiği ve çalışmanın öneminin belirtildiği GİRİŞ bölümünü “Amaç ve Yöntem”, “Bulgular”, “Tartışma ve Sonuç”, ”Son Notlar” “Kaynaklar” ve “Tablolar ve Şekiller” gibi bölümler takip etmelidir. Derleme ve yorum yazıları için ise, çalışmanın öneminin belirtildiği, sorunsal ve amacın somutlaştırıldığı “Giriş” bölümünün ardından diğer bölümler gelmeli ve çalışma “Tartışma ve Sonuç”, ”Son Notlar”, “Kaynaklar” ve “Tablolar ve Şekiller” şeklinde bitirilmelidir.
12. Çalışmanın sonunda, kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Ayrıca eserde kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.
13. Eserlerin tablo veya grafik içermesi durumunda ayrı bir excel dosyası ile ham verilerin eserle birlikte gönderilmesi zorunludur. Çalışmalarda tablo, grafik ve şekil gibi göstergeler ancak çalışmanın takip edilebilmesi açısından gereklilik arz ettiği durumlarda, numaralandırılarak, tanımlayıcı bir başlık ile birlikte verilmelidir.
14. Kurallar dâhilinde dergimize yayınlanmak üzere gönderilen çalışmaların her türlü sorumluluğu ve çalışmada geçen görüşler yazar/yazarlarına aittir.
15. Hakem raporları doğrultusunda yazarlardan, metin üzerinde bazı düzeltmeler yapmaları istenebilir.
16. Dergiye gönderilen çalışmalar yayımlansın veya yayınlanmasın geri gönderilmez.
17. Yayın kurulu tarafından yayınlanması uygun bulunan makalelerin tüm yayın hakları, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılırlar. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Eser sahibine iki adet dergi gönderilir.

KAYNAKLAR

Derleme yazıları, okuyucular için bir konudaki kaynaklara ulaşmayı kolaylaştıran bir araç olsa da, her zaman orijinal çalışmayı doğru olarak yansıtmaz. Bu yüzden mümkün olduğunca yazarlar orijinal çalışmalarını kaynak göstermelidir. Öte yandan, bir konuda çok fazla sayıda orijinal çalışmanın kaynak gösterilmesi yer israfına neden olabilir. Birkaç anahtar orijinal çalışmanın kaynak gösterilmesi genelde uzun listelerle aynı işi görür. Ayrıca günümüzde kaynaklar elektronik versiyonlara eklenebilmekte ve okuyucular elektronik literatür taramalarıyla yayınlara kolaylıkla ulaşabilmektedir.

Kabul edilmiş ancak yayınlanmamış makalelere atflar “yayınlanacak” ya da “çıkacak” şeklinde verilmelidir. Genel bir kaynaktan elde edilemeyecek temel bir konu olmadıkça “kişisel iletişimlere” atıfta bulunulmamalıdır. Eğer atıfta bulunulursa parantez içinde iletişim kurulan kişinin adı ve iletişimin tarihi belirtilmelidir. Bilimsel makaleler için yazarlar bu kaynaktan yazılı izin ve iletişimin doğruluğunu gösterir belge almalıdır. Kaynakların doğruluğundan yazar(lar) sorumludur. Tüm kaynaklar metinde belirtilmelidir. Kaynaklar alfabetik olarak sıralanmalıdır.

SON KONTROL LİSTESİ

Aşağıdaki listede yer alan hususların eksik olmadığından emin olun:

- Editöre sunum sayfası
 - Makalenin türü
 - Başka bir dergiye gönderilmemiş olduğu bilgisi
 - Sponsor veya ticari bir firma ile ilişkisi (varsa belirtiniz)
 - İstatistik kontrolünün yapıldığı bilgisi (araştırma makaleleri için)
 - İngilizce yönünden kontrolünün yapıldığı bilgisi
- Telif hakları devri formu
- Daha önce basılmış materyal (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi
 - Makale kapak sayfası
 - Makalenin türü (araştırma, karar incelemesi, kitap incelemesi gibi)
 - Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - Yazarlar, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (e-mail, posta adresi, telefon ve faks numaraları)
 - Tüm yazarların yazışma adresi, iş telefonu, GSM, e-posta adresleri
 - Özetler (180-200 Türkçe, 180-200 kelime İngilizce)
 - Genişletilmiş Özet (Extended Abstract) (600-800 kelime) (İngilizce)
 - Anahtar Kelimeler: 3 (Türkçe ve İngilizce)

YAZARLARA BİLGİ

- Teşekkür
- Kaynaklar
- Tablolar-Resimler, Şekiller, (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)

İLETİŞİM İÇİN

Baş Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer

E-mail: asozuer@istanbul.edu.tr

Tel: + 90 212 440 01 05

Faks: +90 212 512 41 35

Website: <http://dergipark.gov.tr/iuchkd>

E-mail: cezahukuku@istanbul.edu.tr

Adres: İstanbul Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi

34116, Beyazıt

İstanbul - Türkiye

INFORMATION FOR AUTHORS

DESCRIPTION

Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) is an open access, peer-reviewed, scholarly journal published biannually in June and December. It has been an official publication of Istanbul University Faculty of Law, Criminal Law and Criminology Research and Practice Center.

AIM and SCOPE

Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) focuses primarily on penal law and criminology, and also welcomes the articles on subjects related with crime and criminality. The journal aims to offer an international platform for exchange of knowledge and contribute to the field in all aspects with high quality content. Besides articles in Turkish, articles in English, German, French, Spanish and Italian are included within the journal. The target group of the journal consists of academicians, researchers, professionals, students, related professional and academic bodies and institutions.

EDITORIAL POLICIES AND PEER REVIEW PROCESS

Publication Policy

The subjects covered in the manuscripts submitted to the Journal for publication must be in accordance with the aim and scope of the journal. The journal gives priority to original research papers submitted for publication.

General Principles

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal are accepted for evaluation.

For quoted texts, tabulated data and graphics from published papers, author has to obtain permission from the author(s) or the owner of the publishing rights of the source article and indicate the allowance in the paper. Author(s) is responsible to obtain such permissions.

Short presentations that took place in scientific meetings can be referred if indicated in the article. The editor sends the paper matching the formal rules to three national/international referees for evaluation and gives green light for publication upon modification by the author in accordance with the referees' claims.

In case that the manuscript is translation, the editor sends it to one referee. Changing the name of an author (omission, addition or order) in papers submitted to the Journal requires written

INFORMATION FOR AUTHORS

permission of all declared authors.

Refused manuscripts and graphics are not returned to the author.

The copyright of the published articles and pictures belong to the Journal.

Author Responsibilities

It is authors' responsibility to ensure that the article is in accordance with scientific and ethical standards and rules. And authors must ensure that submitted work is original. They must certify that the manuscript has not previously been published elsewhere or is not currently being considered for publication elsewhere, in any language. Applicable copyright laws and conventions must be followed. Copyright material (e.g. tables, figures or extensive quotations) must be reproduced only with appropriate permission and acknowledgement. Any work or words of other authors, contributors, or sources must be appropriately credited and referenced.

All the authors of a submitted manuscript must have direct scientific and academic contribution to the manuscript. The author(s) of the original research articles is defined as a person who is significantly involved in "conceptualization and design of the study", "collecting the data", "analyzing the data", "writing the manuscript", "reviewing the manuscript with a critical perspective" and "planning/conducting the study of the manuscript and/or revising it". Fund raising, data collection or supervision of the research group are not sufficient roles to be accepted as an author. The author(s) must meet all these criteria described above. The order of names in the author list of an article must be a co-decision and it must be indicated in the copyright transfer form.

The individuals who do not meet the authorship criteria but contributed to the study must take place in the acknowledgement section. Individuals providing technical support, assisting writing, providing a general support, providing material or financial support are examples to be indicated in acknowledgement section.

All authors must disclose all issues concerning financial relationship, conflict of interest, and competing interest that may potentially influence the results of the research or scientific judgment. When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published paper, it is the author's obligation to promptly cooperate with the Editor-in-Chief to provide retractions or corrections of mistakes.

Responsibility for the Editors, Reviewers and Review Process

Editors evaluate manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief, political or philosophy of the authors. They provide a fair double-blind peer review of the submitted articles for publication. They ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential before publishing.

INFORMATION FOR AUTHORS

Editors are responsible for the contents and overall quality of the publication. They must publish errata pages or make corrections when needed.

Editor does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers. Only he has the full authority to assign a reviewer and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Please review the COPE publication ethics guidelines on
<https://publicationethics.org/files/u7141/1999pdf13.pdf>

Reviewers evaluate manuscripts based on content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief, political or philosophy of the authors. They must have no conflict of interest with respect to the research, the authors and/or the research funders. Their judgments must be objective.

Reviewers should identify the relevant published work that has not been cited by the authors. They must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the Editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the Editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The reviewers are not allowed to have copies of the manuscripts for personal use and they cannot share manuscripts with others. Unless the authors and editor permit, the reviews of referees cannot be published or disclosed. The anonymity of the referees is important. In particular situations, the editor may share the review of one reviewer with other reviewers to clarify a particular point.

Please review the COPE publication ethics guidelines on:
https://publicationethics.org/files/Ethical_Guidelines_For_Peer_Reviewers_2.pdf

OPEN ACCESS STATEMENT

Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) is an open access journal which means that all content is freely available without charge to the user or his/her institution. Users are allowed to read, download, copy, print, search, or link to the full texts of the articles in this journal without asking prior permission from the publisher or the author. This is in accordance with the BOAI definition of open access.

PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT

Standards and Principles

Journal of Penal Law and Criminology (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi) is committed to upholding the highest standards of publication ethics and pays regard to the following principles of Publication Ethics and Malpractice Statement which is based on the recommendations and guidelines for journal editors developed by the Committee on Publication Ethics (COPE).

All submissions must be original, unpublished (including as full text in conference proceedings), and not under the review of any other publication synchronously. Each manuscript is reviewed by one of the editors and at least two referees under double-blind peer review process. Plagiarism, duplication, fraud authorship/denied authorship, research/data fabrication, salami slicing/salami publication, breaching of copyrights, prevailing conflict of interest are unethical behaviors.

All manuscripts not in accordance with the accepted ethical standards will be removed from the publication. This also contains any possible malpractice discovered after the publication. In accordance with the code of conduct we will report any cases of suspected plagiarism or duplicate publishing.

For dealing with cases of possible scientific misconduct and breach of publication ethics, COPE Ethics Flowcharts are taken into consideration: https://publicationethics.org/files/Full_set_of_flowcharts_Turkey_2017%20%281%29.pdf

MANUSCRIPT ORGANIZATION AND FORMAT

1. Manuscripts should be submitted online via <http://dergipark.gov.tr/iuchkd>
2. All the manuscripts submitted must be accompanied by a cover letter indicating that the paper is intended for publication and specifying for which section of the Journal it is submitted (i.e., research article, case study and book review etc.). In addition, a copyright transfer form that has to be signed by all authors must be submitted.
3. All the manuscripts submitted for publication should have a cover page. On this cover page, category, the fully descriptive title of the manuscript and affiliation, title, e-mail address, postal address, phone and fax number of the author(s) should be indicated.
4. Apart from peer-reviewed manuscripts, reviews of judgements, book reviews, legislation assessments and informative notes are included within the Journal. The acceptance or the rejection of the above mentioned works is made by the Editorial Board.
5. All correspondence will be sent to the first-named author unless otherwise specified.
6. It is accepted that the submitted manuscripts are in line with the journal's rules. In case that violation of scientific research and ethical rules and too many writing errors are detected the manuscript would be rejected by the Editorial Board.

INFORMATION FOR AUTHORS

7. The typeface of the submitted manuscripts should be Times New Roman and font size should be 12-point, except for chapter headings which should be 14-point and footnotes which should be 10-point. Line spacing should be 1.5 pt. The footnotes must be placed at the bottom of the page.
8. The name(s) of author(s) should be given just beneath the title of the study aligned to the right. Also the affiliation, title, e-mail and phone of the author(s) must be indicated on the bottom of the page as a footnote marked with an asterisk (*).
9. The manuscripts should contain mainly these components: title, abstract and keywords; extended abstract, sections, footnotes and references.
10. Before the introduction part, there should be an abstract between 180 and 200 words in Turkish and English and an extended abstract only in English between 600-800 words, summarizing the scope, the purpose, the results of the study and the methodology used. Underneath the abstracts, three keywords that inform the reader about the content of the study should be specified in Turkish and in English.
11. Research article sections are ordered as follows: "Introduction", "Aim and Methodology", "Findings", "Discussion and Conclusion", "Endnotes", "References" and "Tables and Figures". For review and commentary articles, the article should start with the "Introduction" section where the purpose and the method is mentioned, go on with the other sections; and it should be finished with "Discussion and Conclusion" section followed by "Endnotes", "References" and "Tables and Figures".
12. A bibliography in alphabetical order according to the surname of the author/authors must be placed at the end of the manuscript. Besides, the sources used in the work should be placed within the footnotes or briefly in the text.
13. If the manuscript includes a table or graphic, raw data must be submitted as a separate Excel file together with the manuscript Word file. Tables, graphs and figures can be given with a number and a defining title if it is necessary to follow the idea of the article.
14. Authors are responsible for all statements made in their work submitted to the Journal for publication.
15. The author(s) can be asked to make some changes in their articles due to peer reviews.
16. The manuscripts submitted to the journal will not be returned whether they are published or not.
17. If the manuscript is accepted for publication, all the publication rights, including online publication as full text belong to the Istanbul University, Faculty of Law, Criminal Law and Criminology Research and Practice Center. It would be deemed that author/authors has/have transferred copyrights to the University. Besides, no royalty is paid to the author/authors. Two copies of the Journal are sent to the author/authors.

REFERENCES

Although references to review articles can be an efficient way to guide readers to a body of literature, review articles do not always reflect original work accurately. Readers should therefore be provided with direct references to original research sources whenever possible. On the other hand, extensive lists of references to original work on a topic can use excessive space on the printed page. Small numbers of references to key original papers often serve as well as more exhaustive lists, particularly since references can now be added to the electronic version of published papers, and since electronic literature searching allows readers to retrieve published literature efficiently. References to papers accepted but not yet published should be designated as “early view” or “forthcoming”. Citing a “personal communication” should be avoided unless it provides essential information not available from a public source, in which case the name of the person and date of communication should be cited in parentheses in the text. For scientific articles, written permission and confirmation of accuracy from the source of a personal communication must be obtained.

SUBMISSION CHECKLIST

Ensure that the following items are present:

- Cover letter to the editor
 - The category of the manuscript
 - Acknowledgement of “the paper is not under consideration for publication in another journal”
 - Disclosure of any commercial or financial involvement
 - Reviewing the statistical design of the research article
 - Last control for fluent English
- Copyright transfer form
- Permission of previous published material if used in the present manuscript
- Cover page
 - Category of the manuscript (research article, case study and book review etc.)
 - The title of the manuscript both in Turkish and in English
 - All authors and affiliations (e-mail address, full postal address, telephone and fax numbers)
 - Abstracts (180-200 words) both in Turkish and in English
 - Key words: 3 words in Turkish and in English
 - Extended Abstract (600-800 words) in English

INFORMATION FOR AUTHORS

- Acknowledgement
- References
- All tables, illustrations (figures) (including title, description, footnotes)

CONTACT INFO

Editor in Chief: Prof. Dr. Adem Sözüer

E-mail: asozuer@istanbul.edu.tr

Phone: + 90 212 440 01 05

Fax: +90 212 512 41 35

Website: <http://dergipark.gov.tr/iuchkd>

Email: cezahukuku@istanbul.edu.tr

Adres: Istanbul University

Faculty of Law

Criminal Law and Criminology Research and Practice Center

34116, Beyazıt

Istanbul - Turkey

TELİF HAKKI DEVİR FORMU

Biz aşağıda imzaları bulunan:

(Yazar(lar)ın Adı):

.....

.....

tarafından yazılmış,

(Makale Adı):

.....

.....

başlıklı makale konusunda, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'nin yazı kendisine ulaşıncaya kadar hiç bir sorumluluk taşımadığını kabul ederiz.

Aşağıda imzaları bulunan yazar(lar) olarak, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'nin "Yazarlara Bilgi" bölümündeki tüm koşulları kabul ettiğimi(zi) ve sunduğum(uz) makalenin etik kurallara uygun olarak gerçekleştirildiğini, orijinal olduğunu, herhangi bir başka dergiye yayınlanmak üzere verilmediğini; daha önce yayınlanmadığını (eğer tümüyle ya da bir bölümü yayımlandı ise yukarıda adı geçen dergide yayınlanabilmesi için gerekli her türlü iznin alındığını) ve orijinal telif hakkı formu ile birlikte Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'ne gönderildiğinin garanti edildiğini ve yayınlanacak yazı(lar)da düzeltme yapma hakkının Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi Yayın Kurulu'na devredildiğini ve makalenin yazar(lar)ı olarak: Telif hakkı dışında kalan patent v.b. bütün tescil edilmiş haklarını; yazar(lar)ın gelecekteki kitaplar ve dersler gibi çalışmalarında; makalenin tümü ya da bir bölümünü ücret ödemeksizin kullanmak hakkını ve makaleyi satmamak koşulu ile kendi amaçları için çoğaltma hakkını Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi'ne devredildiğini tasdik eder(ler).

(Yazar(lar) tarafından imzalanmak üzere):

Adı, Soyadı: imza: tarih:/...../.....

Adı, Soyadı: imza: tarih:/...../.....

Adı, Soyadı: imza: tarih:/...../.....

Adı, Soyadı: imza: tarih:/...../.....

Adı, Soyadı: imza: tarih:/...../.....

Yazışma Adresi:

.....

.....

Tel: Faks: E-mail:

NOT: Lütfen formu doldurunuz, imzalayınız, tarayınız ve makale ile birlikte sisteme yükleyiniz.

COPYRIGHT TRANSFER FORM

We undersigned:

(Name(s) of author(s)):

.....

.....

Agree and undertake that the Journal of Penal Law and Criminology has no responsibility about the article titled

(Title of the article):

.....

.....

until it is received by them,

I (we), undersigned, agree and undertake that the article submitted by author(s) follow(s) all the ethical designs, is original, is never submitted to another journal to be published, and that cases where a part or the whole of the article is published, necessary permission is guaranteed for the article to be published in the above mentioned bulletin and that the article is forwarded to the Advisory Board of the Journal of Penal Law and Criminology with the copyright form filled. Furthermore, we agree and undertake to hand: All the registered rights, except copyright, such as license; the right to use the whole or part of the article for the future books or lessons of the author(s) without any cost and the right to reproduce the article for personal use, except for the purpose of selling it, over to the Journal of Penal Law and Criminology.

Name, Surname: signature: date :/...../.....

Name, Surname: signature: date :/...../.....

Name, Surname: signature: date :/...../.....

Name, Surname: signature: date :/...../.....

Name, Surname: signature: date :/...../.....

Correspondence address:

.....

.....

Phone: Fax: E-mail address:

NOTE: Please fill in this form, then print and sign. Please scan a copy of the signed form and upload to our management system together with your article.