

Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Volume / Cilt: 7 Issue / Sayı: 2 Year / Yıl: 2019

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

EDITORIAL-ADVISORY BOARD / EDİTÖRYAL-DANIŞMA KURULU

- Prof. Dr. Adem SÖZÜER, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)
Prof. Dr. Dr. h. c. Walter GROPP, Giessen University (Giessen, GERMANY)
Prof. Dr. Dr. h. c. Philip KUNIG, Turkish-German University (Istanbul, TURKEY)
Prof. Dr. h. c. Manuel Cancio MELIA, Autonoma University (Madrid, SPAIN)
Prof. Dr. Dr. h. c. Bahri ÖZTÜRK, Istanbul Kültür University (Istanbul, TURKEY)
Prof. Dr. Gordana BUŽAROVSKA, Iustunianus 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 (Istanbul, TURKEY)
Prof. Dr. Mahmut KOCA, Istanbul Şehir University (Istanbul, TURKEY)
Prof. Dr. Rick LAWSON, Leiden University (Leiden, NETHERLAND)
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Ankara Hacı Bayram Veli University (Ankara, TURKEY)
Prof. Dr. Vincenzo PACILLO, Modena University (Modena, ITALY)
Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN, Ankara Hacı Bayram Veli University (Ankara, TURKEY)
Prof. Dr. Stephen C. THAMAN, Saint Louis University (St. Louis, UNITED STATES)
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ, Turkish-German University (Istanbul, TURKEY)
Prof. Dr. Liane WÖRNER, Giessen University (Konstanz, GERMANY)
Prof. Dr. Krisztina KARSAI, Szeged University (Szeged, HUNGARY)
Assoc. Prof. / Doç. Dr. Filatova Mariya ALEKSEEVNA, Lomonosov Moscow State University (Moscow, RUSSIA)
Assoc. Prof. / Doç. Dr. Amila FERHATOVIC, 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 (Bucharest, ROMANIA)
Dr. Nikolaos LIVOS, Athens University (Athens, GREECE)

EDITORIAL MANAGEMENT / DERGİ YAZI KURULU

Editor in Chief / Baş Editör

Prof. Dr. Adem SÖZÜER, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)

Co-editors / Yardımcı Editörler

- Prof. Dr. Abdullah Coşkun YORULMAZ, Koç University (Istanbul, TURKEY)
Assoc. Prof. / Doç. Dr. İttr TARI CÖMERT, Fatih Sultan Mehmet Vakıf University (Istanbul, TURKEY)
Asst. Prof. / Dr. Öğr. Üyesi Selman DURSUN, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)
Asst. Prof. / Dr. Öğr. Üyesi Serdar TALAS, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)
Asst. Prof. / Dr. Öğr. Üyesi Mehmet MADEN, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)
Asst. Prof. / Dr. Öğr. Üyesi Abdullah Batuhan BAYTAZ, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)
Asst. Prof. / Dr. Öğr. Üyesi R. Murat ÖNOK, Koç University (Istanbul, TURKEY)
Asst. Prof. / Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER, Marmara University (Istanbul, TURKEY)
Res. Asst. / Arş. Gör. Dr. Rahime ERBAŞ, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)
Res. Asst. / Arş. Gör. Dr. Sertaç İŞİKA, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)
Res. Asst. / Arş. Gör. Büşra Demiral BAKIRMAN, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)
Res. Asst. / Arş. Gör. Eren SÖZÜER, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)

Managing Editors / Yönetici Editörler

- Res. Asst. / Arş. Gör. Havva Begüm TOKGÖZ, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)
Res. Asst. / Arş. Gör. Muhammet KAHVECI, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)
Res. Asst. / Arş. Gör. Yağmur ALTAY, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)

Language Editor / Dil Editörü

- Alan James NEWSON, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)
Elizabeth Mary EARL, Istanbul University (Istanbul, TURKEY)

Statistics Editor / İstatistik Editörü

Prof. Dr. Ali Evren TUFAN, Acıbadem University (Istanbul, TURKEY)

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

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.

This is a scholarly, peer-reviewed, open-access journal published biannually in June and December.
Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayınlanan hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

Owner / Sahibi

Istanbul Üniversitesi / Istanbul University

Representative of Owner / Yayın Sahibi Temsilcisi

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

Director / Sorumlu Müdür

Dr. Öğr. Üyesi Serdar TALAS

Correspondence Address / Yazışma Adresi

Istanbul 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: jplc@istanbul.edu.tr
http://jplc.istanbul.edu.tr

Publishing Company / Yayıncı Kuruluş

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

Printed in / Baskı

İlbey Matbaa Kağıt Reklam Org. Müc. San. Tic. Ltd. Şti.
2. Matbaacılar Sitesi 3NB 3 Topkapı / Zeytinburnu,
Istanbul - Turkey
www.ilbeymatbaa.com.tr
Sertifika No: 17845

Journal of Penal Law and Criminology is covered in;

Web of Science Core Collection, Emerging Sources Citation Index (ESCI)
TUBITAK-ULAKBİM's TR Index

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi aşağıdaki indekslerde yer almaktadır;

Web of Science Core Collection, Emerging Sources Citation Index (ESCI)
TUBITAK-ULAKBİM TR Dizin



The Publisher, Istanbul University Faculty of Law, Criminal Law and Criminology Research and Practice Center cannot be held responsible for errors or any consequences arising from the use of information contained in this journal.

Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Merkez söz konusu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez.

Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Volume / Cilt: 7 Issue / Sayı: 2 Year / Yıl: 2019

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

CONTENTS / İÇİNDEKİLER

- Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi /
Evaluation of Molecular Genetic Analysis in Criminal Procedure Law in Terms of Protection of Sensitive Personal Data
Ayşe Özge ATALAY 127-184
- Gender and Prison Recidivism: The Influence of Protective and Risk Factors / Cinsiyet ve Cezaevi Koşulları Bakımından Tekerrür:
Koruyucu Faktörler ve Risk Faktörlerinin Etkisi
Kerryn E. BELL, Scott A. MATHERS, Dale M. LINDEKUGEL..... 185-211
- Bağışlamanın Geri Alınmasında "Ağır Suç" Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme / "Serious Crime" in Terms of the Withdrawal
of the Donation
Cüneyt PEKMEZ 213-232
- Stadyum İlişkili Hırsızlık Suçunun Mekânsal-Zamansal Analizi: İngiliz Örneğinde Olay İncelemesi / Spatiotemporal
Analysis of Stadium-Related Theft: An English Case-Study
Derya TEKİN, Justin KURLAND 233-254
- The Concept of "Good Faith" in Criminal Law / İyiniyet Kavramının Ceza Hukukundaki Yeri
Yusuf YAŞAR, Zafer İÇER..... 255-274
- "Justice in the Virtual World" Report on the Academic Program of the 9th International Crime and Punishment Film Festival /
Sanal Dünyada Adalet 9. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Akademik Program Raporu
Büşra ÖZÇELİK 275-281
- "Crimes Against Sexual Inviolability" Report of the 14th Turkish Criminal Law Days / Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar 14.
Türk Ceza Hukuku Günleri Etkinlik Raporu
Havva Begüm TOKGÖZ, Oğuzhan DEMİR 283-292

Dear Readers,

We are pleased to introduce the new issue of the Journal of Criminal Law and Criminology (JPLC).

The JPLC is a publication of the Criminal Law and Criminology Research and Application Center at Istanbul University Faculty of Law. This center carries out national and international research as well as holding scientific gatherings. Our Center has hosted many national and international scientific activities in the year of 2019. First, for the 14th Criminal Law Days held in memory of Prof. Dr. İbrahim Dülger, the topic of “Crimes against Sexual Immunity” was discussed. Also, the Seminar on Comparative Criminal Law and Criminology was held in cooperation with Universities of Konstanz, Leiden, and Szeged. Another important scientific activity carried out by the Center was the 7th International Summer School on “Unexpected Obligations” with the participation of judges of the European Court of Human Rights and academics from the Netherlands, Croatia, and Hungary. Furthermore, the 9th International Crime and Punishment Film Festival was organized by the Center. The theme of “Justice in the Virtual World” was discussed by experts of the field from Brazil, Germany, Hungary, the Netherlands, Romania, Serbia, Turkey, and the United States.

Our Center is also cooperating with the Turkish Court of Cassation (Yargıtay) and the Alexander von Humboldt Foundation in the organization of the “3rd Congress On The Criminal Law Reforms in The World and in Turkey” which will be held in May 28-June 3, 2020. The subjects of “intent, negligence, error, proof problems in these conditions” will be interdisciplinary debated and make a contribution to current literature.

Many prominent researchers such as authors and referees from Turkey and other countries contribute to the JPLC. We are pleased to announce that Krisztina Karsai who has made valuable studies in the field of criminal law, will be a guest editor in the December 2020 issue.

This issue of our journal consists of five articles. Kerryn E. Bell, Scott A. Mathers, and Dale M. Lindakugel discuss which protective and risk factors influence recidivism and whether gender influences the protective and risk factors associated with recidivism. Yusuf Yaşar and Zafer İçer explain the concept of “good faith” in private law and discuss its role in criminal law. Ayşe Özge Atalay’s comparative analysis of the molecular genetic examination method in terms of personal data protection provides information about the legal regulations of this issue and the necessity of the establishment of a national DNA database in our country is also included in this issue. We also present Cüneyt Pekmez’s article on the reason for committing a serious crime against the donor or one of his relatives by emphasizing the concept of serious crime. Finally, Derya Tekin and Justin Kurland examines historical approaches to the crime of theft related to football matches by using the case study method and reveals how this problem can be understood through the lens of environmental criminology.

We would like to thank everyone who contributed to the preparation and publication of the journal. I hope that this issue makes a significant contribution to our readers and we present it to you with appreciation.

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

Director of Criminal Law and Criminology Research and Application Center

Istanbul University Faculty of Law

Editor-in-Chief

Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi

Evaluation of Molecular Genetic Analysis in Criminal Procedure Law in Terms of Protection of Sensitive Personal Data

Ayşe Özge ATALAY¹ 

¹Av. Dr., İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye

ORCID: Ö.A. 0000-0001-6969-5312

Öz

Kişisel verilerin korunması, büyük bir önem ve ihtiyaç arz etmekle birlikte, günümüzde hem kişisel veri kapsamına giren unsurların hem de bu verilerin korunması bağlamında hukuka aykırılık teşkil edebilecek durumların çeşitlenmesi, korumayı zorlaştırmakta ve hukuki açıdan yeni koruma imkânlarının oluşturulması gerekliliğini doğurmaktadır. Ceza muhakemesi hukuku, niteliği itibarıyla kişisel verilere en çok ihtiyaç duyan hukuk alanını teşkil etmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 78 ve devamı maddelerinde düzenlenen moleküler genetik incelemeler de bu kapsamda özel nitelikli kişisel verileri konu edinmektedir. Üstelik ülkemiz açısından kurulup kurulmaması yönünde tartışmalar bulunsa da, çoğu ülke açısından DNA veri bankalarının mevcudiyeti, özel nitelikli kişisel verilerin korunması konusunda farklı değerlendirmeler yapılmasını gerektirmektedir. Çalışmamızda, ceza muhakemesi hukukunda moleküler genetik inceleme yöntemi, özel nitelikli kişisel verilerin korunması açısından incelenmiş ve öncelikle Türk ceza muhakemesi hukukuna, daha sonra ise önemli mukayeseli hukuk örneklerine yer verilmiştir. Bu uğurda, moleküler genetik inceleme yöntemine ilişkin yasal düzenlemeler, bu düzenlemelerde öngörülen koruma mekanizmaları ve uygulamaya yansıyan durumlar üzerinde durulduktan sonra, yargı kararlarında ele alınan hususlara da değinilmiştir. Konuya ilişkin olarak tespit edilen bazı önemli noktalar ve özellikle de ülkemizde bir ulusal DNA veri bankası kurulması gerekip gerekmediği hususundaki açıklamalar ile birlikte bir takım öneriler sunularak çalışma tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Moleküler genetik inceleme, Özel nitelikli kişisel verilerin korunması, DNA veri bankası

ABSTRACT

Although the protection of personal data is a requirement and has a great importance, the diversification of both the data within the scope of personal data and the situations that may cause a violation of the law in terms of protection of this data, makes this protection difficult and necessitates the creation of new legal protection mechanisms. Criminal procedure law is the branch of law which most needs personal data. Molecular genetic analysis is regulated by Articles 78 and thereafter of the Turkish Criminal Procedure Code No. 5271 which is focused on sensitive personal data. Although there are debates on whether or not they should be established in our country, DNA data banks in most countries require different evaluations on the protection of sensitive personal data. In our study, molecular genetic analysis in criminal procedure law is examined in terms of the protection of sensitive personal data and examining firstly Turkish criminal procedure law and then significant comparative law examples. In this regard, the legal regulations related to molecular genetic analysis, the protection mechanisms envisaged in these regulations and the situations reflected in practice are presented and the issues discussed in the judicial decisions are also mentioned. The study was completed by presenting certain important points related to the subject and with specific explanations on whether or not a national DNA database should be established in our country.

Keywords: Molecular genetic analysis, Protection of sensitive personal data, DNA databank

Submitted: 29.07.2019 • **Revision Requested:** 06.08.2019 • **Last Revision Received:** 02.10.2019 • **Accepted:** 03.10.2019 •

Published Online: 12.11.2019

Corresponding author: Ayşe Özge Atalay, E-mail: aysemulder@gmail.com

Citation: Atalay OA, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi' (2019) 7(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 127.

EXTENDED ABSTRACT

If we placed all of our personal data in a circle, the information coming from a molecular genetic analysis of our DNA would be located at the center point. This centre point symbolizes our sensitive personal data.

Compared with other branches of law, criminal procedural law is the branch of law which most needs personal data and therefore performs the most interventions in accordance with its proceedings. Moreover, data in the category of sensitive personal data has a great importance in terms of criminal procedure. Since DNA samples cannot be manipulated and provide results with close to 100 percent accuracy, they offer a valuable type of evidence in terms of revealing the material truth. Depending on the offense committed, the molecular genetic analysis method therefore constitutes an important approach in the investigation and prosecution phases of criminal procedure, as being a method of reading the markers expressed in DNA data.

Making use of DNA samples is important for criminal procedural law, but it requires using sensitive personal data. For this reason, the need for protecting sensitive personal data should be taken into consideration from the very beginning of the criminal procedure through to the conclusion. In this study, the molecular genetic analysis method in criminal procedural law will be evaluated, especially with regard to the protection of personal data. To this end, firstly the definition of personal data and the classification of specific personal data will be given and subsequently the legal provisions in Turkish criminal procedural law will be examined in detail. As will be seen, in terms of molecular genetic analysis, there are important provisions in the Turkish legislation regarding the protection of personal data. The most important one of these provisions is allowing the application of this method only in cases of where a judge renders a decision based on essentiality. In addition to specifically regulating confidentiality, the objectivity of the expert who makes this analysis and the destruction of the samples used in the analysis have also been regulated.

After the evaluation of Turkish legislation, views on the possibility of establishing a national DNA data bank in Turkey, will be discussed. In this regard, opinions in the doctrine shall be presented and the obsolete draft Act on a national DNA data bank in Turkey will be explained.

After this comprehensive analysis of the Turkish law, the next topic will be the

regulation of molecular genetic analysis in comparative law. In that context, since the related Articles of the Turkish Criminal Procedure Code (CPC) have been translated from the German Criminal Procedure Code (StGB), the first country to be compared will be Germany. In this way, to avoid repeating the same provisions, two different methods will be explained which are regulated in the StGB but which do not appear in the CPC. These are: mass DNA analysis and data storage used for future criminal procedures. In other words a DNA data bank.

The second country to be examined after Germany is the United Kingdom. This is because until the ECtHR's famous decision in the Case of *S. and Marper v. the United Kingdom* this country had implemented a highly controversial system. Until this decision, the United Kingdom kept DNA cell samples for an indefinite period. Since this kind of application constitutes a very serious interference to the right to privacy regulated in Article 8 of ECHR, the ECtHR ruled against the United Kingdom, and the country made some amendments to its domestic law.

Following the United Kingdom, the United States of America will be examined due to it having the largest DNA data bank in the world. This DNA data bank, named CODIS, is used by the FBI. Subsequently, other countries such as France, Italy and Canada (where national DNA data banks have existed for a long time) will be examined, and the different features of the practices in these countries will be explained.

In the conclusion, a general evaluation and some important suggestions will be made which should be taken into consideration in case of the establishment of a national DNA data bank in Turkey. In this context, countries that have the most positive practices regarding the protection of personal data will be given as examples. Thus, the recommendations will be given for reaching and even going beyond the levels of international standards.

1. Giriş

Kişisel verilerin korunması, çağımızda şüphesiz ki çok büyük bir önem arz etmektedir. Zira kişisel nitelikteki bilgiler, kişisellik mevhumunun önemine binaen, şahıslar açısından taşıdığı anlam karşısında, gerek güvenliği sağlama gerekse vatandaşa sunulan hizmetler bakımından devletler ve kurumları açısından değer taşımakta, ticari amaçlı şirketler bakımından çoğunlukla bir gelir kaynağı olarak görülmekte, hatta sırf merak uyandırma özelliğinden kaynaklı olarak herhangi üçüncü kişiler açısından dahi önemli

bir cazibe unsuru teşkil etmektedir. Kişisel verilerimizi hedef alan tüm bu kitle karşısında, onları koruyabilmek oldukça hassas bir boyut kazanmaktadır. Üstelik yıllar geçtikçe özellikle her alanda yaşanan teknolojik gelişmelerle birlikte, bir kişiye ait verilerin sayısında, bunlara ulaşma yöntemlerinde ve hâliyle korunmalarına ilişkin zorluklar açısından da artış ve değişimler olmaktadır.

Zaman ilerledikçe yüzeysel anlamda çeşitlenmekle birlikte kişisel veriler, hep var olan ve değişmeyen, ancak zaman ilerledikçe kullanılmaya başlanan farklı teknikler ile yeni bilgilere erişilmesini sağlayan bir öze de ilişkin olmaktadır. Bu kapsamda, belki birkaç yıl evvel var olmayan IBAN'ımız, ulaşım kartı numaramız veya sosyal medyada yer alan profil fotoğrafımız da, dün ebeveynlerimizin, bugün geçireceğimiz kalıtsal hastalıkların, yarın hakkımızda başka bilgilerin öğrenilebilir hâle gelmesini sağlayan DNA örneklerimiz de kişisel veri kapsamında yer almaktadır.

Kişisel verilerimizin tümünün bir çember içinde toplandığını düşünürsek, merkez noktasına doğru ilerledikçe verilerin niteliği hassaslaştığından, korunma konusundaki beklenti de artış gösterecektir. Özellikle ceza muhakemesi hukuku işlemleri, sùjelerinin kişisel verilerinin korunması konusunda herhangi bir ihlâl yaratılmamasına en çok dikkat edilmesini gerektiren hukuk dalını oluşturmaktadır. Çünkü özel yaşamın gizliliği hakkına müdahalenin en fazla olduğu ve en çok kişisel verinin toplandığı hukuk dalı, ceza muhakemesi hukuku olmaktadır. Çalışma konumuzu teşkil eden moleküler genetik incelemeler yoluyla elde edilen kişisel veriler de kişisel verilerimizden oluşan dairenin merkezinde yer aldığından, ceza muhakemesi hukukunun kişisel veriler ile ilişkisi bakımından hassas bir alan teşkil etmektedir.

Çalışmamızda, ceza muhakemesi hukuku kapsamında moleküler genetik inceleme yöntemi, özel nitelikli kişisel verilerin korunması bağlamında değerlendirilecektir. Bu uğurda evvela, kişisel verilerin tanımına, kapsamına ve özel nitelikli kişisel veri ayırımına yer verildikten sonra, moleküler genetik incelemelerin hukuki niteliği, mevzuattaki düzenleniş şekli ve yargı tarafından yapılan değerlendirmeler, öncelikle Türk hukuku açısından daha sonra ise mukayeseli hukuk örnekleri bakımından ele alınacaktır. Hukuki düzenleme ihtiyacı bulunan alanlara ve mevcut düzenlemeler çerçevesinde daha fazla korumayı gerektiren hususlara değinildikten sonra, mevcut veya muhtemel temel hak ihlalleri ve bunlar karşısında yapılması gerekenlere dair çözüm önerileri sunulacaktır.

2. Kişisel Veri Kavramı

2.1. Tanım

Kişisel verinin ne olduğuna ilişkin değişik tanımlar yapılabilecek olsa da, uluslararası niteliği olan özlü bir tanım benimsemek adına, Avrupa Konseyi tarafından öngörüldüğü şekilde ifade edersek “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek bir kişiye ilişkin her türlü bilgi*” kişisel veri oluşturmaktadır. Tek başlarına ele alındıklarında bu niteliği taşımasalar da, şayet farklı bilgi parçaları bir araya getirildiklerinde belirli bir kişinin tanınmasına yol açıyorsa, bu takdirde söz konusu farklı bilgi parçaları da kişisel veri niteliğini haiz olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, bir kişinin ismi, soy ismi, telefon numarası, kimlik numarası gibi bilgiler kişisel veri kapsamında kabul edilirken niteliği gereği kamuya açık olan bir şirketin ticaret sicil numarası yahut herhangi bir anonimleşmiş bilgi kişisel veri kapsamına girmemektedir.¹

Avrupa Konseyi’nin benimsediği kişisel veri tanımıyla birlikte, doktrinimizde çok daha sade, ama bir o kadar da açıklayıcı bir başka ifade daha kullanılmak suretiyle kişisel veri, “*biz’e ilişkin olan pek çok bilgi*” şeklinde de nitelendirilmektedir.² Gerçekten de bizi biz yapan, adeta bir yapboz gibi fiziki varlığımızı ve şahsiyetimizi oluşturan bu verilerin korunması büyük önem arz etmekte, veri sahibinin rızası hilafına yahut bilgisi olmaksızın başka kişilerce öğrenilmesi, saklanması veya işlenmesi o kişinin temel hak ve özgürlükleri açısından maruz kaldığı ağır bir ihlâl anlamına gelmektedir.

Her ne kadar kişisel verilerin korunması henüz müstakil bir hak olarak tanınmıyor olsa da, şüphesiz ki bu verilerin özel yaşam ile yakından ilişkili olması, konunun özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilmesini gerektirmektedir.³ Bu bakımdan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md. 8 (özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı) ve iç hukuk bakımından Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 20 (özel hayatın gizliliği), kişisel verilerin konu olduğu herhangi bir ihlâl durumunda, özel yaşamın gizliliği hakkı üzerinden koruma sağlayacak olan yasal düzenlemeleri teşkil etmektedir. Üstelik 2010 yılında yapılan değişiklik ile Anayasa md. 20’ye eklenen 3’ncü fıkrada yer alan düzenleme, her ne kadar özel hayatın gizliliği başlığı altında yer alsada da, kişisel verilere ayrı bir önem verildiğinin

1 <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en> accessed 13 July 2019.

2 Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (Turhan Kitabevi, Ankara 2010) 1.

3 Doğan Kılınc, ‘Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması’ (2012), 61 (3) AÜHFD 1099.

kanıtı olmaktadır. Buna 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.” (AY md. 20/3). Kanaatimizce, bu düzenleme ile Anayasamız, kişisel verilerin korunması gerekliliğini açıkça zikretmek suretiyle, AİHS ile mukayese edildiğinde çok daha nitelikli bir hükme yer vermiş olmaktadır. Elbette ki, bu hakkın yalnızca ismen zikredilmesi onun anayasal düzeyde korunması için yeterli olmadığından, kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanun ile uluslararası standartların sağlanması, hatta bunların ilerisine geçilmesi gerekmektedir.

Anayasal bir hak olan kişisel verilerin korunması hakkı konusunda Anayasa Mahkemesi’nin görüşleri de elbette büyük bir önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında, 5237 s. TCK md. 136’da yer alan kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme ve yayma suçundan açılan kamu davasında, ceza mevzuatında kişisel verilerle ilgili bir tanım ve sınırlandırma yapılmadığından, anılan kanun düzenlemesinin suçta ve cezada kanunilik ile belirlilik ilkelerine ve Anayasa md. 38’e aykırı olduğu iddiası üzerine inceleme yapmıştır.⁴ Anayasa Mahkemesi bu kararında, kişisel veri kavramının, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade ettiğine dikkat çekmiştir. Bununla birlikte, zaman içinde kişisel veri kavramının anlam ve içeriğinin gelişip değişeceği hususunda kuşku bulunmadığını da belirterek “kişisel veri” kavramının teknolojik gelişmelere bağlı olarak çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğine vurgu yapmış ve bu kapsama giren tüm verilerin kanun koyucu tarafından öngörülebilmesi ya da tek tek sayılabilesinin mümkün olmadığına altını çizmiştir. Somut başvuru açısından ise, TCK md. 136 düzenlemesinde suç olan hareketin ve yaptırımının açıkça gösterilmiş olması nedeniyle, başvuru konusu edildiği şekilde herhangi bir anayasal ihlâl bulunmadığına hükmetmiştir.

Avrupa Konseyi üyesi ülkeler tarafından imzalanan, Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine İlişkin Olarak Bireyin Korunması Hakkındaki Sözleşme⁵ ise, kişisel

4 Anayasa Mahkemesi’nin 2015/32 E 2015/102 K sayılı ve 12/11/2015 tarihli kararı.

5 Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No 108) Sözleşmenin tam metni için bkz. <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>> accessed 13 July 2019.

verilerin toplanmasına ve işlenmesine ilişkin suistimallere karşı koruyucu nitelik taşıyan ve bağlayıcı olan ilk uluslararası araç olma özelliğini taşımaktadır. Bu Sözleşme, esasen ülkemiz tarafından da 1981 yılında imzalanmış, ancak hayli uzun bir gecikme ile, 2016 yılında onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir. Yaşanan bu gecikmenin nedeni, ülkemiz nezdinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir kanunun yürürlüğe girmesinin diğer ülkelere nazaran oldukça gecikmeli gerçekleşmiş olmasıdır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Türkiye’de 2016 yılında yürürlüğe girmiş⁶ ve bunun hemen ardından anılan Sözleşme de onaylanarak iç hukukumuzun bir parçası hâline gelmiştir.

Sözleşme’nin 2’nci maddesinde de kişisel veri, yukarıda yer verdiğimiz şekilde, *“kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek bir kişiye ilişkin her türlü bilgi”* olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere, gerek ulusal gerekse uluslararası metinlerde kişisel verinin tanımı bakımından müşterek bir yaklaşım sergilenmekte, kişisel veri kapsamına dâhil olan hususlar ise önceden belirlenemeyecek bir nitelik taşıdığından, yalnızca örneklendirme yoluyla açıklanmaktadır. Ancak kullanılan tanım, nelerin kişisel veri kategorisine girip nelerin girmediğini belirleyebilmek bakımından son derece fayda sağlamaktadır.

2.2. Özel Nitelikli Kişisel Veri Ayırımı

Kişisel veriler kapsamında yer alan bazı veriler, diğerlerine nazaran çok daha hassas bir nitelik arz etmektedir ve bir kademe daha fazla korunma ihtiyacına muhtaç olmaktadır. Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine İlişkin Olarak Bireyin Korunması Hakkındaki Sözleşme de bazı kişisel verilerin bu açıdan özel olarak ele alınması gerektiğini kabul etmiştir. Sözleşme’nin “özel veri kategorileri” başlıklı 6’ncı maddesi uyarınca, iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk menşeyini, politik düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki veriler ile sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel nitelikteki veriler ve ceza mahkûmiyetleri otomatik bilgi işlemine tabi tutulamamaktadır.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda da tıpkı Sözleşme’de yer aldığı gibi, özel nitelikli veri hususu ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi tarafından belirlenen tanımları benimseyen ve Sözleşme ile paralel bir düzenleme arz eden Kanun’un 6’ncı maddesinde, özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarına yer verilmiş, ancak Sözleşme’ye nazaran daha geniş kapsamlı bir düzenleme

6 <<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>> accessed 23 July 2019.

yapılmıştır. Buna göre, özel nitelikli kişisel verilerin tanımı ve işlenme şartları şu şekilde belirlenmiştir;

“(1) 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.

(2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

(3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

(4) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.”

Doktrinde de kişilerin hücre örneklerinin, kişisel veri olmanın ötesinde, oldukça hassas bilgiler içeren, sağlığa ilişkin detaylar da sunan, kişiler arası genetik ilişkiler ile etnik kökenleri ortaya koyabilen ve kişinin benzersiz genetik kodunu içeren oluşumlar olduğuna dikkat çekilmektedir.⁷ Özellikle ceza muhakemesi hukuku açısından gerek suçların önlenmesi gerekse bir suçun işlenmesinin ardından soruşturma ve kovuşturma işlemleri kapsamında, hatta infaz aşamasında, aralarında kişiye ait hücre örneklerinin de yer aldığı, özel nitelikli pek çok kişisel verinin toplanması ve işlenmesi söz konusu olmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda 77 ila 80’nci maddeler arasında düzenlenmiş olan moleküler genetik incelemeler de 6698 sayılı Kanun md. 6/1’de açıkça ifade edildiği üzere, özel nitelikli kişisel verilerin kapsamında kalan hücre örneklerini konu almaktadır ve özel nitelikli kişisel verilerin korunması bakımından iç hukukta sağlanacak güvencelerin varlığı bu nedenle konu bakımından büyük önem taşımaktadır.

Ceza muhakemesi hukuku kapsamında moleküler genetik inceleme yönteminin uygulanabilmesi amacıyla bir kişinin vücudundan örnek alındığı durumlar, Anayasamızın kişi dokunulmazlığının düzenlendiği 17’nci maddesi açısından da değerlendirme

7 Küzeci (n 3) 314.

yapılmasını gerektirmektedir. Anayasa md. 17, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağını hüküm altına almaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere, ceza muhakemesi hukuku amaçları çerçevesinde moleküler genetik inceleme yöntemine başvurulması, kanun ile düzenlenmiş yasal bir dayanağa sahip olduğundan, Anayasa'ya herhangi bir aykırılık teşkil etmemektedir. Yasal bir dayanak bulunmaksızın veya mevcut yasal dayanağa aykırı şekilde hareket etmek suretiyle şüpheli veya sanık da olsa bir kimsenin vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen müdahaleler ise hukuka aykırılık teşkil edecektir.⁸

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, moleküler genetik incelemelerin temel amacı, hücre örneği alınan bireyin genetik özelliklerine ulaşmak, herhangi bir hastalık ya da karakteristik durumunu tespit etmek değil, onun suç mahalli veya mağdur ile olan ilişkisini ortaya koyabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, moleküler genetik inceleme yönteminin başlı başına insan onuruna aykırı bir müdahale teşkil ettiği söylenemeyecektir.⁹ Ancak tabii ki önemli olan, kanunla düzenlenmiş, evrensel hukuk ilkelerine bağlı bir yöntemin uygulanmasını sağlamaktır. Bunun aksi bir uygulama, işlemi hem insan onuruna aykırı hem de temel hak ve özgürlükleri ihlal eder hâle dönüştürecektir. Zira moleküler genetik inceleme yöntemiyle bireyin adeta genetik şifresi çözülmektedir ve bu yöntemin kötüye kullanılmasının önüne geçmek zor, ancak aynı zamanda çok da önemli olduğundan, bu uygulamaya imkân sağlayan hükümlerin en ince ayrıntısına kadar düşünüldüğü yasalaraştırılması ihtiyacı bulunmaktadır.¹⁰

Özel nitelikli kişisel verilerin korunması açısından gerek duyulan koruma mekanizmalarının sağlanıp sağlanamadığını, eksik ve aksayan yanların neler olduğunu ve bunlara ilişkin yapılması gerekenleri belirtmeden evvel, moleküler genetik inceleme yönteminin ifade ettiği hususları ortaya koyabilmek adına, bu kavramı daha yakından incelemek gerekmektedir. Bu doğrultuda, aşağıda öncelikle Türk ceza muhakemesi hukukunda, ardından ise mukayeseli hukukta moleküler genetik inceleme yöntemine ilişkin olarak yer alan yasal düzenlemelere ve uygulamalara dair bazı açıklamalara yer verilecektir.

8 Özge Apiş, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması' (2012) 18 (1) MÜHFHAD 293.

9 Veli Özer Özbek, *CMK İzmir Şerhi*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005) 277.

10 Ibid 278, dipnot 128.

3. Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemeler

3.1. Genel Olarak

Öncelikle, doktrinimiz açısından kavramsal birlik sağlanmadığını ve moleküler genetik inceleme yöntemi için farklı isimlendirmeler kullanıldığını belirtmek isteriz. Bu yönde doktrindeki bir görüş, DNA analizinin, moleküler genetik bir araştırma olduğunu belirterek en uygun ifadenin “adli DNA analizi” olduğunu savunmuştur.¹¹ Bu görüşe hak vermekle birlikte, kanunda yer alan ifadeyi kullanmayı tercih ettiğimizi, bu nedenle “moleküler genetik inceleme” kavramı ile devam edeceğimizi, “DNA analizi” kavramını ise eş anlamlı olarak kullanacağımızı belirtmek isteriz.

Şüphesiz ki ceza muhakemesi açısından deliller büyük bir önem taşımaktadır. Sağlıklı bir muhakeme süreci, toplanan deliller ile beslenerek gelişmektedir. Deliller kapsamında, özellikle de tahrip edilme veya değiştirilme olanağı bulunmamasından ötürü net sonuçlara ve suç faillerine doğrudan ulaşılmasını sağlayan, insan vücudundan elde edilen deliller büyük değer kazanmaktadır. Bu kapsamda değerlendirilen moleküler genetik inceleme sonuçları da ceza yargılamasının neticelenmesi açısından belirleyici hususları ortaya koymaktadır. Moleküler genetik inceleme olarak adlandırılan husus, esasen DNA analizlerini ifade etmektedir ve elde edilen bu bilimsel deliller üzerinde yapılan analizlerden %100’e yakın netlikte sonuçlara varılabilmektedir. DNA analizi sonucu profil çıkarma yöntemi, İngiliz bilim insanı Alec Jeffreys tarafından keşfedilmiştir ve DNA profili esasen kişinin genetik kimliğini belirleyen, tek yumurta ikizleri hariç olmak üzere, her insanın kendine özgü olma niteliği taşıyan bir olguyu ifade etmektedir.¹²

DNA analizi yöntemiyle varılan sonuçların önemi çok büyüktür.¹³ Çünkü bu veriler, diğer delil türlerine nazaran çok daha doğru sonuçlara ulaşılmasına rehberlik etmektedir. Zira örneğin, olay yerinde bulunan parmak izleri ile mukayese yapılması imkânını ortadan kaldırmayı amaçlayan bir failin, asit kullanarak kendi parmak izlerini yok etmesi olasılık dâhilindedir, ancak buna mukabil, DNA analizi suretiyle failin saç,

11 Gülsüm Ayhan Aygörmez Uğurlubay, ‘Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri’ (2017) 5 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology) 37-39.

12 Oğuz Polat, *Klinik Adli Tıp*, (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007) 490; Bahri Öztürk and others, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin, Ankara 2018) 339; Yener Ünver and Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet Yayınevi, Ankara 2018) 281.

13 Tarihsel süreç içinde, şüphelilerin olay yerinde bulunan kan lekelerinin boya olduğunu iddia etmelerinden başlanarak, kanın bir insana mı yoksa bir hayvana mı ait olduğunun belirlenmesinden, hangi insana ait olduğunun belirlenebilmesine uzanan bir ilerleme kaydedilmiştir. Öztürk, Tezcan, Erdem et al (n 13) 338.

tırnak, deri parçası gibi dokularının yahut kanının incelenmesi, değiştirilmesi mümkün olmayan net sonuçlara varmayı sağlayacaktır.¹⁴ Tabiidir ki, bir kişinin görünüşünü yahut el yazısını değiştirmesi, hatta yukarıda ifade edildiği üzere, kendi parmak izlerine dahi müdahale etmesi mümkün iken, üstelik her yüzeyde parmak izi kalmazken, kişinin kendisine ait olan ve DNA analizi yapılmasına müsait dokularında herhangi bir değişiklik yapması mümkün olmayacaktır.

Şunu da belirtmek önemlidir ki, DNA analizi bakımından dikkat edilmesi gereken önemli bir husus bulunmaktadır: Negatif çıkan sonucun örnek sahibi kişinin fail olmadığını kesinlikle gösterdiğinin kabul edilmesine rağmen, pozitif çıkan neticelerin mahkûmiyet için tek başına yeterli olmayacağını dikkate alınması gerekmektedir.¹⁵ Bu bakımdan, moleküler genetik inceleme sonuçları, her zaman için suçlayıcı nitelik taşımamakta, aynı zamanda bir kişinin masumiyetinin ispatlanması bakımından da önem taşımaktadır.¹⁶

Moleküler genetik inceleme yönteminin hukuki niteliği açısından doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bunun, ceza muhakemesi hukukunda bağımsız bir tedbir olmayıp aslında beden muayenesinin bir parçası, keşif veya olay yeri incelemesinin bir uzantısı olduğunu savunanlardan¹⁷ biri olan *Özbek*'e göre, moleküler genetik incelemelerin kendine özgü bir niteliği ve iki farklı yönü bulunmaktadır. Çünkü bu inceleme, hâkim bakımından bir keşif, analizi uygulayacak doktor veya yetkili bakımından ise bir bilirkişi incelemesi niteliği taşımaktadır.¹⁸ Başka bir görüş tarafından moleküler genetik inceleme yöntemi, beden muayenesinin bir biçimi olarak görülmektedir.¹⁹ Doktrindeki bir diğer görüş ise, bu incelemelerin bir koruma tedbiri olarak nitelendirilmesinin yanlış olmayacağını belirtmektedir.²⁰ Kanaatimizce ise, beden muayenesi ve moleküler genetik incelemeler birbirlerinden farklı işlemler olduğundan, moleküler genetik incelemenin, beden muayenesinin bir şekli olduğunu

14 Ibid 339.

15 Ünver and Hakeri (n 13) 281.

16 Mark Alexander Zöller and Diana Thörnich, 'Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Ausweitung von DNA-Analysen im Strafverfahren' (2017) 6 ZIS 331.

17 Veli Özer Özbek, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA Analizi', <<http://www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net/bilgi/a044.asp>> accessed 14 July 2019; Fatih Selami Mahmutoğlu, 'Moleküler Genetik İncelemenin Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Analizi', <<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/27b485a20728432f3c6b2f169f7a8f80c62998517818071225.pdf>> accessed 21 July 2019.

18 Veli Özer Özbek, 'Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi', v. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu-Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008) 1088.

19 Ünver and Hakeri (n 13) 281.

20 Aygörmez Uğurlubay (n 12) 40; Mahmutoğlu (n 18) 3.

söylemek mümkün olmayacaktır. Ancak bizce, beden muayenesi adeta moleküler genetik incelemenin “zımnî ön koşulu” niteliği taşımaktadır. Zira beden muayenesi hükümleri çerçevesinde hücre örnekleri alınmadan, moleküler genetik inceleme yapılması mümkün olmayacaktır.

Moleküler genetik incelemeler, bir yandan kriminal vakaların aydınlatılmasını sağlamakta iken diğer yandan toplanan bulguların özel nitelikli kişisel veri kategorisinde yer alması, yapılacak işlemler bakımından hassas bir duruma yol açmaktadır. Bu bağlamda en çok üzerinde durulan husus, saklanan verilerin veya DNA örneklerinin kötüye kullanımının mümkün olup olmayacağıdır.²¹ Gerçekten de ceza muhakemesi işlemlerinde, maddi gerçeğe ulaşma hedefi ile bireyin korunması şeklindeki iki önemli menfaat çatışmaktadır. Günümüzün modern ceza muhakemesi hukuku anlayışı çerçevesinde, her ne olursa olsun maddi gerçeğe ulaşma gayesi terk edildiğinden, kişilerin temel hak ve hürriyetlerine verilen önem ağırlık kazanmıştır.²² Üstelik, yalnızca bu anlayış nedeniyle değil, başlı başına biyoteknolojinin günümüzde eriştiği düzey, insan onurunu korumak adına yeni hakların güvence altına alınmasını veya mevcut hakların ek güvenceler ile desteklenmesini gerektiren bir tablo ortaya koymaktadır.²³ Bir yandan mağdur ve suçtan zarar gören kişilerin ya da bunların belli kişiler olmaması durumunda toplumun, diğer yandan ise şüpheli veya sanık konumundaki kişilerin haklarının korunması ihtiyacı bulunmaktadır. Birbirleriyle çatışan menfaatler arasında gereken dengenin kurulması için özgürlüklerin en önemli ve belki de tek güvencesi olarak, ceza hukukunun tüm demokratik ilkelere bağlılık ile işletilmesi ihtiyacı bulunmaktadır.²⁴

3.2. İlgili Yasal Düzenlemeler

1412 sayılı mülga CMUK’da yer almayan moleküler genetik incelemeler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda 3 madde hâlinde düzenlenmektedir. Bunlar; moleküler genetik incelemeler başlıklı 78’nci madde²⁵, hâkimin kararı ve inceleme yapılmasını

21 İbrahim Semizoğlu, *Adli DNA Analizleri* (Adalet Yayınevi, Ankara 2013) 325.

22 Hakan Kızıllarslan, ‘Hukuka Aykırı Delil Açısından Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma İşlemleriyle İlgili 5271 S. CMK Düzenlemesi ve Uygulamada Sorunlar’, *Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı* (TCHD Yayınları No 11, İstanbul 2009) 319.

23 Oktay Uygun, *Kamu Hukuku İncelemeleri* (XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011) 71.

24 Ahmet Mumcu and Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri* (Turhan Kitabevi, Ankara 2011) 138.

25 Madde 78 - (1) 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 hâlinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır. (2) Birinci fıkraya uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu hâlde de uygulanır.

düzenleyen 79'ncü madde²⁶ ve genetik inceleme sonuçlarının gizliliğine ilişkin olan 80'nci maddedir.²⁷ Ancak bu maddeler kapsamında düzenlenen moleküler genetik incelemelerin yapılabilmesi için elde edilmesi gereken hücre örnekleri, CMK md. 75 (şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması) ve md. 76'da (diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması) öngörülen işlemler yoluyla elde edildiğinden, konuyla bağlantılı tüm hususlara değinebilmek adına hem bu maddeleri hem de Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik²⁸ hükümlerini irdelemek ihtiyacı bulunmaktadır.

Her ne kadar moleküler genetik incelemelere ilişkin hususlar esasen CMK'da düzenlenmiş olsa da, bu incelemelerin kapsamına ya da herhangi bir tanımına yer verilmemiştir. Moleküler genetik incelemenin tanımı, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'te yapılmıştır. Buna göre, moleküler genetik inceleme; gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılmasını ifade etmektedir (md. 3). Bu yönetmelik ile, CMK'da yer alan beden muayenesi, fizik kimliğin tespiti ve moleküler genetik inceleme hususları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir ve bu düzenlemeler, kanun hükümleri ile paralellik arz etmektedir.

Vücuttan örnek alma, bedene yapılan bir müdahale olmasına rağmen, beden muayanesinden farklı bir işlem niteliği taşımaktadır. Çünkü beden muayenesinde, muayene konusu şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bedeni iken, vücuttan örnek alınmasında işlemin konusu alınan örnek olmaktadır.²⁹ Dış beden muayenesi yapılabilmesi

26 Madde 79 - (1) 78 inci madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir. (2) Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. Bu kişiler, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdürler. İncelenecek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilir.

27 Madde 80 - (Değişik 25/5/2005 - 5353/4 md) (1) 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. (2) Bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.

28 Resmi Gazete Tarihi 01/06/2005, Sayısı 25832.

29 Pervin Aksoy İpekçioğlu, 'Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu', Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan (Beta Yayınları, İstanbul 2013) 1159.

için şüpheli veya sanığa isnat edilen suç bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir. Ancak bir kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesi, kişiden kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi için üst sınırı iki yıldan daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun söz konusu olması gerekmektedir (CMK md. 75/5). Kişiye isnat edilen birden fazla suç bulunduğu durumlarda, her suçun bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği, cezasının üst sınırı iki yıldan az hapis cezası gerektiren suçlar açısından bu tedbirin uygulanamayacağı belirtilmelidir.³⁰

Bu düzenleme ile CMK, basit suçların soruşturulmasında ağır sonuçları olan bir müdahaleye izin vermemeyi amaçlamaktadır. Fakat herhangi bir engel bulunmaması nedeniyle, iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren bir suç bakımından da şüpheli veya sanığın aleyhine olan suç şüphelerinden kurtulmak üzere bizzat kendisinin hekim veya sağlık kuruluşuna başvurup beden muayenesi yaptırmak veya örnek vermek suretiyle, sonuçlarını mahkemeye delil olarak sunması da söz konusu olabilecektir.³¹ Böyle bir yöntem sayesinde hem kişinin suçsuzluğunu kanıtlanması hem de muhakemenin daha hızlı ve doğru bir şekilde sonuçlanmasına katkı sağlanması mümkün olabilecektir.

Hem CMK md. 75/3 hem de Beden Muayenesi Yönetmeliği md. 6/2’de belirtildiği üzere, vücuttan örnek alınması işlemi açısından yalnızca tabip veya sağlık mesleği mensubu kişiler yetkili kılınmıştır. Belirtilen bu kimseler dışındaki kişilerce işlemin gerçekleştirilmesi mümkün olmayacak, eğer mevzuata aykırı şekilde vücuttan örnek alınmış ise, bu örnek üzerinde moleküler genetik inceleme yapılamayacaktır. Bu sayede kanun koyucu, işlemin mevzuata uygun şekilde gerçekleştirilmemesi durumunda, moleküler genetik inceleme yapılması yolunu kapatmış olmaktadır.

Son olarak şuna da dikkat çekilmelidir ki, CMK kapsamında yapılacak olan moleküler genetik incelemelerde, eldeki bulgular şüpheli ve sanığa ilişkin olabileceği gibi, bunların dışında kalan mağdur, tanık vb. kişilere ilişkin de olabilecektir.

Tüm bu genel hükümler dışında, konumuz bakımından önem arz eden esas husus, yasal düzenlemelerde, moleküler genetik inceleme yöntemi ve uygulanan işlemler

30 Fatih Selami Mahmutoglu, ‘Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması’, <<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>> accessed 14 July 2019; Örneğin, üst sınırı iki yıldan az hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren basit taksirle yaralama durumunda, mağdura çarpan aracın belirlenebilmesi için aracın üzerinden elde edilebilecek biyolojik örnekler ile mağdurdan alınacak örnekler karşılaştırılabilecektir, ancak aynı amaçla şüpheli kişiden örnek alınması mümkün olmayacaktır. Örnek için bkz. Necat Batur, ‘Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme’ (2016) 126 TBB Dergisi 79.

31 Faruk Turhan, ‘Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AIHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)’, in V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu-Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (TBB Yayınları, Ankara 2008) 1043.

neticesinde elde edilen sonuçlar bakımından, özel nitelikli kişisel verilerin korunması hususunda hangi tedbirlerin getirildiğini ve bunların ne şekilde uygulandığını ortaya koymaktır. Bu nedenle aşağıda özel nitelikli kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak düzenlenen hükümler ayrı başlıklar altında detaylı şekilde incelenecektir.

3.3. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Hükümler

Moleküler genetik inceleme sonuçlarının özel nitelikli kişisel veri olma vasfını taşıdığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle de 5237 sayılı TCK'da düzenlenen, kişisel verilere ilişkin suçların konusu bu tür veriler de olabilecektir. Yani, moleküler genetik inceleme sonuçlarının, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi (TCK md. 135), verilmesi-yayılmaması-ele geçirilmesi (TCK md. 136) ve yasa da gösterilen süreler içinde yok edilmemesi (TCK md. 138) suçlarına konu olması mümkündür.³² Üstelik, TCK md. 138'e 2014-6526 sayılı Kanun ile eklenen ikinci fıkraya bilhassa bu hususa ilişkin bir düzenleme içermektedir. Fıkraya göre; verileri yok etmeme suçunun konusunun, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken verilerden olması hâlinde, faile verilecek olan ceza bir kat artırılmaktadır. Bilgilerin verilmesi yasağına aykırı davranışları gerçekleştirenler, aynı zamanda TCK md. 285'de düzenlenen soruşturmanın gizliliğini ihlâl suçunu da işlemiş olacaklardır.³³ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu da ilgili suçlar bakımından TCK hükümlerine atıf yapmakla yetinmiştir (md. 17), ancak md. 18'de kişisel verilerin konu olabileceği kabahatleri ve yaptırımını olan idarî para cezalarını göstermiştir.

Bununla birlikte, bir suç işlendikten sonra fail hakkında yaptırım uygulamak yerine, henüz bir hak ihlâli gerçekleşmeden evvel, bunu önleyecek düzenlemelerin yapılması maksadıyla, özel nitelikli kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak moleküler genetik inceleme hükümleri kapsamında kanunda önemli bazı koşullar öngörülmüştür. Bunlara uyulması hâlinde, kişisel verilerin gizliliği korunmuş olacağından herhangi bir hak ihlâli de yaşanmayacaktır. Bu özel tedbirler; moleküler genetik inceleme yapılabilmesinin yalnızca sınırlı amaçlara bağlanması ve sadece zorunluluk durumunda gerçekleştirilebileceği, işlemin yapılabilmesi için hâkim kararının mevcudiyeti şartı ve örnekler üzerinde inceleme yapacak olan bilirkişiler açısından öngörülen şartların yanı sıra, inceleme sonuçlarının gizliliği ile örneklerin imhasının gerekliliğinin

32 Nur Centel and Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta, İstanbul 2018) 329.

33 Nurullah Kunter, Feridun Yenisey and Ayşe Nuhoğlu, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu* (Beta, İstanbul 2013) 698.

düzenlemesi şekillerinde kendilerini göstermektedir. Kanuni düzenlemede yer alan ve aşağıda tek tek ayrıntılı olarak açıklanacak olan bu koşullara riayet edilmemesi durumunda, moleküler genetik inceleme yapılmış olsa dahi, bu incelemenin sonucu hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş bir delil niteliği taşıyacak ve bu nitelikteki delillerin ceza muhakemesinde kullanılması elbette ki mümkün olmayacaktır.³⁴

3.3.1. Amaca Bağlılık Koşulu

CMK md. 78 metninde belirtildiği üzere, sayılan amaçları gerçekleştirmek için elde edilen örnekler üzerinde, söz konusu bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaklanmıştır. Kanunda belirli amaçlar ile sınırlı olarak düzenleme yapıldığından, soybağının incelenmesi ve elde edilen bulgunun şüpheli, sanık ya da mağdura ait olup olmadığının incelenmesi dışında kalan başka herhangi bir amaçla moleküler genetik inceleme yapılamayacaktır.³⁵

Şuna da dikkat çekilmelidir ki, soybağına ilişkin moleküler genetik inceleme, yalnızca bir suçun aydınlatılması bakımından soybağının tespit edilmesinin gerekli olduğu hâllerde yapılabilecektir. Bu hâller örneğin, alt ve üst soy ilişkisinin nitelikli hâl sayıldığı suçlar ya da doğrudan doğruya soybağına yönelik suçlar olabilecektir.³⁶ Bu nedenle, herhangi bir suç ile ilişkisi bulunmayan, hukuk muhakemesini ilgilendiren soybağı tespitleri açısından CMK md. 78'in uygulanması ve bu kapsamda moleküler genetik inceleme yapılması söz konusu olmayacaktır.

Kanun hükmü gereği amaca bağlılık arandığından, moleküler genetik inceleme yönteminin, elde edilen örnek sahibinin kökeninin tespit edilmesi gibi bir işlemi yapmak amacıyla kullanılması imkânı bulunmamaktadır. Fakat doktrindeki bir görüş tarafından, işlenen suçun veya şüphelinin niteliği itibarıyla, bu vasfı taşıyan tespitlerin yapılmasının zorunlu olması durumunda, bunların da gerçekleştirilmesi ihtiyacı olduğu savunulmaktadır.³⁷ Unutulmamalıdır ki, bu yöndeki bir yaklaşım kabul edildiği takdirde, soruşturma veya kovuşturma konusu olayın çözülmesi bakımından ilerleme kaydedilebilecek olsa da, böyle bir uygulamanın hayata geçirilebilmesi için, kanunilik ilkesi gereğince, öncelikle

34 Mehmet Gödeklî, 'Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı' (2016) 65 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1827.

35 Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Yetkin Yayınevi, Ankara 2018) 274; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin and Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet Yayınevi, Ankara 2018) 347; Ünver and Hakeri (n 13) 281.

36 Centel and Zafer (n 33) 328; Cumhuriyet Şahin and Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019) 89.

37 Ünver and Hakeri (n 13) 282.

kanun metninde bu şekilde bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde, şüphelinin kimliğini tespit etmek amacı ardına gizlenerek farkı amaçlarla da inceleme yapılması sonucu ortaya çıkabilecek ve düzenleme suistimal edilmiş olacaktır.

Moleküler genetik incelemelerin bir diğer özelliği, yalnızca insan vücudundan alınan örnekler ile sınırlı tutulmamış olmasıdır. Bu bakımdan, olay yerinde bulunan ve kime ait olduğu bilinmeyen beden parçaları üzerinde inceleme yapılması da olanaklı kılınmıştır. Özellikle bu gibi durumlarda, karşılaştırma materyali bulunamasa da elde edilen bulgunun insana mı ait olduğu, eğer bir insana ait ise, bir kadına mı yoksa bir erkeğe mi ait olduğu, hatta bu kişinin saç rengi ve göz rengi gibi özellikleri ile irksal özelliklerinin neler olduğunun belirlenmesi mümkün olacaktır.³⁸ Elbette ki, bu şekilde yapılacak olan bir incelemede amaç yine mağdur, sanık veya şüphelinin kimliğini belirlemektir.³⁹

Bir hususa daha dikkat çekmek gerekir ki, kimi zaman moleküler genetik inceleme yöntemi, muhakeme sonucunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına hizmet etmekten ziyade, doğrudan doğruya ceza muhakemesine ilişkin kurumlarla da bağlantılı olabilmektedir. Örneğin, maktulün kardeşi olduğunu iddia eden ve bu nedenle kamu davasına katılma talebinde bulunan yabancı uyruklu bir kimsenin, bu talebinin değerlendirilebilmesi için DNA incelemesi yapılmaksızın eksik inceleme ile hüküm kurulması, Yargıtay CGK tarafından bir kararda bozma gerekçesi yapılmıştır.⁴⁰

Amaca bağlılık koşulunun bir diğer anlamı da, moleküler genetik inceleme sonucunda elde edilen kişisel veri niteliğindeki bilgilerin farklı bir suç ile ilgili olarak başlatılan bir soruşturma kapsamında kullanılmayacak olmasıdır. Yani veriler, yalnızca hangi suç ile alakalı olarak inceleme yapılmışsa o suçun aydınlatılması için kullanılabilir. Ancak, eldeki verilerin farklı bir soruşturma konusu için kullanılması ihtiyacı doğması durumu karşısında, doktrinde önerilen görüş, adeta yeni bir moleküler genetik inceleme yapılmış gibi CMK md. 79 uyarınca hâkim kararı alınması suretiyle eldeki verinin kullanılabilmesinin yolunun açılmasıdır.⁴¹ Kanaatimizce de, bu görüş yerindedir ve özel nitelikli kişisel verilerin korunabilmesini sağlamak adına, farklı bir suç için ihtiyaç duyulması hâlinde yeniden hâkim kararı alınması gerekecektir.

38 Erhan Büken, 'Adli Tıpta Genetik Araştırmalar' (2009) 22 İKU (İyi Klinik Uygulamalar) Dergisi 33.

39 Süheyl Donay, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (Beta, İstanbul 2009) 135.

40 Yargıtay CGK 2017/1-225 E 2018/129 K sayılı 27/3/2018 tarihli karar.

41 Centel and Zafer (n 33) 330. Doktrinde ayrıca, DNA analizi yapılmasının esas sebebi olan soruşturma ve kovuşturma dışında kalan, ancak yine de bununla bağlantılı olan diğer bir yargılamada da örneklerin kullanılabilmesi görüşü bulunmaktadır. Bu yönde bkz. Ünver and Hakeri (n 13) 283.

3.3.2. İncelemenin Zorunlu Olması Koşulu

Belirtildiği üzere, moleküler genetik incelemede amaç; soybağının tespit edilmesi veya elde edilen bir bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının belirlenmesidir. CMK md. 78 metninde bu yönetime başvurulabilmesi için “zorunlu olma koşulu” getirildiğinden, moleküler genetik inceleme yönteminin uygulanması zorunlu olmadıkça, yani bir diğer deyişle, başka bir yol ile delil elde etme olanağı söz konusu olduğu takdirde, moleküler genetik inceleme yöntemine başvurulamayacaktır.⁴²

Bu şekildeki bir koşulun varlığı, uygulamanın hem zorunluluk hem de ikincillik özelliği taşıdığını göstermektedir.⁴³ Çünkü delil elde etmek bakımından başka bir olanak bulunuyorsa veya yöntem daha önce kullanılmışsa, artık moleküler genetik incelemeye başvurmak gerekli olmayacaktır. Öngörülen bu koşulun, özel nitelikli kişisel verilerin korunması bakımından bir güvence sağladığı söylenebilecektir.⁴⁴ Zira kanaatimizce de moleküler genetik inceleme yönteminin yalnızca zorunlu olan hâller ile sınırlı tutulması, kamusal yarar ile bireyin çıkarları arasında kurulması gereken dengeyi ihlâl edilmemesi açısından önem arz etmektedir.

Doktrinde belirtildiği üzere, zorunluluk değerlendirmesi yapılırken, moleküler genetik inceleme işlemine başvurulmasının muhakeme sürecini uzatacağının ve yargılama masraflarını artıracığının da nazara alınması gerekmektedir.⁴⁵

Doktrindeki bir görüş tarafından ise, CMK md. 78 açısından aranması gereken hususun “zorunluluk” şartı yerine “ölçülülük” ilkesine uygunluk olması gerektiği savunulmaktadır. Zira bu görüşe göre, zorunluluk şartına riayet edilmesi, moleküler genetik inceleme yöntemine başvurulabilecek olan durumları bir hayli azaltmakta, dolayısıyla da yöntemin uygulanabilirliğini oldukça fazla kısıtlamaktadır.⁴⁶ Ölçülülük ilkesi esas alınarak moleküler genetik inceleme yöntemi uygulandığında ise, kamu yararı ve özel hayatın korunması arasında genel bir değerlendirme yapılması yanında, tedbirin gerekliliği ile istenen amaca ulaşıp ulaşılamayacağı da dikkate alınacağından, bu usulde de yine bir hukuk devleti açısından olması gerektiği şekilde bir uygulama

42 Uygulamada, zorunluluk koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğine dair kimi tereddütler söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle, moleküler genetik inceleme yapılması gereken durumlarda yapılmaması, tam askine yapılması zorunlu olmayan hallerde ise yapılması mümkün olabilmektedir. Bu yönde bkz. Batur (n 31) 83.

43 Mahmutoglu (n 18) 7.

44 Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006) 493.

45 Batur (n 31) 84.

46 Ünver and Hakeri (n 13) 282.

gerçekleştirilmesinin mümkün kılınacağı belirtilmektedir.⁴⁷ Ölçülülük kavramı, zorunluluk kavramından daha göreceli bir anlam ifade ettiğinden ve ülkemizde çok farklı konularda tartışmalara sebep olabildiğinden, bu kavramın esas alınması durumunda özel nitelikli kişisel verilerin yeterli bir korumaya sahip olmayacağı endişemizden ötürü, moleküler genetik inceleme yöntemine başvurulması bakımından zorunluluk koşulunun muhafaza edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Yine bu kapsamda ele alabileceğimiz önemli bir husus da işlenen her suç için moleküler genetik inceleme yöntemine başvurulamayacak olmasıdır. Bilindiği üzere, CMK md. 78 uyarınca soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti amaçlarıyla moleküler genetik inceleme yapılabilmektedir. Ancak, CMK md. 75/5 hükmü gereğince, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesi, kişiden kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi için bu kişinin üst sınırı iki yıldan daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun faili olması gerekmektedir. Bu nedenle eğer bir kişi, üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren bir suçun faili ise, kendisinden moleküler genetik incelemeye konu yapılacak örnekler alınamayacağından, söz konusu suç açısından moleküler genetik inceleme yapılması yolu da kapanmış olacaktır. Zira, vücuttan örnek alınmasının esas sebebi zaten moleküler genetik inceleme yapılabilmesine olanak sağlamaktadır.⁴⁸ Yargıtay tarafından da bir kararda bu hususa dikkat çekilmiş olduğu görülmektedir.⁴⁹

Zorunluluk değerlendirmesi bakımından son olarak değinmek istediğimiz husus, moleküler genetik inceleme yöntemine başvurulabilmesi için şüphenin kuvvet derecelerinden hangisinin aranacağına ilişkin herhangi bir ibareye yer verilmemiş olmasıdır.⁵⁰ CMK hükümlerinin geneline baktığımızda, zorunluluk koşuluna riayet etmek esas olduğundan, tarafımızca bu hususta basit başlangıç şüphesi ile yetinilmeyeceği düşünülmektedir. Her ne kadar kanunumuzda bu konuda bir açıklık olmasa da, daha sonra aşağıda ayrıntılı olarak yer vereceğimiz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu StPO § 81h düzenlemesinde yer verildiği gibi “somut olgular” bulunması koşulu düşünülebilecektir. Fakat her hâlükârda kanun koyucunun bu husustaki tereddütleri gidermesi ve zorunluluk koşulu ile uyumlu bir anlayışın benimsenmesini sağlaması gerekmektedir.

47 Özбек (n 19) 1094.

48 Şahin and Göktürk (n 37) 88; Mahmutoğlu (n 18) 3.

49 Yargıtay 23 CD 2015/20329 E 2015/7193 K sayılı 25/11/2015 tarihli karar.

50 Mahmutoğlu (n 18) 6-7.

3.3.3. Hâkim Kararı Bulunması Zorunluluğu

Türk ceza muhakemesi hukukuna göre, moleküler genetik inceleme yöntemine başvurulabilmesi için bir ceza soruşturması veya kovuşturmasının mevcudiyeti gerekmektedir. Bunun anlamı, Alman uygulamasında söz konusu olduğu gibi, gelecekte gerçekleşebilecek, yani müstakbel bir ceza muhakemesi için veri analizi yapılmasının önünü kapatmaktadır. Zira CMK böyle bir yönteme olanak tanımamaktadır.⁵¹ CMK md. 79 gereği, moleküler genetik inceleme yapılması kararı yalnızca hâkim tarafından verilebilecektir. Bu nedenle, tabiidir ki soruşturma evresinde karar, sulh ceza hâkimliği tarafından verilecektir.

Moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için hâkim kararının varlığının aranması, bu görevin, tarafsızlığı ve bağımsızlığı gerek ulusal mevzuatımız ve gerekse uluslararası etik ilkeler ile kabul edilmiş olan kişilere verilmesi bakımından yerinde bir yaklaşım olmuştur. Fakat doktrindeki bir görüş tarafından, moleküler genetik inceleme yapılması yönündeki kararın, yalnızca hâkim tarafından verilebiliyor olması eleştirilmiş, bu şekildeki usulün, uygulamadaki ihtiyaçlara cevap vermediği gibi, suçla mücadeleyi de aslında engellediği ifade edilmiştir. Üstelik bir kararın, hâkim tarafından veriliyor olması durumunda, söz konusu kararın mutlaka hukuka uygun ve tehlikesiz olacağı anlayışının da gerçek ile örtüşmediği belirtilmiştir.⁵² Kanaatimizce, bir kararın sırf hâkim tarafından veriliyor olmasının, bu kararı mutlaka hukuka uygun hâle getirmeyeceği şeklindeki bu tespit yerinde olmakla birlikte, özel nitelikli kişisel verilerin korunması gerekliliği bakımından, karar verme görev ve yetkisinin münhasıran tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri uyarınca hareket eden hâkimlere tanınmış olması önemli bir güvence sağlamaktadır. Bu sebeple, beşeri hataların asgari düzeyde kalmasını sağlayarak yasaya ve hukukun üstünlüğüne bağlılık anlayışı çerçevesinde verilen hâkim kararları üzerine moleküler genetik inceleme yöntemine başvurulması yerinde bir yaklaşım olmaktadır. Zira temel hak ve özgürlüklere yönelik önemli bir müdahale arz eder nitelikteki bu kararların, aynı niteliği taşıyan diğer kararlar açısından söz konusu olduğu gibi hâkimler tarafından verilmesi gerekmektedir.

Beden muayenesi yapılabilmesi için gecikmesinde sakınca olan hâllerde, Cumhuriyet

51 Ibid 8.

52 Bu yönde bkz. Yener Ünver and Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, vol 1 (8th Edn, Adalet Yayınevi, Ankara 2013) 393.

savcısı tarafından bu hususta karar verilebilmesi mümkün kılınmıştır⁵³, çünkü örneklerin bozulup özelliklerini yitirme ya da kaybolma ihtimalleri bulunmaktadır. Ancak bu örnekler laboratuvarında uygun koşullarda muhafaza altına alındıktan sonra, moleküler genetik inceleme yapılıp yapılmayacağına karar verilmesi için herhangi bir aciliyet söz konusu olmadığından, her hâlikarda hâkim kararının alınması beklenecektir.

Daha evvel de ifade ettiğimiz üzere, moleküler genetik incelemeler, beden muayenesi hükümleri uyarınca elde edilen vücut örneklerini konu aldığından, öncelikle CMK 75 ve 76'ncı maddeler gereğince vücuttan örnek alınması için bir hâkim kararı bulunması, daha sonra ise, alınan bu örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için de ayrı bir hâkim kararı bulunması gerektiğine dikkat çekilmelidir. Görüldüğü üzere, esasında moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için ikinci bir hâkim kararının varlığı aranmakta, çift aşamalı bir karar sürecinin tamamlanması gerekmektedir.⁵⁴

Beden Muayenesi Yönetmeliği md. 23'de belirtildiği üzere, kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örneklerin alınması “diğer işlemler” olarak nitelendirilmektedir ve bu kategoriye giren örnekler, olay yeri inceleme uzmanları tarafından toplanabilmekte, bu konuda hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısı emrinin bulunması gerekmemektedir. Niteliği gereği bu örneklerin derhâl muhafaza altına alınması ihtiyacı bulunduğundan bu düzenleme zorunludur ve yerindedir. Ancak kanaatimizce, alınan bu materyaller, eğer moleküler genetik incelemeye konu olabilecek vasıfta ise, örneğin henüz kime ait olduğu belirsiz bir kıl ise, CMK md. 78/2 gereği bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçası özelliğini taşıdığından, bu örnek üzerinde moleküler genetik inceleme yapılmadan evvel yine bu hususa ilişkin bir hâkim kararının varlığı aranacaktır.

Moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için hâkim kararının bir zorunluluk olarak aranması, ilgilinin rızasına dayalı olarak bu incelemelerin yapılamayacağını kabul edilmesi anlamına da gelmektedir. Yargıtay tarafından da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi açısından, mağdurun rıza göstermesi durumunda, hâkim veya Cumhuriyet savcısı kararı bulunmasına gerek olmamasına rağmen (CMK md. 76/2), mağdurdan alınan örnekler ile suça ilişkin olarak elde edilen bulguların

53 Gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın, 24 sat içerisinde hâkim veya mahkeme onayına sunması gerektiğinden, doktrinde ifade edilen bir görüşe göre, zaman tasarrufu yapılabilmesi adına, Cumhuriyet savcısının onay sırasında ayrıca genetik inceleme yapılması yönünde karar talep etmesi de uygun olacaktır. Bu yönde bkz. Ünver and Hakeri (n 13) 282.

54 Kunter and others, (n 34) 691.

karşılaştırılması, diğerk bir ifadeyle moleküler genetik inceleme işleminin yapılabilmesi için hâkim kararının bulunması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Bunun, kanunun amir hükmü olduğuna ve riayet edilmediği takdirde bozma gerekçesi yapılacağına dikkat çekilmektedir.⁵⁵

Şüphesiz ki Yargıtay'ın bu değerlendirmesi son derece yerindedir. Zira moleküler genetik inceleme özel ve hassas bir durum teşkil etmektedir ve açıklandığı üzere CMK'da ayrıca düzenlenmiş ve ilgili yönetmelikte de yer almıştır. Kanunda açıkça belirtildiği üzere, veri sahibi kişinin haklarını korumak amacıyla bu işlem hâkim kararına bağlanmıştır. Kanun, emredici şekilde hâkim kararının bulunmasını ararken ve bu kararın özelliklerine ilişkin detaylı düzenlemelere yer verirken, uygulamada ilgilinin rızasının bulunması gerekçe olarak gösterilmek suretiyle moleküler genetik inceleme yapılması, kanuna açıkça aykırılık teşkil edecektir. Moleküler genetik incelemenin konusunu oluşturan örnekler, belirttiğimiz üzere kişisel verilerin sınıflandırılması açısından özel nitelikli kişisel veri kategorisine girmektedir. Bu nedenle, örneklerin alınması ve örnekler üzerinde yapılacak olan işlemler hâkim kararına bağlanmıştır, çünkü bir kimsenin böyle bir inceleme için gerçekten özgür iradesi ile rıza gösterip göstermediği ya da bu rızanın kapsamını tespit etmek her zaman kolay olmayacaktır.

Yargıtay tarafından ayrıca, hâkim kararı bulunması şartı ile olay mahallinden elde edilen bulgular üzerinde de moleküler genetik inceleme yapılabileceği vurgulanmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin bir kararında⁵⁶; hırsızlık suçunun işlenmesi ardından olay yerinde bulunan ve delil olması nedeniyle muhafaza altına alınan 2 adet eldiven poşeti üzerinde DNA incelemesi yapılmasına yönelik Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebinin, ilk derece mahkemesi tarafından, CMK'nın ilgili maddelerinde olay yerinden elde edilen materyaller üzerine DNA incelemesi yapılabilmesi işleminin belirtilmediği, CMK'nın 78. maddesinde hâkim kararı gerektiren inceleme konusu olarak yalnızca 75 ve 76. maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örneklerin sayılmış olduğu, olay yerinden elde edilen herhangi bir eşya veya materyal (somut olay açısından eldiven poşeti) üzerinde DNA incelemesi yapılmasının CMK'da öngörülmediği gerekçesi ile reddedilmesine ilişkin kararın bozulmasına hükmetmiştir.

55 Yargıtay 13 CD 2012/17565 E 2012/23123 K sayılı 7/11/2012 tarihli karar.

56 Yargıtay 6 CD 2009/18701 E 2011/5063 K sayılı 11/4/2011 tarihli karar.

Bu kararda da Yargıtay yine olması gerektiği şekilde hükme varmıştır. Zira CMK md. 78/2' de, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de moleküler genetik inceleme yapılmasına izin verilmektedir. Görüldüğü üzere, kanunda belirtilen incelemeler yalnızca insan vücudundan alınan örnekler ile sınırlı tutulmamıştır. Olay mahallinde bulunan materyaller üzerinde yapılacak olan inceleme sonuçları, mukayese edilecek bir örnek bulunamasa dahi, suçun çözümlenmesi açısından aşama kaydedilmesine fayda sağlayacaktır. Yukarıda ilgili bölümde belirttiğimiz üzere, bu nitelikteki bir inceleme sonucunda elde edilen bulgunun insana mı ait olduğu, eğer bir insana aitse bir kadına mı yoksa bir erkeğe mi ait olduğu, bu kişinin saç rengi ve göz rengi gibi özelliklerinin belirlenmesi ve böylece belki de faile ulaşılması mümkün olabilecektir. Kanun bu konuda herhangi bir kısıtlama getirmeyen ve üstelik buna izin verirken, uygulamada bu şekilde kısıtlamalar yaratılması, suçla mücadele açısından etkililik sağlanmasına engel olacak niteliktedir.

Ezcümle, Yargıtay tarafından verilen kararlarda da, CMK'ya uygun şekilde, moleküler genetik incelemelerin yapılabilmesi için mutlaka hâkim kararı bulunması gerektiği vurgulanmaktadır. Her ne kadar kanunun bu konuda açık ve amir hükmü bulunsa dahi, Yargıtay tarafından verilen kararlar vasıtasıyla, uygulamada meydana gelen yanlışlıkların düzeltilmesi ve bu hususta başkaca yanlış uygulamalara taviz verilmemesi son derece önem taşımakta ve yerindelik arz etmektedir.

3.3.4. Bilirkişinin Objektifliğinin Sağlanması

Ceza muhakemesi kapsamında, kimi zaman bir suçun, bilirkişi raporu dışındaki deliller ile ispatlanması mümkün olmadığında, bilirkişi incelemesi daha da önem kazanmaktadır.⁵⁷ Kimi zaman ise, özel veya teknik bilgi gerektiren durumlarda hâkimin bilirkişiye başvurması gerekmektedir. İşte moleküler genetik incelemeler de, bilirkişiye başvurulmasını gerektiren durumlardan birini teşkil etmektedir. Gerçekten de Yargıtay kararları da incelendiğinde görüleceği üzere, bilirkişi raporu alınmasını zorunlu kılan durumlar arasında, akıl hastalığı ve parada sahtecilik ile birlikte moleküler genetik incelemeler de sayılmaktadır. Zira belirtilen bu durumlar, kanun koyucu tarafından, uzmanlık, teknik veya özel bilgi gereksinimi arz ettiği baştan kabul edilen hâller arasında yer almaktadır.⁵⁸

57 Ali Parlar and Muzaffer Hatipoğlu, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu*, vol 1 (Ankara 2008) 383.

58 Bu yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay CGK 2017/12-709 E 2019/5 K sayılı 15/1/2019 tarihli ve Yargıtay CGK 2015/12-1149 E 2016/182 K sayılı 5/4/2016 tarihli kararlar.

CMK md. 79'da da bu doğrultuda, bilirkişiye yönelik açık bir ifadeye yer verilmiştir. Buna göre, yalnızca hâkim tarafından verilebilecek olan moleküler genetik inceleme yapılması kararında, bu incelemeyi yapmakla görevlendirilen bilirkişinin de gösterilmesi gerekmektedir. CMK md. 79/2'de kimlerin bilirkişi olarak görevlendirilebileceği ayrıca düzenlenmiştir.⁵⁹

Bununla birlikte, bilirkişi olarak görev yapacak kişilere bazı sorumluluklar da yüklenmiştir. Bilirkişi olarak görevlendirilen kişi, teknik ve teşkilat bakımından uygun tedbirleri ararak yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlü kılınmıştır (CMK md. 79/2). Bu kişi ayrıca, yalnızca kararda hâkim tarafından belirtilen işlemi yapabilecek, bunun dışında başka herhangi bir inceleme yapamayacaktır.⁶⁰ Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilecek, bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilecek ve bu husus raporda açıkça belirtilecektir (Beden Muayenesi Yönetmeliği md. 14/3).

Bilirkişi olarak görev yapacak kişi açısından bir yükümlülük daha getirilmiş ve Beden Muayenesi Yönetmeliği md. 14/4 düzenlemesi ile, moleküler genetik inceleme yapılırken, özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalınmasına özen gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir (md. 14/4). Kanaatimizce bu şekildeki düzenleme, bir yanıyla örnekler üzerinde inceleme yapılırken dahi kişisel verilerin mümkün mertebe korunması amacını esas almak suretiyle kanun koyucu tarafından sergilenen bir hassasiyeti ifade etmekte, diğer yanıyla da aslında

59 Maddede belirtildiği üzere: Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. Yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler. Doktrinde, raporun uzman bir bilirkişi tarafından hazırlanması yeterli görülmeyip aynı zamanda bilirkişinin sahip olduğu teknik olanakların da bu şekilde bir rapor hazırlanmasına elverişli bir düzeyde bulunmasının gerekli olduğu; bu nedenle moleküler genetik incelemeye ilişkin test konusunda bilirkişilik yapacak özel veya resmi merkezler için teknik olanaklar açısından bir standart getirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu yönde bkz. İsmail Malkoç and Mert Yüksektepe, Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt, (Malkoç Kitabevi, Ankara 2008), 413. Yine doktrinde, bilirkişi incelemelerinde görev yapan bir tür tekel haline gelmiş Adli Tıp Kurumu (ATK), Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi (KLP) ve Jandarma Kriminal Daire Laboratuvarları (JKDB)'nin devletin idari yapılanması içinde yer alan müesseseler haline gelmesi nedeniyle, "silahların eşitliği" prensibine uygun biçimde özerk, objektif, bilimsel, tenik araç-yaklaşım ve uzmanlar bakımından ileri düzeyde olan ve TBB inisiyatifinde olacak bir Adli Tıp Akademisi kurulması görüşü de bulunmaktadır. Bu yönde bkz. Hamit Hancı and S Sinan Kocaoğlu, 'Savunma Adli Tıp Akademisi TBB-ATA', Adli Tıp ve Ceza Hukuku (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012) 15.

60 Soyaslan (n 36) 275.

moleküler genetik inceleme yönteminin amaca bağlılık özelliği ile yakından ilişki içinde bulunmaktadır. Zira amaç, örnek sahibinin kalıtsal karakteri hakkında bilgi elde etmek olmadığından, yapılan incelemede bu hususa ilişkin bilgiler içeren alandan uzak durulmaya gayret edilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.

İncelemeyi yapacak olan bilirkişinin tarafsızlığını sağlamak adına⁶¹, moleküler genetik incelemeye konu olacak bulgunun, bilirkişiye verilirken ilgisinin adı, soyadı, adresi ve doğum tarihinin bildirilmeyeceği de kanunda düzenlenmiştir. Gerçekten de bilirkişinin objektif olması, inceleme bakımından büyük önem taşımaktadır.⁶² Fakat doktrinde, inceleme konusu olacak bulguların bilirkişiye, ilgisinin isim, adres, doğum tarihi gibi bilgileri olmaksızın teslim edilecek olması nedeniyle, zaten üçüncü kişilerin bunlardan bilgi edinmesinin olanaksızlığına vurgu yapılmak suretiyle, maddenin Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan tercüme olması nedeniyle bu yanlışlığı barındırdığı, maddenin daha anlaşılır bir hâle gelebilmesi için yeniden kaleme alınması gerektiği şeklinde bir görüş bulunmaktadır.⁶³

Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus şudur ki, CMK md. 79 uyarınca bilirkişiye teslim edilen bulgularda isim, adres, doğum tarihi gibi bunların kime ait olduğunu belirleyici unsurlara yer verilmemesi nedeniyle, söz konusu bulgular henüz kişisel veri niteliğini taşımamaktadır. Bulgular üzerinde yapılacak olan inceleme sonucunda bunlar şüpheli, sanık veya başka bir kişi ile ilişkilendirilirse ve kime ait olduğu bilgisi ortaya çıkarsa, bu takdirde kişisel veri olma niteliğini de kazanmış olacaktır.⁶⁴ Kanun koyucunun bu kadar özenli davranmasının sebebi, söz konusu genetik incelemenin kişilik haklarına ilişkin olmasından kaynaklanmaktadır.⁶⁵ Üstelik, incelemeye konu edilen bulguların özel nitelikli kişisel veri kategorisinde olması, daha özenli bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

3.3.5. Moleküler Genetik İnceleme Sonuçlarının Gizliliği

Beden Muayenesi Yönetmeliği md. 14'te moleküler genetik inceleme sonuçlarının gizliliği ayrı bir düzenleme olarak yer almaktadır. Düzenleme kapsamında, örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliği taşıdığı kabul edilmiş olup

61 Osman Yaşar, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, vol 1 (Seçkin Yayınları, Ankara 2011), 1031.

62 Ünver and Hakeri (n 13) 283.

63 Donay (n 40) 136.

64 Ünver and Hakeri (n 13) 283.

65 Soyaslan (n 36) 275.

bunların farklı amaçlar ile kullanılması, yahut dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilmesi yasaklanmıştır (md. 14/1). Yasaklara uyulmaması durumunda, TCK hükümleri uyarınca çeşitli suçlar oluşacaktır ve sorumluluk açısından bu yönde bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Somut olayın özelliklerine göre, TCK md. 135 (kişisel verilerin kaydedilmesi), md. 136 (verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme), md. 137 (nitelikli hâller), md. 138 (verileri yok etmeme), md. 257 (görevi kötüye kullanma) veya md. 285 (gizliliğin ihlâli) hükümlerinde yer alan suçların işlenmiş olması nedeniyle ceza sorumluluğu doğabilecektir.

Görüldüğü üzere, moleküler genetik inceleme sonuçlarının gizliliğinin sağlanması bakımından gerek bilirkişilere gerekse dosya ile ilgili inceleme yetkisi bulunan diğer kişilere bir takım sorumluluklar yüklenmiştir. Zira defaatle belirttiğimiz üzere, moleküler genetik incelemenin sonucunda ortaya çıkacak olan veriler, kişinin sağlığı, ırkı ve benzeri diğer hususlara ilişkin oldukça hassas ve en üst nitelikli korumaya layık bilgiler içermektedir.⁶⁶ Ancak şuna da dikkat çekmek gerekir ki, inceleme yapan bilirkişi dahi verilerin sahibini bilmezken, kovuşturma evresine geçildiğinde, alenilik ilkesi gereğince, bu bilgiler artık öğrenilebilir hâle dönüşecektir.⁶⁷ Bu nedenle, en azından dosya ile ilgili görev ve yetkisi olmayan üçüncü kişilerin dosya kapsamında yer alan tüm bilgilere kolayca erişiminin engellenmesi yolunda bir çalışma yapılması gerekmektedir.

3.3.6. Örneklerin İmha Edilmesi Zorunluluğu

CMK md. 80/2 düzenlemesinde, bilgilerin, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edileceği ve bu hususun dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirileceği düzenlenmiştir. Beden Muayenesi Yönetmeliği md. 14/2’de de aynı düzenleme tekrarlanmıştır. Ancak bu düzenlemelerde kullanılan “bilgiler” ifadesi ile neyin kastedildiği yeterince açıklık taşımamaktadır.

Doktrinde yer alan ve bizim de iştirak ettiğimiz bir görüşe göre, kanun koyucu tarafından burada kastedilen husus, CMK md. 80/1’de olduğu gibi CMK md. 75, 76 ve 78 uyarınca elde edilen bilgiler olmaktadır. Bu nedenle de bilgilerin yok edilmesi zorunluluğu sadece moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen bilgileri değil, aynı

66 Sedat Erdem Aydın, *AIHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu* (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015) 103.

67 Soyaslan (n 36) 275.

zamanda sanık, şüpheli ve diğer kişilerin beden muayenesi yoluyla elde edilen bilgileri de kapsamaktadır.⁶⁸ Doktrindeki başka bir görüşe göre ise bu hüküm, üzerinde inceleme yapılan materyalin imhasını değil, yalnızca inceleme yapılması suretiyle elde edilen sonuçların imhasını düzenlemektedir ve bir kimse hakkında ortaya çıkan yeni deliller sonucu yeniden soruşturma açılması veya yargılamanın yenilenmesi ihtimalleri göz ardı edilmiş olduğundan, esasında söz konusu hüküm hatalı bir şekilde düzenlenmiştir.⁶⁹

Doktrinde yer alan bu görüşlerden ikincisini benimsemek, hem kişisel verilerin korunması hususunda ihlâl ve suistimalleri beraberinde getirecektir hem de ülkemizde ulusal DNA veri bankası bulunmaması nedeniyle, üzerinde inceleme yapılan materyalin imha edilmemesi durumunda, kanuna aykırı bir şekilde muhafazası anlamına gelecektir ve bunların kabul edilmesi asla mümkün değildir. Bu nedenle, yeterince açık olmayan ve gerekçesinde de bu hususa değinilmeyen CMK md. 80/2 ifadesinin değiştirilmesi, ancak o zamana dek “bilgiler” ifadesinin CMK md. 80/1’de belirtilen tüm hususları kapsayacak şekilde yorumlanması gerekmektedir.

CMK md. 80/2’de, imha zorunluluğunun öngörüldüğü hâller, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi olarak belirlenmiştir. Bu hüküm, 2005-5353 sayılı kanun ile değiştirilmiştir. Değişiklik öncesinde metinde, bilgilerin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi veya hükmün kesinleşmesi hâllerinde en geç on gün içinde Cumhuriyet savcısının huzurunda yok edileceği yazmakta idi. Bu nedenle, 5353 sayılı kanun ile olumlu yönde bir değişiklik yapıldığı görülmektedir. Değişiklik öncesinde kesinleşen hüküm çeşidi açısından bir ayırım yapılmamışken, değişiklik ile her türlü hükmün değil, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin hüküm verildiği takdirde bilgilerin yok edileceği belirtilmiştir. Üstelik değişiklik öncesinde yok etme işlemi için sebebi belirsiz bir şekilde en geç on günlük süre tanınması yerine, şu an söz konusu olduğu hâliyle, imha işleminin derhâl gerçekleştirilmesi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin hassasiyet bakımından, kanaatimizce daha isabetli olmuştur.

Kanun koyucu tarafından, bilgilerin yok edilmesi işleminin yapılmasının emredildiği hâller, sayım yöntemi ile gösterilmiş olduğundan, bunlar dışında kalan kararların varlığı durumunda bu bilgilerin yok edilmesi gerekmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu

68 Kunter and others (n 34) 697.

69 Ünver and Hakeri (n 53) 394.

durum nedeniyle doktrinde, özellikle veri sahibi kişi hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde bilgilerin muhafazasının mümkün kılındığı düşünülmektedir.⁷⁰ Fakat daha evvel de ifade ettiğimiz üzere, ulusal DNA veri bankamız mevcut olmadığından, hükümlü kişilere ait verilerin muhafazası da hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Verilerin imha edilmesi açısından kullanılacak olan yöntem, Beden Muayenesi Yönetmeliği md. 16'da "Cumhuriyet savcısının uygun göreceği usuller" denilerek ifade edilmiştir ve bunun dışında herhangi bir açıklık getirilmemiştir.⁷¹ İmha prosedürüne ilişkin olarak mevzuatta özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, genel olarak tıbbi atıkların imhasına ilişkin hükümler içeren Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği'nde⁷² düzenlenen esasların uygulanması olanaklı görülmektedir.⁷³ Bu açıdan, anılan Yönetmelik'te md. 20'de düzenlenen, tıbbi atıkların yakılması usulünün izlenmesi, imha bakımından en uygun yöntem olacaktır.

Verilerin imha edilmemesi durumunda ise, TCK md. 138/2 uyarınca verileri yok etmeme suçunun nitelikli hâli işlenmiş olacaktır. Bilindiği üzere, TCMK 138/1'de verileri yok etmeme suçu düzenlenmiş, kanunların belirlediği süreler geçmiş olmasına karşın, verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olan kişilerin, bu görevlerini yerine getirmemeleri durumunda hapis cezasına mahkûm edilecekleri belirtilmiştir. TCK md. 138/2'de ise açıkça ceza muhakemesi hukukuna atıfta bulunulmuş ve 2014-6526 sayılı Kanun ile eklenen bu fıkra uyarınca, suçun konusunun CMK hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken verilerden olması hâlinde, faile verilecek olan cezanın bir kat artırılacağı kabul edilmiştir. Özel nitelikli kişisel veri olma vasfı taşıyan moleküler genetik inceleme sonuçlarının ve hücre örneklerinin imha edilmemesi durumunun, söz konusu suç bakımından nitelikli bir hâl olarak düzenlenmesi ve faile verilecek olan cezanın ağırlaştırılacağı kabul edilmesi yerinde bir yaklaşım olmaktadır.

Son olarak şunu da belirtmek isteriz ki, moleküler genetik inceleme yapılmasına ihtiyaç bulunmadığı veya bu yönde hâkim kararı verilmediği takdirde, beden muayenesi sonucu elde edilen bulgular da, eğer istenilen amaca ulaşılmış ise, aynı şekilde imha prosedürüne tabi tutulacaktır.

70 Yaşar (n 62) 1031.

71 Beden Muayenesi Yönetmeliği md. 14/2: Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde bu Yönetmeliğin 15 inci maddesi hükümleri uyarınca elde edilen veriler, Cumhuriyet savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle derhâl yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir.

72 Resmi Gazete Tarihi 22/07/2005, Sayısı 25883

73 Hakan Kızıllarslan, *Vücutun Muayenesi & Örnek Alma* (Kızıllarslan Serisi I, Ankara 2007) 145.

4. Türkiye’de DNA Veri Bankası Kurulmasına İlişkin Değerlendirmeler

Özgürlük ve güvenlik dengesinin kurulmasına dair problemlerden biri de DNA veri bankalarının varlığına ilişkin olmaktadır. Bu konuda sergilenen iki temel yaklaşımdan biri, biyoteknolojik ilerlemelerden faydalanmak suretiyle kriminolojik olayların çözümünü kolaylaştırmak ve hızlandırmaktan yana olurken, diğeri temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalelerin söz konusu olacağı endişesi ile çeşitli çekinceler ileri sürmektedir. Daha sonra ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, mukayeseli hukukta ABD, Birleşik Krallık ve Almanya gibi gelişmiş ülkeler kendi ulusal DNA veri bankalarına sahip iken, ülkemiz açısından bu konu yalnızca bir kanun tasarısından ibaret olarak kalmıştır.

Türkiye’de de ulusal bir DNA veri bankası kurulması amacıyla 2007 yılında Adalet Bakanlığı tarafından “DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı” hazırlanmıştır.⁷⁴ Ancak geçen uzun yıllar boyunca bu konuda herhangi bir çalışma yapılmadığı ve konu TBMM gündemine alınmadığı için tasarı artık kadük hâle gelmiştir. Yine de konuya ilişkin olarak hazırlanmış bir metin olmasından ötürü ve ileride ülkemizde ulusal DNA veri bankası kurulması konusu yeniden ele alınacak olursa önem kazanacağından, söz konusu kadük tasarının kısaca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira gelecekte yeni bir yasal düzenleme hazırlanırken, kadük tasarıya yöneltilen eleştirilerin dikkate alınması da fayda sağlayacaktır.

Söz konusu tasarının amacı, kimlik tespiti veya adli amaçla DNA örneklerinin alınması, analiz yapılması, verilerin saklanması, verilerden yararlanılması ve veri bankasının kuruluş ve görevlerini düzenlemek olarak belirtilmiştir (md. 1). Ancak özellikle dikkat çeken birkaç madde, veri bankası kurulması konusundaki çekinceleri artırır nitelik taşımaktadır. Zira DNA analizi yapılabilecek biyolojik örnekler sayılırken, görevleri sebebiyle hayatî risk taşıyan kişilerden ve gönüllü kişilerden alınan örnekler de kapsama dâhil edilmiştir (md. 5). Tüm kolluk görevlileri, itfaiyeciler, maden ocaklarında çalışanlar ve diğeri bazı tehlikeli faaliyetlerde bulunan kişilerin sayısının çokluğu düşünüldüğünde, “görevi sebebiyle risk altında bulunan kişi” kavramı çok geniş ve belirsiz bir hâl almaktadır. “Gönüllü olma” hususunun ne şekilde belirleneceğinin ise ayrıca ve açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Bu muğlak ifadeler, kanaatimizce göze çarpan ilk eksiklikler olmaktadır.

74 Tasarının tam metni için bkz. <http://www.ttb.org.tr/haberarsiv_goster.php?Guid=665acfee-9232-11e7-b66d-1540034f819c> accessed 21 July 2019.

Dikkate değer bir başka önemli husus, DNA analizi yapmaya yetkili olarak gösterilen kurumlara ilişkin olmaktadır. Bunlar, Adli Tıp Kurumu, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Daire Başkanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi Başkanlığı olarak belirtilmiştir (md. 6). Fakat takdir edileceği üzere, yürütmeye bağlı olan bu kuruluşlar tarafından gerçekleştirilecek işlemler ile objektif bir işleyişin ne derecede sağlanabileceği hususunda önemli soru işaretleri oluşmaktadır. Bu nedenle, yeni bir düzenlemede tarafsızlık konusunda güven veren, en azından sivil denetim imkânını tanıyan bir yapının oluşturulması önem taşımaktadır.

Bir başka husus ise, tasarıda DNA profillerinin yurtdışına aktarılmasına ilişkin düzenleme bulunması (md. 11) konusundaki tereddütlerdir. Yabancı ülkelere veri aktarımı konusunda özellikle zorunluluk ve mütekabiliyet ilkelerine sıkı surette bağlılık ve hassas bir değerlendirme yapılması büyük önem taşımaktadır.

Elbette ki, diğer ülkelerde olduğu gibi, bizim ülkemizde de kriminolojik vakaların daha hızlı ve kolay bir şekilde çözümlenebilmesi için ulusal DNA veri bankası oluşturulması fayda sağlayacaktır. Ancak konu son derece hassas olduğundan, herhangi bir suistimalin söz konusu olamayacağı bir biçimde düzenleme yapılması gerekmektedir. Hazırlanacak yasal bir düzenlemede, verilerin elde edilmesi ve saklanması dair yasaklamalar açık olarak belirtilmekle birlikte, ne tür verilerin kimler tarafından ve ne kadar süre ile saklanabileceğine dair ayrıntılı ifadeler yer verilmesi gerekmektedir.⁷⁵ AİHM de, verdiği kararlarda gördüğümüz üzere, ceza yargılaması sisteminde, modern bilimsel tekniklerin kullanımına ne pahasına olursa olsun, yani bu tekniklerin kullanımının sağlayacağı faydalar ve özel yaşamın korunmasına ilişkin hususlar arasında denge kurulmaksızın, izin verilmesi hâlinde AİHS md. 8'in sağladığı güvencenin etkisinin düşmüş olacağına işaret etmektedir. Bu nedenle, bizim de temel hak ve özgürlükler bakımından herhangi bir ihlâl mahal vermeyecek ve AİHM tarafından belirtilen hususlara uygun şekilde bir yapı oluşturmamız gerekmektedir.

Ülkemizde bir DNA veri bankası kurulması, doktrinde yoğun şekilde desteklenmektedir.⁷⁶ Özellikle suç faillerinin tespiti açısından kullanılan DNA analizinin

75 Yücel Arısoy, Çiğdem Eresen and Veli Özer Özbek, 'Yeni Yasal Düzenlemeler ve Moleküler Genetik İncelemeler' (2008) 28 (2) Türkiye Klinikleri Journal of Medical Sciences 181.

76 Veli Özer Özbek, 'DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz' (2007) 1 Ceza Hukuku Dergisi 65; Ünver and Hakeri (n 13) 283; Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006) 301; Aygörmez Uğurlubay (n 12) 71; Rahime Erbaş, 'The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases' (2017) 5 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology) 167.

mukayeseye dayanan ve kısa sürede sonuç veren önemli bir işlem olması nedeniyle, daha önce bir şekilde ceza muhakemesi işlemlerine maruz kalmış olan kişilerden vücut materyali alınarak bunların DNA analizi sonuçlarının bilgisayar ortamında saklanması, yani bir DNA veri bankası oluşturulması gerekli görülmektedir. Hatta Türkiye'nin DNA profillerini veri bankasına kaydetmiyor olması, hem ulusal hem de uluslararası suçların aydınlatılması konusunda çağın gerisinde kalmasına sebep olarak gösterilmekte ve mevcut analiz sonuçlarını imha ederek israf yaptığı da savunulmaktadır.⁷⁷

Diğer yandan, DNA veri bankası kurulması durumunda, elde tutulan verilerin kötüye kullanılacağı, herkesin fişleneceği endişesi, DNA içeriğinin kişilik haklarından ayrı tutulamayacağı ve bu yüzden de bilgilerin DNA veri bankasında toplanmasının bile başlı başına kişilik haklarına yönelik bir saldırı olacağı da düşünülmektedir.⁷⁸

Kanatimizce de DNA veri bankası kurulması gerektiğini savunanlar tarafından belirtilen gerekçeler yerindedir ve ülkemizde bir ulusal DNA veri bankası kurulması ihtiyacı bulunmaktadır. Ancak evvela şunu belirtmek gerekir ki, DNA örneği ve DNA profili birbirlerinden farklı anlamlara gelmektedir. DNA örneği, kişiden alınan ve üzerinde inceleme yapılan kan, tükürük, saç gibi unsurlardan elde edilecek orijinal hücreleri ifade ederken, DNA profili bu örneklerin incelenmesi sonucunda oluşturulan ve dijital ortama aktarılan bilgi anlamına gelmektedir.⁷⁹ Daha basit bir şekilde ifade etmemiz gerekirse, suç şüphelisinden alınan bir damla kan, DNA örneği teşkil etmektedir, ancak bu kişinin A (rh) + kan grubuna sahip olduğunun belirlenmesi DNA profili oluşturulması anlamına gelmektedir. Görüldüğü gibi, örneklerin muhafazası başka ne tür incelemelerin yapılabileceğinin belirli olmaması nedeniyle temel hakların ihlâli bakımından çok daha riskli, farklı amaçlarla kötüye kullanıma ve suistimallere açık bir durum meydana getirmektedir. Bu nedenle, daha sonra ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, AİHM tarafından da kabul görmemektedir. Buna mukabil, inceleme sonucu

77 Aygörmez Uğurlubay (n 12) 71.

78 İmdat Elmas and Gökhan Ersoy, 'Adli Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması ve Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut' (2009) 22 Klinik Gelişim Dergisi Adli Tıp Özel Sayısı 113.

79 Azeem Suterwalla, 'Collection and Retention of Personal Data' Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime (Oxford University Press, Oxford 2009) 185. Bu fark, doktrinde şöyle açıklanmaktadır: "Adli DNA bankası ve DNA veri tabanı kavramlarının iyi bilinmemesi ve bu iki farklı kavramın çoğu zaman yanlış olarak birbirinin yerine kullanılması kaygıların nedenlerinden biri olarak değerlendirilebilir. DNA bankaları, DNA profili çıkarılmak üzere alınmış doku, hücre veya izole edilmiş DNA'nın daha sonra analizini gerçekleştirmek amacı ile uzun süre depolandığı merkezlerdir. Adli DNA bankasında suçluya ait biyolojik örnekler, suçlunun ayrıntılı kimlik bilgileri, olayla ilgili örnekler, analiz bilgileri ve sonuçları saklanmaktadır. Buna karşın DNA veri tabanı, suç ve suçlu bağlantısının araştırılması için gereken minimal bilgiyi içermekte, tüm işlemler kodlarla yürütülmekte, kişiye ait kimlik bilgileri tutulmamaktadır." Bkz. Aysım Tuğ, 'Adli DNA Bankalarına Toplumun Yaklaşımı' (2007) 21 (2) Adli Tıp Dergisi, 7.

ortaya çıkan veriler ile oluşturulan profillerin saklanması bakımından aynı tehlike doğmamaktadır. Zira bu profiller üzerinden farklı sonuçları ortaya koyacak yeni incelemeler yapılması mümkün olmayıp yalnızca diğer profiller ile karşılaştırma yapılması imkânı sunulmaktadır. Oluşturulacak DNA veri bankası bu nedenle, biyolojik örneklerin saklandığı bir bankayı değil, bir dizi rakamdan oluşan DNA profillerinin dijital olarak saklandığı ve birbiri ile karşılaştırılabildiği bir bilgisayar programını, bir veri tabanını ifade etmektedir.⁸⁰

DNA veri bankası oluşturulması, özellikle suçların çözülmesi açısından büyük bir kolaylık imkânı sağlamakla birlikte, hak ve özgürlükler temelinde ihlallere yol açmayacak bir yapılanmayı gerektirmektedir. Bu bakımdan, DNA veri bankasında kimlerin verilerinin saklanması gerektiği, yalnızca suça karışan kişilerin verileri saklanacaksa hangi suçlar açısından bu uygulamanın geçerli olacağı ve verilerin ne zamana kadar saklanacağı gibi sorulara yanıt aranmaktadır.⁸¹

İfade edildiği üzere, mevcut yasal düzenlemelerimiz çerçevesinde bir DNA veri bankası kurulması imkânı bulunmamaktadır.⁸² Yargıtay tarafından da DNA örneklerinin saklanması herhangi bir yasal dayanağı olmadığı, adli soruşturma sebebiyle alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının bir sisteme kaydedileceğine dair mevzuatımızda bir hüküm bulunmadığına dikkat çekilmektedir.⁸³ Anılan kararda yer verilen tespitler son derece yerindedir, ancak ne yazık ki muhalif üyenin görüşleri olarak yer almaktadır.

80 Semizoğlu (n 22) 325.

81 Büken (n 39) 35.

82 “Her ne kadar Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 17. maddesine göre, mahkûmiyet kararı verilmesi halinde bu Yönetmeliğin 15. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca elde edilen veriler (fotoğrafi, iris görüntüsü, beden ölçüleri, diş izi, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak eşkal bilgileri), kulak, dudak gibi organların bıraktığı kimlik tespitine yarayabilecek vücut izleri ile sesi ve görüntüleri) kolluk tarafından, üçüncü fıkrasında belirtilen diş izleri ise bu işlemi yapan sağlık kuruluşu tarafından arşivleneceği belirtilmiş ise de bu bilgilerin fizik kimliğinin tespiti ile ilgili olup, DNA verilerini içermediği açıktır. Kaldı ki, fizik kimliğin tespitine dair verilerin arşivlenebilmesinin ön koşulu da kişi hakkında mahkûmiyet kararı verilmesidir. Yönetmeliğin bu hükmü, DNA verilerinin arşivlenmesine kesinlikle izin veren bir hüküm değildir ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 20/3 nci maddesi hükmü nazara alındığında bu şekilde yorumlanması da mümkün değildir.” Bkz. Yargıtay 17 CD 2016/10020 E 2016/11226 K sayılı 1/11/2016 tarihli karar.

83 Kararda, AIHM’in “S and Marper v Birleşik Krallık” kararına gerekse TC Anayasa Mahkemesi’nin 02/11/2015 tarihli, 2015/32 E ve 2015/102 K sayılı kararına atıf yapılarak, sanığın daha evvel işlediği başkaca bir suç nedeniyle hukuka uygun olarak alınıp alınmadığı dahi tespit edilmemiş vücut örnekleri üzerinde yapılan çalışma sonucu elde edilen genotip özelliklerinin hukuka aykırı olarak bir sisteme kaydedildiği ve yargılama konusu olayda olay mahallinde bulunan çorap üzerinden alınan epitel hücreler üzerinde genotip incelemesi yapılarak sisteme yüklenen sonuçlarla karşılaştırılıp sanığa ait olduğunun tespit edilmesinin CMK md. 217/2’de öngörülen “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” hükmüne açıkça aykırı olduğu sabit görülmüş ve bu gerekçelerle ilk derece mahkemesi kararının bozularak beraat hükmü verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Yargıtay 17 CD 2016/10020 E 2016/11226 K sayılı 1/11/2016 tarihli karar.

Neticede vardığımız sonuç, ülkemizde DNA veri bankası kurulmasının bir ihtiyaç olduğu, ancak bunun için öncelikle yasal bir dayanak hazırlanması gerektiğidir. Bu uğurda yapılması gereken hususlardan biri ve belki de en önemlisi, mukayeseli hukuk örneklerini incelemek suretiyle özel nitelikli kişisel verilerin korunması bakımından örnek teşkil edebilecek uygulamaları benimserken, temel hak ve özgürlükler açısından ihlaller yaşanmasına müsait olması bakımından eleştirilen yönlerden kaçınmak olacaktır. Ulusal DNA veri bankasına uzun yıllardır sahip olan farklı ülkelerin uygulamaları, mukayeseli hukukta moleküler genetik inceleme yönteminin ele alınışı çerçevesinde, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek ve ardından, sonuç bölümünde, ülkemiz açısından tavsiye niteliğindeki görüşlerimize yer verilecektir.

5. Mukayeseli Hukukta Moleküler Genetik İncelemeler

5.1. Almanya

5.1.1. Genel Olarak

Moleküler genetik inceleme yöntemi, Alman ceza muhakemesi hukuku bakımından da başvurulan bir yöntem teşkil etmektedir. Bu kapsamda, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu StPO § 81e’de moleküler genetik incelemelerin düzenlendiği görülmektedir.⁸⁴ Üstelik bu madde, moleküler genetik inceleme yöntemine yasal bir dayanak kazandıran ilk hukuki düzenleme olarak bilinmektedir.⁸⁵ StPO § 81e ile birlikte, StPO § 81g’de DNA ile kimlik tespiti ve StPO § 81h’de ise toplu DNA incelemesi yapılması düzenlenmiştir.

Öncelikle belirtmek isteriz ki, Alman ceza muhakemesi hukukunun, moleküler genetik incelemeler konusunda Türk ceza muhakemesi hukukundan temel farkı, bu tür incelemelerin mevcut bir ceza muhakemesi kapsamında yapılması ve gelecekte gerçekleştirilecek olan bir ceza muhakemesinde kullanılmak üzere yapılması şeklindeki

84 StPO § 81e Moleküler Genetik İncelemeler

(1) Soy bağının araştırılması veya ele geçirilen suç izi bulguların şüpheli veya mağdura ait olup olmadığını belirlenmesi için gerekli ise, 81a madde 1’inci fıkrası uyarınca elde edilen bulgular üzerinde moleküler genetik incelemelerde yapılabilir; bu esnada kişinin cinsiyeti de belirlenebilir. Birinci cümlede sözü edilen incelemeler, aynı tespitlerin yapılabilmesi amacı ile, 81c madde uyarınca uygulanan tedbirler sırasında elde edilen bulgular üzerinde de yapılabilir. Birinci cümlede tanımlananların dışında kalan olgulara ilişkin tespitler yapılamaz; bu amaçlara yönelik olarak yapılan incelemeler hukuken kabul edilmemiştir. (2) Birinci fıkra uyarınca yapılmasına hukuken izin verilen incelemeler, bulunan, muhafaza altına alınan veya elkonulan suç izi bulguları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın üçüncü cümlesi ve 81a madde 3’üncü fıkrasının birinci yarı cümlesi uygulanır. Tercüme için bkz. Feridun Yenisey and Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO) Almanca Metin-Türkçe Çeviri* (2nd Edn, Beta, İstanbul 2015) 63-64.

85 Aygörmez Uğurlubay (n 12) 34.

ikili bir ayrıma tabi tutulması olmaktadır. Genel itibarıyla ise, CMK'nın ilgili madde gerekçelerinde de belirtildiği üzere⁸⁶, bizdeki mevcut bir ceza muhakemesi kapsamında yapılan incelemelere ilişkin düzenlemeler, StPO'ya paralel bir biçimde yapılmıştır. Bu nedenle, Türk hukuku açısından üzerinde durulan hususları tekrarlamak yerine, bu bölümde iki ülke arasındaki farkları ortaya koyacak hususlara değinilmekle yetinilecektir.

İlk olarak, CMK md. 78'in karşılığı olan StPO § 81e'de, moleküler genetik incelemenin amacı bakımından bir farklılığa yer verildiği dikkat çekmektedir. Zira StPO uyarınca, moleküler genetik inceleme yönteminin uygulanma amaçları arasında cinsiyet tespiti yapılabilmesi de sayılmaktadır. Doktrinimizde bu düzenleme, Türk hukuku açısından örnek gösterilmekte ve aynı amacı CMK'ya da eklememiz durumunda, cinsiyetin belli olduğu bazı durumlarda tüm DNA profillerini tarama ihtiyacı hissetmeksizin zamandan tasarruf edilebileceğine dikkat çekilmektedir.⁸⁷ Alman doktrininde ise, StPO § 81e'de amaç bakımından değişiklik yapılmak suretiyle, moleküler genetik inceleme yöntemi sayesinde failin dışarıdan tanınabilirliğini sağlayacak yönde, saç, göz, ten rengi belirlemek gibi, incelemeler yapılabilmesine de olanak yaratılması gerektiği düşünülmektedir.⁸⁸

İki ülkenin yasal düzenlemeleri arasındaki bir diğer önemli fark, moleküler genetik inceleme yönteminin rızaya dayalı olarak gerçekleştirilebilmesi konusunda ortaya çıkmaktadır.⁸⁹ Esasında, Alman ceza muhakemesi hukukunda da moleküler genetik incelemeye karar verme yetkisi yalnızca hâkime tanınmıştır, ancak bizdeki düzenlemeden farklı olarak, Alman uygulamasında ilgilinin yazılı rızasına dayanılarak savcılık tarafından da işlemin gerçekleştirilmesine karar verilebilmektedir ve bunun için aranan tek koşul, ilgilinin bu konudaki rızasının yeterince aydınlatılmış hâldeyken verilmiş olmasıdır. Ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, doğrudan savcı tarafından karar verilmesi de mümkün kılınmıştır.⁹⁰

Görülmektedir ki, büyük paralellik arz eden Türk ve Alman ceza muhakemesi hukuku düzenlemeleri bu noktada da ayrılmaktadır. Zira CMK'da moleküler genetik inceleme yönteminin uygulanmasına ilişkin kararın yalnızca hâkim tarafından

86 <www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/cmkmaddegerekce.doc> accessed 27 July 2019.

87 Aygörmez Uğurlubay (n 12) 60.

88 Zöllner and Thörnich (n 17) 334.

89 Aygörmez Uğurlubay (n 12) 62.

90 Ünver and Hakeri (n 53) 389-390; Zöllner and Thörnich (n 17) 334.

verilebileceği düzenlenmiş, gecikmesinde sakınca bulunan hâller bakımından herhangi bir istisna getirilmemiştir⁹¹ ve ilgilinin rızasının bulunmasına dair farklı bir husus belirtilmemiştir. Her ne kadar StPO § 81f düzenlemesinde rızaya dayalı olarak moleküler genetik inceleme işleminin yapılabileceği belirtilmişse olsa da, bu rızanın ne şekilde verileceği çok ayrıntılı bir biçimde kanunda düzenlenmiştir. Böylece her durumda, ilgilinin rızasının varlığına dayanılarak genetik inceleme işleminin kolaylıkla gerçekleştirilmesinin önü de kapatılmıştır.

Alman ceza muhakemesi hukukunda, ihtiyaç hâlinde toplu DNA incelemesi yapılabilmesi de ülkemizde uygulanan duruma kıyasla büyük bir farklılık teşkil etmektedir.

Bunlar haricinde, son bir önemli fark da, daha evvel de zikrettiğimiz üzere, Alman sistemi açısından, gelecekte gerçekleşme ihtimali bulunan, yani müstakbel, ceza muhakemeleri için de moleküler genetik inceleme yapılması olanağının tanınması ve verilerin ulusal DNA veri bankasında saklanmasıdır.

Türk ceza muhakemesi hukuku sistemimiz açısından yabancı olduğumuz, gelecekte gerçekleşme ihtimali bulunan muhakemeler için veri muhafazası ve toplu DNA incelemesi yöntemleri aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

5.1.2. Müstakbel Ceza Muhakemeleri İçin İnceleme Yapılması ve Ulusal DNA Veri Bankası

Almanya'da ileride işlenebilecek olan suçların aydınlatılmasını amaçlayarak DNA profillerinin saklanması olanak tanındığı görülmektedir.⁹² StPO § 81g

91 CMK md. 75'te gecikmesinde sakınca olan hallerde şüpheli veya sanığın beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması işlemleri hakkında Cumhuriyet savcısının da karar verebileceği düzenlenmiştir. Ancak alınan bu örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılabilmesi yalnızca hâkim kararı ile mümkün olmaktadır.

92 Aygörmez Uğurlubay (n 12) 34. Şunu da ifade etmek gereklidir ki, bu veriler, gelecekte işlenmesi muhtemel suçlar bakımından toplanan ve saklanan verileri ifade etmektedir. Zira ceza muhakemesi hukukuna ilişkin diğer kişisel veriler açısından StPO § 484 ve devamında yer alan hükümler uygulanmaktadır. Friedrich Christian Schroeder and Torsten Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Salih Oktar trs , Yetkin Yayınları, Ankara 2019) 76.

düzenlemesi⁹³ ile, cinsel özgürlüğe karşı veya başka önemli bir suç şüphelinin varlığı durumunda, fiilin işleniş biçimi, şüphelinin kişiliği veya sair bilgilere göre, bu kişinin ileride önemli bir suçtan yargılanabileceğinin kabulünü gerektiren nedenler mevcutsa, gelecekte bu kişinin aleyhinde açılacak ceza davasında kullanılmak üzere, kimliğin veya cinsiyetin tespiti için moleküler genetik inceleme yapılabilmesine olanak tanınmıştır. Tekerrür durumu da bu kapsamda önemli suç kategorisine dâhil edilmiştir (StPO § 81g fıkra 1). Görüldüğü üzere, yalnızca belli ağırlıktaki suçlar için tanınmış bir yöntem söz konusu olmaktadır.⁹⁴

Amaçlanan bu hususlar çerçevesinde, artık gerek kalmaması durumunda, kişiden alınan örneklerin gecikmeksizin imha edileceği de düzenlenmiştir (StPO § 81g fıkra 2). Ancak imha gerekliliği haricinde, moleküler genetik inceleme sonuçları kayıt altında tutulmaktadır. Zira StPO § 81g fıkra 5 ile, elde edilen verilerin Federal Suç Kolluğu Bürosu'nda kayıt altına alınabileceği ve Federal Suç Kolluğu Kanunu hükümlerine göre kullanılabilmesi düzenlenmiştir. İşte bu düzenleme, Alman hukuku bakımından DNA veri bankasının temel yasal dayanağını oluşturmaktadır.

93 StPO 81g DNA tespiti

(1) Şüphelinin önemli bir suç işlediği veya cinsel özgürlüğe karşı bir suç işlediğinden şüphe ediliyorsa ve fiilin işleniş biçimi, şüphelinin kişiliği veya sair bilgilere göre, ileride önemli bir suçtan yargılanabileceğinin kabulünü gerektiren nedenler varsa, gelecekte aleyhinde açılacak ceza davasında kimliğin tesbiti için, şüphelinin bedeninden hücreler alınarak, DNA'sının ve cinsiyetinin tespiti amacı ile, moleküler genetik inceleme yapılabilir. Sair suçların tekraren işlenmesi, önemli bir suçun haksızlık içeriğine eşdeğerli sayılabilir. (2) Alınan vücut hücreleri sadece 1'inci fıkrada belirtilen moleküler genetik incelemelerin yapılması amacı ile kullanılabilir; bu amaçla kullanılmasına gerek kalmadığı takdirde, geciktirilmeden imha edilir. Yapılan incelemede, DNA ve cinsiyetinin tespit edilmesi için yapılması gereken tespitlerin dışında başka bir tespit yapılamaz; bu yönde incelemeler dahi yasaktır. (3) Şüphelinin yazılı rızası olmaksızın, vücutundan hücre alınması, sadece mahkeme; gecikmesinde tehlike bulunan hallerde Savcılık ve savcılığın dedektifleri (§ 152 Mahkemelerin Kuruluşu Kanunu) karar verebilir. Şüphelinin yazılı rızası olmaksızın, vücut hücreleri üzerinde moleküler genetik inceleme yapılmasına, sadece mahkeme karar verilebilir. Rıza gösteren kişiye, elde edilecek olan verilerin hangi amaçla kullanılacağı öğretilir. 81f madde 2'nci fıkrası uygulanır. Mahkemenin yazılı olarak hazırladığı gerekçede, somut olaya ilişkin olarak aşağıdaki hususlara yer verilir: 1. Suçun önemli bir suç olup olmadığını değerlendirmek için belirleyici olgular, 2. Gelecekte şüpheli hakkında ceza muhakemesi yürütülebileceğini kabul etmeyi gerektiren bulgular ile 3. Her bir olayda esaslı şartların değerlendirilmesi. (4) Aşağıdaki hallerde 1 ile 3'üncü fıkralar uygulanır: eğer ilgili kişi fiil nedeni ile kesin hükümlü mahkûm olmuşsa veya sadece, 1. kusur ehliyeti bulunmadığı ispatlandığı veya kusur ehliyetine sahip olup olmadığı şüpheli kaldığı için, 2. akıl hastalığına dayanan yargılanma ehliyetsizliği veya 3. sorumluluğu bulunmadığı (işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması) (§ 3 Jugendgerichtsgesetzes) veya sorumluluğunun bulunup bulunmadığının şüpheli kalması nedeni ile, hakkında mahkûmiyet kararı verilememiş ise ve bu konuda Federal Adli Sicile veya Eğitim Siciline yapılmış olan kayıtlar, henüz silinmemiş ise. (5) Elde edilen veriler Federal Suç Kolluğu Bürosunda kayda alınabilir ve Federal Suç Kolluğu Kanunu hükümlerine göre kullanılabilir. Aynı hükümler, 1. bir şüpheli hakkında, 81e madde 1'inci fıkrası uyarınca, 1'inci fıkrada belirtilen koşullar altında toplanan veriler ile, 2. 81e madde 2'nci fıkrası uyarınca toplanan veriler hakkında da geçerlidir. Veriler, ceza muhakemesi, tehlikenin önlenmesi ve milletlerarası adli yardım amaçları ile başka makama aktarılabilir. İkinci cümlemin 1 numaralı bendine giren hallerde, şüpheliye geciktirilmeksizin verilerin kaydedildiği bildirilir ve mahkeme kararı almak için talepte bulunma hakkı bulunduğu söylenir. Tercüme için bkz. Yenisey and Oktar (n 85) 66-69.

94 Aygörmez Uğurlubay (n 12) 63.

Almanya’da DNA verilerinin gelecekte işlenebilecek suçların aydınlatılmasında kullanılmak üzere bu şekilde saklanması, AIHM tarafından da incelenen bir konu olmuştur. Peruzzo ve Martens v. Almanya kararında⁹⁵, başvurulardan birinin çeşitli uyuşturucu suçları, diğerinin ise şiddet suçlarından ötürü mahkûmiyetlerinin ardından, DNA örneklerinin veri bankasına kaydedilmesinin, özel yaşamın gizliliği hakkı açısından ihlâl oluşturduğu iddiasıyla yapılan başvuru üzerine, açıkça dayanaktan yoksun olma gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Zira AIHM, ağır suçlardan mahkûm olan ve gelecekte aleyhine cezai işlemler yürütülebilecek olan kişilerin verilerinin saklanması, suçla mücadele bakımından önemli olduğunu belirterek, iç hukuktaki düzenlemelerin suistimallerin önüne geçecek şekilde yeterli olduğu ve kamu yararı ile özel kişilerin çıkarları arasında denge sağladığı sonucuna varmıştır.

Alman ceza muhakemesi doktrininde, DNA veri tabanlarının daha etkin bir şekilde kullanılabilmesi için yapılacak bir yasal düzenleme ile, kişilerden veri alınırken örnek sahibinin saç, göz ve ten rengi ile yaşının da belirlenebilir hâle getirilmesi önerilmekte ve bu sayede, kapsam dışında kalan diğer kişilere ait özel nitelikli verilerin daha fazla korunabileceği belirtilmektedir.⁹⁶

Almanya Federal Suçlar Bürosu kayıtlarında belirtildiği üzere, 2019 yılının ilk çeyreği sonunda, INPOL (Das polizeiliche Informationssystem) Polis Bilgi Sistemi’nde kayıtlı olan DNA profillerinin sayısı 1.207.907 olmuştur.⁹⁷ Saklanan örnek sayısının makul düzeyde olması ve yasal metinler ile tüm prosedürün ayrıntılı olarak düzenlenmesi, kanaatimizce Almanya’da uygulanan sistemi, güvenlik kaygısı ağır basan, ancak özel nitelikli kişisel verilerin korunmasına da saygılı bir yaklaşım sergiler duruma getirmektedir.

5.1.3. Toplu DNA İncelemesi

Moleküler genetik incelemeler bahsinde, Alman ceza muhakemesi hukukunda tartışmalı bir husus teşkil etmekle birlikte kendisine yer bulan, ancak CMK’da karşılığı olmayan bir diğer uygulama türü ise toplu DNA incelemesi (Massengentests) olarak

95 Antonio Peruzzo against Germany and Uwe Martens against Germany (Applications nos. 7841/08 and 57900/12).

96 Zöller and Thörnich (n 17) 340.

97 Ayrıntılı istatistik için bkz. <https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Ermittlungsunterstuetzung/DNA-Analyse/DNAstatistik/dnaStatistik_node.html> accessed 21 July 2019.

adlandırılan yöntem olmaktadır. StPO § 81h'de düzenlenen bu yöntem⁹⁸, çok sayıda kişinin bir suçun faili olma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, hâkim kararına dayanarak bu kişilerden alınan örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması usulüne dayanmaktadır. Örneğin, küçük bir yerleşim yerinde veya bir yurttan işlenen nitelikli cinsel saldırı suçu akabinde, o yerdeki şüpheli tüm erkeklerden alınacak DNA örnekleri üzerinde bu yöntem uygulanabilecektir.

Toplu DNA incelemesi, her suç açısından başvurulabilecek bir yöntem olarak düzenlenmemiştir. StPO § 81h'de açıkça belirtildiği üzere, hayata, vücut dokunulmazlığına veya cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işlendiği şüphesi bulunması hâlinde, gereklilik ve orantılılık ilkeleri de dikkate alınmak suretiyle, bu yönteme başvurulmasına izin verilmektedir. Üstelik, söz konusu işlemin yapılabilmesi için aranan şüphe, kanun tarafından "somut olgulara dayalı şüphe" olarak belirlenmiştir (§ 81h fıkra 1).

Yasal düzenlemede ayrıca, kendisinden örnek alınacak olan ilgilinin yazılı rızasının bulunması şartına, işlemin yalnızca ilgili kişi sayısının çok fazla olması ve suçun ağırlığı ile mukayese edildiğinde ölçülülüğün sağlanması durumunda uygulanabileceğine (§ 81h fıkra 1), işlemin gerçekleştirilebilmesi için mahkeme kararı bulunması gerektiğine (§ 81h fıkra 2) ve en önemlisi, yönteme başvurulmasının sebebini oluşturan suç ile kişinin herhangi bir ilgisinin bulunmadığının tespit edilmesi durumunda, örneklerin gecikmeksizin silineceğine ve toplanan verilerin ileride yapılabilecek olan ceza muhakemelerinde kimlik tespiti amacı ile saklanmayacağına (§ 81h fıkra 4) yer verilmiştir.

98 StPO § 81h Toplu DNA incelemesi

(1) Eğer somut olgular, hayata, vücut dokunulmazlığına, özgürlüğe veya cinsel yaşamını tayin özgürlüğüne karşı bir cürüm işlendiği şüphesini gösteriyorsa, failin taşıdığı tahmin edilen inceleme özelliklerine uyan kişilerin, yazılı rızalarıyla ve olay yerinden elde edilen bulguların bu kişilerden kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmek için gerekli görülmesi ve uygulanacak bu tedbir, ilgili kişilerin sayısının çokluğu nedeni ile, suçun ağırlığına oranla, ölçüsüz olmayacaksa, 1. vücut hücreleri alınabilir, 2. bunlar, DNA-kimliğinin ve cinsiyetinin belirlenmesi amacı ile moleküler genetik açıdan incelenebilir ve 3. tespit edilen DNA-kimliğinin, olay yerinden elde edilen izlerdeki DNA-kimliği ile, otomatik olarak örtüşüp örtüşmediğinin belirlemek için otomatik olarak karşılaştırılır. (2) Birinci fıkra uyarınca bir tedbir uygulanabilmesi için, mahkemenin karar vermesi gerekir. Bu karar yazılı olarak verilir. Kararda, ilgili kişiler, inceleme özelliklerine dayanılarak tanımlanır ve karar gerekçelendirilir. İlgili kişilerin önceden dinlenmelerine gerek yoktur. Tedbire hükmeden karara karşı kanun yolu yoktur. (3) Tedbirin uygulanmasında 81f madde 2'nci ve 81g madde 2'nci fıkraları uygulanır. Tedbirin uygulanması neticesinde elde edilen DNA-kimliği ile ilgili kayıtlara, cürümün aydınlatılması bakımından ihtiyaç duyulmadığı takdirde, bunlar geciktirilmeksizin silinir. Silme işlemi tutanağa bağlanır. (4) İlgili kişilere, tedbirin ancak rıza gösterdikleri takdirde uygulanabileceği, yazılı olarak öğretilir. Bu yazıda; 1. alınan vücut hücrelerinin sadece 1'inci fıkrada belirtilen incelemelerin yapılması amacı ile kullanılacağı ve bunun için artık buna ihtiyaç duyulmadığı takdirde, geciktirilmeksizin imha edileceği ve 2. tespit edilen DNA-kimliğinin, ileride yapılabilecek ceza muhakemelerinde kimlik tespiti amacı ile, Federal Suç Kolluğu tarafından bilgisayar ortamında saklanmayacağı, hususlarına yer verilir. Tercüme için bkz. Yenisey and Oktar (n 85) 69-71.

StPO'nun bu düzenlemesi, şüphesiz ki suç failinin tespiti bakımından, özellikle de şüpheli konumundaki kişilerin sayısının fazla olduğu durumlarda, çok büyük bir kolaylık ve sürat sağlamaktadır. Kanaatimizce, maddenin detaylı bir şekilde düzenlenmesi ve inceleme sonucunda söz konusu suç ile ilgisi bulunmadığı tespit edilen kişilerin verilerinin silinecek olması, esasında özgürlük ve güvenlik hususları arasında önemli bir denge kurulmasını da sağlamaktadır. Zira biyoteknolojinin sunduğu bu imkândan istifade ederek suç faillerini kısa sürede tespit etmek ve diğer yandan kişisel verilerin ihtiyaç kalmaması durumunda geciktirilmeksizin silineceğini bilmek, özel nitelikli kişisel verilere dair herhangi bir temel hak ihlâline yol açmayacaktır. Şayet ülkemiz açısından da toplu DNA incelemesi hususunda bir yasal düzenleme yapılması yoluna gidilecekse, StPO § 81h'nin bu detaylı düzenlemesi örnek alınabilecektir. Maalesef ki, özellikle cinsel istismar suçunun sıkça işlendiği bir ülke olarak, benzer bir düzenlemeye CMK'da yer vermemiz suç faillerinin kısa sürede tespit edilmesi ve gecikmeksizin cezalandırılması bakımından çok faydalı olacaktır.

5.2. Birleşik Krallık

5.2.1. Yasal Düzenlemeler

Moleküler genetik inceleme yönteminin uygulandığı ve sonuçların saklandığı ülkelerden bir diğeri Birleşik Krallık'tır. Hatta öyle ki, dünyanın en geniş kapsamlı DNA veri bankalarından birini Birleşik Krallık Ulusal DNA Veri Tabanı NDNAD (The United Kingdom National Criminal Intelligence DNA Database) teşkil etmektedir.⁹⁹ Bu veri tabanı, 1994 yılında ülkede yürürlüğe giren Ceza Adaleti ve Kamu Düzeni Kanunu (Criminal Justice and Public Order Act) dayanak alınarak kurulmuştur. Polise, kanun uyarınca kaydedilebilir olarak sınıflandırılan DNA örneklerini rıza aranmaksızın toplama ve sistem üzerinden eşleştirme yapabilme yetkisi verilmiştir (md. 54).¹⁰⁰ Polis bu yetkilerini, 1984 tarihli Polis ve Suç Delilleri Kanunu (Police and Criminal Evidence Act-PACE) hükümleri uyarınca kullanmaktadır. Zira farklı türdeki verilerin toplanmasına ilişkin hususlar esasen PACE ile düzenlenmiştir.¹⁰¹

NDNAD sistemi ilk oluşturulduğunda cinsel suçlara ilişkin veriler ağırlıkta olsa da 2003 yılına kadar sürekli genişleme yapılmasına olanak tanıyan yasal düzenlemeler ile sisteme tüm suçlardan, hatta en çok da hafif suçlardan mahkûm olan kişilerin verileri

99 Jason M Swergold, 'To Have and To Hold: The Future of DNA Retention in the United Kingdom' 33 (1) Boston College International and Comparative Law Review 179; Suterwalla (n 80) 186.

100 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents>> accessed 21 July 2019.

101 Suterwalla (n 80) 186.

kaydedilmeye başlanmıştır.¹⁰² Öyle ki, işlemeye başladıktan bir yıl sonra bile, olay yerinden toplanan örnekler, gözaltına alınan ya da tutuklanan kişilerden alınan örneklerden oluşan ve kişiler yargılama sonunda beraat etse dahi DNA verilerini saklamaya devam eden bu sistem, Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı verilerine göre yaş ve cinsiyete göre sınıflandırılmış şekilde, 6 milyondan fazla kişiye ait olan verileri kapsar hâle gelmiştir.¹⁰³

NDNAD sisteminin kapsamının bu denli genişliğinden ziyade, AİHM'in S. ve Marper v. Birleşik Krallık kararı öncesine kadar, yarattığı en büyük problem yalnızca DNA profillerinin değil, üzerinde inceleme yapılan DNA örneklerinin de saklanması olmuştur.¹⁰⁴ AİHM'in bu ünlü kararı ve kısa bir süre sonra yine aynı konunun ele alındığı Goggins ve Diğerleri v. Birleşik Krallık kararının, ülkenin iç hukuku açısından yarattığı etkiler ise aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

5.2.2. AİHM Kararlarının Birleşik Krallık Hukukundaki Etkileri

Birleşik Krallık, DNA inceleme teknolojisinde kaydedilen ilerlemeden faydalanmak arzusuyla, yasal altyapısını buna uygun şekilde oluşturmuş olsa da, bu kapsamlı ve kalıcı veri saklama sistemi, özel yaşam, insan hakları ve devletin denetimi konularında pek çok endişeyi beraberinde getirmiştir.¹⁰⁵ Bu durumu sonlandıran husus ise, AİHM'in ünlü S. ve Marper v. Birleşik Krallık kararı olmuştur.¹⁰⁶

Söz konusu davada, başvuru temeli olarak, kendileri hakkında beraat ve kovuşturmayla yer olmadığı kararları verilmiş olmasına rağmen, soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında toplanan parmak izlerinin, hücre örneklerinin ve genetik profillerinin resmî makamlar tarafından hâlen muhafaza ediliyor olmasının, AİHS md. 8 (özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı) ve md. 14 (ayrımcılık yasağı) açısından ihlâl teşkil ettiği iddiasında bulunmuşlardır.¹⁰⁷

102 Eleanor A M Graham, 'DNA reviews: the national DNA database of the United Kingdom' (2007) 3 (4) Forensic Science, Medicine, and Pathology 286.

103 Helen Wallace, 'The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy' (2006) 7 EMBO Reports 26. Güncel sayılar için bkz. <<https://www.gov.uk/government/statistics/national-dna-database-statistics>> accessed 23 July 2019.

104 Suterwalla (n 80) 192.

105 Robin Napper, 'A National DNA Database the United Kingdom Experience' (2000) 32 (2) Australian Journal of Forensic Sciences 66.

106 Case of S. and Marper v. The United Kingdom (4 December 2008. Applications nos. 30562/04 and 30566/04).

107 Başvuruculardan ilki 11 yaşında iken hırsızlık suçu nedeniyle yakalanmış, parmak izleri ve DNA örnekleri alınmış, yargılama sonucunda ise beraat etmiştir. İkinci başvuru ise birlikte olduğu kişiyi taciz etmek suçlaması ile yakalanmış, onun da parmak izi ve DNA örnekleri alınmış, daha sonra şikâyetin geri alınması üzerine kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmiştir. İki başvuru da PACE uyarınca alınan ve NDNAD sistemine kaydedilen parmak izi ve DNA örneklerinin imha edilmesini talep etmişlerse de polis bu taleplerini reddetmiştir.

Karara yansıdığı şekliyle, Birleşik Krallık hükümeti tarafından sergilenen yaklaşım, saklanan örneklerin daha sonra pek çok suç olayının aydınlatılmasında faydalı olduğuna vurgu yapılmak suretiyle, DNA örneklerinin muhafazasının özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkını hiç ihlâl etmediği ya da en azından çok hafif bir şekilde ihlâl ettiğinin belirtilmesi yönünde olmuştur.¹⁰⁸ Buna karşılık, başvuruçular ise, bu örneklerin saklanmaya devam edilmesinin, bir kişi beraat etse dahi ondan şüphelenilmeye devam edildiği anlamına geldiğini ifade etmişlerdir¹⁰⁹.

AİHM, değerlendirme yaparken öncelikle “özel hayat”ın sınırlı tanımı olmayan geniş bir kavram olduğunu ve bir kişinin hem fiziksel hem de ruhsal bütünlüğünü kapsadığını belirtmiştir. Zira AİHM genel anlamda, “özel hayat”ın her zaman için geçerli olacak bir tanımını yapmanın güç olduğunu ve bu nedenle önüne gelen her somut olayın kendine özgü koşullar içinde değerlendirilip özel hayat kavramına dâhil olup olmadığının belirlenmesi gerektiği ilkesini benimsemektedir.¹¹⁰

Gerek hücre örneklerinin gerekse moleküler genetik inceleme yöntemi sonucunda oluşturulan DNA profillerinin, bu bakımdan kişisel veri niteliği taşıdığı ve özel yaşama dâhil olduğunu kabul eden AİHM, ayrıca DNA profilleri ile hücre örnekleri arasında bir ayrım yapmıştır. DNA profilleri, hücre örneklerinin incelenmesiyle üretilmekte ve bir şifre şeklinde ifade edilmektedir. Bu bakımdan daha az kişisel veri

108 Dava, istinaf mahkemesi önüne geldiğinde yargıç Lord Waller konuya ilişkin olarak; biyolojik örneklerin, parmak izlerine göre çok daha fazla ve detaylı kişisel veri barındırdığını, gelecekte bir gün örnekler üzerinde yapılacak bilimsel incelemelerin sonucunda bir kişinin bir suçu işlemeye ne kadar yatkın olduğunun belirlenebileceğini, saklanan örneklerin bu amaçla veya başka amaçlarla kullanılabilmesi için yasa değişikliği yapılabileceğini, hatta kanunun izin vermediği şekillerde kullanılması riskinin de bulunduğunu; ancak bunlara mukabil örneklerin saklanması sonucu yeni bir inceleme yapılmasına ve DNA belirtileri ortaya çıkararak veri tabanlarında hız, hassasiyet ve maliyete ilişkin avantajlar sağlanmasına, hukuki hata ya da araştırma ve tedavi hataları halinde ek inceleme yapılabilmesine imkân yaratılacağını, neticede bu avantajlar ile özgürlük arasında bir denge kurulması gerektiğini belirterek, her kanun ve uygulama değişikliğinin sözleşmeye uygun olması gerektiği, henüz ortada bulunmayan bir hukuka aykırılığın varmış sayılmasının yanlış olduğu, bu yüzden de sözü edilen risklerin büyük olmadığı, bu risklerin cezai fiillerin takip edilmesi ve önlenmesi açısından söz konusu olacak avantajlar ile telafi edileceği gibi tespitlerde bulunmuştur.

109 AİHM kararında bahsi geçen Nuffield Council on Bioethics (1991 yılında Nuffield Vakfı tarafından oluşturulan doktor, hukukçu, din adamı gibi kişilerden oluşan bağımsız bir kuruluş) raporunda; DNA verilerinin aile arayışı çerçevesinde kullanılmaya başlandığından, yani olay mahalinden alınan DNA örneklerinin ulusal veri tabanında kayıtlı olan örnekler ile karşılaştırıp uyum derecesine göre sınıflandırmasının yapıldığından bahsedilmiş, bu yolla yasaya aykırı şekilde akrabası ile evlenmiş kişilerin de tespit edildiği, tüm genetik ilişkilerin ortaya çıkarıldığı, ayrıca etnik köken değerlendirmesi yapıldığı belirtilmiştir.

110 Şeref Gözübüyük and Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması* (Turhan Kitabevi, Ankara 2009) 334.

barındırmaktadır, ancak DNA profillerinin, bireyler arasındaki genetik ilişkilerin tespit edilmesini sağlayacak bir araç olmaları nedeniyle, bunların muhafaza ediliyor olması, bireyin özel yaşamına saldırı bulunduğu karar verilmesi için yeterli görülmektedir.¹¹¹ Genetik ve bilgi teknolojilerinde sürekli gelişmeler yaşanması karşısında bireyin, resmî makamlar tarafından muhafaza edilen özel bilgilerinin, gelecekte nasıl kullanılabileceğine ilişkin kaygı duyması meşru bir hak olarak kabul edilmiştir. AİHM tarafından, genetik bilgilere dayanan ve bugün için öngörülemez, ancak gelecekte var olabilecek özel yaşama müdahale ihtimalleri göz ardı edilmek istenmemiştir.

Sonuç olarak söz konusu davada AİHM, başvuruculara uygulandığı şekilde, suçlu olduğundan şüphelenilen fakat mahkûm edilmemiş kişilerin parmak izlerinin, biyolojik örneklerinin ve DNA profillerinin muhafaza edilmesinin genel ve farklılaştırılmamış niteliğinin, kamu çıkarları ve özel çıkarlar arasında adil bir denge sağlamadığını, söz konusu muhafaza etme işleminin, başvuranların özel yaşamlarına saygı gösterilmesi haklarına orantısız şekilde müdahale oluşturduğunu ve bunun demokratik bir toplumda gerekli olarak görülemeyeceğini belirtmiş¹¹², bu nedenlerle hem hücre örneklerinin hem de DNA profillerinin muhafaza edilmesinin AİHS md. 8/1 kapsamında başvuranların özel yaşamlarına saygı gösterilmesi hakkına saldırı teşkil ettiği görüşüne varmıştır. AİHS md. 14 açısından ise ayrıca inceleme yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Anılan bu kararda yer verilen bir diğer önemli husus, kişisel verilerin kaydedilmesi ve kullanılması açısından bazı kriterlerin belirlenmiş olmasıdır. Buna göre, DNA örneklerinin de dâhil olduğu kişisel verilerin kaydedilebilmesi için bunun kanunla öngörülmüş olması, meşru bir amaca dayanması ve ayrıca demokratik toplum gereklerine uygun düşmesi gerekmektedir. AİHM, yasaların düzenlenişi bakımından, süre, stoklama, kullanım, üçüncü kişilerin erişimi, verilerin gizliliği ve bütünlüğü ile imhasına yönelik hususların ve bunlara aykırılık söz konusu olmaması için yeterince güvencenin sağlanmasını aramaktadır. Suçların tespit edilmesi ve önlenmesi meşru amaç olarak kabul görmektedir. Burada ilk etapta veri toplanması yoluyla belli bir kişi ile işlediğinden şüphe edilen suç arasında bağlantı kurmak amaçlanırken, verilerin muhafaza edilmesi, gelecekteki suçluların kimliğinin belirlenmesine yönelik olmaktadır. Üstün bir kamusal yararı karşılamak amacı varsa ve bu amaca ulaşmak için meşru ve orantılı bir şekilde müdahale uygulanıyorsa, bu takdirde demokratik toplumda gerekli olma koşulunun

111 Case of S. and Marper v. The United Kingdom (paragraph 75).

112 Case of S. and Marper v. The United Kingdom (paragraph 125); Suterwalla (n 80) 198.

da sağlanmış olacağı belirtilmiştir.¹¹³

S. ve Marper v. Birleşik Krallık kararının iç hukukta önemli yansımaları olmuştur. 2012 yılında ülkede yürürlüğe giren Özgürlüklerin Korunması Yasası (Protection of Freedoms Act) çerçevesinde, hakkında beraat hükmü verilen kişilerin verilerinin NDNAD sisteminden silinmesi kabul edilmiştir.¹¹⁴ Yalnızca bir suç nedeniyle mahkûm olan kişilerin DNA profillerinin ve parmak izlerinin saklanması imkânı kalacak şekilde daralmaya gidilmiştir.¹¹⁵ Bu doğrultuda, Ceza Adaleti ve Kamu Düzeni Kanunu'nda yer alan, verilerin saklanması ilişkin md. 57 yürürlükten kaldırılmıştır.¹¹⁶ Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan ulusal DNA veri tabanına ilişkin yıllık raporda, kararın hemen ardından kabul edilen yeni yasanın uygulanması çerçevesinde NDNAD sisteminden 1 milyondan fazla kişinin DNA profilinin silindiği açıklanmıştır.¹¹⁷

Özgürlüklerin Korunması Yasası uyarınca getirilen bir diğer önemli yenilik de tüm DNA örneklerinin alındıktan sonraki altı ay içinde imha edilmesi gerekliliğinin tanınması olmuştur. Bu sürenin, verinin analiz edilmesi ve veri tabanında kullanılmak üzere profilinin üretilmesi açısından yeterli olduğu söylenebilecektir.¹¹⁸

S. ve Marper v. Birleşik Krallık kararında yalnızca DNA örneklerinin değil, diğer kişisel verilerin toplanması ve saklanması bakımından da önemli kriterler belirlenmiş olması hem Birleşik Krallık'ta gelecekte gerçekleştirilecek uygulamalar açısından hem de diğer ülkeler açısından önemli bir yol gösterici olma niteliği taşımaktadır.¹¹⁹ Fakat elbette ki bu kararı eleştirenler de bulunmaktadır. İngiliz doktrininde yer alan bir görüş tarafından, AİHM kararında, masum kişilerin verilerinin saklanmasına karşı

113 Case of S. and Marper v. The United Kingdom (paragraph 99).

114 <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/320005/9781474106412_WEB.pdf> accessed 23 July 2019.

115 Namık Kemal Topçu, *İngiliz Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma Evresi* (Adalet Yayınevi, Ankara 2018) 105.

116 <<https://www.gov.uk/government/publications/protection-of-freedoms-act-2012-dna-and-fingerprint-provisions-2/protection-of-freedoms-act-2012-dna-and-fingerprint-provisions-january-2019>> accessed 23 July 2019.

117 National DNA Database Strategy Board Annual Report 2012-13 <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/252885/NDNAD_Annual_Report_2012-13.pdf> accessed 23 July 2019.

118 Topçu (n 116) 105. Süreler konusunda ayrıntılı tablo için bkz. <<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>> accessed 20 July 2019.

119 Suterwalla (n 80) 204.

çıkılmasının, daha fazla sayıda verinin muhafaza edilebilmesi ve ileride işlenebilecek suç faillerin tespiti imkânları bakımından engel teşkil ettiği ve ayrıca, AİHM'in diğer ülke örneklerine çok fazla atıfta bulunmasının, İngiltere'nin sahip olduğu teknoloji ile kıyaslandığında bu ülkelerin imkânlarının kısıtlı olması nedeniyle, doğru bir mukayese teşkil etmediği belirtilmiştir.¹²⁰ Buna mukabil, kararda belirtilen hususları destekleyenler, AİHM tarafından sergilenen yaklaşımın, demokratik bir devlet ile polis devleti arasındaki farkları ortaya koymaya hizmet ettiğini ve üzerinde durduğu hususların son derece yerinde olduğunu savunanlar da bulunmaktadır.¹²¹

Birleşik Krallık aleyhine, S. ve Marper davasından sonra, yine DNA örneklerinin saklanması konusunu esas alan bir diğer önemli dava, Goggins ve Diğerleri v. Birleşik Krallık¹²² davası olmuştur. Bu davada 8 ayrı başvuru, DNA örneklerinin, parmak izlerinin ve bunlarla ilintili verilerin toplanması ve saklanması, AİHS md. 8. açısından ihlâl teşkil ettiğinden yakınmıştır.¹²³

Birleşik Krallık, savunmasında, Mayıs 2010 tarihli hükümet planında, DNA veri tabanları için İskoç modelinde düzenlenen koruma yöntemlerinin benimseneceğine yer verildiğini ifade etmiştir. Bu yaklaşımın gerekçesi olarak ise, AİHM tarafından S. ve Marper davası açısından inceleme yapılırken, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin

120 Bu yöndeki görüşler için bkz. Swergold (n 100) 196-197.

121 George J Annas, 'Protecting Privacy and the Public-Limits on Police Use of Bioidentifiers in Europe' (2009) 361 (2) The New England Journal of Medicine 201.

122 Case of Goggins and Others v The United Kingdom (19 July 2011. Applications nos. 30089/04, 14449/06, 24968/07, 13870/08, 36363/08, 23499/09, 43852/09 and 64027/09).

123 Bu kişilerden, cinsel saldırı ve çevreye rahatsızlık vermek gibi çeşitli suçlar sonucunda veya sebebi tam olarak belirlenemeyen şekilde polis tarafından parmak izi ve DNA örnekleri alınmıştır ve bu kişilerin fotoğrafları çekilmiştir. Bu işlemler 1984 tarihli "Police and Criminal Evidence Act (PACE)"e dayanılarak yapılmıştır. Bu kişilerden bazıları yalnızca gözaltına alınıp bırakılmış, bazıları hakkındaki suçlamalar daha sonra düşürülmüştür, fakat hepsinin ortak noktası; kişilerden alınan örneklerin daha sonra imha edilmemiş olmasıdır.

(92) 1 sayılı tavsiye kararında¹²⁴ belirtilen hususlara en uygun modelin İskoç modeli¹²⁵ olduğunun belirtilmesi gösterilmiştir.

AİHM, Goggins ve Diğerleri davası bakımından da, kendisinden şüphe edilen, fakat suçu işlediği kanıtlanmamış olan kişilerin, hücre örnekleri ve DNA profillerinin saklanması, kamusal çıkarlar ile bireysel çıkarlar arasında bulunması gereken adil dengeyi bozduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, verilerin saklanması başvurucuların özel yaşamın gizliliğine saygı duyulması hakkına uygunsuz bir müdahale teşkil ettiğini ve bunun demokratik toplumun gerekliliklerine aykırı olduğunu ifade etmek suretiyle, AİHS md. 8 açısından ihlâl bulunduğu karar vermiştir.

AİHM ayrıca, DNA profillerinin, kişiye isnat edilen suçun niteliği ve önemi veya

124 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, "Ceza Yargılaması Sistemi Çerçevesinde DNA Analizlerinin Kullanılması" başlıklı R (92) İsayılı, 10 Şubat 1992 tarihli tavsiye kararı. Kararın orijinal metni için bkz. <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1518265&SecMode=1&DocId=601410&Usage=2>> accessed 23 July 2019. (92) 1 sayılı tavsiye kararında; DNA analiz yöntemlerinde yaşanan teknik gelişmelerin sağladığı avantajlar karşısında kişi temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından oluşturulması gereken denge esas alınmıştır. Kararın ikinci maddesi, bu tür uygulamaların bir suç soruşturması veya kovuşturması çerçevesinde gerçekleştirilebileceğini belirterek öncelikle konuya ilişkin bir sınırlama getirmiştir. 3. maddede amaca bağlılık kuralı getirilerek, verilerin soruşturma veya kovuşturma işlemleri dışında kullanılmayacağı belirtilmiş, bunun tek istisnası olarak veri sahibi kişinin kendisine verilmesi talebinde bulunması gösterilmiştir. Medikal amaçlar ile kişilerden alınan örneklerin soruşturma veya kovuşturma amaçlarıyla kullanılmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca, bu verilerin istatistiki amaçlarla kullanılmasına da izin verilebileceği, fakat bunun için bireyin kimliğinin kesinlikle tespit edilemeyeceği durumun yaratılması istenmektedir. Tavsiye Kararı'nın veri korunmasına ilişkin 7. maddesinde; elde edilen verilerin, Veri Koruma Sözleşmesi'ne, özellikle polis işlemleri açısından veri korunmasına ilişkin tavsiye kararına ve diğer tüm tavsiye kararlarına uygun biçimde, yani kısacası Avrupa Konseyi standartlarına uygun biçimde korunması gerektiği ifade edilmiştir. Tavsiye Kararı'nda ayrıca; bireylerden alınan DNA örneklerinin ilgili davada kullanılıp nihai kararın oluşturulması ardından, bağlantılı amaçlar ile kullanılması lazım değilse saklanmayıp silinmesi ve bunu sağlayacak tedbirlerin alınmasının gerekliliği belirtilmiştir (md. 8). Bununla birlikte aynı maddede, DNA analiz sonuçlarının ve bunlardan kaynaklanan diğer bilgilerin; veri sahibinin, diğer kişilerin hayatına, vücut bütünlüğüne veya güvenliğine yönelik ciddi suçlar nedeniyle mahkûm olması durumunda saklanmaya devam edilebileceği, bu tür veri depolama işlemlerinin iç hukukta düzenlenmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Uzun süre muhafaza edilebilecek veri kategorisinde ise; kişinin bu konuda isteğinin bulunması durumu ve olay yerinde bulunup da bir birey ile ilişkilendirilmemiş örnek bulunması durumu gösterilmiştir. Madde 8 ayrıca, devlet güvenliği söz konusu olduğunda, üye devletlerin iç hukukunun verilerin saklanması için verebileceğini belirtilmiştir. Bunun anlamı, bir suçtan mahkûm edilmemiş kişilerin bile verilerinin saklanabileceğidir. Tabii böyle durumların, sıkı koşullar ile iç hukukta düzenlenmiş olması ihtiyacı bulunmaktadır.

125 İskoç modelinde; DNA, parmak izi ve diğer fiziksel deliller polis tarafından, verinin alınmasını gerektiren olayla bağlantılı işlemlerin tamamlanması tarihinden itibaren 3 yıl boyunca saklanabilmektedir. Bu sürenin sonunda gerekli görülmesi halinde Emniyet Müdürü bu verilerin 2 yıla kadar daha saklanmasına karar verebilir ve bu uzatma işlemi her dönem sonunda tekrarlanabilir. Sistemin çalışma prensibi gereği bir verinin saklanmaya başlaması tarihinden itibaren 3 yılın dolması yaklaşınca uyarı yapılmaktadır. Bu aşamada Emniyet Müdürü, verinin daha uzun süre saklanmasına gerek olup olmadığına karar vermektedir. Bu karar, veri sahibi kişinin kamu açısından yarattığı tehlike dikkate alınarak verilmektedir. İmha kararı verilirse hem örnekler hem de bunlara göre oluşturulan profiller imha edilecektir. Süre uzatım kararına karşı, verisi saklanan bireyin 21 gün içinde şerif müdürüne başvurma imkanı vardır. Eğer başvurusu kabul edilirse, kişinin verileri en kısa zaman içinde yok edilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Guidance on the Retention and Use of Forensic Data and Samples Under the Provisions of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995 and the Criminal Justice (Scotland) Act 2003 <<http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/347326/0115604.pdf>> accessed 23 July 2019.

şüpheli ya da sanığın yaşı dikkate alınmadan saklanması masumiyet karinesini zedelediğini, çünkü bu verilerin mahkûm olan kişiler ile aynı yöntem uygulanarak elde edildiğini vurgulamış ve tüm bunların hukuka aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.¹²⁶ Özel yaşama ilişkin diğer kararlarında da gördüğümüz üzere AİHM, kişisel veriler ne şekilde elde edilmiş olursa olsun, sonradan kullanılıp kullanılmamalarından da bağımsız olarak, resmî makamlar tarafından muhafaza edilmeleri ya da kaydedilmelerinin, yani sistematik olarak biriktirilmelerinin, ilgili bireyin özel hayatı bakımından doğrudan sonuçları olacağını kabul etmektedir.

Her iki kararda da gördüğümüz üzere AİHM, suçla mücadele konusunda yöntemin faydalarını da vurgulamakla birlikte, muhafaza etme işleminin süreyle sınırlı olmaması, delillerin suç işlediğinden şüphe edilen kişinin, işlediği suçun türü ve ağırlığından bağımsız şekilde muhafaza edilmesini kabul etmemektedir. Özellikle beraat etmiş bir kişinin, ulusal DNA veri tabanındaki örneklerinin silinmesini ya da imha edilmesini talep edebilmesi için herhangi bir imkânın bulunmaması ya da böyle bir imkân varsa da yetersiz kalmasını da ihlâl olarak kabul etmektedir. Belirlenen bu kriterlere uygunluk, özel nitelikli kişisel verilerin uluslararası standartlarda korunması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce, ülkemizde bir DNA veri bankası kurulması durumunda, mukayeseli hukuk örnekleri ile birlikte AİHM tarafından belirlenen standartlara uygunluğun sağlanması da büyük bir önem arz etmektedir.

5.3. Amerika Birleşik Devletleri

Moleküler genetik inceleme yöntemine sıkça başvuru ve bu hususta oldukça gelişmiş bir teknolojiye sahip olan ülkelerden biri de Amerika Birleşik Devletleri olmaktadır. Öyle ki, dünyanın en büyük DNA veri tabanı, Federal Soruşturma Bürosu FBI'ın CODIS (Combined DNA Index System) olarak adlandırılan sistemidir ve bu sistem ABD'de bulunan, yerel ölçekli, eyalet düzeyindeki ve federal suç laboratuvarlarının tümü arasında, analiz sonuçlarının iletimi, birbirleriyle karşılaştırılması ve suçlar arasında bağlantı kurulmasına olanak sağlamaktadır.¹²⁷ CODIS verileri üzerinden ayrıca, kayıp kişilerin bulunması, kimlik tespiti ve kimlik tespiti yapılamadığı durumlarda ise aile araştırması amaçlarıyla da sorgulama yapılabilmektedir. Ancak aile araştırması, birinci derece yakınlar ile sınırlı tutulan istisnai bir uygulama olarak kabul edilmektedir.¹²⁸

126 Ayhan Bozlak, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması* (Adalet Yayınevi, Ankara 2013) 101.

127 <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis>> accessed 22 July 2019.

128 <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis>> accessed 22 July 2019.

Sisteme kaydedilen veriler, federal bir suç nedeniyle gözaltına alınan ve tutuklanan her kişi ile gönüllülere ait DNA örneklerinin analizinden oluşmaktadır. Veri sahibi kişinin, yargılama sonunda beraat etmesi veya ceza muhakemesinin düşme kararı ile sonlanması durumlarında, kendisinin veya yasal temsilcisinin yazılı başvurusu yolu ile sistemden silinmeyi talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu yöndeki talep hakkı, 2005 yılında yürürlüğe giren DNA Parmak İzi Yasası (DNA Fingerprint Act) ile tanınmıştır. Ancak talepte bulunan kişi sayısının azlığı nedeniyle, sistemdeki veri sayısında pek azalma yaşanmadığı da belirtilmektedir.¹²⁹

ABD’de 1990 yılında 14 eyalette başlatılan pilot bir uygulama olan CODIS, zaman içinde 50’den fazla ülkenin kullandığı bir yazılım hâline dönüşmüştür ve dünyanın en gelişmiş DNA veri bankası sistemini oluşturmaktadır. Bu sistemde, veri sahiplerini belirleyecek isim, doğum tarihi veya sosyal güvenlik numarası gibi bilgiler yer almamaktadır. DNA profili, incelenen numunenin numarası ve DNA analizini yapan personelin bilgilerinden oluşacak şekilde muhafaza edilmektedir. Ayrıca, özel nitelikli kişisel verilerin güvenliğini sağlamak adına, söz konusu bu sisteme yalnızca CODIS kullanmaya yetkili ve FBI tarafından onaylanmış kişilerin giriş yapmasına izin verilmektedir. Verilerin hangi kişiye ait olduğunun belirlenmesini sağlayan tüm unsurlar ortadan kaldırıldıktan sonra, bu verilerin istatistikî amaçla kullanımına da izin verilebilmektedir.¹³⁰

Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği (ACLU) tarafından, teknolojiyen yararlanmanın gereklerine olan inançla birlikte, DNA veri tabanlarındaki her genişlemenin ve her yeni kullanım türünün özel yaşama dair çok daha fazla gizlilik ihlâli yaratacağından endişe duyulduğu ifade edilmiş ve bu nedenle CODIS’e de temkinli yaklaşıkları belirtilmiştir. Zira ifade ettikleri üzere, şüphelilerden alınan veriler ile oluşturulan toplu bir DNA veri tabanının, belki biraz mübalağalı da olsa, “cesur yeni dünya”da¹³¹ olduğu gibi, genetik bilginin rutin olarak toplanmasının suistimal ve ayrımcılığa yol açacak biçimde kullanıldığı bir oluşum yaratması ihtimali bulunmaktadır.¹³²

129 <<https://www.nij.gov/topics/forensics/evidence/dna/pages/collection-from-arrestees.aspx>> accessed 26 July 2019.

130 <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis>> accessed 22 July 2019.

131 Aldous Huxley’in Cesur Yeni Dünya adlı romanında, biyoteknolojinin insan doğasını tamamen değiştirebilecek hâle geldiği bir dünya düzeninden bahsedilmektedir. Romanda, istenilen özelliklere sahip insanların yaratıldığı ve bunların ne kadar “insan” olduğunun sorgulandığı bir dünya kurgulanmıştır.

132 <<https://www.aclu.org/technology-and-liberty/aclu-warns-privacy-abuses-government-plan-expand-dna-databases>> accessed 23 July 2019.

FBI ise, CODIS üzerindeki verilerin gizliliğinin sağlandığını ve bu yazılımın, fiziksel olarak güvenli bilgisayarlarda bulunduğunu, ayrıca sisteme erişimin yalnızca onu kullanmaya yetkili ve FBI tarafından onaylanan kişilerle sınırlı olduğunu, bu doğrultuda yalnızca ceza adaleti kurumlarının erişebileceği bir alan ağının kurulduğunu belirtmekte, sisteme izinsiz olarak girilmesi veya verilerin ifşa edilmesi durumunda ise 250.000 \$'a kadar para cezası uygulanacağına dikkat çekmektedir.¹³³ Doktrinde, her ne kadar internet çağında hiçbir elektronik veri tabanının üst düzeyde güven sağlayamayacağı belirtilse de, CODIS'e ilişkin olarak kişisel verilerin korunması ya da özel yaşamın gizliliği bakımından, aleni veya gizli herhangi bir ihlâlin yaşanmadığına dikkat çekilmekte, bu nedenle de sırf verilerin sistemde saklanması bir tehdit oluşturduğunu ifade etmenin makul olmadığı dile getirilmektedir.¹³⁴

Aktarılan durum karşısında, ABD'de uygulanan sistem açısından, kişisel verilerin korunması bakımından önemli tedbirler alındığı, ancak temel eksikliğin verilerin silinmesi konusunda yaşandığını görmekteyiz. Zira beraat eden kişilerin, sisteme kayıtlı olan verilerinin otomatik olarak silinmesi yerine, bu kişilere bir külfet yaratılarak talep mecburiyetinin getirilmesi, talepte bulunulmadığı sürece kişisel verilerin yasal olsa da, adil olmayan bir şekilde, muhafazasına devam edilmesi anlamı taşımaktadır.

5.4. Diğer Bazı Ülkeler

Avrupa Birliği üyesi ülkelerin sınıraşan suçlar ve terörle mücadele gayeleri ile DNA profillerini paylaştıkları Prüm Sistemi¹³⁵ haricinde, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğu, ceza muhakemesinde etkinliğin sağlanabilmesi adına, kendi iç hukuklarında moleküler genetik inceleme yöntemine ilişkin yasal düzenlemelere sahip olarak bu yöntemi uygulamakta ve kurdukları ulusal DNA veri bankalarından istifade etmektedirler.

Bu ülkelerden biri olan Fransa'nın, DNA veri bankası FNAEG'de (Fichier National des Empreintes Génétiques), 2018 yılı verilerine göre, 2,9 milyon veri yer almaktadır.¹³⁶ Bu veri tabanının oluşturulmasının amaçları, ceza muhakemesinde etkinliği sağlamak ve kayıp kişilerin bulunması olarak belirtilmiştir. Ceza muhakemesi hukuku açısından,

133 <<https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>> accessed 23 July 2019.

134 Patrick Haines, 'Embracing the DNA Fingerprint Act' (2007) 5 Journal on Telecommunications and High Technology Law 651.

135 Konu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Filipe Santos and Helena 'Machado, Patterns of Exchange of Forensic DNA Data in the European Union Through the Prüm System' (2017) 57 (4) Sci Justice 307.

136 <<https://www.cnil.fr/fr/fnaeg-fichier-national-des-empreintes-genetiques>> accessed 22 July 2019.

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 706-55 maddesinde yer alan listede gösterilen, insanlığa karşı suçlar, işkence, yaralama ve uyuşturucu suçları gibi bazı ağır suçların faillerinin DNA profilleri FNAEG'de saklanmaktadır.¹³⁷

FNAEG sistemi üzerinde saklanan DNA profillerinin, kişisel verilerin korunması açısından ortaya koyduğu durum, AİHM içtihadına da yansıyan bir husus olmuştur. AİHM, *Aycaguer v. Fransa* kararında¹³⁸, basit bir yaralama nedeniyle iki aylık hapis cezasına mahkûm edilen başvuruçunun DNA örneklerinin FNAEG sistemine kaydedilmesini reddetmesi nedeniyle para cezasına mahkûm edilmesinin, AİHS md. 8 kapsamında özel yaşamın gizliliği hakkını ihlâl ettiğine karar vermiştir. Zira AİHM, bazı ağır nitelikli suçların faillerinin sisteme kaydedilmesini makul görürken, en hafif suçlarda bile sisteme kayıt yönteminin amacı aştığını, üstelik verilerin silinmesini talep etme hususunda herhangi bir düzenleme öngörülmemiş olmasının demokratik bir toplumun gereklerine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.¹³⁹

137 <<https://www.cnil.fr/fr/fnaeg-fichier-national-des-empreintes-genetiques>> accessed 22 July 2019.

138 Case of *Aycaguer v. France* (22 June 2017. Application no. 8806/12).

139 Karara konu olayda başvuruçunun, katıldığı bir mitingde göstericiler ve jandarma arasında yaşanan gerginlik sırasında gözaltına alınmış, elindeki şemsiye ile jandarmalardan birini yaraladığı iddiasıyla yargılanmış, suçlamaları ve hatta bir şemsiye taşıdığını inkar etmesine rağmen, iki aylık hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Mahkûmiyeti nedeniyle başvuruçudan DNA örneği alınmak istenmiş, ancak başvuruçunun bunu reddetmiştir ve bu gerekçeyle ayrıca yargılanmış ve bu kez de para cezasına mahkûm edilmiştir. Başvuruçunun kararı iç hukukta temyiz etmesi üzerine, temyiz mercii AİHM'in *S. and Marper v. United Kingdom* kararına atf yapmış, ancak somut olayda başvuruçunun hükümlü bir kişi olduğundan, konunun farklı şekilde değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmış ve kararı onamıştır. İç hukuk yollarının tüketilmesi ardından, biyolojik örneklerinin FNAEG sistemine kaydedilmek istenmesinin ve bunu reddetmesi nedeniyle cezalandırılmasının AİHS md. 8'in ihlâl edildiği gerekçesi ile başvuruçunun AİHM'e başvurmuştur. FNAEG cinsel suç faillerine ilişkin DNA profillerinin saklandığı bir sistem iken zamanla neredeyse tüm suçları kapsayacak şekilde genişletilmiştir ve en ağır suçlardan en hafif suçlara kadar hepsini kapsayacak bu şekildeki bir genişleme meşru kabul edilemeyecektir. İşlediği suçun niteliği göz önünde bulundurulduğunda DNA örneğinin kırk yıl boyunca saklanması orantısız olduğunu (parag 22), üstelik devletin neden böyle bir saklama ihtiyacı duyduğunu açıklamak konusunda yetersiz kaldığını (parag 23) ileri sürmüştür. Ayrıca, veri bankasının bağımsızlık garantisinden uzak olduğu, çünkü savcı denetiminde olduğuna da vurgu yapılmıştır (parag 24). Başvuruçunun bu iddiaları karşısında hükümet, özel yaşamın gizliliği hakkına bir müdahalenin söz konusu olduğunu inkar etmemekle birlikte, bunun yasal bir zemine dayandırıldığını ifade ederek savunma yapmıştır (parag 26). FNAEG sisteminin Anayasa Konseyi tarafından onaylanmış olduğunu, düzensizliğini ve suçun önlenmesi meşru amacına odaklanılmış olduğunu ifade etmiştir (parag 27). Hükümet ayrıca, maksimum veri saklama süresinin kırk yıl olması nedeniyle, mahkûmların verilerin silinmemesinin herhangi bir ihlale yol açmadığını, veri sahibine herhangi bir yükümlülük getirmediğini ve yalnızca tekerrür durumlarında kullanıldığını belirtmiştir (parag 31). AİHM değerlendirmesinde, özellikle FNAEG'nin kuruluş amacına uygun şekilde, cinsel suç faillerinin cezalandırılması ve bu suçların önlenmesine yardımcı veri bankalarının oluşturulmasını olumlu karşıladığını, ancak bunun genişletilerek veri toplama imkanının tüm suçlara yayılmasının ve muhafaza süresinin uzatılmasının bir ihlâl olduğunu belirtmiştir (parag 34). Saklanan verilerin silinmesine ilişkin bir başvuru imkanının tanınmamış olması da verilerin korunması açısından kamu yararı ile özel çıkarlar arasında bir denge kurulamaması anlamına gelecek şekilde yorumlanmıştır (parag 45). Neticede AİHM, bu koşullar altında başvuruçunun DNA veri tabanı sistemine kaydedilmeyi reddetmesi nedeniyle mahkûm edilmesinin, Sözleşme md. 8'i açıkça ihlâl ettiğini, özel yaşamın gizliliği hakkına yönelik orantısız bir müdahale teşkil ettiğini ve bu nedenle demokratik bir toplumda gerekli olduğunun savunulamayacağını gerekçe göstermek suretiyle, Sözleşme'nin 8'nci maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Yine Avrupa Konseyi üyesi ülkelerden olan İtalya’da, 2009 yılında yürürlüğe giren kanun ile İtalyan Ulusal DNA Veri Bankası kurulmuştur. Bu veri bankasında, CODIS ile aynı yazılım kullanılarak olay yerinden ve ilgili kişilerden alınan DNA örneklerinin mukayesesi yapılabilmektedir.¹⁴⁰ İtalya açısından, özel nitelikli kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak dikkat çekilen bir önlem, ilgili ceza davası ile bağlantısı olan herhangi bir kişinin bu sisteme doğrudan erişimine izin verilmemiş olması şeklinde açıklanmaktadır.¹⁴¹

Avrupa Konseyi’nin diğer üye ülkeleri Belçika’da, kanunda gösterilen belirli ağır suç faillerinin DNA profilleri mahkûmiyet durumunda 30 yıl boyunca saklanmakta; İrlanda’da beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçların mahkûmlarının DNA örnekleri sınırsız süreyle saklanmakta; Danimarka’da ise belli suçlardan mahkûm olan kişilerin DNA profilleri bu kişilerin ölümünden iki yıl sonrasına veya ilgili kişinin seksen yaşına kadar saklanmaktadır.¹⁴² Kısaca değindiğimiz bu ülkeler, Avrupa Konseyi üyesi olmaları nedeniyle belirlenen uluslararası kriterlere uygunluk dışında, kendi iç hukuk sistemlerinde gerek moleküler genetik inceleme yöntemi gerekse ulusal DNA veri bankaları bakımından birbirinden oldukça farklı esaslar uygulamaktadır.¹⁴³

Ulusal DNA veri bankasına sahip olan ülkeler arasında farklı bir uygulama benimseyen Kanada’da ise, DNA veri bankasının farklı kategorileri esas alan bir tasnife dayandığı görülmektedir. Bu sistem 2000 yılında kurulduğunda, hükümlülerin DNA profillerinden oluşan hükümlü DNA veri endeksi ve Kanada genelindeki olay yeri inceleme ekipleri tarafından elde edilen bulgulardan oluşan suç mahalli endeksi olmak üzere, iki ayrı endeks üzerinden veri girişi yapılırken, 2018 yılında DNA Kimlik Belirleme Kanunu’nda yapılan yasal değişiklik ile bunlara beş yeni endeksin daha eklendiği belirtilmektedir. Bunlar; mağdur endeksi, gönüllü donör endeksi, kayıp kişiler endeksi, kayıp yakınları endeksi ve insan kalıntıları endeksi olarak belirlenmiştir. Böyle bir ayrımın yapılmasının, ceza adalet sistemi içinde çalışan kişilere, olayların çözümünde ek imkânlar sunduğu

140 Renato Biondo and Francesco De Stefano, ‘Establishment of Italian national DNA database and the central laboratory: Some aspects’ (2011) 3 (1) Forensic Science International: Genetics Supplement Series 236.

141 Ibid 236.

142 Filipe Santos, Helena Machado and Susana Silva, ‘Forensic DNA Databases in European Countries: Is Size Linked to Performance?’ (2013) 9 (12) Society and Policy <<http://www.lsspjournal.com/content/9/1/12>> accessed 23 July 2019.

143 Avrupa Konseyi standartları çerçevesinde İsviçre hukukunda veri tabanlarının ele alınışına ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. Begüm Bulak Uygun, ‘Databases and Criminal Procedures in Switzerland and Turkey with Regard to European Council’s Standarts’ (2017) 5 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology).

ifade edilmektedir.¹⁴⁴ Gerçekten de bu şekilde bir kategorizasyon, sisteme kayıtlı DNA profilleri üzerinden araştırma yapacak olan görevlilerin işlerini kolaylaştırıp sonuca ulaşmak bakımından hız sağlarken, bir yandan da araştırma yapılan kategori dışında kalan kişilerin özel nitelikli verileri üzerinden uğrayabileceği hak ihlallerini en düşük seviyeye çekmektedir. Belirtilen nedenlerle, DNA veri bankası sistemlerinde yapılacak olan tasniflerin faydalı olduğunu düşünmekteyiz.

Görüldüğü üzere, gelişmiş ülkelerde DNA veri tabanlarında, özel nitelikli kişisel veri kategorisinde yer alan DNA profilleri, ceza muhakemesi işlemleri sırasında ilgiliden alınmak suretiyle veya diğer yollar ile elde edilmekte ve saklanmaktadır. Bu hususta her ülkenin kendine özgü bir sistemi bulunduğu da dikkat çekmektedir. Öyle ki, kimi ülkeler kullanıma ihtiyaç duyulmayan verileri sistemlerinden silerken, kimi ülkeler ise veri sahibinin ölmesinden sonra dahi belli bir süre boyunca muhafaza yolunu izlemektedir. Her birinin kendi içinde kişisel verilerin korunması hususunda eleştirecek noktaları bulunmakla birlikte, hiçbiri S. ve Marper kararı öncesinde Birleşik Krallık tarafından uygulandığı şekilde, doku örneklerini süresiz olarak saklamak şeklinde ağır bir temel hak ihlali yolunu izlememiştir. Bu tablo karşısında, özel nitelikli kişisel verilerin korunması bağlamında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlâl teşkil edebilecek unsurların, AİHM incelemesi aranmaksızın gözden geçirilip düzeltilmesi, henüz DNA veri bankasına sahip olmayan ülkelerin ise, suçlarla etkin bir şekilde mücadele gayesiyle hareket ederken, diğer yandan da kişisel verilerin korunması hususunda en yüksek standartları sağlayabilmek adına, mukayeseli hukuktaki örnekleri dikkatlice incelemek suretiyle yasal düzenleme yapması ve bunları hayata geçirmesi gerekmektedir.

6. Sonuç

DNA, üç harften ibaret bir kısaltma olan, ancak yapısında sonsuz bilgiler barındıran ve yapılacak moleküler genetik incelemeler sonucunda, sahibine ait özel nitelikli kişisel verileri ortaya koyan bir oluşumu ifade etmektedir. Ceza muhakemesi hukuku bağlamında ele alındığında ise, kişinin değiştiremeyeceği ve bu yüzden de özellikle suç faillerinin tespit edilmesi hususunda adli makamlara büyük bir avantaj sağlayan önemli bir delil çeşidi teşkil etmektedir.

Türk ceza muhakemesi hukuku açısından, moleküler genetik inceleme yapılabilmesinin önkoşulu, beden muayenesi hükümleri gereğince vücuttan örnek

144 National DNA Data Bank Annual Report 2017-2018 <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/pubs/nddb-bndg/index-eng.htm>> accessed 23 July 2019.

alınmasıdır. Bu nedenle, CMK’da moleküler genetik inceleme yapılabilecek suçlar açısından herhangi bir kısıtlama getirilmemiş olmasına rağmen, üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacağını, kişiden kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacağını belirten CMK md. 75/5 hükmü gereğince, moleküler genetik inceleme yöntemine başvurulabilmesi için de ortada yaptırım olarak en azından iki yıldan daha fazla hapis cezasının öngörüldüğü bir suç bulunması gerekmektedir.

Moleküler genetik inceleme yöntemine başvurulabilmesi açısından şüphesiz ki işlenen suçun niteliği de önem taşımaktadır. Hayata ve vücut dokunulmazlığına karşı suçlar ya da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar açısından bu yöntemin uygulanması önemli ve elde edilebilecek deliller bakımından daha uygun olacak iken, ceza kanununda düzenlenen kimi suçların niteliği açısından bu yönteme başvurmak mümkün olmayabilecektir. Bu bakımdan örneğin zimmet, ihaleye fesat karıştırma ya da suç işlemek amacıyla örgüt kurma gibi suçlarda DNA’ya ilişkin veri elde edilmesi, çok istisnai durumlar haricinde mümkün olmayacaktır.

CMK’da yer verilen düzenlemeleri, diğer kanun ve yönetmelikler ile bağlantılı olarak incelediğimizde, moleküler genetik inceleme yöntemine başvurulması sonucunda ortaya çıkan özel nitelikli kişisel verilerin korunması hususunda önemli mekanizmaların benimsendiği görülmektedir. CMK’da öngörülen zorunluluk ve amaca bağlılık ilkeleri bu açıdan önem taşımaktadır. Moleküler genetik incelemeler, yukarıda ilgili bölümlerde izah edildiği üzere yalnızca zorunluluk durumlarında ve kanunda belirtilen amaçların gerçekleştirilebilmesi uğruna başvurulabilen bir yöntem teşkil etmektedir. Bu iki ilke kabul edilerek uygulama kapsamına yönelik bir kısıtlama da getirilmiş olmaktadır. Bununla birlikte, hem CMK’da hem Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere, moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için mutlaka hâkim kararı bulunması gerekmektedir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir müdahalenin bu şekilde hâkim kararına bağlanmış olması bir gerekliliktir ve bu açıdan kanaatimizce düzenleme yerindedir.

Diğer yandan, moleküler genetik inceleme yapacak olan bilirkişinin objektifliğinin sağlanması ve inceleme yapılması bakımından getirilen yükümlülükler, inceleme sonuçlarının gizliliğine ilişkin düzenlemeler ve verilerin imhasına dair hükümler hep birlikte değerlendirildiğinde, özel nitelikli kişisel veriler açısından önemli bir koruma sağlandığı görülecektir. Ancak elbette ki, önemli olan, gerçek anlamda bir hukuki korumanın sağlanmasıdır ve bunun için sadece yazılı kurallar getirilmesi yetmeyip hukuka bağlılık anlayışı ile bunların uygulanması gerekmektedir.

DNA verileri yoluyla çözüme ulaştırılabilecek ağır nitelikli suçlar dikkate alındığında, moleküler genetik inceleme yönteminin önemi daha da anlaşılır hâle gelmektedir. Fakat moleküler genetik inceleme yönteminin, biyoteknolojik ilerlemelerden faydalanmak suretiyle, ceza muhakemesinin amaçlarına ulaşabilmesi bakımından daha etkin olmasını sağlayacak yöntem, mukayeseli hukukta gelişmiş ülkelerde gördüğümüz üzere, ülkemizde de ulusal DNA veri bankası kurulması olacaktır. Elbette ki bu veri bankaları, özel nitelikli kişisel verileri konu edindiğinden, hassas bir yaklaşım sergilenmesi ve en üst hukuki korumayı sağlayacak şekilde düzenleme yapılması gerekmektedir. Zira ancak bu şekilde, demokratik bir toplumda, toplumun çıkarları ile bireylerin çıkarları arasında olması gereken denge sağlanabilecektir.

Bu bakımdan hatırlatmak gerekir ki, bir kişiden alınan hücre örnekleri ile bu örneklerin incelenmesi sonucu oluşturulan DNA profilleri birbirinden farklı hususları ifade etmektedir. Moleküler genetik inceleme sonucu oluşturulan profil daha sonra değiştirilemezken ve üzerinde yeni incelemeler yapılamazken, hücre örneklerinin saklanması durumunda yeni incelemeler yapılması, gelişen tıp ve teknoloji uygulamaları sonucu belki de bugün için bilinemeyen yeni sonuçlara varılması dahi mümkün olabilecektir. Bu nedenle de, özel nitelikli kişisel verilerine ilişkin koruma isteme hakkına sahip bireylerin, belki kendilerinin bile sahip olmadığı bilgilere başkaları tarafından erişilmesi imkânı sağlayan DNA örneklerini devlete belirsiz koşullarda teslim etmesini beklemek, hukuk devleti ilkeleri açısından mümkün olmayacaktır.

İşte bu sebeple atılması gereken ilk adım, ulusal DNA veri bankası kurulması için yasal bir dayanak hazırlanması olacaktır. Bu amaçla hazırlanacak bir kanunun, daha evvel hazırlanan, ancak kadük hâle gelen tasarının eleştirilen yanlarını dikkate alarak oluşturulması gerekmektedir. Üstelik, yalnızca kadük tasarıya ilişkin eleştirilerin değil, uzun yıllardır ulusal DNA veri bankalarına sahip olan ülkelerin mevzuatının ve uygulamalarının, ayrıca konuya ilişkin AİHM içtihatları ile belirlenen hususların yakından incelenmesi önem arz etmektedir. Zira yalnızca bu şekilde hem bireylerin temel hak ve özgürlüklerine dair bir ihlâl meydana gelmemesi hem de ceza muhakemesinde biyoteknolojinin sunduğu imkânlardan geniş şekilde yararlanılması, ayrıca uluslararası standartlara erişilmesi ve hatta bunların ilerisine geçilmesi mümkün olabilecektir.

Hazırlanacak olan yasa tasarısında, özel nitelikli kişisel verilerin korunmasının asla ikinci planda kalmış bir amaç olarak görülmemesi gerekmektedir. Bu nedenle, her yönüyle büyük sakıncalar meydana getiren bir uygulama olan ve AİHM'in S. ve

Marper kararı öncesine kadar Birleşik Krallık tarafından uygulandığı şekliyle, DNA hücre örneklerinin saklanması değil, yalnızca moleküler genetik inceleme sonucu oluşturulan profillerin saklanması esas alınmalıdır. Yasal bir dayanağın mevcudiyetinin ardından, dikkat edilmesi gereken ilk ve en önemli husus bu olmalıdır.

AİHM kararlarını incelediğimizde görülmektedir ki mahkeme, DNA profillerinin saklanmasını suçla mücadele açısından olumlu bir husus olarak değerlendirmektedir, fakat bu uygulamanın kişisel verilerin korunması amacını ön planda tutacak şekilde, yalnızca belirli ağırlıktaki suçlar açısından söz konusu olacak ve suistimallere izin verilmeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu nedenle, hangi suçların faillerine ait DNA profillerinin sistemde saklanacağına belirlenmesi önem taşımaktadır. Ayrıca verilerin hangi koşullarda saklanacağı, bilgilere kimlerin nasıl erişeceği, kişisel verilerin korunması açısından yaşanabilecek ihlallere karşı nasıl önlemler alınacağı ve herhangi bir ihlâl söz konusu olması durumunda uygulanacak yaptırımlar net bir şekilde belirtilmelidir.

Kanaatimizce, mukayeseli hukukta incelediğimiz uygulamalardan, ABD’de söz konusu olduğu gibi, DNA veri bankasına yetkisiz kişilerin girmesi veya özel nitelikli kişisel verilerin korunmasına ilişkin herhangi bir ihlâl yaşanması durumunda, yüksek miktarda para cezasının da dâhil olduğu caydırıcı cezaların uygulanması gerekmektedir. Ülkemizde DNA veri bankası kurulması durumunda, burada saklanacak olan profillerin, kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler kapsamında dolaylı olarak korunması ile yetinilmeyip doğrudan doğruya bu yönde gerçekleştirilecek ihlâllerin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi daha uygun olacaktır. DNA veri bankasında saklanan veriler bakımından herhangi bir bilgi sızıntısı olursa veya bu bilgiler amaç dışında ya da kötüye kullanılırsa, temel hak ve özgürlükler açısından çok ağır ihlallere yol açacağından, öngörülecek yaptırımların da aynı ağırlıkta olması gerekmektedir. Görevi dolayısıyla bu verilere erişim kolaylığına sahip bulunan kişilerin fail olması durumunun da cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hâl olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

DNA veri bankası kurulması bakımından dikkate değer bir diğer uygulama ise, Kanada tarafından detaylı şekilde uygulanan tasnif yöntemi olmaktadır. Gerçekten de, hükümlülere, gönüllülere, kadınlara ve erkeklere ait DNA profillerine ilişkin farklı endeksler oluşturulması, amaca ulaşmak bakımından büyük fayda sağlayacak bir usul teşkil etmektedir. Bu yöntem ile hız ve kolaylığın yanında, araştırma konusu olan suçun kapsamı dışında kalan kişilerin özel nitelikli kişisel verilerinin korunması da sağlanmış olacaktır.

Üzerinde durulması gereken bir başka önemli konu da DNA veri bankasında saklanan profillerin silinmesini talep etme hakkının tanınması gerekliliğidir. Bu husus, AIHM'in Fransa aleyhine hüküm verdiği *Aycaguer v. Fransa* kararında açıkça belirtilmiştir. Hangi durumlarda verilerin silineceği kanun ile belirlense dahi, gerekçelerini sunmak koşulu ile kişilere ayrıca ve açıkça bilgilerinin silinmesini talep etme hakkı tanınmalıdır.

Görüldüğü üzere, konunun kapsamı ve hassasiyeti, yapılacak olan değerlendirmelerin de aynı doğrultuda kapsamlı ve hassas olmasını gerektirmektedir. Doktrinimizde genel olarak DNA veri bankası kurulması gerektiği görüşü yer alsa da konuya çekinceyle yaklaşanlar da bulunmaktadır. Eşleştirme yöntemiyle suç faillerinin tespit edilmesini kolaylaştırmak bakımından büyük fayda sağlayacak olan bu oluşum, özel nitelikli kişisel verilerin korunması konusunda gereken özen gösterildiği takdirde, herhangi bir olumsuzluğa yol açılmadan hukukumuzda dâhil edilebilecektir. Üstelik esas amaçlarla kıyasla geri planda kalan, ama yine de önem taşıyan bir husus da saklanan DNA profilleri sayesinde kimliğinin kolayca tespit edilebileceğini bilen suç failleri açısından meydana gelecek caydırıcılık etkisi olacaktır.

Neticede, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması beklentisi ile toplumun çıkarları arasında orantılılık sağlanması noktasında, tüm kişisel verilerin, fakat en çok da özel nitelikli kişisel verilerin korunması açısından, akıllarda herhangi bir soru işareti bırakmayacak tedbirler alındıktan uygulamaya geçmek gerekmektedir. Bu nedenle, DNA örnekleri üzerinde yapılan moleküler genetik incelemelerin yasada belirlenen esaslara uygun şekilde gerçekleştirilmesi, gelecek açısından ise, ulusal DNA veri bankası kurulması ihtiyacının giderilmesi durumunda, uzun yıllardır bu veri bankalarından faydalanan ülkelerin mevzuatı ve uygulamaları detaylı şekilde incelenmek suretiyle, uluslararası standartların da üstüne çıkılarak örnek bir modelin hayata geçirilmesi gerekmektedir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça

- Aksoy İpekçioğlu, P, 'Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu' Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan (Beta Yayınları, İstanbul 2013) 1157-1175.
- Annas, George J, 'Protecting Privacy and the Public-Limits on Police Use of Bioidentifiers in Europe' (2009) 361 (2) The New England Journal of Medicine, 196-201.
- Apış, Ö, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması' (2012) 18 (1) MÜHFHAD 267-296.
- Arısoy, Y / Eresen, Ç / Özbek, V. Ö, 'Yeni Yasal Düzenlemeler ve Moleküler Genetik İncelemeler' (2008) 28 (2) Türkiye Klinikleri Journal of Medical Sciences 178-181.

- Aydın, S. E, *AIHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu* (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015).
- Aygörmez Uğurlubay, G. A, ‘Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri’ (2017) 5 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology) 29-87.
- Batur, N, ‘Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme’ (2016) 126 TBB Dergisi 69-94.
- Biondo, R / De Stefano, F, ‘Establishment of Italian national DNA database and the central laboratory: Some aspects’, (2011) 3 (1) Forensic Science International: Genetics Supplement Series 236-237.
- Bozlak, A, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda Özel Hayatın Korunması* (Adalet Yayınevi, Ankara 2013).
- Bulak Uygun, B, ‘Databases and Criminal Procedures in Switzerland and Turkey with Regard to European Council’s Standarts’ (2017) 5 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology) 89-106.
- Büken, E, ‘Adli Tıpta Genetik Araştırmalar’ (2009) 22 İKU (İyi Klinik Uygulamalar) Dergisi 33-42.
- Centel, N / Zafer, H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta, İstanbul 2018).
- Combined DNA Index System (CODIS) of FBI
<<https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>>
<<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis>>
- Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No 108) <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>>
- Donay, S, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (Beta, İstanbul 2009).
- Elmas, İ / Ersoy, G, ‘Adli Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması ve Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut’ (2009) 22 Klinik Gelişim Dergisi Adli Tıp Özel Sayısı 111-113.
- Erbaş, R, ‘The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases’ (2017) 5 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology) 163-178.
- European Commission, <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_en>
- Gödeklı, Mehmet, ‘Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı’ (2016) 65 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1815-1924.
- Gökçen, A / Balcı, M / Alşahin, M. E / Çakır, K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet Yayınevi, Ankara 2018).
- Gözübüyük, Ş / Gölcüklü, F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması* (Turhan Kitabevi, Ankara 2009).
- Graham, E. A. M, ‘DNA reviews: the national DNA database of the United Kingdom’ (2007) 3 (4) Forensic Science, Medicine, and Pathology 285-288.
- Haines, P, ‘Embracing the DNA Fingerprint Act’ (2007) 5 Journal on Telecommunications and High Technology Law 629-665.
- Hancı, H / Kocaoğlu, S. S, ‘Savunma Adli Tıp Akademisi TBB-ATA’ Adli Tıp ve Ceza Hukuku (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012).
- HUDOC European Court of Human Rights, <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>
- Kılınç, D, ‘Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması’ (2012) 61 (3) AÜHFHD 1089-1169.
- Kızıllarslan, H, ‘Hukuka Aykırı Delil Açısından Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma İşlemleriyle İlgili 5271 S. CMK Düzenlemesi ve Uygulamada Sorunlar’ Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı (TCHD Yayınları No 11, İstanbul 2009).
- Kızıllarslan, H, *Vücudun Muayenesi & Örnek Alma* (Kızıllarslan Serisi I, Ankara 2007).
- Kunter, N / Yenisey, F / Nuhoğlu, A, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu* (Beta, İstanbul 2013).

- Küzeci, E, *Kişisel Verilerin Korunması* (Turhan Kitabevi, Ankara 2010).
- Mahmutoglu, F. S, 'Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması', <<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>>
- Mahmutoglu, F. S, 'Moleküler Genetik İncelemenin Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Analizi', <<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/27b485a20728432f3c6b2f169f7a8f80c62998517818071225.pdf>>
- Mumcu, A / Küzeci, E, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri* (Turhan Kitabevi, Ankara 2011) .
- National DNA Data Bank of Canada Annual Report of 2017-2018 <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/pubs/nddb-bndg/index-eng.htm>>
- Napper, Robin, 'A National DNA Database the United Kingdom Experience' (2000) 32 (2) Australian Journal of Forensic Sciences 65-69.
- Özbek, V. Ö, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA Analizi', <<http://www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net/bilgi/a044.asp>>
- Özbek, V. Ö, 'DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz' (2007) 1 Ceza Hukuku Dergisi 47-76.
- Özbek, V. Ö, 'Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi' V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu-Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008).
- Özbek, V. Ö, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006).
- Özbek, V. Ö, *CMK İzmir Şerhi* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005).
- Öztürk, B / Tezcan, D / Erdem, M. R et al, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Seçkin, Ankara 2018).
- Parlar, A / Hatipoğlu, M, *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu*, vol 2 (Ankara 2008).
- Polat, O, *Klinik Adli Tıp* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007).
- Santos, F / Machado, H / Silva, S, 'Forensic DNA Databases in European Countries: Is Size Linked to Performance?' (2013) 9 (12) Society and Policy <<http://www.lssjournal.com/content/9/1/12>>
- Santos, F / Machado, H, 'Patterns of Exchange of Forensic DNA Data in the European Union Through the Prüm System' (2017) 57 (4) Sci Justice 307-313.
- Schroeder, F. C / Verrel, T, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Salih Oktar trs, Yetkin Yayınları, Ankara 2019).
- Semizoglu, İ, *Adli DNA Analizleri* (Adalet Yayınevi, Ankara 2013).
- Soyaslan, D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Yetkin Yayınevi, Ankara 2018).
- Suterwalla, A, 'Collection and Retention of Personal Data', in Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime (Oxford University Press, Oxford 2009) 185-206.
- Swergold, J. M, 'To Have and To Hold: The Future of DNA Retention in the United Kingdom' 33 (1) Boston College International and Comparative Law Review 179-200.
- Şahin, C / Göktürk, N, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019).
- TC Anayasa Mahkemesi, Kararlar Bilgi Bankası, <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>> (2015/32 E 2015/102 K sayılı ve 12/11/2015 tarihli karar).
- TC Resmî Gazete, <<http://www.resmigazete.gov.tr/>> (01/06/2005 Tarih, 25832 Sayı ve 22/07/2005 Tarih, 25883 Sayı).
- Topçu, N. K, *İngiliz Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma Evresi* (Adalet Yayınevi, Ankara 2018).
- Tuğ, A, 'Adli DNA Bankalarına Toplumun Yaklaşımı' (2007) 21 (2) Adli Tıp Dergisi 1-10.
- Turhan, F, 'Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)' V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu-Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (TBB Yayınları, Ankara 2008).
- Turhan, F, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006).

- Türk Tabipler Birliği, <http://www.ttb.org.tr/haberarsiv_goster.php?Guid=665acfee-9232-11e7-b66d-1540034f819c>
- Uygun, O, *Kamu Hukuku İncelemeleri* (XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011).
- Ünver, Y / Hakeri, H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet Yayınevi, Ankara 2018).
- Ünver, Y / Hakeri, H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, vol 1 (8th Edn, Adalet Yayınevi, Ankara 2013).
- Wallace, H, 'The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy' (2006) 7 EMBO Reports 26-30.
- Yaşar, O, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu* vol 1 (Seçkin Yayınları, Ankara 2011).
- Yenisey, F / Oktar, S, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozessordnung (StPO) Almanca Metin-Türkçe Çeviri* (2nd Ed, Beta, İstanbul 2015)
- Zöllner, M. A / Thörnrich, D, 'Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Ausweitung von DNA-Analysen im Strafverfahren' (2017) 6 ZIS 331-340.

Gender and Prison Recidivism: The Influence of Protective and Risk Factors

Cinsiyet ve Cezaevi Koşulları Bakımından Tekerrür: Koruyucu Faktörler ve Risk Faktörlerinin Etkisi

Kerryn E. BELL¹ , Scott A. MATHERS¹ , Dale M. LINDEKUGEL¹ 

¹Eastern Washington University, Department of Sociology & Criminal Justice, Washington, USA

ORCID: K.E.B. 0000-0003-3727-1720; S.A.M. 0000-0001-9491-162X; D.M.L. 0000-0002-2346-4735

ABSTRACT

Recidivism after incarceration is a fundamental concern for the criminal justice system. Although men remain the largest percentage of the prison population, women are entering prison at an increasing frequency. Insufficient research has looked at the influence of prison protective and risk factors on recidivism by gender or any theoretical model to consider this increase in the female prison population. Using data from a large western state in the USA, all male and female inmates incarcerated from 2009 through 2011 are evaluated in terms of protective (education, programming, community ties, relationship status) and risk factors (race/ethnicity, age, homelessness, prison conduct, gang membership, prison sentence length and type) associated with their initial incarceration or recidivism. The findings and implications are subsequently discussed.

Keywords: Prison, Gender, Recidivism

Submitted: 06.01.2019 • **Revision Requested:** 19.04.2019 • **Last Revision Received:** 22.07.2019 • **Accepted:** 06.08.2019 •
Published Online: 27.09.2019

Corresponding author: Kerryn Bell, E-mail: kbell@ewu.edu

Citation: Bell K, 'Gender and prison recidivism: The influence of protective and risk factors' (2019) 7(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 185.

1. Introduction

Recidivism¹ following incarceration is a fundamental concern for those interested in effective criminal justice and public safety in general. Although men remain the largest percentage of the prison population, women are entering prison at an increasing frequency, adding to issues of recidivism. Two important questions to consider are 1) What protective and risk factors influence recidivism? and 2) Does gender influence the protective and risk factors associated with recidivism? Unfortunately, studies focusing on gender specific correlates of recidivism are rare (Stuart & Brice-Baker, 2004; Collins, 2010, Olson et al., 2016). Furthermore, prior research does not take into account any theoretical lens such as the importation and deprivation models to explain this relationship.

The few studies on gender specific correlates of recidivism that do exist focus on the importance of age (younger), children, and substance abuse (Scott et al., 2014). Collins (2010), in a meta-analysis of 57 studies of violent and nonviolent recidivism among men and women, found that the foremost gap in current knowledge is that there is not enough data on women and recidivism. She also found that many studies that included women along with men in the sample, did not account for gender differences. Additionally, pathways to prison are different for women as they include homelessness, trauma histories, and subsequent substance abuse and mental health issues (see Benda, 2005; Fedock et al., 2013; Huebner et al., 2010). The current study will contribute to filling the gap on gender and recidivism by examining data from a large western state in the USA on all male and female inmates incarcerated from 2009 through 2011. It also expands on the limitations of previous studies by incorporating a theoretical lens.

In those studies that do look at differences in correlates of recidivism between men and women, the findings are mixed. Makarios et al. (2010) specifically looked at differences in factors related to recidivism between male and female offenders. While they found that employment, housing and completion of some forms of treatment were negatively associated with multiple measures of recidivism, they did not vary by gender. McCoy and Miller (2013) found no differences across gender for risk factors but did find some prosocial support in protective factors correlating with female recidivism.

1 While the definition of recidivism is broad and can include such ideas as violating parole or probation, solely those who are re-incarcerated are the focus in this research.

Other studies found some variations in recidivism by gender. For example, Olson et al. (2016) found several gender specific correlates of recidivism. Prior incarceration, time served, and types of prior arrest histories had differential associations by gender with both overall recidivism and violent recidivism. Age, race, and conviction offense were gender specific risk factors for overall recidivism and education level and marital status were gender specific risk factors for violent recidivism.

A discussion of correlates of recidivism include both protective factors that, when present, decrease the likelihood of recidivism, and risk factors that, when present, increase the likelihood. The current research analyzes the protective factors (education, programming, community ties and relationship status) and the risk factors (age, race/ethnicity, homelessness, prison conduct, gang membership and prison sentence length and type) associated with recidivism. In particular, this study is important when it looks at homelessness and gang membership and their ties to recidivism since previous research suggests that pathways to prison are different for men and women with women more likely to be homeless (see Fedock et al., 2013). All are tested to determine whether their influences, if any, are gender specific. This study also assesses these protective and risk factors through the theoretical lens of the importation and deprivation models. To that end, the protective factors of education, community ties, and relationship status as well as the risk factors of age, race/ethnicity, homelessness, and gang membership represent importation. The protective factors of programming and risk factors of prison conduct and prison sentence length and type represent deprivation.

2. Theoretical Framework

Two theoretical models - deprivation and importation originally developed by Gresham Sykes are commonly used to explain inmate adaptation to prison. The deprivation model says inmate actions result from stressful and sometimes oppressive conditions inherent in incarceration itself (Cao et al., 1997, Sykes, 2007). Alternatively, the importation model suggests that characteristics of an individual that predate confinement (such as gender), and extra-prison factors during confinement (such as ties to the community) impact inmate adjustment (Cao et al., 1997; Sykes, 2007; Thomas & Peterson, 1977).

However, critiques exist of both models. Thomas and Foster (1973) critique the deprivation model for presenting the prison as a “closed system” and for failing to

account for pre-prison and extra-prison experiences in influencing values and role adaptations of those incarcerated. They insightfully present the importation model not as an alternative to deprivation but rather as an approach that would “expand the scope” of the deprivation approach. To support their contention, they test two pre-prison factors (social class and age at first involvement in criminal behavior) and two extra-prison factors (contact with individuals outside the prison and post prison expectations) as predictors of prosocial role adaptations. Their findings support the need to include pre and extra- prison factors in examining adjustment to prison.

It is argued that deprivation and importation factors can have an impact on prison adjustment when someone reoffends and is sentenced to prison again. The current research includes indicators of the pre-prison protective and risk factors of education, age, race/ethnicity, homelessness, and gang membership. Indicators of extra-prison factors consist of ties to the community and relationship status. Deprivation within-prison factors in the current study are programming, prison conduct, and sentence length and type.

More support for the importation model related predictors of recidivism and differences among males and females in correlates of protective and risk factors impact on reoffending are expected. It is also expected that the relational oriented protective factors of relationship status and ties to the community will more strongly predict variation in recidivism for women than for men. This research thus seeks to explore predictors of recidivism to see whether some are gender specific and also contribute to the importation and deprivation models of prison adjustment by identifying which pre and extra-prison factors (importation) correlate with recidivism and which within-prison factors (deprivation) also do so.

3. Protective Factors

3.1. Education

Education is used as a pre-prison protective factor and has long been associated with better outcomes for inmates upon release and lower rates of recidivism (Gerber & Fritsch, 1995; Harer, 1995; Jancic, 1998; Tracy et al., 1998). Despite some contrary findings (Davis, 1985; Martinson, 1974; and Piehl, 1998), education programs, along with other types of programming, have been increasing in number and variety in the

last 20 years (Phelps, 2011). Specifically, completion of a GED² is associated with less recidivism for female offenders (Brewster & Sharp, 2002; Esperian, 2010).

Further research points to the importance of education. In a review of research on the effect of prison education programs on recidivism, Esperian (2010) concluded that education for inmates reduced recidivism dramatically and cited a U.S. Department of Justice report that prison-based education is the single most effective tool for lowering recidivism (Education Services Newsletter, 2009). Tietjen et al. (2018) suggest that education is actually the most powerful correlate of decreased recidivism. Yet the effect of education in these studies was not tested regarding potential gender differences.

Collins' (2010) meta-analysis of the effect of gender on recidivism found that the education level of inmates was predictive of recidivism, but the effect was homogeneous across gender. Yet Huebner and Pleggenkuhle (2015) determined that possessing a high school diploma (along with a stable work history) was predictive of being less likely to recidivate in a female sample but not in a male sample. Alternatively, Huebner et al. (2010) found having less education was tied to a faster return to recidivism among women. Makarios et al. (2010) found that completion of educational or vocational training had no impact on recidivism for either men or women.

In addition, research by Brewster and Sharp (2002) found that completion of a GED in prison was strongly associated with longer survival times outside of prison for both men and women but more so for women. They suggested that the efficacy of the GED in prison might be particularly salient for women because a majority of female offenders have children and, because of pregnancy, had dropped out of school. They also noted that completion of vocational-technical training while incarcerated was associated with shorter survival times for both women and men although vocational programs worked better for younger inmates while educational programs did not. Interestingly Brewster and Sharp (2002) noted that the effect of the GED seemed to be conditioned by the length of sentence. Inmates who completed a GED and had longer sentences fared better post-release than those with shorter sentences. Inmates who completed GED's with shorter prison sentences recidivated sooner.

2 A GED (General Educational Development) test can provide certification of high-school level academic skills in the United States. It is an alternative to a US high school diploma.

It may be the case that extensive education better reduces recidivism. The longer the process, the more investment required of the inmate. This may result in increased personal growth because of a longer dedication to course work. The implication is that it is more about developing habits of personal responsibility, timeliness, and a work ethic than about academic content (Brewster & Sharp, 2002). The development of personal growth and responsibility is the primary goal of most prison programming.

3.2. Programming

In this study, programming refers to within prison programs other than educational (including vocational education). Previous research suggests that substance use is tied to recidivism (Collins, 2010; Huebner et al., 2010; Jones & Sims, 1997; Mills, Kroner, & Hemmati, 2003). In their meta-analysis of 68 studies assessing the impact of correctional treatment on misconduct, French and Gendreau (2006) found that behavioral treatment programs (rather than non-behavioral such as educational or vocational programs) had the strongest effects on reducing recidivism and that programs associated with the most reductions in misconduct were also associated with larger reductions in recidivism. These findings were consistent with previous meta-analyses conducted by Keyes (1996) and Morgan and Flora (2002). Yet, as is common in the literature on recidivism, there is a lack of differentiation by gender. In predicting recidivism of men and women, Makarios et al. (2010) determined that those who completed substance abuse treatment, sex offender treatment and other programming were significantly less likely to recidivate and that these effects were not gender specific.

Additional research has explored prison programming. Fedock et al. (2013) explored gender differences in service needs for incarcerated adults in an urban jail. They noted that women in their sample had higher rates of homelessness (prior to incarceration and anticipated homelessness upon release), serious mental illness, substance abuse disorder, and trauma histories. Gender differences in needs imply gender differences in influences on recidivism and gender sensitive programming targeting those needs. This is particularly important as drug treatment reduces recidivism for both men and women (Olson et al., 2016).

Phelps (2011), points out that programs designed to foster successful reintegration are increasing nationwide and that offerings are expanding to include more interpersonal and practical interventions. He also advocates for gender specific

programming for men in order to address issues of hyper-masculinity, often exacerbated by the prison environment. Karp (2010) argues that incarceration disintegrates men because they need to put on a mask of hyper-masculinity as a means to cover emotions and the need for support encompassed in the concept of doing one's own time. To do this the inmate must break conventional relationships and not allow others to provide support in order to avoid being seen as weak and a target. The prison environment blocks commitment and attachment because the norm of doing one's own time renders conventional commitments and attachments a sign of weakness.

Gender is clearly a significant factor in determining which types of programs are better suited for inmates. Programming for women usually takes into account the different offenses typically committed by women (i.e. drug addiction) that underlie incarceration rates (Collins 2010; Calhoun et al. 2010; Baradon et al. 2008). While for men, hyper-masculinity may be a serious underlying issue, for women it may be that relational ties are more significant. Calhoun et al. (2010) argue that women tend to conceptualize their self-worth in the relationships they establish with others. Recidivism, in the form of drug relapses, is entwined with relationship conflict and damage. This would imply that ties to the community might be more important for women than men in impacting the likelihood of recidivism.

3.3. Community Ties and Relationship Status

For an inmate, contact with family and friends extra-prison are events fostering the primary social ties known to encourage conventional behavior (Hirshi, 1969). A growing body of literature focusing on visitation examines the relationship between inmates, family relationships, and recidivism (Berg & Huebner 2010; Bates & Mears 2008; Ryan & Yang 2005; Casey-Acevedo et al. 2004; Bayse, Allgood, and Van Wyk 1991; Holt & Miller 1971). Generally, these studies find that visitation conveys family support that in turn reduces infractions, encourages programming, and mitigates the inevitable burdens of the re-entry process.

Contact with family provides an opportunity for mending and maintaining family relationships as well as increasing the inmates' perception that families will provide support after incarceration. According to Bayse et al. (1991), inmates who could maintain family relationships were less likely to offend on the outside, and inmates with more frequent visitation were less likely to recidivate (see Bates & Mears, 2008).

Mitchell et al. (2016) find that visitation reduces recidivism for both men and women and has a larger effect for men.

Schafer (1994) reports that for male inmates, wives are more consistent visitors than parents, but the relationship is full of unique stressors, leading to a reduction or an end to visitation. Therefore, although the frequency, duration, priority, and intensity of these relationships are typically high, and normally control theories would contend those relationships as ideal, the outcome did not lead to desistance. However, other research on visitation examines ties to recidivism and suggests that greater frequency of visitation is most important to reduce recidivism (see Bales & Mears, 2008; Minnesota Department of Corrections, 2011).

Relationship status can impact visitation with more family contact and support reducing recidivism (Barrick et al., 2014; Taylor, 2015). In terms of relationships, the findings regarding marital status and recidivism are mixed. Prior research has examined the effect of marriage for both men and women, finding a stronger protective factor for men and differential impact on women (see Cobbina et al., 2012). Taylor (2015) find that living with an intimate partner tends to blunt the effect of prior criminal behavior as well as dissuade men from beginning criminal behavior (Taylor, 2015).

A gendered impact of relationships can also be seen. Women who are living with an intimate partner are more likely to both recidivate as well as be led into criminal behavior. Furthermore, research specifically focusing on a women's "propensity to marry" finds that women with a low or high "propensity to marry" are more likely to engage in criminality relative to women with a moderate "propensity to marry". This finding further blurs the relationship between marriage and recidivism. Taylor (2015) views "propensity to marry" as a series of factors pertaining to educational expectations, work experiences, relationship perceptions, etc. which cast the variable in light of the desirable/undesirable aspects one might find in a female partner. Benda (2005) finds that living with a criminal partner is a stronger predictor of recidivism for women than men. Thus, it is important to see whether a gendered effect on recidivism exists for visitation and relationship status.

Overall among protective factors, some gender differences are seen when looking at the impact of education and relationship status. However, other research shows results are mixed. Most importantly, very little previous research has examined

whether protective factor correlates are gendered in their impact on reoffending (see Bates and Mears, 2008; Makarios et al., 2010; Olson et al., 2016; Taylor, 2015; Tietjen et al., 2018) or represent support for an importation or deprivation model of prison. This study assesses the correlates of protective factors education, community ties and relationship status (importation), and protective factor programming (deprivation) on reoffending by gender.

4. Risk Factors

4.1. Race/Ethnicity

Research on race/ethnicity as a gender specific correlate of recidivism representing importation is mixed. Belknap (1996) concluded that race/ethnicity is a gender specific correlate and that White women were more likely than Black women to benefit from “chivalry” and less likely to recidivate. Cobbina et al. (2012) found race/ethnicity not to be a significant correlate of recidivism for males but Black females failed more quickly upon release than White females. Olson et al. (2016) likewise determined race/ethnicity to be a gender specific correlate.

In their sample the odds of Black men being rearrested was over 50% higher than for Whites yet race was not a significant correlate of recidivism for women. McCoy and Miller (2013) determined race/ethnicity was not a significant correlate of recidivism for either men or women. Interestingly, these studies have not included race/ethnicity other than a White, non-White dichotomy when looking at recidivism, which this study does.

4.2. Age

Age as a measure of importation is often used as a control variable in studying prison populations as younger inmates are more likely to be involved in infractions, violent infractions and, upon release, to recidivate. However, some variation by gender has been found (see Jones & Sims, 1997; McCoy & Miller, 2013; Olson et al., 2016). Collins’ (2010) meta-analysis of the literature on recidivism found age to be a consistent correlate of recidivism. Stuart and Brice–Baker (2004), in a sample of female prisoners, found age, along with number of convictions, to be the strongest correlates of recidivism.

Findings tend to indicate that age is a strong correlate of recidivism for both men and women (Uggen, 2000). Jones and Sims (1997) found age to be a significant

correlate of rearrests for property offenses for both men and women and Huebner and Pleggenkuhle (2015) found that age was a significant correlate in delaying time to failure of parole. Cobbina et al. (2012) determined age to significantly predict how quickly male and female offenders failed on release and Olson et al. (2016) determined age, along with total prior arrests, to be the strongest correlates of women's and men's overall recidivism. Age was also a significant correlate for both genders in predicting violent recidivism. McCoy and Miller (2013), in matched pair's samples of women and men likewise found age to be a significant correlate of recidivism for both genders but they did note that men and women tend to reoffend with different types of offenses.

4.3. Homelessness

Previous research suggests that women are more likely than men to be homeless before and after incarceration (Fedock, Fries, & Kubiak, 2013). Solinos-Saunders & Stacer (2017) found the strain of abuse, family disorganization, and homelessness were more significantly associated with repeated incarceration for women than men. Further, Stuart and Brick-Baker (2004) find that economic marginalization differentially impacts women's propensity to recidivate. Certainly, homelessness can be tied to economic marginalization and Jurik (1983) found that economic need contributed greatly to female recidivism. This study is actually able to assess the specific impact of homelessness representing importation's impact on recidivism by gender.

4.4. Gang Membership

Scholarship has documented the potential implications of in-prison experiences for prison recidivism (Huebner et al., 2007). Cochran et al. (2014) found that inmates who engaged in prison misconduct (violent in particular), were more likely to recidivate. A large part of in prison misconduct for men is gang related. One Canadian study that looked at gender and gang offending found that female gang members also displayed more violence and were more likely to have served prior prison sentences (Scott & Ruddell, 2011). However, it is much less common for women to be involved with gangs in prison than men (Lauderdale & Burman, 2009). Further, gang membership puts men at greater risk of recidivism (Dooley et al., 2014; Huebner et al., 2007). This study assesses the impact of gang membership on recidivism for both men and women.

4.5. Sentence Type and Length

Previous research on prison recidivism also suggests that the length of a prison sentence can exert an influence (Mears et al., 2016) and can be used to represent the deprivation model of prison. Again, despite much research on sentence types and sentence length as correlates of recidivism, there is little on whether they are gender invariant or specific. Cobbina et al. (2012) found drug offenders to have higher rates of recidivism than any other type of offense and some correlates were gender specific. In their study, drug use for women was specifically conditioned by relationships with abusive partners, relationships with adults who brought young women into the drug culture, and as part of maintaining a relationship with a drug-using boyfriend. Regarding recidivism, they found that drug convictions predicted women's re-arrest but not men's. This pattern was especially true for minority women (Cobbina et al., 2012). It appears that a negative relationship with a male counterpart conditions the relationship between the drug conviction and recidivism for women implying that recidivism may be relational for women but not men. This is consistent with the findings regarding gender differences in the nature and quality of social ties reviewed in examining protective factors.

Additionally, there is support for the idea that some of the relationship between drug offenses and recidivism revolves around how offenders take advantage of their time in prison and that this may vary by gender. According to Brewster and Sharp (2002), inmates charged with drug distribution and who also completed a GED or vocational program had better post-release outcomes compared to those who did not complete any programs. According to the authors, these inmates were selling drugs to compensate for a lack of education and job training. This was consistent with their reporting that receiving a GED has a larger positive impact on post-release for women than for men (Brewster & Sharp, 2002).

Olson et al. (2016) included measures of both violent and general recidivism (rearrest for a violent or general crime) in their analysis of gender and recidivism. In terms of general recidivism they found that prior arrest for non-domestic violent crimes was predictive for both men and women but stronger for women. In contrast, prior arrest for drug *possession* (rather than sales) likewise was a correlate for both genders but stronger for men. However, when examining violent recidivism, they found that prior arrests for non-violent crimes and prior arrests for drug *selling* was associated with higher rates of recidivism for women but not predictive for men. Yet

prior arrests for drug *possession* predicted lower violent recidivism for men but was not significant for women (Olson et al., 2016)

Additional research has also looked at sentence type and lengths' impact on recidivism. Collins (2010) conducted a meta-analysis of the effect of gender on violent and non-violent recidivism. Collins (2010) looked at indicators of criminal history rather than type of offense and found that criminal history (violent and non-violent) most consistently predicted violent recidivism but that it was homogeneous across gender. Criminals who recidivated violently had more extensive criminal histories in both violent and non-violent crime. Yet some gender differences were observed. In men, increased violent criminal history was associated with increased violent recidivism but this was not true for women. However longer sentences were predictive of violent reoffending for women but not men. In fact, sentence length was the only significant gender difference between violent recidivists and non-recidivists (Collins, 2010).

Olson et al. (2016) found that for women who commit violent crimes, marriage is associated with lower recidivism but that this is not true for men. McCoy and Miller (2013) noted that when initially convicted of property offenses, men were more likely to recidivate than women. Jones and Sims (1997) observed that when men and women were both released under extensive probation supervision, men were more likely to be rearrested than women. Huebner and Pleggenkuhle (2015) also noted gender differences in the types of sentences and their impact on recidivism. They found that men who were serving time for personal or property crimes were likely to recidivate sooner than those sentenced for drug crimes, but characterizations of criminal offense were not significant among women.

Overall among risk factors, some gender differences are seen when looking at the impact of the importation variables age and gang membership. However, once again other research regarding race/ethnicity shows mixed results. Most importantly, very little previous research has examined whether the risk factor correlates of homelessness and gang membership in particular are gendered in their impact on reoffending (see Fedock et al., 2013; Jones and Sims, 1997; Lauderdale and Burman, 2009; Mears et al., 2016). This study looks at the correlates of protective and risk factors on recidivism separately for men and women while using protective and risk factors to consider whether the importation or deprivation model of prison has more support for recidivism.

5. Data and Methods

5.1. Data and Cases

The data is provided by the Department of Corrections of a large western state in the USA. It looks at inmates who entered or re-entered prison between 2009 and 2011. It is a once in time snapshot and cross-sectional. The enumeration includes 6,674 females (17.3%) and 31,842 males (82.7%). Data was collected by the Department of Corrections on demographic information such as race/ethnicity, gender, age, education, type of offense, sentence length, and repeat incarceration³.

5.2. Dependent Measure

As a society, we are concerned whether prison works to stop offending. A measure of continued offending is whether an individual returns to prison after release. While time between repeat incarceration cannot be determined, it is measured by a “yes” or “no” dummy variable that compares an individual’s first admission to prison to those for whom prison is a readmission⁴. Further, separate analyses are run for men and women.

5.3. Independent Measures

5.3.1. Protective Factors.

Education Education is measured by a dummy variable comparing those with a high school degree before incarceration to those with no high school degree as the reference category.

Programming Initial classification in this large western state puts inmates into internal programs that are deemed necessary to help each individual become a law-abiding citizen upon release. Whether or not inmates were involved in three prison programs was documented: Family relations, offender change, and chemical treatment⁵. The family relations program focuses on improving the inmates’ relationship with their families and children in particular. The offender change program has many components, most notably moral reconnection therapy (MRT) and

3 The state level has become the standard unit of analysis for prison research as most inmates are housed in state institutions (Heimer et al., 2012).

4 As the focus is violence committed while incarcerated, no other type of sentence (i.e., probation and community corrections) are considered in the repeat incarceration variable.

5 There is no information on how long the individual was in a program, just whether they were enrolled. This is further discussed in the limitations section.

stress and anger management (SAM). The goal of MRT is to improve pro-social reasoning and behaviors among inmates, while SAM creates an understanding of anger and stress triggers and provides tools to channel this anger/stress in non-violent ways. The chemical treatment program focuses on an inmates' substance use such as addiction to alcohol and/or drugs.

Visitors Visitation is used as a proxy for community ties outside prison. Each prison facility in the state has different regulations on the number of visitors per visit. However, the maximum number of visitors per visit in any facility is ten. This research uses overall number of visitors as a proxy for visitation. Thus, rather than just considering whether an inmate has a visitor or not, how many visitors they had is considered. Based on the frequency distribution for visitation, four categories of coding were created for those with less than ten visitors, eleven to one hundred, one hundred one to five hundred, and over five hundred visitors.

However, an inmate who has served a shorter sentence and has the same number of visitors as one with a longer sentence arguably has more social ties. Thus, the number of visitors is standardized by sentence length through the creation of z scores to make comparisons between these different groups.

Relationship Status Relationship status can differentially impact male and female recidivism as women with stronger social bonds in the form of social ties to intimate partners have a lower risk of recidivism (Cobbina et al., 2012). As a result, three dummy variables are used to determine whether the inmate is divorced, married, or single.

5.3.2. Risk Factors.

Race/ethnicity Race/ethnicity is measured with six dummy variables for Asian/Pacific Islander, Black, Latinx, Native American, Other, and White with Whites as the reference category. This data allows for a robust consideration of race/ethnicity.

Age Age is perhaps one of the strongest correlates of prison recidivism. Age is divided into three categories: 18-29, 30-49, and 50 plus with 50 plus as the reference category.

Homelessness This large western state documents whether inmates had a place of residence before incarceration or whether they were homeless. This dummy variable compares those who were homeless before incarceration to those who were not, with not being homeless as the reference category.

Prison conduct Scholarship has documented potential implications of in-prison experiences for prison recidivism (Huebner et al., 2007). Cochran et al. (2014) found that inmates who engaged in prison misconduct (violent in particular), were more likely to recidivate. Two dummy variable measures of misconduct are included: violent and nonviolent. Using official report data, the infractions that the state identify as violent are listed in Appendix A.

Gang membership While gang membership is less common among females (see Lauderdale & Burman, 2009), gang members are at greater risk for recidivism (see Dooley et al., 2014; Huebner et al., 2007). As a result, a dummy variable for gang membership is included with no gang membership as the reference category. Gang membership in this western state was determined by voluntary admission from the inmate or assessment by a corrections officer.

Sentence length Again, taking research from the literature review into account and the frequency distribution of sentences imposed, sentence length is classified into four categories: less than one year, one to just less than two years, two to just less than three years, and more than three years⁶.

5.4. Control Variable

All offenses for which the inmate is currently incarcerated are classified into one of three categories: violent offense, property offense, or drug offense. Prior incarceration for any type of offense is controlled with repeat incarceration.

5.5. Analytical Strategy

Initial descriptive and bivariate analysis were conducted before regressions were run. This initial analysis considered percentages and relative odds of the protective and risk factor correlates on reoffending using separate models for males and females. Binomial logistic regression (as the dependent measure is dichotomous) was then used to consider the effect of protective and risk factors on prison recidivism by gender⁷. Further, before conducting analyses, a variation inflation factor (VIF) test was employed on all variables to check for multicollinearity. No VIF above 4 was found (the standard cut off level), indicating that multicollinearity was not a problem in this study.

6 The control of 3 or more years as a grouping was chosen based on frequency as very few lengthy sentences were included in the study.

7 Missing data was extremely small and random. As a result, list wise deletion of missing values was used in the statistical analysis.

6. Analysis

6.1. Descriptive and Bivariate Analysis

Separate tables were created for males and females showing percentages and relative odds of those who did and did not recidivate. In analyses run separately, the largest similar correlate on males and females who had recidivated were the pre-prison variables of education, gang membership, and homelessness and the extra-prison variable of visitation. Alternatively, the largest differential impact was seen within prison through programming and the extra-prison variable relationship status as correlates of recidivism.

Table 1. Descriptive Analysis of protective factors (education, programming, community ties, relationship status) and risk factors (race/ethnicity, age, homelessness, prison conduct, gang membership, sentence length) on recidivism for males (N=31,842)

	No Repeat (%)	Yes Repeat (%)	Total (N)	Relative Odds
Education				
High School Degree - Yes	81.4	18.6	30,133	0.55
High School Degree - No ^a	70.5	29.5	1,709	1.00
Programming				
Family Relations	55.9	44.1	4,846	0.95
Offender Change	59.0	41.0	13,399	0.84
Chemical Treatment ^a	54.6	45.4	7,549	1.00
Visitors ^b				
Less than Ten	60.6	39.4	6,011	1.46
Eleven to One Hundred	64.0	36.0	3,170	1.26
One Hundred One to Five Hundred ^a	69.1	30.9	434	1.00
Race/Ethnicity				
White ^a	83.2	16.8	22,401	1.00
Asian/Pacific Islander	85.4	14.6	1,035	0.85
Black	73.3	26.7	5,238	1.80
Latinx	69.0	31.0	1,602	2.22
Native American	69.4	30.6	973	2.19
Age				
18-29	95.0	5.0	7,269	0.16
30-49	76.2	23.8	16,592	0.97
50+ ^a	75.5	24.5	6,037	1.00
Relationship Status				
Divorced	73.2	26.8	910	0.51
Married	72.7	27.3	1,211	0.52
Single ^a	58.3	41.7	9,409	1.00
Gang Membership				
Gang – Yes	50.1	49.9	1,020	4.48
Gang - No ^a	81.8	18.2	30,822	1.00
Homelessness				

Homeless – Yes	71.8	28.2	2,802	1.74
Homeless - No ^a	81.6	18.4	29,040	1.00
Prison Conduct				
Non Violent Infraction	53.1	46.9	7,877	0.85
Violent Infraction ^a	48.9	51.1	2,016	1.00
Sentence Length				
Less than One Year ^a	81.0	19.0	22,090	1.00
One to Two Years	81.6	18.4	8,640	0.96
Two to Three Years	69.7	30.3	2,971	1.85
More than Three Years	76.0	24.0	796	1.35

^aRelative odds reference category

^bVisitors is standardized

Both males and females with a high school degree were only approximately half as likely to recidivate as those without (0.55 for males and 0.40 for females). However, having less visitors, being Latinx, in a gang, and homeless were all correlated with greater recidivism for both males and females. Similarly, for both men and women, those with less than one hundred visitors were correlated to greater recidivism, as were those in a gang (4.48 times for men and 6.71 times for women) and those homeless (1.74 times for men and 1.73 times for women). Interestingly, Latinx females were 6.52 times more likely to recidivate in comparison to White females.

Table 2. Descriptive Analysis of protective factors (education, programming, community ties, relationship status) and risk factors (race/ethnicity, age, homelessness, prison conduct, gang membership, sentence length) on recidivism for females (N=6,674)

	No Repeat (%)	Yes Repeat (%)	Total (N)	Relative Odds
Education				
High School Degree - Yes	89.7	10.3	6,459	0.40
High School Degree - No ^a	77.7	22.3	215	1.00
Programming				
Family Relations	63.9	36.1	1,029	1.23
Offender Change	68.4	31.6	2,120	1.01
Chemical Treatment ^a	68.6	31.4	1,703	1.00
Visitors ^b				
Less than Ten	65.4	34.6	911	2.64
Eleven to One Hundred	68.7	31.3	505	2.28
One Hundred One to Five Hundred ^a	83.3	16.7	60	1.00
Race/Ethnicity				
White ^a	90.9	9.1	5,151	1.00
Asian/Pacific Islander	94.3	5.7	174	0.61
Black	84.4	15.6	737	1.84
Latinx	60.4	39.6	187	6.52
Native American	86.3	13.7	293	1.57
Age				
18-29	97.4	2.6	1,432	0.17

30-49	86.7	13.3	3,705	0.97
50+ ^a	86.4	13.6	1,133	1.00
Relationship Status				
Divorced	77.2	22.8	558	1.19
Married	77.2	22.8	482	1.20
Single ^a	80.2	19.8	1,661	1.00
Gang Membership				
Gang – Yes	55.6	44.4	9	6.71
Gang - No ^a	89.3	10.7	6,665	1.00
Homelessness				
Homeless – Yes	83.3	16.7	323	1.73
Homeless - No ^a	89.6	10.4	6,351	1.00
Prison Conduct				
Non Violent Infraction	63.5	36.5	1,238	0.87
Violent Infraction ^a	60.1	39.9	286	1.00
Sentence Length				
Less than One Year ^a	89.2	10.8	5,399	1.00
One to Two Years	89.7	10.3	1,389	0.95
Two to Three Years	72.7	27.3	242	3.09
More than Three Years	79.8	20.2	119	2.08

^a Relative odds reference category

^b Visitors is standardized

Two areas of difference found between males and females were the correlates of programming and relationship status to recidivism. In comparison to the chemical treatment program, men were less likely to recidivate if involved in the family relations (0.95 times) or offender change program (0.84 times). However, compared to the chemical treatment program, women were more likely to recidivate if involved in the family relations (1.23 times) or offender change (1.01 times). This suggests the chemical treatment program works more effectively with female recidivism than male recidivism. Compared to single males, those married and divorced were less likely to recidivate (0.52 and 0.51 times respectively). However, compared to single women, those married and divorced were more likely to recidivate (1.20 and 1.19 times respectively). Previous research has also found that there exists a gendered impact of relationship status on recidivism (see Benda, 2005; Cobbina et al., 2012; Taylor, 2015).

6.2. Multivariate Analysis

The results of multivariate analysis are presented in Table 3. The protective factors of education, community ties, and relationship status had a positive impact on recidivism for males, while programming did not. Males (OR=0.84, $p<.05$) with a

high school degree were less likely to recidivate than those without. Similarly, males with more visitations were less likely to recidivate and males who were divorced were less likely to recidivate (OR=0.22, $p<.001$). Interestingly, men who were married were also less likely to recidivate (OR=0.23, $p<.01$). This indicates support for Laub and Sampson's (2003) study that most men who desisted from crime had long-term stability in marriage.

Similarly, among women, education had a stronger positive impact on reducing recidivism than for men (OR=0.47, $p<.001$). Women who were divorced were less likely to recidivate (OR=.36, $p<.01$). This furthers support for research claiming that women are more likely to offend under the influence of the men in their lives.

Surprisingly, male and female offenders in all programming were more likely to recidivate. As this large western state identifies those with the greatest need for mandatory programming, perhaps this indicates they correctly identify offenders. However, it also does not show much support for prison programming. Perhaps this also provides support for a call for more use of gender-specific programming to reduce recidivism. A call for more gender-specific programming will be given in the discussion.

Not surprisingly, risk factors of race/ethnicity, age, prison conduct, and length of sentence all significantly contributed to recidivating. Black and Latinx males and females were more likely to recidivate than White males and females respectively. Native American males were also more likely to recidivate than White males (OR=1.56, $p<.001$). Both males and females with nonviolent infractions in prison were more likely to recidivate (OR=3.35, $p<.001$ and OR=2.15, $p<.001$ respectively). For males this extended to those who also committed a violent infraction (OR=1.93, $p<.001$). Both males and females who served shorter sentences of less than one year were more likely to recidivate (OR=1.64, $p<.001$ and OR=1.71, $p<.01$ respectively).

Two unique risk factors that this research assesses for both men and women were gang membership and prior homelessness. Not surprisingly, gang membership increased the risk of recidivism for men (OR=2.06, $p<.001$). However, it was also correlated with increased recidivism for women. Finally, homelessness was correlated with increased odds of recidivism for both men and women (OR=1.22, $p<.01$ and OR=1.72, $p<.05$ respectively).

Table 3. Logistic Regression of protective factors (education, programming, community ties, relationship status) and risk factors (race/ethnicity, age, homelessness, prison conduct, gang membership, sentence length) on differences in recidivism by gender (N=38,516)

	Male		Female	
	B ^a	Odds	B ^a	Odds
High School Degree ^b	-0.17*(0.07)	0.84	-0.75***(0.20)	0.47
Programming				
Family Relations	0.34***(0.05)	1.40	0.34**(0.12)	1.40
Offender Change	1.80***(0.05)	6.07	2.53***(0.18)	12.57
Chemical Treatment	1.07***(0.04)	2.90	1.15***(0.12)	3.15
Visitors (Standardized) ^c				
Less than Ten	0.18***(0.02)	1.20	0.14*(0.06)	1.15
Eleven to One Hundred	-0.12***(0.02)	0.89	-0.06(0.05)	0.94
One Hundred One to Five Hundred	-0.05**(0.02)	0.95	-0.04(0.05)	0.96
Race/Ethnicity ^d				
Asian/Pacific Islander	0.10(0.12)	1.11	-0.28(0.41)	0.76
Black	0.32***(0.05)	1.37	0.74***(0.16)	2.09
Latinx	0.37***(0.08)	1.45	1.17***(0.21)	3.21
Native American	0.45***(0.10)	1.56	-0.09(0.24)	0.92
Other	-1.26***(0.31)	0.29	-1.08*(0.51)	0.34
Age ^e	0.74***(0.04)	2.10	0.66***(0.10)	1.93
Relationship Status				
Divorced	-1.54***(0.41)	0.22	-1.03*(0.43)	0.36
Married	-1.48**(0.53)	0.23	-1.52(1.14)	0.22
Single	-0.35(0.44)	0.70	0.67(0.46)	1.95
Gang Membership ^f	0.72***(0.09)	2.06	2.23*(0.98)	9.29
Homelessness ^g	0.20**(0.06)	1.22	0.54*(0.21)	1.72
Prison Conduct				
Non Violent Infraction	1.21***(0.04)	3.35	0.77***(0.12)	2.15
Violent Infraction	0.66***(0.07)	1.93	0.29(0.17)	1.34
Sentence Length				
Less than One Year	0.49***(0.07)	1.64	0.53**(0.20)	1.71
One to Less than Two Years	-0.07(0.07)	0.93	-0.20(0.17)	0.82
Two to Less than Three Years	0.02(0.08)	1.02	0.06(0.22)	1.07
More than Three Years	0.19(0.13)	1.21	0.46(0.35)	1.58
Control Variables				
Violent Offense	-0.02(0.05)	0.98	-0.23(0.17)	0.79
Property Offense	0.35***(0.04)	1.42	0.14(0.12)	1.15
Drug Offense	0.10*(0.05)	1.10	-0.06(0.12)	0.94

^a Standard Errors in Parentheses

^b No High School Degree Reference

^c Visitors is Standardized

^d White Reference

^e Age 50+ Reference Category

^f No Gang Membership Reference Category

^g No Homeless Reference

* p < .05, ** p < .01, *** p < .001

7. Discussion

The limited research literature on gender effects of protective and risk factors on recidivism is largely mixed. The results of this study regarding gender were mixed as well but do provide consistent support for the importation model of prison adaptation. Findings regarding the deprivation model were mixed. All pre-prison indicators (education, age, race/ethnicity, homelessness and gang membership) were predictive of recidivism. Both extra-prison indicators (community ties and relationship status) were likewise predictive of recidivism. These findings support the importation model. This furthers Thomas and Foster's (1973) critique of the deprivation model's limitation by assuming the prison to be a closed system and failing to account for pre and extra-prison factors.

The deprivation model related findings regarding the within-prison indicators (programming, prison conduct and sentence length) were inconsistent. Programming was found to be significantly associated with increased recidivism. Prison conduct was associated with recidivism, which is consistent with a deprivation model prediction, but sentence length was not. The effects of the various factors associated with deprivation would presumably be greater the longer the inmate was incarcerated. These findings show that shorter sentence lengths were significantly predictive of a higher likelihood of recidivism while longer sentences were not. This not only contradicts the prediction of the deprivation explanation but could also lend further support for the importation model. The effect of pre and extra-prison experiences may outweigh within-prison effects.

When assessing protective and risk factors with respect to gender, three gender specific correlates of recidivism were found to be significantly associated with recidivism for men only (committing a violent infraction in prison and being Native American was tied to increased recidivism and being married was associated with decreased recidivism). The effects of marital status on recidivism are mixed. Cobbina et al. (2012) found it to be a stronger protective factor for men and Taylor (2015) reported that women living with an intimate partner were more likely to recidivate. The current findings are somewhat consistent with both as marital status was found to be a correlate of recidivism for men and being divorced was associated with less recidivism for both men and women.

The research on race/ethnicity as a correlate of recidivism was also found to be mixed with some research determining race/ethnicity as significant (Olsen et al., 2016) and even gender specific predicting men's recidivism but not women's (Cobbina et al., 2012). Yet McCoy and Miller (2013) determined race/ethnicity was not a significant correlate for either women or men. The current study finds race/ethnicity to be a significant correlate for both genders (Black and Latinx) but being Native American was predictive for men only.

No gender specific correlates were found to be significantly associated with higher recidivism for women. Although among those correlates which were significant for both, four were stronger for one gender. Low visitation (<10), being divorced and being a gang member were significant for both but stronger for men. The closest to a gender specific correlate for women was having a high school diploma but this was also true for men, albeit less so. These findings are consistent with Collins' (2010) meta-analysis finding that the protective effect of the education level of inmates was homogeneous across gender. The differential impact of a high school degree on women more so than men supports Huebner and Pleggenkuhle's (2015) finding that possessing a high school diploma was predictive of being less likely to recidivate in a female sample. Much research suggests the importance of education in reducing recidivism particularly among females, and this research would support such a call.

Not surprisingly, the risk factors of age and homelessness were significant correlates for both men and women as were short sentences and having committed a non-violent infraction in prison. What was surprising in this study was that the protective factor of being involved in programming was associated with higher recidivism for both genders. This was true for all three categories of programming (family relations, offender change and chemical treatment). That programming might fail to predict lowered recidivism would not be surprising but predicting higher recidivism is contrary to the literature and expectations.

In this large western state in the USA programming is mandatory for those inmates identified with the greatest need. While the outcome of programming on the goal of lowering recidivism is not supported in this study, it is likely that those with the greatest needs (and issues associated with future recidivism) are being correctly identified. It should be noted that the Department of Corrections in this state has implemented offender change projects in its system after this data was recorded and

has shown success in lowering the incidence of involvement in violent infractions of those who completed the program. Such programming may also lower the likelihood of recidivism and future research is needed to determine if that is the case.

Further, there has been a call for gender-specific programming (see Bloom & Covington, 1998; Foley, 2008; Morash et al., 1998; Wright et al., 2012). Certainly, if current programming is not showing a reduction in recidivism, then gender-specific programming might be a better option. For example, an argument has been made for increased prison programming to maintain contact between incarcerated women and their children and to improve drug and alcohol programs for women.

7.1. Limitations and Future Research

This research sought to determine if some correlates of recidivism were gender specific and, if so, which ones. It further compared the importation and deprivation models of prison and found some support for the importation model. It found that the literature on gender specific correlates of recidivism was limited and that there was little consistency in the findings. This research contributes to further developing that literature and found that there are some correlates of recidivism that were gender specific, but that they predicted higher recidivism for men and not for women. It was also noted that there was a differential impact of the protective factor of education on recidivism for women more so than for men. Collins' meta-analysis (2010) noted that the foremost gap in current knowledge of recidivism was that there was not enough data on women. Several studies have been done since her recognition of the dearth of research on women and recidivism and some, reviewed here, have looked at women as a separate and unique population. This is an area of growing interest and importance and much more work needs to be done.

Further, time between repeat incarceration cannot be assessed and no causal time ordering can be drawn from our findings, as they are a one-time snapshot of whether the inmate entered prison for the first time or as a repeat incarceration between 2009 and 2011. As such, our findings on the effects of internal prison programming are difficult to assess. It would be necessary to know whether the incidence of violence occurred prior to, during, or after participation to know whether the programs are working or could be more effective if changed. This would certainly be important to assess when calling for more gender-specific programming in prison.

Grant Support: Authors received no financial support for this work.

References

- Bales, W. & Mears, D. (2008). Inmate social ties and the transition to society: does visitation reduce recidivism? *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 45, 287–321.
- Baradon, T., Fonagy, P., Kata, L., Slead, M. (2008). New beginnings: an experienced-based programme addressing the attachment relationship between mothers and their babies in prison. *Journal of Child Psychotherapy*, 34(2), 240–258.
- Barrick, K., Lattimore, P., & Visher, C. (2014). Reentering women: the impact of social ties on long-term recidivism. *The Prison Journal*, 94(3), 279–304.
- Bayse, D., Allgood, S., & Van Wyk, P. (1991). Family life education: an effective tool for prisoner rehabilitation. *Family Relations*, 40(3), 245–257.
- Belknap, J. (1996). *The invisible woman: gender, crime, and justice*. Belmont, CA, Wadsworth.
- Benda, B. (2005). Gender differences in life-course theory of recidivism: a survival analysis. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 49(3), 325–342.
- Berg, M. & Huebner, B. (2010). Reentry and the ties that bind: an examination of socialities, employment, and recidivism. *Justice Quarterly*, 28(2), 382–410.
- Bloom, B. & Covington, S. (1998) *Gender specific programming for female offenders: what is it and why is it important?* Paper presented at the 50th annual meeting of the American Society of Criminology, Washington, DC.
- Brewster, D. & Sharp, S. (2002). Educational programs and recidivism in Oklahoma: another look. *The Prison Journal*, 82(3), 314–334.
- Calhoun, S., Messina, N., Cartier, J., & Torres, S. (2010). Implementing gender-responsive treatment for women in prison: client and staff perspectives. *Federal Probation*, 74(3), 27–33.
- Cao, L., Zhao, J., & Van Dine S. (1997). Prison disciplinary tickets: a test of the deprivation and importation models. *Journal of Criminal Justice*, 25(2), 103–113.
- Casey-Acevedo, K., Bakken, T., & Karle, A. (2004). Children visiting mothers in prison: the effect on mothers behavior and Disciplinary Adjustment. *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 37, 418–430.
- Cobbina, J., Huebner, B., & Berg, M. (2012). Men, women, and post release offending: an examination of the nature of the link between relational ties and recidivism. *Crime & Delinquency*, 58(3), 331–361.
- Cochran, J., Mears, D., Bales, W., & Stewart, E. (2014). Does inmate behavior affect post-release offending? Investigating the misconduct-recidivism relationship among youth and adults. *Justice Quarterly* 31(6), 1044–1073.
- Collins, R. (2010). The effect of gender on violent and nonviolent recidivism: a meta-analysis. *Journal of Criminal Justice*, 38, 675–684.
- Davis, S. (1985). *Recidivism among offenders released from incarceration in 1982*. Oklahoma City: Oklahoma Department of Corrections
- Dooley, B., Seals, A., & Skarbek, D. (2014). The effect of prison gang membership on recidivism. *Journal of Criminal Justice*, 42(3), 267–275.
- Education Services Newsletter. (2009). Issue II. NDOC. Web. Spring, 2009: 2–3.
- Esperian, J. (2010). The effect of prison education programs on recidivism. *The Journal of Correctional Education*, 61(4), 316–334.
- Fedock, G., Fries, L., & Kubiak S. (2013). Service needs for incarcerated adults: exploring gender differences. *Journal of Offender Rehabilitation*, 52, 493–508.
- Foley, A. (2008). The current state of gender-specific delinquency programming. *Journal of Criminal Justice*, 36(3), 262–269.
- French, S. A. & Gendreau, P. (2006). Reducing Prison Misconducts: What Works! *Criminal Justice and Behavior*, 33(2), 185–218.

- Gerber, J., & Fritsch, E. (1995). Adult academic and vocational correctional education programs: a review of recent research. *Journal of Offender Rehabilitation*, 22, 199–242.
- Harer, M. D. (1995). Recidivism among federal prisoners released in 1987. *Journal of Correctional Education*, 46(3), 98–128.
- Hirschi, T. (1969). *Causes of Delinquency*. Berkeley: University of California Press.
- Holt, N. & Miller, D. (1971). *Explorations in Inmate-Family Relationships*. Sacramento: Research Division, Department of Corrections, State of California (<http://www.fcnetwork.org/reading/holt-miller/holt-miller8.html>)
- Huebner, B., DeJong, C., & Cobbina, J. (2010). Women coming home: long-term patterns of recidivism. *Justice Quarterly*, 27(2), 225–254.
- Huebner, B. & Pleggenkuhle, B. (2015). Residential location, household, composition, and recidivism: an analysis by gender. *Justice Quarterly*, 32(5): 818–844.
- Huebner, B., Varano, S., & Bynum, T. (2007). Gangs, guns, and drugs: recidivism among serious, young offenders. *Criminology & Public Policy*, 6(2), 187–221.
- Jancic, M. (1998). Does correctional education have an effect on recidivism? *Journal of Correctional Education*, 49(4), 152–161.
- Jones, M. & Sims, B. (1997). Recidivism of offenders released from prison in North Carolina: a gender comparison. *The Prison Journal* 77(3), 335–348.
- Jurik, N. (1983). The economics of female recidivism. *Criminology*, 21(4), 603–622.
- Karp, D. (2010). Unlocking me, unmasking masculinities: doing men’s work in prison. *The Journal of Men’s Studies*, 18(1), 63–83.
- Keyes, D. (1996). *Preventing Prison Misconduct Behavior: A Quantitative Review of the Literature*. Unpublished Honor’s Thesis. Saint John, Canada: University of New Brunswick.
- Laub, J. & Sampson, R. (2003). *Shared Beginnings, Divergent Lives: Delinquent Boys to Age 70*. Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Lauderdale, M. & Burman, M. (2009). Contemporary patterns of female gangs in correctional settings. *Journal of Human Behavior in the Social Environment*, 19(3), 258–280.
- Makarios, M., Steiner, B., & Travis, L. (2010). Examining the correlates of recidivism among men and women released from prison in Ohio. *Criminal Justice and Behavior*, 37(12), 1377–1391.
- Martinson, R. (1974). What works? Questions and answers about prison reform. *The Public Interest*, 22–54.
- Mills, J., Kroner, D., & Hemmati, T. (2003). Predicting violent behavior through a static-stable variable. *Journal of Interpersonal Violence*, 18(8): 891–904.
- Mitchell, M., Spooner, K., Jai, D., & Zhang Y. (2016). The effect of prison visitation on reentry success: a meta-analysis. *Journal of Criminal Justice*, 47, 74–83.
- McCoy, L. & Miller, H. (2013). Comparing gender across risk and recidivism in nonviolent offenders. *Women & Criminal Justice*, 23(2), 143–162.
- Mears, D., Cochran, J., Bales, W., & Bhati, A. (2016). Recidivism and time served in prison. *Journal of Criminal Law & Criminology*, 106(1), 83–124.
- Minnesota Department of Corrections. (2011). *The Effects of Prison Visitation on Offender Recidivism*. St. Paul, MN: Minnesota Department of Corrections.
- Morash, M., Bynum, T., & Koons, B. (1998). *Women offenders: programming needs and promising approaches*. Washington, DC: National Institute of Justice.
- Morgan, R. & Flora, D. (2002). Group psychotherapy with incarcerated offenders: a research synthesis. *Group Dynamics*, 6, 203–218.
- Olson, D., Stalans, L., and Escobar, G. (2016). Comparing male and female prison releasees across risk factors and post-prison recidivism. *Women & Criminal Justice*, 26(2), 122–144.

- Phelps, M. (2011). Rehabilitation in the punitive era: the gap between rhetoric and reality in U.S. prison programs. *Law and Society Review*, 45(1): 33–68.
- Piehl, A. (1998). Economic conditions, work, and crime. In M. Tonry (Ed.), *The handbook of crime and punishment* (pp. 302–319). New York: Oxford University Press.
- Ryan, J., & Yang, H. (2005). Family contact and recidivism: a longitudinal study of adjudicated delinquents in residential care. *Social Work Research*, 29, 31–39.
- Schafer, N. (1994). Exploring the link between visits and parole success: a survey of prison visitors”. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* (38)1, 17–32.
- Scott, C., Grella, C., Dennis, M., & Funk, R. (2014). Correlates of recidivism over 3 years among substance-using women released from jail. *Criminal Justice & Behavior*, 41(11), 1257–1289.
- Scott, T. & Ruddell, R. (2011). Canadian female gang inmates: risk, needs, and the potential for prison rehabilitation. *Journal of Offender Rehabilitation*, 50(6), 305–326.
- Solinas-Saunders, M. & Stacer, M. (2017). A retrospective analysis of repeated incarceration using a national sample: what makes female inmates different to male inmates? *Victims & Offenders*, 12(1), 138–173.
- Stuart, B. & Brice-Baker, J. (2004). Correlates of higher rates of recidivism in female prisoners: an exploratory study. *The Journal of Psychiatry & Law*, 32, 29–70.
- Sykes, G. (2007). *The society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton: Princeton University Press.
- Taylor, C. (2015). Gendered pathways to recidivism: differential effects of family support by gender. *Women & Criminal Justice*, 25(1), 169–183.
- Thomas, C. & Foster, S. (1973). The importation model perspective on inmate social roles: an empirical test. *Sociological Quarterly*, 14, 226–234.
- Thomas, C. & Peterson, D. (1977). *Prison organization and inmate subcultures*. Indianapolis, IN: The Bobbs-Merrill Company, Inc.
- Tietjen, G., Garneau, C., Horowitz, V., & Noel, H. (2018). Showing up: the gendered effects of social engagement on education participation on U.S. correctional facilities. *The Prison Journal*, 98(3): 359–381.
- Tracy, A., Smith, L., & Steurer, S. (1998). Standing up for education: new CEA study seeks to definitively show correlation between education and reduced recidivism. *Corrections Today*, 60, 144–147.
- Uggen, C. (2000). Work as a turning point in the life course of criminals: a duration model of age, employment, and recidivism. *American Sociological Review*, 65(4), 529–546.
- Wright, E., Van Voorhis, P., Salisbury, E., & Bauman, A. (2012). Gender responsive lessons learned and policy implications for women in prison: a review. *Criminal Justice and Behavior*, 39(12), 1612–1632.

Appendix A. Violent Infraction Description

Homicide
Aggravated Assault/Inmate
Fighting
Threatening
Aggravated Assault/Visitor
Holding Hostage
Disease Transfer
Cause Inmate Injury
Aggravated Assault/Staff
Sexual Assault Staff
Attempted Sexual Assault/Staff
Abusive Sexual Contact/Staff
Assault/Inmate
Assault/Offender
Sexual Assault/Offender
Attempted Sexual Assault/Offender
Abusive Sexual Contact/Offender
Rioting
Inciting Riot
Strong Arming/Intimidation
Cause Staff Injury
Assault/Non-Hospital
Assault/Staff
Assault/Visitor
Refuse w/ Staff Injury
Resist Order w/ Staff Injury
Injure a Visitor
Assault/Hospital
Assault
Holding Hostage
Refuse Medical Order/Injury

Bağışlamanın Geri Alınmasında “Ağır Suç” Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme

“Serious Crime” in Terms of the Withdrawal of the Donation

Cüneyt PEKMEZ¹ 

¹Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

ORCID: C.P. 0000-0001-7703-440X

ÖZ

TBK m. 295 I b.1’de bağışlamanın geri alınması sebepleri arasında düzenlenen bağışlananın bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır suç işlemesi sebebi içerisinde ifade edilen “ağır suç” kavramından anlaşılması gerekeni belirlemek için ikili ayırım yapmak gerekecektir. Birinci ayırım “suç” ifadesi ikinci ayırım ise “ağır” ifadesidir. Bu ayırım salt teorik bir ayırım olarak görülmemelidir. Zira bağışlamanın geri alınması bakımından bağışlanan tarafından işlenen hukuka aykırı fiilin ceza hukuku anlamında bir “suç” teşkil etmesi gerekecektir. Hukuka aykırı fiilin suç olup olmadığının, ceza hukuku bakımından değerlendirilmesinin yeterli olduğu, bu kapsamda hukuka aykırı fiil suç teşkil ediyorsa TBK m. 295 I b.1’de yer alan sebeple bağışlamanın geri alınması bakımından ilk unsuru sağlayacağı söylenebilir. Hukuka aykırı fiilin suç teşkil etmesi, ağır suç işlenmesi sebebine dayanılarak bağışlamanın geri alınması bakımından objektif şartı teşkil eder.

“Ağır suç” kavramı bakımından incelenmesi gereken ikinci husus “ağır” ifadesidir. Bağışlamanın ilgili sebebe dayanılarak geri alınabilmesi bakımından suç teşkil eden hukuka aykırı fiilin ağır olup olmadığı özel hukuk kurallarına göre belirlenecek olup, ceza hukukunda yer alan hususlar bu bakımdan etkili olmayacaktır. Sübjektif unsur (“ağır”) bakımından hakim şu üç unsurun mevcut olup olmadığını incelemelidir: Suçun şükranlılık-minnetsizliği varlığını haklılaştırması, suç nedeniyle bağışlayanın derinden sarsılması ve bu sarsılmanın objektif açıdan haklı görülmesi.

Anahtar Kelimeler: Ağır suç, Bağışlamanın geri alınması, Bağışlayan

ABSTRACT

To understand the concept of “serious crime” based on the Turkish Obligation Code (TOC) 295 I 1, a dual distinction must be made to express the reason for a donee committing a serious crime against a donor or one of his/her relatives. The first distinction required is “crime” and the second is “serious.” When a donation is withdrawn, the offense committed by the donee is characterized as “crime” in terms of criminal law. To evaluate whether the offending act is a crime or not with reference to criminal law is sufficient.

The second distinction required is to define the term “serious.” Whether a crime can be characterized as serious is determined in accordance with the regulations of private law in relation to the withdrawal of donations. When determining the subjective component of seriousness, the judge should examine the following three elements: whether the crime justifies the existence of ingratitude, any damage caused to the donor because of the crime, and the objective justification for this damage.

Keywords: Serious crime, Withdrawal of donation, Donor

Submitted: 27.09.2019 • Revision Requested: 11.10.2019 • Last Revision Received: 10.12.2019 • Accepted: 23.12.2019 •
Published Online: 00.00.2019

Corresponding author: Cüneyt Pekmez, E-mail: cuneytpekmez@hotmail.com

Citation: Pekmez C, ‘Bağışlamanın Geri Alınmasında “Ağır Suç” Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme’ (2019) 7(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 213.

EXTENDED ABSTRACT

Our study examines the concept of “serious crime” that leads to withdrawal of donation. This may be due to the donee committing a serious crime against the donor or one of the donors’ relatives, which can be a reason for the withdrawal of donations, regulated by the Turkish Obligation Code (TOC) art. 295 I b 1. We refer to “severe crime,” as defined in the Turkish Civil Code art. 510, which regulates the grounds for debarment from inheritance. However, evaluations of severe crime that lead to debarment from inheritance may not be valid when considering the grounds for withdrawal of donation. In case of debarment from inheritance, the person whom the legator is debaring from his/her inheritance may be the heir according to the legator, yet there may be no such relationship between the donor and the donee. The proximity between the donor and the donee may not be as intense as in inheritance law. How can the concept of “serious crime” then be interpreted in terms of the withdrawal of donation? Is it possible, in this case, to deploy the assessments of criminal law? In the context of our study, we attempt to find answers to this question. To not exceed the scope of our study, we evaluate the concept of severe crime only with reference to withdrawal of donation.

To gain an understanding of the concept of “serious crime” based on the TOC 295 I 1, a dual distinction must be in place to express the reason for a donee committing a serious crime against a donor or one of his/her relatives. The first distinction is “crime,” and the second distinction is “serious”. This distinction should not be regarded as purely theoretical because when withdrawing a donation, the offense committed by the donee is characterized as “crime” in terms of criminal law. When a donation is withdrawn, the offense committed by the donee is characterized as “crime” in terms of criminal law. To evaluate whether the offending act is a crime or not, referring to criminal law is sufficient. The fact that the offense is characterized as “crime” serves as an objective condition for the withdrawal of a donation when it is a serious crime.

The second distinction required is to define the term “serious.” A crime is characterized as “serious” based on private law regulations in relation to the withdrawal of the donation. The criminal law issue will not be effective in this regard. The private law judge evaluates two types of issues when determining the concept of “serious crime”: objective and subjective. When determining subjective issues, the judge examines the following three elements: whether the crime justifies the existence of ingratitude, any damage caused to the donor because of the crime, and the objective justification for

this damage. The judge should examine the nature of each specific case type, the extent of the donation, the motivation of the donor to donate, the motivation of the donee in relation to the offense, whether the donor is at fault or not, and whether these three elements exist together.

1. Giriş

Çalışmamız kapsamında TBK m 295’de düzenlenen bağışlamanın geri alınmasında, bağışlananın bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır suç işlemesi sebebi içerisinde ifade edilen “ağır suç” kavramı incelenecektir. Bu yapılırken, mirastan çıkarma sebeplerinin düzenlendiği TMK m 510 I b 1’de de kullanılan “ağır suç” kavramı ve bu kavrama ilişkin tespitlerden yararlanılacaktır. Ancak her durumda mirastan çıkarma sebeplerinde yer alan “ağır suç” kavramına ilişkin değerlendirmelerin bağışlamanın geri alınması sebepleri arasında sayılan “ağır suç” kavramı için geçerli olmayabileceği söylenebilir. Zira, sebepleri arasında “ağır suç” kavramının kullanıldığı mirastan çıkarmada, mirasbırakanın mirastan çıkaracağı kişi mirasçısı olmakla birlikte, bağışlayan ile bağışlanan arasında böyle bir ilişki olmayabilir. Bağışlayanın alelade bir kişiye bağışlama yapmayabileceği en azından bir yakınlık olması veya bağışlayanın yakınlık duyması gerektiği hayatın olağan akışına uygun olduğu ileri sürülse dahi bu yakınlık miras hukukundaki kadar yoğun olmayabilir. Peki bağışlamanın geri alınmasında “ağır suç” kavramı nasıl yorumlanmalıdır? Bu hususta ceza hukukunda yer alan değerlendirmelerden yararlanılabilir mi? Çalışmamız kapsamında bu sorulara cevap bulmaya çalışacağız. Hükümün uygulama alanı bulabilmesi için gereken şartlar bakımından hüküm çeşitli açılardan incelenmeye müsaittir. Ancak çalışmamızın kapsamını aşmamak adına, bağışlamanın geri alınmasında sadece “ağır suç kavramı” üzerine değerlendirmelerde bulunacağız.

2. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m 295’de bağışlayanın hangi durumlarda, elden bağışlamayı veya bağışlama sözünü geri alabileceği ve bağışlama konusunun geri verilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. TBK m 295 I b 1;

“Bağışlayan, aşağıdaki durumlardan biri gerçekleşmişse, elden bağışlamayı veya yerine getirdiği bağışlama sözünü geri alabilir ve bağışlananın istem tarihindeki zenginleşmesi ölçüsünde, bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebilir:

1. Bağışlanan, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse.”

düzenlemesini içermektedir. Hükümde açıkça belirtildiği üzere, bağışlanan, bağışlayana veya yakınlarından birine¹ karşı ağır bir suç işlemişse, bağışlayan elden bağışlama gerçekleştirmiş veya bağışlama sözünü ifa etmişse bağışlama sözünü geri alabilecek ve bağışlama konusunun iadesini talep edebilecektir².

3. Bağışlananın Fiilinin “Suç” Teşkil Etmesi

3.1. Genel Olarak

İsviçre Borçlar Kanunu’nda 26. 06. 1998’de yapılan değişiklikten³ önce bağışlamanın geri alınmasını düzenleyen hükümde (OR Art 249) “schwere Verbrechen” ifadesi kullanılmaktaydı. İsviçre Borçlar Kanunu’nun kabul edildiği dönemde İsviçre Ceza Kanunu Tasarısı’nda, ceza hukuku bakımından hukuka aykırı fiiller üçlü bir ayrıma tabiydi. Bu ayrıma göre, hukuka aykırı fiiller, Übertretungen (kabahat), Vergehen (cünha), Verbrechen (cürüm) olarak ifade ediliyor, bu üç şekilde nitelendiriliyordu. 26. 06. 1998’de yapılan değişiklikten önceki düzenleme ceza hukukundaki bu üçlü ayrımı esas almıştır⁴. Ancak daha sonra Ceza Kanunu Tasarısı’nda “Vergehen”

- 1 Bu kapsamda mağdur bağışlayan ya da yakınlarından birisi olmalıdır. (Denise Weingart, OFK-OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz and Roland Fankhauser (eds) (3rd edn, Orell Füssli 2016) Art 249 N 10; bağışlananın üçüncü kişi banka aleyhine işlediği ağır suç nedeniyle mahkum olmasına dayanılarak bağışlayan bağışlamayı geri alamaz. See Nedim Peter Vogt and Annaig L. Vogt, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1- 529 OR in Honsell, Vogt and Wiegand (6th edn, Helbing-Lichtenhahn 2015) Art 249 N 9; OFK/ Weingart Art 249 N 10.
- 2 TBK m 296 (OR Art 250) bağışlama sözünün geri alınma sebeplerini düzenlemekte, TBK m 296 I b 1 (OR Art 250), elden bağışlamada bağışlama konusunun geri verilmesini sağlayabilecek sebepleri, bağışlama sözünün geri alınma sebepleri arasında saymaktadır. TBK m 295 I b 1 (OR Art 249) düzenlemesi elden bağışlamada bağışlama konusunun geri verilmesini gerektiren sebebi içerdiğinden, bu hüküm TBK m 296 I b 1 kapsamında bağışlama sözü verilmiş ancak henüz ifa edilmemişse, bağışlama sözünün geri alınmasında da uygulanır. See Reto Heizmann, *Strafe im schweizerischen Privatrecht Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts* (Stämpfli 2015) N 614; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 1 ff; Ahmet Türkmen, *Bağışlamanın Geri Alınması* (Adalet 2019) 161; diğer deyişle, TBK m 296 I b 1 göz önüne alındığında, TBK m 295 I b 1’de düzenlenen sebep, hem elden bağışlamada bağışlama konusunun geri alınmasının, hem de bağışlama sözü verilmiş henüz ifa edilmemişse ifadan kaçımmanın yanında ifa gerçekleşmişse bağışlama konusunun geri alınmasının sebebinin teşkil etmektedir. Bu nedenle bağışlayana veya yakınlarından birine karşı bağışlananın ağır suç işlemesi halinde, bağışlama konusunun iadesi veya ifa edilmemiş ise bağışlama sözünün geri alınması sağlanabilir.
- 3 Bu değişiklik için see BG 26.06.1998 (Anhang Ziff 2) AS 1999 1118.
- 4 Ceza kanunlarında suç ayrımına ilişkin sistemler arasında yer alan suçları ağırlıklarına göre derecelendirmeye tabi tutan sistemlere göre, üç farklı ayrımı esas alan ceza kanunlarıyla karşılaştırılır. Suçları ayrıma tabi tutan ceza kanunlarından, ikili, üçlü ve dörtlü ayrımı benimseyen ceza kanunlarına rastlanılır. İkili ayrımı esas alan ceza kanunları 1) cürüm, kabahat veya 2) cürüm, cünha şeklindeki ayrımları kullanır(Örneğin, Alman Ceza Kanunu, Avusturya Ceza Kanunu). Üçlü ayrımı gözönüne alan ceza kanunları ise, cürüm-cünha kabahat (hafif suç) şeklinde üçlü ayrımı benimser. (Örneğin İsviçre Ceza Kanunu, Fransız Ceza Kanunu). Bu değerlendirme için bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, ‘Suç-Kabahat Ayrımı İdari Ceza Hukukunun Temelleri’ in İlhan Ulsan, Funda Başaran Yavaşlar (eds), *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu* (Seçkin 2009) 27-28; Elif Bekar, ‘Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2011) (1-2) İÜHF 1033,1034. Konumuz itibariyle önce İsviçre Ceza Tasarısında bu üçlü ayrım benimsenmiş, daha sonra ikili ayrıma geçilmiştir.

kaldırılarak, bu kapsamda yer alan hukuka aykırı fiiller "Verbrechen" çatısı altına yerleştirilmiştir^{5,6}. Türk Hukuku'nda ise İsviçre Borçlar Kanunu'nda "schwere Verbrechen" ifadesinin karşılığı olarak, önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK) m. 244'de "ağır cürüm" ifadesi kullanılmıştır.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda 26.06. 1998'de yapılan değişiklikle "Verbrechen" kavramı, "Straftat" olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklikle İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki ifade İsviçre Ceza Kanunu ve Ceza Hukuku terminolojisine uygun hale getirilmiştir⁷. Ancak bu kavramın tercih edilmesi sebebi, redaksiyon amacına matuf olup, kanunun yorumunda bir değişikliği gerektirmemiştir. Bu nedenle İsviçre'deki çoğunluk görüşü ve yargı uygulaması geçerliliğini korumakta, Verbrechen (cürüm) ya da Vergehen(cünha) niteliğinde olsun fiil "Straftat"(suç) niteliğinde ise bağışlamanın geri alınması için gereken ilk şartı sağlamaktadır⁸.

İsviçre'de durum bu yönde iken, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 295 I b.1'de "ağır cürüm" kavramı yerini "ağır suç" kavramına bırakmış, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki değişiklikle lafız bakımından paralellik sağlanmaya çalışılmıştır. Bu sebeple hükmün lafzı ve mehzar kanundaki değişiklik süreci göz önüne alındığında ilk planda bağışlamanın geri alınması için bağışlananın

5 Mirastan çıkarma bakımından yapılan bu değerlendirme için see Michael Gubser, *Strafentberung de lege lata-de lege ferenda, unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Rechts* (Zürich 2001) 51-52; Kürşad Yağcı, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai İskat)* (On İki Levha 2013) 115 dn 60; aynı husus bağışlamanın geri alınması için de geçerlidir.

6 Bu değişiklikten sonuç çıkararak azımlık görüşe göre, mirasçılıktan çıkarmayı düzenleyen ZGB Art 477 I b 1'de "Verbrechen" ifadesinin önüne "schwere" ifadesi eklenmek suretiyle cünhaların (Vergehen) göz önüne alınmamasının amaçlandığı söylenebilir. İsviçre Ceza Kanunu Tasarı görüşmelerinde Verbrechen-Vergehen ayrımının ortadan kaldırılmasıyla, bütün Verbrechen'lerin mirasçılıktan çıkarma için aranan haklı neden olması kabul edilemez. Bu görüş için see Arnold Escher, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II Das Erbrecht, I Abt.: Die Erben Art. 457-536* (3th edn, Schulthess 1959) Art 477, N 13; A. Rıza Çubukgil, 'Mirastan Adi İskatin Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri' (1950) (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 441, 449; aksi yöndeki görüş, suç kavramına giren fiilin gerçekleşmesinin mirastan çıkarma bakımından gerektiği, aykırı fiilin "Verbrechen" ya da "Vergehen" olarak ayrılmasının önem arz etmediği, ağır ifadesinin "Vergehen"ı dışlamaya yönelik olmadığı yönünde see Gubser (n 5) 52; Balthasar Bessenich, 'Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457- 977 ZGB' in Honsell, Vogt and Geiser (3th edn, Helbing-Lichtenhahn 2006) Art 477 N 4; Yağcı (n 5) 117; bağışlamanın geri alınması hususunda aynı yönde değerlendirmeye göre "Vergehen"ler de yeterli olabilir. See BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 9; OFK/ Weingart Art 249; N 9; Beat Schönenberger, 'CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art 184 - 318 OR' in Markus Müller-Chen, Claire Huguenin (3th edn, Schulthess 2016) Art 249 N 4; Felix Horat, *Grundstückschenkungen mit Nutznießungs- oder Wohnrechtsvorbehalt* (Schulthess 2018) 34.

7 Mirasçılıktan çıkarma bakımından aynı yönde see BaslerK/ Balthasar Art 477 N 4; Yağcı (n 5) 116.

8 BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 9; mirasçılıktan çıkarma bakımından aynı yönde değerlendirme için see Yağcı (n 5) 117-118; Gubser (n 5) 52; BaslerK/ Balthasar Art 477 N 4.

bağışlayana veya yakınlardan birine karşı ceza hukuku kapsamında yer alan bir “suç” işlemesi gerektiği söylenebilir⁹. Bunun sonucu olarak kabahatlerin (Übertretungen) bağışlamanın geri alınması sebepleri arasında belirtilen “suç” kavramı içerisine girmeyeceği kabul edilebilir¹⁰.

3.2. Fiilin “Suç” Niteliğinin Ceza Hukuku Kurallarına Göre Belirlenmesi

TBK m. 295 I b.1’de bağışlamanın geri alınma sebebi olarak ağır suç işlenmesi ve bu kapsamda öncelikle “suç” işlenmiş olması arandığına göre, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı yönelen fiilin suç teşkil etmesi gerekir. Bu kapsamda, bağışlamanın geri alınmasında hangi hukuka aykırı fiilin “suç” teşkil edeceği ceza hukuku kurallarına göre belirlenecektir¹¹. Ceza hukuku kurallarına göre, bir fiilin suç

9 OFK/ Weingart Art 249 N 9; CHK/ Schöenberger Art 249 N 4; Horat (n 6) 34; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (4th edn, Yetkin 2017) 298; Türkmen (n 2) 177; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Bağışlama Sözleşmesi (Adalet 2016) 324; geniş yorumlanması gerektiği yönünde aksi yönde görüş için see Ezgi Kutluay, Bağışlama Sözleşmeleri (Turhan 2016) 142; Alman Hukuku’nda durum farklıdır. Aykırı fiilin suç teşkil etmesi gerekmemekte, biri objektif biri subjektif iki unsur aranmaktadır. Buna göre, objektif olarak aykırı fiilin ağırlığına ilişkin belirli bir ölçü, subjektif bakımdan ise şükranlılık-minnetsizlik olarak kabul edilebilecek nitelikte bir aykırılığın olması aranır. Hatta fiilin objektif bakımdan hukuka aykırı olması aranmamakta, ahlaka aykırılık da şartlar mevcutsa bağışlamanın geri alınması sebebi teşkil edilmektedir. Herhalde bütün durum ve şartlar değerlendirilerek aykırı fiilin yeterli ağırlığa sahip olup olmadığı belirlenecektir. See Renate Dendorfer-Ditges and Philipp Wilhelm, ‘Nomos Kommentar zum Bürgerlichesgesetzbuch, Schuldrecht’ in Dauner-Lieb and Langen (3th edn Nomos 2016) §530 N4; Markus Gehrlein, Beck’scher Online Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch 8. Abschnitte, in Bamberger, Rothau and Poseck 4. Teil, §516-534, (Beck 2019) §530 N 3; Jens Koch, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4 Schuldrecht Besonderer Teil I §§433-534, (8 th edn Beck 2019) § 530 N 2-4.

Mirastan çıkarmada bu husus tartışmalı olmakla birlikte baskın görüş, mirastan çıkarma sebebi olabilecek aykırı fiilin ceza hukuku kapsamında suç niteliğinde olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu tartışma ve görüşler için see Yağcı (n 5)118-120.

10 OFK/Weingart Art. 249 N 9; CHK/ Schöenberger Art. 249 N 4; Horat (n 6) 34; Kutluay 142; Eren (n 9) 298; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N. 9; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 120-121 dn 73; Gubser (n 5) 52; BaslerK/ Balthasar Art 477 N 4; ayrıca see BGE 73 II 208; aksi yönde görüşe göre, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması ve ayrı bir kanunda düzenlenmesinin arkasında yatan temel düşüncenin bunların ceza yargılamasını konu edilmesinin önüne geçilmesi, “suç” için söz konusu olabilecek özgürlüğü kısıtlayıcı etkinin kabahatler bakımından önlenmesine yönelik olduğu, bu nedenle bağışlamanın geri alınmasındaki suç kavramının farklı değerlendirilmesi gerektiği, ceza hukukundaki bu değişikliğin kabahatlerin bağışlamanın geri alınmasındaki suç kavramı içerisinde yer almasını engellemeyeceği, nihai şekilde kabahatlerin bağışlamanın geri alınmasında dikkate alınmayacağıнын söylenemeyeceği yönünde see Türkmen (n 2) 180; kanımızca yürürlükte olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun, kabahatleri suç olmaktan çıkararak Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yürürlüğe girdiği, eBK m. 244’de “cürüm” kavramının işaret ettiği ceza hukuku kapsamında değerlendirilen “suç” kavramının, Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmedeği dönemde dahi kabahatleri içermeyecek şekilde yorumlandığı, kaldı ki değişiklik öncesi İsviçre Hukuku’nda dahi kabahatlerin (Übertretung) ağır suç kavramı içerisinde değerlendirilmediği yönünde gerekçeler (Mirastan çıkarma bakımından aynı yönde gerekçeler için see Çubukçü 441, 449; Yağcı (n 5) 120 dn 73) dikkate alındığında, kabahatlerin, bağışlamanın geri alınması sebepleri arasında yer almayacağı söylenebilir.

11 OFK/ Weingart Art 249 N 10; CHK/ Schöenberger, Art 249 N 4; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 9; Horat (n 6) 34; Türkmen (n 2) 177.

teşkil etmesi için; Tipiklik, Maddi Unsur, Manevi Unsur ve Hukuka Aykırılık şeklinde dört unsur bulunmalıdır¹².

3.2.1. Tipiklik

Tipiklik, fiilin Türk Ceza Kanunu, yan ceza kanunları ya da özel suç tipleri düzenleyen kanunlarda yer alan suç tanımlarından birinin içerisinde yer almasını ifade eder¹³. Bu bakımdan suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde bir kanun tarafından ceza yaptırımını öngörülmüş olan ve suç olarak nitelendirilen her hukuka aykırı fiil, bağışlamanın geri alınması için gerekli olan “suç” kavramını karşılayacaktır. Bu kapsamda hukuka aykırı fiil herhangi bir kanunda yer alan “suç” kategorisi içerisinde yer almıyorsa bağışlamanın geri alınması için yeter sebep teşkil etmeyecektir. Sonuç itibariyle bağışlayana veya yakınlarına karşı gerçekleşen hukuka aykırı fiil kanunilik ilkesi çerçevesinde bir kanun kapsamında suç kategorisi içerisinde yer alan bir fiil olmalıdır.

3.2.2. Maddi Unsur

Suçun maddi unsurları kapsamında öncelikle ceza hukuku bakımından suçun konusu olan “fiil” incelenmelidir¹⁴. Bu kapsamda fiil, bir icrai veya ihmali bir davranış şeklinde görülebilir. Bu aykırı fiilin gerçekleşmesiyle ya bir netice ortaya çıkmakta ve bu netice ile hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağının varlığı aranmakta; ya da sırf hareket suçları olarak nitelendirilen suçlar bakımından netice aranmaksızın tipik hareketin gerçekleştirilmesi ile suç oluşmaktadır¹⁵. Bu hukuka aykırı fiilin gerçekleşmesiyle bir

-
- 12 Ceza Hukuku bakımından suçun unsurlarının nelerden oluştuğu ve nasıl incelenmesi gerektiği hususunda çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. (Bu teoriler ve ayrımlar için see Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin and Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn, Adalet 2017) 199ff; Veli Özer Özbek, Koray Doğan and Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10th edn, Seçkin 2019) 194ff; bu kapsamda suçun unsurları bakımından metinde belirtilen unsurların incelenmesi yönünde tercih yapan değerlendirmeden yola çıkarak suçun unsurlarını incelemeye çalıştık. Metinde belirtilen unsurları suçun unsuru olarak incelemeyi tercih eden değerlendirme için see İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12th edn Seçkin 2016) 141ff; Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 220; krş. Bahri Öztürk and Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (18th edn, Seçkin 2018) 165ff; Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12 th edn, Seçkin 2019) 104 ff; mirastan çıkarma hususunda aynı yöntemle inceleme için see Yağcı (n 5) 121-122.
- 13 Özgenç (n 12) 157ff; Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 221ff; Öztürk and Erdem (n 12) 185ff; Koca and Üzülmöz (n 12) 104-105; Özbek, Doğan and Bacaksız, (n 12) 208 ff; Yağcı (n 5) 122.
- 14 Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 231ff; Özgenç (n 12) 162ff; tartışmalı olmakla birlikte suçun maddi unsurlarının konu, fail, mağdur, fiil, nedensellik bağı, objektif isnadiyet, neticeden oluştuğu kabul edilmektedir (Bu unsurlar için bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 231ff; Özgenç (n 12) 162ff; bu hususları tipiklik içerisinde inceleyen değerlendirme için see Öztürk and Erdem (n 12) 190ff; Koca and Üzülmöz (n 12) 112ff; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 210ff; biz bu başlık altında sadece çalışmamız bakımından önem arz ettiğini düşündüğümüz unsurları incelemeyi tercih ettik.
- 15 Nitekim netice suç tipinde gösteriliyorsa ceza hukuku bakımından önem arz eder see Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 270; Özgenç (n 12) 173; Koca and Üzülmöz (n 12) 126-127; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14th edn, Seçkin 2019) 241; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 226;

netice ortaya çıkmakta ve bu netice ile hukuka aykırı fiil arasında illiyet bağının varlığı gerekmektedir. Suçun, kural olarak ilk planda icrai hareketleri tamamlanmış bir hukuka aykırı fiil ile işlendiği söylenebilir.

Kural bu yönde olmakla birlikte Türk Ceza Kanunu bazı hallerde icrai hareket tamamlanmamış olsa dahi, icrai harekete başlanmış olmasının (teşebbüs) da cezalandırılacağını düzenlemektedir. Bağışlamanın geri alınması bakımından suç kapsamında yer alan hukuka aykırı fiil bakımından icrai hareketlerin tamamlanmış olması gerekmekte, icrai hareketlere doğrudan doğruya başlanmış olması yeterli olmaktadır¹⁶.

Bağışlayanın, ister teşebbüs aşamasında kalmış, isterse tamamlanmış olsun, hukuka aykırı fiili tek başına gerçekleştirip gerçekleştirmediği önem arz etmez¹⁷. Bu kapsamda bağışlayanın, fiile iştirak etmesi(TCK m. 37 I), azmettiren(TCK m 38) veya yardım eden (TCK m. 39) olarak fiile katılmış olmasının veyahut bir başkasını suç işlemede aracı olarak kullanması (TCK m. 37 II) bağışlamanın geri alınması bakımından önem arz etmez¹⁸.

3.3.3. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuruyla ifade edilen, suçun kasten veya taksirle işlenmiş olmasıdır. Bu açıdan manevi unsur suçun işleniş şeklini ifade eder¹⁹. Suçun kasten işlenmesi kural olsa da (TCK m. 21 I), suçun taksirli hali ilgili kanunda açıkça düzenlenmişse taksirle işlenen suçlar (TCK m. 22 I)²⁰ da bu kapsamda değerlendirilir. Zira taksirli suçlar, suç kategorisinde düzenlendiği sürece, bağışlamanın geri alınması bakımından hukuka aykırı fiilin “suç” teşkil etmesi şartını gerçekleştirecektir. Ancak taksirli suçlarda,

-
- 16 OFK/Weingart Art 249 N 11; Horat (n 6) 34; Eren (n 9) 298; Türkmen (n 2) 178; Vardar Hamamcıoğlu (n 9) 324; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5)123-124; Peter Weimar, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art 457-516 ZGB* (Stämpfli 2009) Art 477 N 8.
 - 17 OFK/Weingart Art 249 N 11; CHK/ Schönenberger Art 249 N 4; Horat (n 6) 34; Türkmen (n 2) 178; Eren (n 9) 298-299; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5)124-125.
 - 18 OFK/Weingart Art 249 N 10; CHK/ Schönenberger Art 249 N.4; Horat (n 6) 34; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 124-125, 124 dn 89.
 - 19 Bu hususa ilişkin değerlendirmeler için see Özgenç 221; Yağcı (n 5) 126; Artuk, Gökçen, Alshahin and Çakır (n 12) 315ff; manevi unsur, hukuka aykırı fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade eder. Bu bağ kurulmadığı sürece bir suçun varlığından bahsedilemeyecektir. Ancak bu unsurun kusurluluk ile karıştırılmaması gerekir. Kusur, işlediği hukuka aykırı fiille ilgili olarak kişi bakımından yapılan bir değerlendirmeyi ifade ederken, manevi unsur kişinin şahsi özelliklerinin dikkate alınmaksızın fiil hakkında yapılan bir değerlendirmedir. See Özgenç (n 12) 221; kast ve taksirin kusurluluk içerisinde değerlendirilmesine ilişkin see Öztürk and Erdem (n 12)169; Demirbaş (n 15) 368ff; kast ve taksirin, tipe uygunluk içerisinde sübjektif nitelikteki unsurlar başlığı altında inceleyen değerlendirme için see Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 252ff; Koca and Üzülmöz (n 12) 143ff.
 - 20 Kural olarak taksirli suçların bağışlamanın geri alınması sebebi teşkil etmeyeceği yönünde see Türkmen (n 2) 179; Merve Yılmaz, *Bağışlamanın Sona Ermesi* (On İki Levha 2011) 101-102.

bağışlamanın geri alınması bakımından suçun ağır bir suç olup olmadığı hususu kasten işlenen suçlara nazaran daha dar değerlendirilebilecektir. Bu açıdan suçun taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse, suç olmak bakımından değil, suçun ağır olup olmadığı bakımından değerlendirilebilir. Herhalde taksirli hali ilgili kanunda düzenlenmemişse bu halde fiil, bağışlamanın geri alınması kapsamında suç teşkil etmeyecektir. Suçun kasten mi yoksa taksirle mi işlendiği hususu ceza hukuku kurallarına göre belirleneceğinden, özel hukuk hakimi bu bakımdan ceza hukuku kurallarıyla bağlı olacaktır²¹. Bu kapsamda, ceza hukuku bakış açısı içerisinde hukuka aykırı fiilin taksirle işlendiği belirlenmesine rağmen fiilin taksirli hali, kanunda dayanağını bulan suç kategorisi içerisinde yer almıyorsa, fiil suç teşkil etmeyeceğinden, hukuka aykırı fiil bağışlamanın geri alınması bakımından yeterli sebep teşkil etmeyecektir.

3.3.4. Hukuka Aykırılık

Bağışlamanın geri alınması bakımından, bağışlayana veya yakınlarına karşı işlenen aykırı fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemiş olması, hukuka aykırı bulunması gerekir. Aslında bu unsur kapsamında ceza hukuku kuralları göz önüne alındığında aranan husus, hukuka uygunluk sebeplerinden en az birinin mevcut olmamasıdır²². Fiil gerçekleşmiş olmasına rağmen, hukuka uygunluk sebeplerinden birisi varsa suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmemiş demektir. Zira ceza hukuku bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller fiilin suç teşkil etmesini engelleyeceğinden, fiil bağışlamanın geri alınması bakımından yeterli sebep teşkil etmez²³.

Ceza Hukuku bakımından hukuka uygunluk sebepleri arasında kanunun hükmü veya amirin emri (TCK m. 24 I ve II), meşru savunma(TCK m. 25 I) ve hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (TCK m. 26) sayılabilir²⁴. Zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi

21 Türkmen (n 2) 179; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 126.

22 Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 403ff; Özgenç (n 12) 287ff; Koca and Üzülmöz (n 12) 272ff; Öztürk and Erdem (n 12) 232ff; Demirbaş (n 15) 269ff; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 277-278.

23 Türkmen (n 2) 179; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 127.

24 Hukuka uygunluk sebepleri için see Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 408ff; Özgenç (n 12) 297ff; Öztürk and Erdem (n 12) 234ff; Demirbaş (n 15) 276ff; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 280ff ayrıca see Tuba Kelep Pekmez, *AIHM İçtihatları Bağlamında Türk ve Anglo Sakson Hukukunda Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi* (On İki Levha 2015) 79ff; Elif Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013) 85ff; Muhammed Demirel, *Amirin Emri* (On İki Levha 2014) 51ff.

mi yoksa kusurluluğu etkileyen bir sebep mi olduğu tartışmalıdır²⁵. Bu tartışma bağışlamanın geri alınması çerçevesinde teorik bakımdan önem arz eder nitelikte görülebilir. Çünkü zorunluluk hali hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse hukuka aykırı fiil suç teşkil etmeyecek, bu kapsamda suçun ağır olup olmadığı incelemesi yapmaya gerek kalmayacaktır. Şayet zorunluluk hali kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilirse aykırı fiil suç teşkil etmekle birlikte, zorunluluk hali suçun ağır olup olmadığının değerlendirilmesinde göz önüne alınacaktır. Ancak bu değerlendirme göz önüne alındığında dahi zorunluluk hali mevcutsa, olayların büyük çoğunluğunda aykırı fiilin minnetsizlik-şükranlılığı haklılaştırması gerektiği hususu mevcut olmayabileceğinden özel hukuk hakimii aykırı fiili ağır bir suç olarak değerlendirmeyebilir²⁶. Sonuç itibarıyla zorunluluk hali mevcut olduğu sürece, kural olarak, bağışlamanın geri alınması bakımından yeterli sebebin mevcut olmadığı söylenebilir²⁷.

25 Bu tartışmaya göre bir görüş zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğunu ileri sürerken (Öztürk and Erdem (n 12) 253); diğer görüş, zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir sebep olduğunu ileri sürer. See Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 502; Koca and Üzülmöz (n 12) 345-346; Özgenç (n 12) 405; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 376ff aynı yönde görüş ve tartışmaya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için see Bekar, (n 24) 85ff; TCK m. 25 II'nin madde gerekçesinde, kanun koyucu zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu değerlendirme için see Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 502 dn 41; Koca and Üzülmöz (n 12) 346; Demirbaş (n 15) 297; Yağcı (n 5) 128 dn 105; Bekar, (n 24) 86.

26 Ağırlığın belirlenmesi hususunda gözönüne alınacak unsurlar için see aşağıda IV C.

27 Aynı yönde see Türkmen (n 2) 179; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde görüş için see Yağcı (n 5) 129 dn 108; mirastan çıkarmada, suçun unsurlarını ortadan kaldıran hata halinde, hatanın çıkarma için yeter sebep teşkil etmeyeceği yönünde see Ibid 129; aynı husus bağışlamanın geri alınması bakımından da geçerlidir.

Bu hususta bağışlananın suçun mağdurunun bağışlayan veya yakınlarından biri olduğunu bilmemesi halinde acaba bağışlamanın geri alınması söz konusu olacak mıdır sorusu akla gelmektedir. Aynı soru mirastan çıkarmada da gündeme gelmiştir. Bu hususta ortaya çıkan tartışmada ileri sürülen görüşlerden birine göre, mirasçılıktan çıkarmada failin yöneldiği saik veya iradenin ikinci planda olduğu, çıkarmada fiilin mirasbırakanda uyandırdığı psikolojik etki ve aile bağına verilen zararın dikkate alınması gerektiği, bu nedenle bilip bilmemesinin önemli olmadığı ileri sürülmüştür. See Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku* (3th edn, Filiz 1987) 311; ikinci görüşe göre ise çıkarmanın amacının mirasçıyı cezalandırmak olduğu, mirasbırakanı tanımayan ya da mağdurun mirasbırakanın yakını olduğunu bilmeyen kişinin aile bağlarını koparmaya yönelik iradesinden bahsedilemeyeceğinden mirastan çıkarma yaptırımı uygulanmayacaktır. Bu tartışma ve görüşler için see Yağcı (n 5) 142.

Bağışlamanın geri alınması bakımından ileri sürülen bir görüşe göre, bağışlamanın geri alınmasında, kurumun amacı, bağışlayana karşı kusurlu davranışıyla vefasızlık gösteren kişinin cezalandırılması olduğundan bağışlananın iyilikbilmezliğinden söz edilebilmesi için bu durumu biliyor olması gerekir. See Türkmen (n 2) 183; kanımızca çıkarmada farklı olarak bağışlamanın geri alınmasında, bağışlananın cezalandırılması amacı ön planda değildir, bağışlayanın şükranlılığının ödüllendirilmesini engellemek bu surette bağışlayanın malvarlığı değerinin korunması amacı ön plandadır (See Heizmann, (n 2) N 616ff; aksi yönde görüşe göre, bağışlamanın geri alınması bağışlananın iyilikbilmezliğinin cezalandırılmasına yönelir. See Türkmen (n 2) 172; bağışlamanın geri alınmasında, bağışlayan ile bağışlanan arasında koparılması gereken bir aile bağının da olması beklenemeyecektir. Dolayısıyla objektif bakımdan işlenen suçun mağdurunun bağışlayan veya yakınlarından birisi olmasının yeterli olabileceği söylenebilir de, fiilin şükranlılığı-minnetsizliği haklı kılması gerektiği göz önüne alındığında, hata hali kanımızca suçun ağır olup olmadığı kapsamında değerlendirilebilir. Bu nedenle böyle bir hata halinde, hukuka aykırı fiil bağışlayanın bağışlamayı geri alabilmesi için yeterli sebep teşkil etmeyebilir.

4. Ceza Hukuku Kurallarının Bağlayıcı Olmadığı Haller

4.1. Genel Olarak

Bağışlamanın geri alınma sebebi teşkil edebilmesi için aykırı fiilin suç teşkil etmesi ve suç kategorisi içerisinde yer alan fiilin gerçekleşmiş olması gerekir. Ancak aykırı fiil suç teşkil etmesine rağmen ceza hukuku kuralları kapsamında yer alan çeşitli sebeplerle aykırı fiile yaptırım bağlanmayabilir. Bu sebepler arasında; suçun kovuşturulmasına veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, failin ceza hukuku bakımından kusurlu olmadığına hükmedilmesi gibi sebepler gösterilebilir. Bu açıdan bu sebeplerin ayrıca incelenmesi gerekir.

4.2. Kusurluluk

Bağışlamanın geri alınmasında, bağışlananın suç teşkil eden fiili bağışlayana veya yakınlarından birine karşı kusurlu bir irade ile işlemiş olması gerekir. Ancak kusurluluk ceza hukuku kurallarından ve ceza hakiminin kusura ilişkin tespitinden farklı şekilde ele alınmalı özel hukuk kurallarına göre belirlenmelidir. Bu açıdan özel hukuk hakimi, ceza hakiminin ceza hukuku kurallarına göre failin kusurluluğuna yönelik tespitleriyle bağlı değildir. Bağışlamanın geri alınmasında suç işleyen bağışlananın kusurluluğu özel hukuk kurallarına göre belirlenecektir²⁸.

Aynı şekilde, bağışlayanın suçun işlenmesinde bir kusuru varsa, birlikte kusur gündeme gelecek, birlikte kusur ise özel hukuk kurallarına göre belirlenecektir. Bağışlayanın kusuru, bağışlananın fiili ile sonuç arasındaki illiyet bağımlı kesiyorsa ya da bağışlananın kusurluluğunu ortadan kaldırıyorsa, bağışlananın fiili bağışlamanın geri alınması bakımından yeterli sebep teşkil etmez. Ancak fiil suç teşkil etmekle birlikte bağışlananın bu fiiline bağışlayanın etkisi bakımından, bağışlayanın kusuru bu derece ağır değilse, illiyet bağımlı kesmiyor veya kusurluluğu ortadan kaldırmıyorsa bağışlayanın kusuru suçun ağırlığının değerlendirilmesinde etkili olacak, bu kapsamda bağışlananın hukuka aykırı fiili daha hafif değerlendirilebilecek²⁹, bağışlamanın geri alınmasında "ağır suç" şartının oluşmadığından bahsedilebilecektir.

4.3. Objektif Cezalandırma Koşulları ve Şahsi Cezasızlık Nedenleri

Ceza Hukukunda tipik bir suçun işlenmesi cezalandırma bakımından yeterli olmayabilir. Bunun yanında belirli bazı ek şartların varlığı gerekebilir. Bu anlamda

28 Mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 130-131.

29 BeckOK/ Gehrlein §530 N 3.

failin cezalandırılması bakımından suçun unsurları dışında ek şartın aranması objektif cezalandırma koşulları olarak nitelendirilir. Bu sebepler adından da anlaşılacağı üzere kişiden kişiye değişen sebepler değildir. Örneğin, hileli iflas suçunda iflas kararının verilmesi, basın yoluyla işlenen suçlarda yayının gerçekleşmesi objektif cezalandırma koşulları arasında yer alır³⁰. Bağışlamanın geri alınması bakımından suçun unsurları mevcut olduğu sürece, hukuka aykırı fiil suç niteliğinde olacağından ayrıca objektif cezalandırma koşulunun varlığı aranmayacaktır. Zira suç bütün unsurlarıyla birlikte gerçekleşmiş olduğu ihtimalde, bağışlamanın geri alınması bakımından gerekli şartı sağlamakta, ceza hukuku kurallarına veya ceza politikasına göre o suça ceza verilmesi için aranan ek şartın varlığı bağışlamanın geri alınması bakımından aranmamalıdır.

Objektif cezalandırılabilme koşullarında cezalandırılma bakımından ek şart aranmaktadır. Ancak şahsi cezasızlık nedenlerinde ise, faile ek şartın varlığı halinde ceza verilmemektedir. Şahsi cezasızlık nedenleri, failin sadece kendisinde bulunan ek şart nedeniyle cezalandırılmasının engellenmesini ifade eder³¹. Ancak objektif cezalandırılabilme koşullarında olduğu gibi şahsi cezasızlık nedeni de bağışlamanın geri alınmasını engellemez. Kendisinde şahsi cezasızlık nedeni bulunan failin hukuka aykırı fiili suç teşkil ediyorsa, bu durumda bağışlamanın geri alınması için gerekli olan suç unsuru sağlanmış olacaktır.

4.4. Bağışlamanın Geri Alınmasında Suçun Kovuşturulmasının veya Cezaya Hükmedilmesinin Zorunlu Olmaması

Bağışlamanın geri alınması bakımından, hukuka aykırı fiilin suç teşkil etmesi gerekli olduğundan, fiilin suç olma özelliği devam ettiği sürece suça ilişkin cezaya hükmedilmesi veya kovuşturmaya geçilmesi gerekmez³². Fiil suç olma özelliğini devam ettirmekle birlikte, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi veya ceza kovuşturmasının yapılmamış olması bağışlamanın geri alınması bakımından önem arz etmez.

Ceza hakimi, etkin pişmanlık, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, şahsi cezasızlık sebebinin varlığını tespit etmişse, CMK m. 223 IV'e göre, "ceza verilmesine yer olmadığına" karar verir. Ceza hukuku bakımından suç teşkil eden fiile

30 Öztürk and Erdem (n 12) 169-171; Özgenç (n 12) 648ff; Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 589ff; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 438.

31 Öztürk and Erdem (n 12) 171-172; Özgenç (n 12) 628ff; Artuk, Gökçen, Alşahin and Çakır (n 12) 583ff; Özbek, Doğan and Bacaksız (n 12) 438.

32 OFK/ Weingart Art 249 N 10; CHK/ Schönenberger Art 249 N 4; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 9; Horat (n 6) 34; Eren (n 9) 298; Türkmen (n 2) 178-179; Vardar Hamamcıoğlu (n 9) 324.

ilişkin böyle bir karar verilmiş olması, ceza veya dava zamanaşımının geçmiş olması, genel veya özel af nedeniyle yaptırımın uygulanmaması ya da cezanın ertelenmiş olması, şikayete bağlı suçlarda şikayetin yapılmamış olması³³ veya şikayetin geri alınması³⁴ halleri bağışlamanın geri alınması bakımından önemli değildir³⁵. Fiil suç niteliğini koruduğu sürece bağışlamanın geri alınmasında bu haller özel hukuk hakimini bağlamaz.

5. Suçun “Ağırılık” Teşkil Etmesi

5.1. Genel Olarak

Bağışlananın suç teşkil eden fiili tek başına bağışlamanın geri alınması bakımından yeterli değildir. Ayrıca TBK m. 295 I b. 1 'e göre, suç teşkil eden fiilin “ağır” olması gerekir. Bunun sonucu olarak şu sorular akla gelmektedir: Suçun ağırlığı neye göre belirlenecektir? Suçun ağır olup olmaması bakımından ceza hukuku kuralları etkili midir? Bağışlamanın geri alınmasında mirastan çıkarma için belirtilenlerden ne ölçüde yararlanılabilir? Ağırlığın belirlenmesinde dikkate alınabilecek kriter(ler) var mıdır?

Doktrinde hemen hemen oybirliğiyle kabul edildiği üzere³⁶, bağışlamanın geri alınmasında suçun ağırlığı ceza hukuku kurallarına göre değil, özel hukuk kurallarına göre tespit edilecektir. Dolayısıyla suç teşkil eden fiilin ağır olup olmadığını hukuk hakimisi takdir yetkisini kullanmak suretiyle özel hukuk kurallarına göre belirleyecek, ceza hukuku kurallarına göre suçun ağır olup olmadığıyla bağlı olmayacaktır. Bu kapsamda malvarlığına karşı işlenen suçlar da bağışlamanın geri alınması sebebi teşkil edebilecektir.

Bağışlamanın ilgili sebebe dayanılarak geri alınabilmesi bakımından suç teşkil eden hukuka aykırı fiilin ağırlığının özel hukuk kurallarına göre belirleneceğinin kabul edilmesi karşısında, ceza hukukunda ağır suçun ne olduğuna ilişkin gerek mülga gerekse mevcut ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler çerçevesinde yapılan değerlendirmeler bu bakımdan etkili olmayacaktır. Zira gerek İsviçre ve Türk doktrininin ağır suç kavramının özel hukuk kurallarına göre yorumlanmasının oybirliğiyle kabul edilmesi gerekse ceza hukukunda ağır suç kavramına ilişkin belirtilenlerin hükmün

33 Bazı suçlar bakımından şikayet soruşturmaya başlanabilmesi için gerekli olduğundan, ancak şikayet, aykırı fiilin suç vasfını değiştirmedikçe, şikayete bağlı suçlarda şikayetin yapılmamış olması bağışlamanın geri alınması bakımından önem arz etmez.

34 Şikayetin geri alınması, uzlaşma, etkin pişmanlıktan yararlanma vakianın affedilmesi anlamı taşımadıkça geri alma hakkının kullanılmasını engellemeyeceği yönünde görüş için see Türkmen (n 2) 179.

35 OFK/Weingart Art 249 N 10; CHK/ Schöenberger Art 249 N 4; Horat (n 6) 34; Türkmen (n 2) 179; mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 130-131.

36 OFK/Weingart Art 249 N 9; CHK/ Schöenberger Art 249 N 4; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 9; Horat, (n 6) 35; ZürcherK/ Escher Art 477 N 13; Türkmen (n 2) 177; Obergericht I. Zivilkammer Urteil von 26. 06. 2015, ZR 2015/ 114, 202, E. 7. 10. 1; mirastan çıkarma bakımından ayrıca see BGE 73 II 208.

uygulama alanını amaca uygun olmayacak şekilde daraltacak olması karşısında ağır suç kavramının ceza hukuku kurallarına göre **yorumlanmaması** gerekir.

Ceza hukuku kurallarına göre ağır suç kavramı bir an için kabul edilirse; örneğin hakaret suçunun veya malvarlığına ilişkin ağır suç niteliğinde görülemeyecek bir suçun işlenmesi halinde özel hukuk bakımından ağırlığın tespitinde aranması gereken aşağıda inceleyeceğimiz kriterler mevcut olsa dahi bu suçlar “ağır suç” niteliğinde olmadığından bağışlamanın geri alınması için yeter sebep teşkil etmeyecek, hükmün uygulama alanı hükmün amacına uygun olmayacak şekilde sınırlandırılmış olacaktır.

Özel hukuka göre belirlenecek ağırlığın tespitinde ise, özel hukuk bakımından hangi suçların ağır suç kabul edileceğine ilişkin bir liste belirlemek mümkün görünmemektedir. Kanun koyucunun, bağışlamanın geri alınması sebeplerini kazuistik olarak saymamakla bu hususta hakime geniş bir takdir yetkisi tanımak istediği sonucu çıkarılabilir.

5.2. Ağırlığın Belirlenmesinde Mirastan Çıkarmanın Etkisi

Bağışlamanın geri alınmasında acaba özel hukuk hakimi mirastan çıkarmada belirtilenlerden ne ölçüde yararlanabilecektir sorusu akla gelmektedir. Gerçekten de TBK m. 510 I b.1’de yer alan mirastan çıkarma sebebi ile TBK m. 295 I b.1’e yer alan sebep birbirine paralel şekilde düzenlenmiştir. Ancak hakim bu hususta mirastan çıkarmada belirtilen hususlardan her durumda yararlanmaktan kaçınmalıdır:

TMK m. 510, mirasçılıktan çıkarma sebeplerini saymıştır. Hükümde, TBK m. 295 I b.1’de olduğu gibi, mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır suç işlemesi mirasçılıktan çıkarma sebeplerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Mirastan çıkarmada da, fiilin belirli bir ağırlığa ulaşması gerekmektedir. Her somut olayın özelliğine göre değişmekle birlikte, bu ağırlık unsuru aile bağlarını koparıcı nitelikte bir “ağırlık” koşulunu ihtiva etmelidir³⁷. Bu nedenle mirastan çıkarmada ağırlığın tespiti, bağışlamanın geri alınmasında olduğundan daha farklı değerlendirmeyi gerektirecektir. Ancak bağışlamanın geri alınmasında bağışlayan ile bağışlanan arasında miras ilişkisinde kabul edilen nitelikte bir yakınlık olmayabilir³⁸. Bunun yanında,

37 Yağcı (n 5) 209; bağışlamanın geri alınmasında bakımından da sübjektif şart olarak aile bağlarını koparacak nitelikte ağırlık şartını arayan değerlendirme için see Yılmaz 102.

38 Her ne kadar ceza hukuku bakımından tüzel kişinin suçun faili sayılmayacağı ve sadece özel hukuk tüzel kişileri bakımından güvenlik tedbiri uygulanacağı kabul edilse de özel hukuk bakımından aykırı fiilin tüzel kişiye izafe edilmesi mümkün olup, tüzel kişiyi temsilen işlenen suçlar bakımından bağışlayan tüzel kişiye yaptığı bağışı geri alabilir. Bağışlamanın geri alınmasında bağışlayan veya bağışlananın tüzel kişi olması mümkündür. Tartışma ve diğer açıklamalar için see Türkmen (n 2) 184, 184 dn. 704.

mirastan çıkarmada kanun gereği miraçıya tanınan haklar, bağışlamada ise, kanun gereği değil, bağışlayanın iradesiyle bağışlanana yapılan bir kazandırma söz konusudur. Bu nedenle mirastan çıkarma için yeter ağırlıkta olmayan mirasçının fiili, bağışlamanın geri alınması sebepleri içerisinde yer alabilir³⁹. Bağışlamanın geri alınmasında bağışlananın cezalandırılması değil, suçtan etkilenen bağışlayanın korunması amacı önplandadır⁴⁰. Bu nedenle bağışlamanın geri alınmasında, ağırlığın mirastan çıkarmada aranan dereceye ulaşmasının gerekmediği, daha hafif değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir⁴¹. Bu kapsamda şu soru akla gelmektedir. Bağışlamanın geri alınmasında mirastan çıkarmada olduğundan daha geniş değerlendirilebilecek olan suçun ağırlığının değerlendirilmesinde alt sınır ne olmalıdır?

5.3. Ağırlığın Belirlenmesinde Göz Önüne Alınabilecek Unsurlar

Öncelikle hakimın suçun ağırlığının belirlenmesinde takdir yetkisini kullanırken çeşitli kriterlerden yararlanabileceği, suçun ağır olup olmadığının belirlenmesinde her bir somut olayın özelliğine göre içeriği ve kapsamı değişebilecek çeşitli hususlardan yararlanabileceği söylenebilir. Özel hukuk kurallarıyla bağlı olan hukuk hakiminin, ağırlığın belirlenmesinde bütün durum ve şartları bu kapsamda; bağışlamanın türünü, kapsamını, bağışlayanın bağışlama yapmadaki motivasyonunu (motiv), bağışlananın suça ilişkin iradesini, bağışlayanın birlikte kusurunun söz konusu olup olmadığını göz önüne alarak, suçun ağır olup olmadığını takdir edebilir⁴². Her bir somut olayın özelliğine göre değerlendirmek şartıyla, örneğin, yüklemeli bağışlamada bağışlayanın fiilinin ağırlığı, yüklemeli olmayan bağışlamadan farklı olarak daha esnek değerlendirilebilir⁴³.

39 Denise Weingart, *OFK-OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (3th edn, Orell Füssli 2016) N 8 652; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 8; Türkmen (n 2) 176.

40 Heizmann (n 2) N 616ff 285-286.

41 Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (2th edn, Vedat 2007) 312; Türkmen (n 2) 176; aksi görüş, bu görüşün uygulanabilirliğinin açık olmadığını belirtmekte (schein unklar) ancak herhangi bir gerekçe sunmamaktadır. See CHK/ Schöneneberger Art 249 N 3; bağışlamanın geri alınmasında mirastan çıkarmada kullanılan ifadenin aynen tekrar edilmesi nedeniyle mirastan çıkarma nedeni teşkil etmeyecek aykırı fiilin, bağışlamanın geri alınmasında da göz önüne alınmayabileceği yönünde krş. Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* vol 1/1 (4th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1985) 374.

42 BeckOK/ Gehrlein §530 N 3; MünchenerK/ Koch § 530 N 2.

43 Bir taraftan iyilikbilmezlik nedeniyle geri alma hakkının bütün geçerli bağışlama sözleşmelerinde uygulanacağını kabul etmek, diğer taraftan yüklemeli bağışlamada minnet ilişkisinin doğmayacağını ileri sürmek yerinde olmasa gerekir. Bu nedenle bağışlamanın geri alınmasında minnet ilişkisinin varlığından ziyade, aykırı fiilin şükranlılık-minnetsizliği ortaya çıkararak bağışlamanın geri alınması bakımından yeterli ağırlığa ulaşmasını aramak kanımızca daha istikrarlı çözümler ortaya çıkarır. Krş. Türkmen (n 2) 161, 165.

Öncelikle şu hususu tespit etmek gerekir. Bağışlayanın durumu göz önüne alındığında, suç teşkil eden fiille ortaya çıkan şükranlılık-minnetsizliğin bağışlananın geri alınmasını haklılaştırması gerekir⁴⁴. Diğer deyişle bağışlayana karşı böyle bir suçun işlenmesinin şükranlılık-minnetsizliği ifade etmesi gerekir⁴⁵. Bunun yanında geri alma bakımından suçun ağır olması, suçun bağışlayanı derinden sarsması ve bu sarsılmanın objektif açıdan haklı görülmesini de gerektirir⁴⁶.

Bağışlananın geri alınmasında fiilin suç teşkil etmesi geri almanın objektif şartını teşkil ederken, *suçun şükranlılık-minnetsizliğin varlığını haklılaştırması*⁴⁷, *suç nedeniyle bağışlayanın derinden sarsılması ve bu sarsılmanın objektif açıdan haklı görülmesi* şeklinde ifade edilecek üç unsur geri almanın sübjektif şartını teşkil eder.

Suç bağışlayanı derinden sarsabilir ve bu objektif açıdan haklı görülebilir, ancak şükranlılık-minnetsizliğin varlığını haklılaştırmadığı sürece, geri alma sebebi teşkil etmeyebilecektir. Suç olarak nitelendirilen taksirli suçlar, suç bakımından kişide hata hali, şükranlılık-minnetsizliği haklılaştırmadığı sürece, bu kapsamda ağır suç olarak

44 Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, bağışlananın geri alınması sebepleri arasında yer alan bu sebep bağışlananın bağışlayana karşı şükran yükümlülüğünü (Die Verpflichtung zur Dankbarkeit) yerine getirmesine dayanır. Şayet bu yükümlülüğe aykırı davranılmışsa, bağışlayan bağışlamayı geri alabilir. See OFK/ Weingart Art 249 N 1; BaslerK/ Vogt and Vogt Art 249 N 3; aynı yönde see Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* vol 1 (3th edn Vedat 2018) 219; bağışlayan ile bağışlanan arasındaki minnet ilişkisinin dayanağını, bağışlananın karşılıksız kazandırma olmasında bulacağı, bağışlayanın tek beklentisinin bağışlananın kendisine minnet duyması olduğu, minnet ilişkisinin kurulmadığı ve minnet yükümü doğurmayan bağışlamaların da var olabileceği (yükümlü bağışlama veya karşı taraftan bir menfaat elde etmek amacıyla yapılan bağışlamalar) yönünde see Türkmen (n 2) 164-165; aksi yönde görüşe göre, bağışlananın bağışlayana karşı böyle bir şükran-minnet yükümünün hukuki dayanağını bulmak oldukça güçtür. Ancak bu kapsamda aykırı fiille ortaya çıkan şükranlılık-minnetsizliğin bağışlananın geri alınmasını haklılaştırabileceğinden bahsedilebilir. See BeckOK/ Gehrlein §530 N 1; aynı yönde ancak farklı gerekçeler ileri süren görüşe göre, “minnetsizlik oluşturmak” ifadesinin oldukça muğlak ve belirsiz olduğu, ağırlık unsurunu açıklamak bakımından yeterince açıklayıcı bir ifade olmadığı yönünde see Yağcı (n 5) 87 dn 233; kanımızca minnet ilişkisinin kanuni dayanağının varlığına ve hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeler, bağışlayanın bağışlamayla, bağışlananın kendisine karşı minnet duyması beklentisi içinde olduğunu her durumda ileri sürmenin yerinde olmayabileceği sonucunu değiştirmemektedir. Yükümlü bağışlamada veya diğer bağışlama türlerinde de, TBK m. 295 I b 1’in uygulanabileceği ve bağışlananın geri alınabileceği göz önüne alındığında, minnet ilişkisinin yola çıkmak her durumda isabetli sonuçlar veremeyebilir. Bu nedenle taraflar arasında minnet ilişkisinin varlığından ziyade aykırı fiilin gerçekleşmesi halinde, aykırı fiilin minnetsizlik-şükranlılık ortaya çıkarması ve bu hususun bağışlayanın geri alma hakkını kullanabilecek ağırlığa ulaşmasını aramak daha tercih edilebilir görünmektedir. Bu kapsamda geri almada sübjektif şartın gerçekleşmesi bu şükranlılık-minnetsizliği de içerecektir. Minnet ilişkisinin varlığının kabul edilmesi ile aykırı fiilin minnetsizlik-şükranlılık oluşturacağı hususları arasındaki fark teorik farklılıktan öteye geçmeyecek, bu unsur bakımından pratikte farklılık oluşturmayacaktır.

45 BeckOK/ Gehrlein §530 N 3; MünchenerK/ Koch §530 N 2.

46 Aile bağlarını koparacak ağırlıkta olması şartı çerçevesinde içeriği daha dar olmakla birlikte mirastan çıkarma bakımından aynı yönde see Yağcı (n 5) 87.

47 Alman Hukuku’nda salt bu unsurun sübjektif şart olduğu yönünde see BeckOK/ Gehrlein §530 N 3; bağışlananın aykırı fiilinin objektif anlamda belirli bir ağırlığa ulaşması, sübjektif anlamda ise şükranlılık-minnetsizliği ifade etmesi şeklinde ikili ayırım yapan değerlendirme için see MünchenerK/ Koch §530 N 2; NomosK/ Dendorfer-Ditges and Wilhelm §530 N 4.

değerlendirilmeyebilir. Zira bağışlayanın suça ilişkin iradesi, şükranlılık-minnetsizlik ortaya çıkarmayabilir. Bir diğer açıdan, bağışlananın işlediği suç, şükranlılık-minnetsizliği ifade edebilir, ancak bağışlayan derinden sarsıldığını iddia etse dahi bu husus objektif açıdan haklı görülmebilir. Bu halde de ağırlık koşulu sağlanmamış olacaktır. Örneğin, bağışlayan bakımından önemsiz, ancak bağışlanan bakımından önemli bir malvarlığı değerinin bağışlanan tarafından çalınması durumunda, bağışlayanın derinden sarsıldığını ve bunun objektif bakımdan haklı görüleceği iddiası, subjektif şartın gerçekleşmesi bakımından yeterli olmaz.

Yargıtay bağışlamanın geri alınmasında suçun ağırlığın belirlenmesi bakımından bir alt sınır koymaya çalışmıştır. Yargıtay, bu kapsamda değerlendirmelerde bulunduğu kararlarında⁴⁸, bağıştan dönme ile mirastan çıkarma koşullarının bir arada incelenmesinin zorunluluk arz ettiğini, basit olayları bağıştan dönme nedeni kabul etmenin, bağıştan yararlanan kişiyi, bağışlayanın baskısı altında tutmak sonucunu doğuracağını, aksine bir düşüncenin yasakoyucunun TBK m 295 ve TMK m 510 hükümleri ile izlediği amaca aykırı olacağını, hak duygularını zedeleyeceğini ve irade serbestisini büyük ölçüde kısıtlayacağını belirtmiştir.

Görüleceği üzere, Yargıtay, ağırlığın belirlenmesinde alt sınırı, suç oluşturan fiilin bağışlayanın bağışlanana baskı altında tutmak sonucunu doğurmayacak nitelikte olması gerektiği şeklinde ifade ederek ortaya koymaya çalışmıştır. Dolayısıyla, suçun ağırlığının belirlenmesinde, suç oluşturan fiilin, bir taraftan bağışlayanın korunmasını, diğer taraftan bağışlayanın bağışlanana baskı altında tutmasının önlenmesini sağlayacak nitelikte olması gerektiği söylenebilir. Yargıtay'ın kararında belirttiği husus, subjektif şart içerisinde aranan bağışlayanın derinden sarsıldığının objektif açıdan haklı görülmesi hususuyla ilgilidir. Bu kapsamda Yargıtay'ın belirttiği endişelerin önüne geçilmesi ve basit olayların bağışlamanın geri alınması için yeter sebep olmasının engellenmesi, subjektif şartın aranmasıyla sağlanacaktır. Subjektif şartın varlığı aranırken, hakim daha önce belirttiğimiz üzere, bütün durum ve şartları bu kapsamda; bağışlamanın türünü, kapsamını, bağışlayanın bağışlama yapmadaki motivasyonunu (motiv), bağışlananın suça ilişkin iradesini, bağışlayanın birlikte kusurunun söz konusu olup olmadığını aramalıdır. Herhalde, fiilin "ağır suç" niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi bakımından objektif ve subjektif şart birarada aranarak, bağışlayanın geri alma hakkının mevcut olup olmadığı tespit edilebilecektir.

48 Y 2. HD 10102/ 12611 T 17.10.1994 (Kazancı); Y 14. HD 7732/7470 T 19 11 1996 (Kazancı); Y 1. HD 15621/ 886 T 30 1 2001 (Kazancı); Y 1. HD 10163/10605 T 7 10 2002 (Kazancı).

6. Sonuç

TBK m 295 I b 1’de düzenlenen bağışlananın bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır suç işlenmesi sebebi içerisinde ifade edilen “ağır suç” kavramından anlaşılması gerekeni belirlemek için ikili ayırım yapmak gerekecektir. Birinci ayırım “suç” ifadesi ikinci ayırım ise “ağır” ifadesidir. Bu ayırım salt teorik bir ayırım olarak görülmemelidir. Zira bağışlamanın geri alınması bakımından bağışlanan tarafından işlenen fiilin ceza hukuku anlamında bir “suç” teşkil etmesi gerekecektir. Fiilin suç olup olmadığı, ceza hukuku bakımından değerlendirilmesinin yeterli olduğu, bu kapsamda fiil suç teşkil ediyorsa TBK m 295 I b 1’de yer alan sebeple bağışlamanın geri alınması bakımından ilk unsuru sağlayacağı söylenebilir. Ceza hukuku bakımından bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmaya geçilmiş, suçun herhangi bir yaptırıma bağlanmış, azmettiren veya yardım eden olarak işlenmiş, teşebbüs aşamasında kalmış olmasının önemi yoktur. Bu hususta önemli olan ceza hukuku bakımından fiilin suçun unsurlarını taşıması ve suç niteliğine kavuşmuş olmasıdır. Fiilin suç teşkil edip etmemesi, ağır suç işlenmesi sebebine dayanılarak bağışlamanın geri alınması bakımından objektif şartı teşkil eder.

TBK m 295 I b 1’de düzenlenen ilgili sebepte belirtilen “ağır suç” kavramından anlaşılması gereken bakımın ikinci husus “ağır” ifadesidir. Bağışlamanın ilgili sebebe dayanılarak geri alınabilmesi bakımından suç teşkil eden hukuka aykırı fiilin ağır olup olmadığı özel hukuk kurallarına göre belirlenecek olup, ceza hukukunda ağır suçun ne olduğuna ilişkin gerek mülga gerekse mevcut ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler çerçevesinde yapılan değerlendirmeler bu bakımdan etkili olmayacaktır. Zira gerek İsviçre ve Türk doktrininin ağır suç kavramının özel hukuk kurallarına göre yorumlanmasının oybirliğiyle kabul edilmesi gerekse ceza hukukunda ağır suç kavramına ilişkin belirtilenlerin hükmün uygulama alanını amaca uygun olmayacak şekilde daraltacak olması karşısında ağır suç kavramının ceza hukuku kurallarına göre yorumlanmaması gerekir. Ceza hukuku kurallarına göre ağır suç kavramı bir an için kabul edilirse; örneğin hakaret suçunun veya ağır suç niteliğinde görülemeyecek bir malvarlığına ilişkin suçun işlenmesi halinde özel hukuk bakımından ağırlığın tespitinde aranması gereken kriterler mevcut olsa dahi bu suçlar “ağır suç” niteliğinde olmadığından bağışlamanın geri alınması için yeter sebep teşkil etmeyecek, hükmün uygulama alanı hükmün amacına uygun olmayacak şekilde sınırlandırılmış olacaktır.

Suçun ağır olup olmadığını belirleyecek olan özel hukuk hakimi ağırlığın belirlenmesinde çeşitli hususlardan yararlanabilir. Bu hususta mirastan çıkarmanın bağışlamanın geri alınmasından farklı olan özelliklerini gözardı etmeden mirastan

çıkarma bakımından belirtilenlerden de yararlanabilir. Ancak bağışlamanın geri alınmasında ağır suç teşkil eden fiilin, mirastan çıkarmada olduğundan daha geniş değerlendirilebileceği gözardı edilmemelidir.

Özel hukuk hakimi, “ağır suç” kavramı bakımından biri objektif diğeri subjektif iki hususu birarada arayacaktır. Subjektif unsur bakımından hakim şu üç unsuru birarada aramalıdır: Suçun şükranlılık-minnetsizliğin varlığını haklılaştırması, suç nedeniyle bağışlayanın derinden sarsılması ve bu sarsılmanın objektif açıdan haklı görülmesidir. Hakim her bir somut olayın özelliğini göz önüne alarak, bağışlamanın türünü, kapsamını, bağışlayanın bağışlama yapmadaki motivasyonunu (motiv), bağışlananın suça ilişkin iradesini, bağışlayanın birlikte kusurunun söz konusu olup olmadığını göz önüne alarak, bu üç unsurun birlikte bulunup bulunmadığını arayacaktır.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça

- Artuk E, Gökçen A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn Adalet 2017).
- Alşahin E and Çakır K, Balthasar B, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457- 977 ZGB in Honsell, Vogt and Geiser* (3th edn, Helbing-Lichtenhahn 2006).
- Bekar E, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013).
- Bekar E, ‘Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2011) (1-2) İÜHF 1033-1050.
- Çubukçil A R, ‘Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri’ (1950) (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 441-467.
- Demirel M, *Amirin Emri* (On İki Levha 2014).
- Dendorfer-Ditges R and Wilhelm P, ‘Nomos Kommentar zum Bürgerlichesgesetzbuch, Schuldrecht’ in Barbara Dauner-Lieb and Werner Langen, (3th edn, Nomos 2016).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14th edn, Seçkin 2019).
- Escher A, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II Das Erbrecht, I Abt.: Die Erben Art. 457-536* (3th edn, Schulthess 1959).
- Gehrlein M, Beck’scher Online Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch 8. Abschnitte, 4. Teil, §516-534, (50 th edn Beck 2019).
- Gubser M, *Strafenthebung de lege lata-de lege ferenda, unter Berücksichtigung des deutschen und österreichischen Rechts* (2001).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (3th edn, Vedat 2018).
- Heizmann R, *Strafe im schweizerischen PrivatrechtPhänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts* (Stämpfli 2015).
- Kelep Pekmez T, *AİHM İçtihatları Bağlamında Türk ve Anglo Sakson Hukukunda Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi* (On İki Levha 2015).
- Koca M and Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12th edn, Seçkin 2019).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (3th edn, Filiz 1987).
- Koch J, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4 Schuldrecht Besonderer Teil I §§433-534* (8th edn, Beck 2019).

Kutluay E, *Bağışlama Sözleşmeleri* (Turhan 2016).

Mahmutoğlu, F S, 'Suç-Kabahat Ayrımı İdari Ceza Hukukunun Temelleri' in İlhan Ulsan, Funda Başaran Yavaşlar (eds), *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu* (Seçkin 2009) 27-49.

Özbek V. Ö., Doğan K. and Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10th edn, Seçkin 2019).

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12th edn, Seçkin 2016).

Öztürk B and Erdem M R, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (18th edn, Seçkin 2018).

Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* vol 1/1 (4th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1985).

Türkmen A, *Bağışlamanın Geri Alınması* (Adalet 2019).

Serozan R, *Sözleşmeden Dönme* (2th edn, Vedat 2007).

Schönenberger B, 'CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Ver-tragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 - 318 OR' in Markus Müller-Chen, Claire Huguenin, (3th edn, Schulthess 2016).

Vardar Hamamcıoğlu G, *Bağışlama Sözleşmesi* (Adalet 2016).

Vogt N P and Vogt A, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1- 529 OR' in Honsell, Vogt and Wiegand, (6th edn, Helbing- Lichten-hahn 2015).

Weimar P, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben; Die Ver-fügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungs-arten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB* (Stämpfli 2009).

Weingart D, *OFK-OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser* (3th edn, Orell Füssli 2016).

Yağcı K, *Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat)* (On iki Levha 2013).

Yılmaz M, *Bağışlamanın Sona Ermesi* (On İki Levha 2011).

Stadyum İlişkili Hırsızlık Suçunun Mekânsal-Zamansal Analizi: İngiliz Örneğinde Olay İncelemesi

Spatiotemporal Analysis of Stadium-Related Theft: An English Case-Study

Derya TEKİN¹ , Justin KURLAND² 

¹Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, İstanbul Türkiye
²Assoc. Prof. Dr., National Center for Spectator Sports Safety and Security, The University of Southern Mississippi, USA

ORCID: D.T. 0000-0001-9877-8336; J.K. 0000-0001-9546-4307

ÖZ

Futbola ilişkin akademik çalışmalar, çoğunlukla, şiddet suçlarını ve bu suçları işleyen taraftarları konu edinmiştir. Geleneksel kriminolojinin futbol kontekstine bir yansıması olarak düşünülebilecek bu çalışmalardan farklı olarak bu araştırma, hırsızlık suçlarının maç günlerinde nerede ve ne zaman ortaya çıkabileceğine odaklanan suç desenlerini ve bu desenlerin neden ortaya çıkabileceğini incelemektedir. Çevresel kriminolojinin birbiriyle bağlantılı teorilerinden rutin aktiviteler teorisi ile suç deseni teorisi, bu çalışmanın teorik çerçevesini oluşturmaktadır. Bu iki teori sosyal ve fiziksel çevrenin bileşenlerinin stadyum ilişkili hırsızlık suçu için gerekli şartları nasıl sağladığını başarılı bir şekilde göstermektedir. Metodolojik olarak hırsızlık suçlarının mekânsal analizi için Kernel Yoğunluk Tahmini ve uzaysal permütasyon testi kullanılmış, zamansal analiz içinse bir “maç ayarlı zamansal analiz” geliştirilmiştir. Leeds United futbol takımının Elland Road Stadyumu çevresinde sıcak noktalama tekniği uygulanarak hırsızlık suçlarının zamanda (maç günlerinde ve maç olmayan günlerde) ve mekânda rastgele dağılmadığı ortaya konulmuştur. Stadyum ilişkili hırsızlık suçlarının zamansal ve mekânsal analizi, istihbarat hizmetlerine bilgi sağlayarak güvenlik görevlilerinin ne zaman ve nerede konuşlanmasını gerektiği konusunda bir rehber olarak kullanılabilir.

Anahtar Kelimeler: Stadyum ilişkili suç, Hırsızlık, Sıcak noktalama, Suç önleme, Suç deseni teorisi, Rutin aktiviteler teorisi

ABSTRACT

Academic studies on football-related crimes have predominantly focused on violent crimes and fans engaged in these crimes. Unlike these studies which may be deemed a reflection of the traditional criminology in the football context, this paper examines the crime patterns focused on where and when theft crimes might occur on match days and why such patterns might emerge. Routine activities theory and crime pattern theory which are two related theories of environmental criminology provide a theoretical framework for the study. These two theories successfully reveal how the components of the social and physical environment provide the necessary conditions for stadium-related theft. Methodologically, for the spatial analysis of theft crimes, the methods of Kernel Density Estimation and spatial permutation test are employed; for the temporal analysis, a “match adjusted temporal analysis” is developed. Using the hotspotting technique around the Elland Road Stadium of Leeds United football team, it is suggested that theft crimes are not randomly distributed in time (match days and non-match days) and space. The risk of theft (per unit of time) is found to be particularly elevated at certain locations near to the stadium on match days, and for a window of time before, during and after matches take place. Analysing the spatial and temporal dimensions of stadium-related theft crime is likely to provide guidance about when and where to deploy officers by informing intelligence services.

Keywords: Stadium-related crime, Theft, Hotspotting, Crime prevention, Crime pattern theory, Routine activities theory

Submitted: 20.09.2019 • **Accepted:** 11.12.2019 • **Published Online:** 31.12.2019

Corresponding author: Derya Tekin, E-mail: tekin_derya@hotmail.com

Citation: Tekin D, Kurland J, ‘Stadyum İlişkili Hırsızlık Suçunun Mekânsal-Zamansal Analizi: İngiliz Örneğinde Olay İncelemesi’ (2019) 7(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 233.

EXTENDED ABSTRACT

Crime associated with football dates back to the Middle-Ages. There have been diverse attempts at explanation and prevention, which go back just as far and largely mirror the concerns of traditional criminology insofar as the focus has been on underlying biological developmental, social and political conditions thought liable to foster the motivation of “hooligans”. However, little exists in the way of empirical research to determine whether these explanations are sufficient or whether preventive interventions have been effective. The problems persist and anecdotal evidence suggests that crime events other than just violence are associated with football matches continue within and beyond stadiums. In this paper we adopt a novel perspective that utilizes the framework of environmental criminology whose principle concern is patterns of crime events focusing not on who engages in crime but on *where* and *when* crime occurs on football match days and why such patterns might emerge. The approach is also pragmatic and so findings are interpreted in terms of what can be done in the relatively short term to deal with football-related crime. The paper is organized as follows. First, we briefly discuss the history of interventions to suppress the game and the associated violence often associated with the game. Second, we discuss two theoretical frameworks, which are routine activities theory and crime pattern theory, and how they might inform our understanding of patterns of crime in and around football grounds and briefly indicate how these frameworks have been applied to forecast and prevent crime. The first, “routine activity theory” provides insight into why and where crime might occur on football match days and proposes that crime is dependent on the convergence in space and time of (1) a likely offender (someone motivated to commit crime), (2) a suitable target (someone or something that the likely offender will be attracted to offend against) and (3) the lack of a capable guardian (someone who is able and empowered to protect the target). Changes in the availability of any of these groups affect the likelihood of crime. Crime pattern theory, on the other hand, focuses on spatial patterns of crime and how they emerge. Offenders, like everyone else, engage in routinized patterns of activity, repeatedly travelling to and from various nodes of activity, such as work, school, home, or entertainment facilities. This regularity of movement leads people to develop activity spaces consisting of their activity nodes and the routes between them with which they become familiar. Potential offenders develop an awareness of criminal opportunities within these activity/awareness spaces, which furnishes them with knowledge as to the likely risks, effort and rewards associated

with exploiting them. The theory suggests that a crime could occur as a result of the interaction between offender and victim at a number of activity nodes (pub, fast-food restaurant and stadium) or the paths between them. When matches are played the change in the ecology of the areas around stadiums may facilitate the confluence of many potential victim/offender activity spaces that under normal conditions would not occur. Third, we address some questions about patterns of stadium-related crime events such as, “Do hotspots of football-related crime emerge around stadiums on match days and, if so, where?” and, related to this, “Do such hotspots (if they occur) appear in the same places (and times) on match and non-match days”? To address these questions and illustrate the utility of the approach, an empirical example related to theft offences in and around a stadium, the Elland Road Stadium of Leeds United football team, is presented. Methodologically, for the spatial analysis of theft crimes, the methods of Kernel Density Estimation and spatial permutation test are employed; for the temporal analysis, a “match adjusted temporal analysis” is developed. Last, the results, their implications, and methodological issues associated with traditional hotspotting techniques are discussed. The research suggests that theft crimes are not randomly distributed in time (match days and non-match days) and space. The risk of theft (per unit of time) is found to be particularly elevated at certain locations near to the stadium on match days, and for a window of time before, during and after matches take place. Analysing the spatial and temporal dimensions of stadium-related theft crime is likely to provide guidance about when and where to deploy officers by informing intelligence services.

1. Giriş

Futbola ilişkin suçun tarihi Orta Çağ’a kadar uzanır (Elias ve Dunning, 1971). Bu olgunun açıklanması ve önlenmesine dair çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. Öyle ki bu girişimler, “holiganların” suç motivasyonunu beslediği düşünülen biyolojik (Buford, 1991), gelişimsel (Marsh, 1978), sosyal (Armstrong, 1998) ve politik (Taylor, 1971) şartlar üzerinde odaklandığı sürece, geleneksel kriminolojinin ilgi alanına da büyük ölçüde ayna tutmuş olmaktadır. Bununla birlikte, bu açıklamaların yeterli olup olmadığını ya da önleyici müdahalelerin etkili olup olmadığını belirleyecek çok az ampirik (gözlemsel) araştırma mevcuttur (De Vreese, 2000; Lösel ve Bliesener, 2003). Futbola ilişkin suç problemi varlığını sürdürmekte (Frosdick ve Marsh, 2005) ve anekdotal kanıtlar (Home Office, 2004-2009) şiddet dışındaki suç olaylarının da futbol maçlarıyla ilişkili olarak stadyum içinde ve çevresinde devam ettiğini

göstermektedir. Bu çalışmada, futbol maç günleri suça kimin karıştığına değil, *nerede* ve *ne zaman* suçun ortaya çıktığına odaklanan suç desenlerini ve bu desenlerin neden ortaya çıkabileceğini konu edinen çevresel kriminolojinin çerçevesinden yararlanan özgün bir bakış açısı benimsiyoruz. Bu yaklaşım aynı zamanda pragmatik bir yaklaşımdır. Bu nedenle bulgularımız, futbolla ilişkili suçlarla mücadelede, nispeten kısa vadede, neler yapılabileceği noktasında yorumlanacaktır.

Makale şu şekilde organize edilmiştir. İlk olarak, futbol oyununu ve sık sık oyunla ilişkilendirilen şiddeti kontrol altına almak için yapılan müdahalelerin tarihi kısaca ortaya konulacaktır. İkinci olarak, iki kuramsal çerçevenin stadyumlarda ve çevrelerindeki suç desenleri anlayışımızı nasıl şekillendirebilecekleri ve bunların suçu tahmin etmek ve önlemek için nasıl uygulamaya geçirilebilecekleri tartışılacaktır. Üçüncü olarak, futbolla ilişkili suç olay desenleri ile ilgili bazı sorular ele alınacaktır: “Futbolla ilişkili suçların sıcak noktaları (*hotspots*) stadium çevresinde maç günleri mi ortaya çıkar ve eğer öyleyse bu noktalar nerededir?”, yine bu soruyla ilişkili şekilde “Bu sıcak noktalar (eğer ortaya çıkmışlarsa) maç günleri ile maç olmadığı günler (*non-match days*) aynı yerlerde mi görünürler?” Bu soruları cevaplayabilmek ve benimsediğimiz yaklaşımın amaca uygunluğunu ortaya koymak için, belirli bir stadyumun içinde ve çevresinde işlenen hırsızlık suçlarıyla ilgili ampirik bir örnek sunulacaktır. Son olarak sonuçlar, bunların yansımaları ve geleneksel sıcak noktalama tekniklerine (*traditional hotspotting techniques*) ilişkin metodolojik sorunlar tartışılacaktır.

2. Arka Plan

Britanya’da adlandırıldığı üzere Orta Çağ’a özgü “halk futboluna (*folk football*)” dair kanıtlar seyirciler ve oyuncular arasındaki şiddetin sıklıkla ciddi yaralanmalara ve özel ya da kamusal mülkiyete yönelik zarara yol açtığını ortaya koymaktadır (Fitz-Stephen, 1961; Dunning vd., 1988). Öyle ki bu durum, oyunu yasaklamak için bazı resmi önlemlerin getirilmesine dahi yol açmıştır. Bundan dolayıdır ki, İngiltere’de 1314 ile 1496 yılları arasında futbolun bu Orta Çağ versiyonunu yasaklamak için çok sayıda devlet düzeyinde kararname ve tüzük çıkarılmıştır (Dunning, 1999; Magnoun, 1938; Marples, 1954; Strutt, 1801). Orta Çağ’da ortaya çıkan bu futbola ilişkin şiddet ve düzensizlik olgusunun ülkesel ve yerel kararnamelere rağmen modern çağda da varlığını sürdürmesi (Marples, 1954; Dunning vd., 1988; Russell, 2004) söz konusu önlemlerin etkinliği konusunda şüphe uyandırmaktadır. Gerçekten de, 1960’lı yıllar ve sonrasında Birleşik Krallık’ta yaygın futbolla ilişkili şiddet ve düzensizlik modern yasa koyucuları, uygulayıcıları ve araştırmacıları spora ilişkin şiddeti azaltmak için yeni ve daha etkili

yollar bulmaya teşvik etmiştir. Örneğin, 1970 ve 1980’li yıllarda şiddet eğilimli seyirci topluluklarının sahayı işgal etme riski stadyumlara yüksek tel örgülerin yerleştirilmesine zemin hazırlamıştır. Bu önlem aynı zamanda sadece İngiltere’de değil, Avrupa ve Güney Amerika stadyumlarında da yaygın hale gelen bir diğer düzensizlik şekli olan sahaya yabancı madde atımını azaltmayı hedeflemekteydi. Bu yüksek metal tel örgüler, çoğu zaman, rakip taraftarların birbirleri ile fiziksel temasını önlemeye yarayan ve böylece rakip taraftarların serbestçe dolaşması halinde meydana gelebilecek kaosları azaltacak geniş bir dörtgen kafes sisteminin parçasıydılar (Harrison, 1974). O sıralar, Birleşik Krallık’ta kitlesel medya ve diğer bazı otoriteler alkolün şiddetin ana etkeni olduğunu iddia ettiler. Bu durum maç sırasında stadyum içerisinde alkolün dağıtımını ve tüketimini yasaklayan ya da sınırlayan para cezaları veya üç aya varan hapis cezaları aracılığıyla caydırıcı etki yaratacak ve alkolün etkisiyle gelişen olayları önleyecek bir araç işlevi görecek çeşitli yasaların geçirilmesine temel teşkil etti.

1980’lerde çok sayıda insan ölümlerine neden olan trajik stadyum olaylarını takiben İngiltere’de, ayakta durulan tribünlerin aşırı kalabalıklaşmayı önleyecek ve ezilme riskini bertaraf edecek koltuklu tribünlere dönüştürülmesini zorunlu kılan yasalar çıkarılmıştır. Türkiye de benzer şekilde, bilet satışlarının ancak koltuk numarasıyla ilişkilendirilerek yapılacağını sporda şiddet ve düzensizliğin önlenmesine dair çıkardığı kanunlarda (5149 ve 6222 sayılı Kanun) hüküm altına almıştır. Dahası, bu uygulamaların olası önleyici etkileri, örneğin güvenlik görevlileri ve CCTV kameraları için daha iyi görüş alanı yaratarak seyirciler üzerindeki resmi gözetimin güçlendirilmesi, kurallara aykırı taraftar davranışlarının tespit edilmesini de mümkün kılmaktadır. Benzer bir yaklaşım Türkiye’de de benimsenmiş ve futbol taraftarlarınca da genel olarak kabul görmüştür (Tekin, 2019).

Seyirden yasaklama kararlarına temel teşkil eden yasalar da yine bu dönemde kaleme alınmıştır. Sadece birkaç “çürük elma (*rotten apple*)” diye tabir edilen taraftarın futbolu berbat ettiği inancından hareketle, futbolda şiddet ve düzensizliği önlemek için bu kişileri tespit etmenin ve maça girişlerini önlemenin gerekliliği gündeme geldi. Seyirden yasaklama kararları genel olarak kişilerin maçların oynandığı saatlerde yerel polis merkezlerine bildirimde bulunmasını ve böylece bu kişilerin maç günlerinde hareket özgürlüklerinin kısıtlanmasını içermektedir. Yurtdışında oynanan maçlar söz konusu olduğunda ise, yasaklı taraftarlar pasaportlarını belirli bir süre için yetkililere teslim etmek zorundadırlar. Türkiye kontekstinde de seyirden yasaklama ve seyirden yasaklanma tedbirleri olarak adlandırılan benzer uygulamalar mevcuttur.

Seyirden yasaklamanın İngiliz taraftarlar üzerinde ve daha çok da uluslararası kontekste etkililiğini değerlendirmeye tabi tutan çalışmalar mevcuttur. Örneğin Stott ve Pearson (2006) seyirden yasaklama kararlarının, yasaklı taraftarlar uluslararası maçlarda İngiltere’de kalmış olsa dahi, şiddeti önlemede etkisiz bir tedbir olduğunu ileri sürmüşlerdir. Seyirden yasaklama üzerine benzer bir değerlendirme İskoçya kontekstinde Bradford vd. (2011) tarafından da yapılmış ve bu çalışma seyirden yasaklamanın etkililiğine dair karışık deliller sunsa da, uygulayıcılar arasındaki genel kanının, bu tedbirin birden fazla kez tutuklanmış taraftarlar açısından etkili olduğu yönünde olduğunu ortaya koymuştur.

Seyirden yasaklama kararları istisna olmak üzere, diğer şiddeti önlemeye yönelik taktikler İngiltere’de ampirik olarak test edilememiştir. Bunu ana sebebi stadyum çevresinde gerçekleşen tutuklamalara, suç olaylarına ve polis müdahalelerine yönelik güvenilir veri eksikliğidir (Frosdick ve Marsh, 2005). Bu durum rahatsız edicidir çünkü 10 yılı aşkın süredir Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığı (*UK Home Office*) tarafından yıllık olarak toplanan ve futbolla ilişkili tutuklama figürlerine dair tek ulusal düzeydeki veri setinin gösterdiği üzere futbolla ilişkili suç problemi varlığını sürdürmektedir (bkz. Kurland, 2014).

Bu zamana kadar, tartışma konusu yapılan futbolla ilişkili suç ve düzensizliklerin çoğunluğu şiddet suçlarıdır. Bununla birlikte, stadyum dışında meydana gelen olaylarla ilişkilendirilen diğer kategorilerdeki suçlar da literatürde belirlenmiştir. Örneğin yaşam öyküsü metodu ile yapılan bir çalışma geniş taraftar gruplarının nasıl lisanslı ürün satan belirli mağazalara girerek mümkün derecede en fazla ürünü nasıl çaldıklarını ortaya koymuştur (Brown ve Brittle, 2008). Dahası, Buford (1991) yaklaşık dört bin İngiliz taraftarın İtalya’daki 1990 Dünya Kupası sırasında Cagliari kentine ne kadar korkunç bir şekilde zarar verdiğini betimlerken, stadyum sınırları dışında gerçekleşen futbolla ilişkili suçlara dair çarpıcı tespitler sunmuştur: taraftarlar konutların ve mağazaların camlarını kırmış, arabaları parçalamış, trafiği durdurmuş, yolda gördükleri masum kişilere saldırmış ve polisle çatışmıştır. Konu ile ilgili daha güncel ampirik bir çalışma Kurland, Johnson ve Tilley (2014) tarafından gerçekleştirilmiştir. Yazarlar, Wembley Ulusal Stadyum’unun çevresinde meydana gelen hırsızlık ve bulundurma suçlarının (*handling offences*) sayısının ve dağılımının maç günlerinde stadyumun kullanımında olmadığı günlere kıyasen değişiklik arz ettiğini ortaya koymuşlardır. Bu tespitin İngiltere’deki diğer stadyumlarda ve diğer ülkelerdeki stadyumlarda geçerliliği belli olmamakla beraber, bu durum daha fazla akademik incelemeyi hak eder bir

olgudur. Leeds United stadyumu içinde ve çevresinde meydana gelen hırsızlık olaylarını konu edinen bu makalenin amacı da budur.

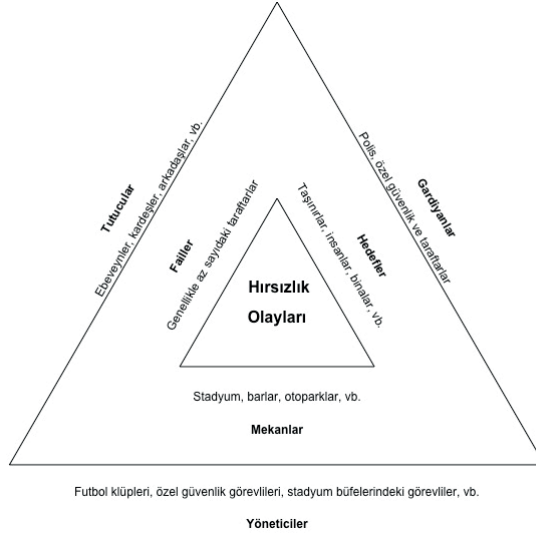
Sonraki kısımda bu çalışmaya temel teşkil eden ve futbola ilişkin sıcak nokta (*hotspot*) çalışmalarını teşvik eden teorik altyapı tartışılacaktır. Aynı zamanda sıcak noktalama politikasının diğer kontekstlerdeki etkinliğine ve bu çalışmanın futbola ilişkin suçu anlama ve önleme noktasında nasıl katkı sağlayabileceğine de kısaca değinilecektir.

3. Teorik Altyapı

Çevresel kriminolojinin birbiriyle bağlantılı iki teorisi, sosyal ve fiziksel çevrenin bileşenlerinin futbolla ilişkili suç için gerekli koşulları sağladığını göstermektedir. Bunların ilki, futbol maçlarının olduğu günlerde neden ve nerede suçun ortaya çıkabileceğine dair bilgi sağlayan rutin aktiviteler teorisidir (Felson ve Cohen, 1980; Kurland, Tilley ve Johnson 2018; Madensen ve Eck, 2011). Teori, suçun ortaya çıkmasının (1) potansiyel failin (suç işlemek için motive olmuş bir kişi), (2) uygun bir hedefin (potansiyel fail tarafından suç işlemek için seçilebilecek bir kişi veya şey) ve (3) ehil bir gardiyanın eksikliğinin (suçun hedefindeki kişi veya şeyi koruyabilecek ve bunun için yetki verilmiş bir kişi) belirli bir zaman ve mekânda karşılaşmasına bağlı olduğunu ileri sürer. Bu gruplardan herhangi birinin mevcudiyetindeki değişiklikler suç olasılığını etkileyecektir. Bunlara ek olarak teori, bazı aktörlerin de suçun önlenmesi ve güvenliğin sağlanması noktasında kilit rol oynayabileceğini ifade eder: (1) *tutucular* (*handlers*), yani potansiyel failer üzerinde kontrol sağlayabilecek ebeveynler, öğretmenler ya da arkadaşlar (Felson, 1986; Felson, 1995), ve (2) *mekân yöneticileri* (*place managers*), yani belirli mekânların idare edilme şeklinin yanı sıra bu mekânları kullananlar üzerinde de etkili olabilecek kişiler, örneğin bar çalışanları, futbol stadyumlarının içindeki büfelerde çalışan kişiler (Eck, 1994).

Bu çekirdek rutin aktivite unsurları görsel olarak Figür 1’de sunulmuştur. İçteki üçgen fail, hedef ve suç yerini temsil eder ve suçun ortaya çıkması için bu üçünün – ehil gardiyanın yokluğunda – bir araya gelmesi gerektiğini gösterir. Herhangi bir unsurun yokluğunda suç ortaya çıkmayacaktır (Eck, 2003). Dış üçgen suç problemini bastırabilecek denetleyicileri (*controllors*) temsil eder ve her bir tipteki denetçinin kimler üzerinde nüfusunu kullanabileceğini gösterir (Clarke ve Eck, 2005; Scott, Eck, Knuttson ve Goldstein, 2008). Bu yaklaşım futbola ilişkin suç ve düzensizlik bakımından pratik bir değere sahiptir. Failerin, hedeflerin, gardiyanların ve yöneticilerin maç günleri rutin

aktivitelerini anlamak futbola ilişkin suç ve düzensizliğe katkı yapan faktörlerin ve bunların önlenmesi için yapılması gerekenlerin belirlenmesine yardımcı olur.

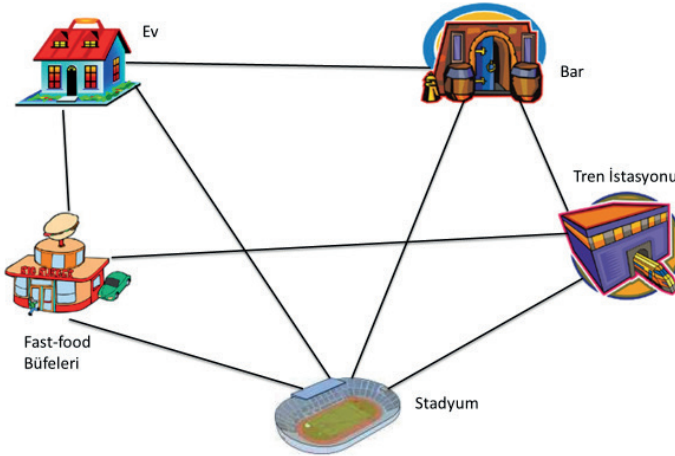


Figür 1. Futbola ilişkin suç ve düzensizliğin rutin unsurları (Madensen ve Eck, 2012'den uyarlanmıştır)

Brantingham ve Brantingham'ın (1981) "suç deseni teorisi" (*crime pattern theory*) ise suçun zamansal desenleri ve bunların nasıl ortaya çıktığı üzerinde odaklanır. Failler, diğer herkes gibi, iş, okul, ev ve eğlence merkezleri gibi aktivite düğüm noktaları (*nodes*) arasında defalarca gidip gelirken rutinleşmiş aktivite desenleri ile meşgul olurlar. Bu düzenli yer değiştirme faaliyeti insanları, kendi aktivite düğüm noktalarını ve bunlar arasındaki tanıdık güzergâhları içeren aktivite alanlarını (*activity spaces*) geliştirmeye yönlendirir. Potansiyel failler de aynı şekilde bu aktivite alanları içinde ve bu alanları kötüye kullanmalarına ilişkin olası riskler, çabalar ve getiriler hakkında bilgi sağlayan bir suç fırsatları bilinci/farkındalığı geliştirirler (Brantingham ve Brantingham, 1993; Rossmo, Laverty ve Moore, 2004). Farkındalık, bir suçun işlenmesine ilişkin belirsizliği azaltacağından (Cornish ve Clarke, 1986), suç olayları faillerin farkındalık alanlarını (*awareness spaces*) kötüye kullanabilecekleri suç fırsatları ile kesişince ortaya çıkacaktır (Brantingham ve Brantingham, 1975; Brantingham ve Brantingham, 1981; Repetto, 1974). Ve ampirik araştırmaların da desteklediği üzere, suçlar aktivite düğüm noktalarındaki ya da bunların yakınlarındaki fail aktivite alanları (*offender activity spaces*) etrafında daha yüksek yoğunlukta toplanacaktır (Brantingham

ve Brantingham, 2008; Rossmo, 2000; Townsley ve Sidebottom, 2010). Zamanla, faillerin farkındalık alanları yeni arkadaşlar edindikçe, taşındıkça ya da yeni aktivitelerle meşgul olmaya başladıkça büyüyebilir. Aktivite alanlarının genişlemesi faillerin daha önceden bilinmeyen ya da hali hazırdaki farkındalık alanlarına yakın yerlerdeki yeni suç fırsatlarını keşfetmesine neden olabilir.

Figür 2 bir failin (örn. ev sahibi takım taraftarı) aktivite ve farkındalık alanlarının (örn. ev, fast-food büfesi, bar ve stadyum), bir mağdurun (örn. deplasman takım taraftarı) aktivite alanı (örn. tren istasyonu, bar, fast-food büfesi ve stadyum) ile nasıl kesişebileceğinin basit bir örneğini göstermektedir. Suç deseni teorisi, bir suçun bir takım aktivite düğüm noktalarında (bar, fast-food büfesi ve stadyum) ya da bunları birbirine bağlayan güzergâhlarda (*paths*) bu fail ile mağdur arasındaki etkileşimin sonucu olarak ortaya çıkabileceğini ileri sürmektedir. Diğer bir ifadeyle, maçların oynandığı zamanlarda stadyum çevresindeki yerlerin ekolojisinin değişmesi normal koşullar altında bir araya gelmeyecek olan potansiyel fail/mağdur aktivite alanlarının birleşmesine olanak sağlar.



Figür 2. Fail ve mağdurların aktivite alanları örneği

Bu nedendir ki, suç deseni teorisi neden suçun sıcak noktalarının (*hotspots of crime*) maç günleri stadyum çevresinde oluşabileceğini açıklayacak bir kavramsal çerçeve sunmaktadır (Brantingham ve Brantingham, 1999). Dahası, stadyum çevresinde bulunan aktivite düğüm noktalarını ve taraftarların zamansal hareketliliğini dikkate alarak, sıcak noktaların oluşabileceği belirli yerler ve bunların ne zaman ve neden oluşabilecekleri önceden kestirilebilecektir.

Bu yaklaşımı daha da detaylandırmak gerekirse, futbol maçları futbol stadyumunun yakınındaki ve çevresindeki bölgede bulunan kişi sayısında bir artışa neden olacaktır. Tüm bu kişilerin fail, yakın tutucu (*intimate handler*), uygun hedef ve/veya ehil gardiyan (*capable guardian*) olmaları muhtemeldir. Artan kişi yoğunluğu ve rakip taraftarlar arasındaki etkileşim ile ortaya çıkabilecek provokasyon/tahrik nedeniyle (Branscombe ve Wann, 1992; Rotton, Olszewski, Charleton, ve Soler, 1978; Wortley, 2001; Russell, 2004) bu yerlerde suç beklenebilir bir durumdur. Bununla birlikte, ne insanların ne de suç aktivitesinin maç günleri ve diğer günlerdeki dağılımları eşit oranda olmaktadır. Daha ziyade, taraftarlar maçlara bir kısmı diğerlerinden daha fazla tercih edilen belirli güzargâhlardan geçerek ulaşacaklar ve suç için fırsatlar sunan düğüm noktalarında bir araya geleceklerdir. Taraftarlar stadyuma maç başlamadan önce epizodik olarak ulaşır ve yine epizodik olarak maç sonucuna bağlı olarak bitiş düdüğünden sonra veya kısa bir süre önce stadyumdan ayrılırlar. Bu itibarla, futbol maçları eğer suç ve düzensizlik düzeyini etkiliyorsa, bu olayların günün diğer zamanları değil, belirli konumlarda maça yakın saatlerde, maç sırasında ve hemen maçın sonrasında ortaya çıkması beklenir.

Yakın zamana kadar, bu bakış açısı futbolla ilişkili suç ve düzensizlik bağlamında çok az ilgi görmüştür. Bu durum aslında anlaşılabilirdir çünkü ana akım kriminolojinin çoğu gibi, daha önce futbolla ilişkili suç ve düzensizlik sorunuyla ilgilenenler mekânlara değil, insanlara odaklanmışlardır (Eck ve Weisburd, 2005; Nettler, 1978; Sherman, 1995; Weisburd, 2002). Bununla birlikte, suçun mekânsal boyutuna olan ilginin artmaya başladığı söylenebilir (Breetzke ve Cohn, 2013; Kurland, 2014; Kurland vd., 2010; Kurland vd., 2013; Kurland vd., 2014; Madensen ve Knuttson, 2011). Bunun nedeni, kısmen, suçun içsel/doğal bir coğrafi niteliğe sahip olduğunun kabul edilmesi ve bu niteliğinin suçu önleme noktasında bilgi sağlıyor oluşudur. Örneğin, çevrede birçok ve çeşitli suç fırsatlarının bulunabilmesine rağmen, araştırmacılar (Sherman vd., 1989) tutarlı bir şekilde suçun yüksek oranda mekânsal olarak yoğunlaştığını ortaya koymuştur (Johnson vd., 2010). Aynı yönde, suçun en çok işlendiği yerlere polis kaynaklarının daha çok yönlendirilmesini de içeren “sıcak noktalama” politikasının suçun azalmasında etkili bir yöntem olduğu da defalarca dile getirilmiştir (Braga vd., 2014).

Bu doğrultuda, “sıcak nokta” haritalama, devriye ekiplerinin konuşlandırılması konusunda operasyonel brifingleri desteklemek amacıyla polis tarafından kullanılan popüler bir suç önleme aracı olarak ortaya çıkmış (Hough ve Tilley, 1998), ve problem çözüme ve istihbarat hizmetlerine bilgi sağlamıştır (Chainey ve Ratcliffe, 2005; Clarke ve Eck, 2005). Mevcut yüzlerce araştırma günlük suçları anlamlandırmada suç haritalama

yönteminin yararlılığını incelemiş olmakla birlikte, söz konusu yaklaşım futbola ilişkin suç ve düzensizlik çalışmalarına nadiren uygulanmıştır. Bu makalede haritalama tam da bu konu ile ilişkili olarak kullanılmıştır. Elde edilen verilerin sunumundan önce, mekânsal suç desenleri çalışmalarında ortaya çıkan birkaç metodolojik soruna değinilecektir.

Bir dizi farklı sıcak nokta haritalama tekniği mevcut olmakla birlikte, *Kernel Density Estimation*/Kersel Yoğunluk Tahmini (KDE) günümüzde belki de en yaygın olarak kullanılan tekniktir. İdari sınırları kullanan tematik haritalamadan farklı olarak, KDE kesintisiz bir yüzey için “ısı haritaları (*heat maps*)” kullanır (bkz. Figür 4). KDE keyfi sınırları kullanmadığı için, , suç riskinin genellikle geniş bir alanda tekdüze olduğunu varsaymanın ekolojik yanlışlığı (bkz. Robinson, 1950) ve değiştirilebilir alansal birim problemi (Openshaw, 1984) de dahil olmak üzere tematik haritalama ile ilişkili bir takım sorunlar giderilmiş olmaktadır.

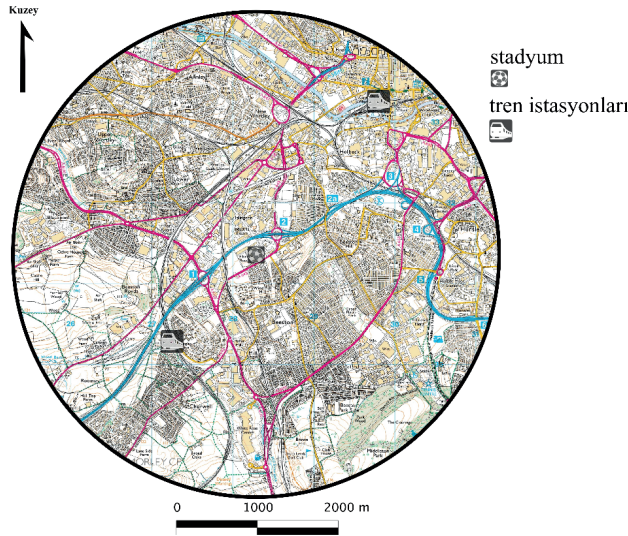
Bununla birlikte, suçun mekânsal desenini doğru bir şekilde yansıtan bir suç haritası bile pratikte sınırlı olabilir. Örneğin, suç ne zamanda ne de mekânda durağan olmayan dinamik bir olgu olduğundan, polis memurlarının tüm gün için belirli yerlere tahsis edilebileceği veya tahsis edilmesi gerektiği gerçekçi bir varsayım değildir. Suçun mekânsal yoğunlaşması üzerine yapılan araştırmalar ile kıyaslandığında, suçun zamansal yoğunlaşması üzerine yapılan araştırmalar çok daha azdır (Johnson, Lab ve Bowers, 2008; Ratcliffe, 2002). Bununla birlikte, örneğin, animasyonlu haritaların kullanımı, haritaların bir zaman aralığından diğere karşılaştırılması ve suç riskinin bir sıcak noktada zamanla nasıl değiştiğini göstermek için grafikler eklenmesi gibi suçların zamansal dağılımını anlamaya yönelik yöntemler benimsenmiştir (Ratcliffe, 2002).

Futbola ilişkili suç ve düzensizliğin mekânsal ve zamansal boyutlarını analiz etmek bu konudaki anlayışı geliştirebilir ve güvenlik görevlilerinin ne zaman ve nerede görevlendirileceği hakkında rehberlik sağlayabilir. Kurland vd. (2014), örneğin, bu tarz bir analizi Wembley Stadyumu için gerçekleştirmiş ve suç riskinin maç günlerinde maçlardan hemen önce ve sonra ve stadyuma yakın yerlerde maç olmayan günlere kıyasla önemli derecede yüksek olduğunu ortaya koymuşlardır. Bu, yukarıda tartışılan teoremin test edilmesi anlamına gelmekle birlikte, analiz tipik bir futbol stadyumundan çok daha büyük olan ulusal bir stadyum içindi. Makalenin geri kalan bölümünde, benzer desenlerin Leeds United’ın futbol stadyumu için de geçerli olup olmadığı incelenecektir. İngiltere’nin kuzeyinde yer alan bu stadyum, milli takım maçlarından ziyade lig maçları için kullanılmaktadır. Yukarıda tartışılan teori eğer bir değer taşıyorsa,

Wembley için gözlenenlere benzer desenler bu stadyum için de ortaya çıkmalıdır. Bir sonraki bölümde analiz edilen veriler açıklanacak, üretilen sonuçlar sunulacak ve yorumlanacaktır.

4. Olay İncelemesi

Bu çalışmada analiz edilen 2004-2010 yıllarında gerçekleşen hırsızlık suçlarına dair veriler Batı Yorkshire Polisi (WYP) ve İngiliz Ulaştırma Polisi (BTP) tarafından sağlanmıştır. Bu veriler 1 metrelik bir mekânsal çözünürlükte zaman damgalı (*time-stamped*) ve coğrafi koordinatlar verilerek (*geocoded*) haritalanmış şekildedirler. Veriler, Leeds United (Elland Road) futbol stadyumunun merkezinin üç kilometre yarıçapında meydana gelmiş tüm kayıtlı hırsızlık olaylarını içermektedir (bkz. Figür 3).



Figür 3. Leeds United (Elland Road) Stadyumu'nun inceleme alanı haritası

Futbol stadyumları epizodik olarak kullanıldığından, bu kullanımın suç üzerindeki etkisini tahmin etmek için, maç günleri ile maçın olmadığı günlerde aynı alanda nerede ve ne kadar suçun meydana geldiği karşılaştırılacaktır. 2004-2005 ve 2009-2010 futbol sezonları arasında stadyumda toplam 138 maç gerçekleşmiştir.

Araştırmalar, suç desenlerinde haftanın belli günlerine (Brunsdon ve Corcoran, 2006) ve yılın belli zamanlarına (Hird ve Ruparel, 2007) bağlı önemli farklılıklar gerçekleştiğini gösterdiğinden, maç günlerindeki suç desenleri maç oynanmayan benzer günlerdeki desenlerle karşılaştırılmıştır. Örneğin, kasım ayında bir cumartesi günü bir

futbol karşılaşması gerçekleşmişse, futbol maçı olmayan en yakın veya onu takip eden cumartesi günü, “eşleştirilen karşılaştırma günü (*paired comparison day*)” olarak belirlenmiştir.

Maçtan sonra bir ay içindeki uygun karşılaştırma günleri maç günlerinin yaklaşık %100’ü (N = 138) için belirlenmiştir. Bunların 125’i yedi gün içinde, 10’u iki hafta içinde ve 3’ü de üç hafta içinde gerçekleşen günlerdir. Bu eşleştirilen tarih yaklaşımı (*paired-date approach*) doğal bir deneyi andırmakta ve suç desenlerinin maç günleri ile maç olmayan günlerde mekân ve zamanda nasıl farklılık gösterdiğini görmemize imkân sağlamaktadır.

İncelenen günlerde toplam 6.497 hırsızlık olayı meydana gelmiştir. Bunların 3.403’ü maç günlerinde ve 3.094’ü ise karşılaştırma günlerinde ortaya çıkmıştır, ki bu veri maç günleri ile maç olmayan günler arasında stadyum çevresinde gerçekleşen hırsızlık düzeyinde bir farklılık olduğunu göstermektedir. Sonraki bölümlerde, maç ve maç dışı günler için mekânsal ve zamansal desenlerdeki farklılıklar incelenecektir.

5. Mekânsal Analizler

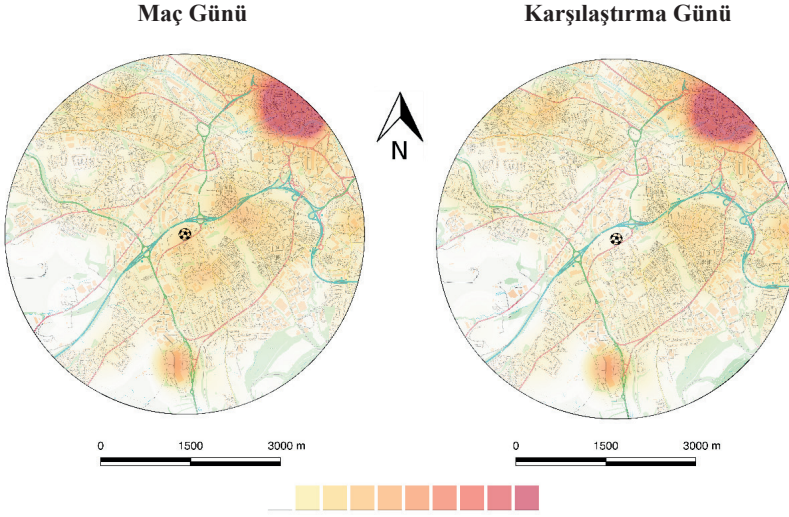
Aşağıda, iki tip gün boyunca hırsızlık suçlarının mekânsal dağılımını incelemek için ilk olarak Kernel Yoğunluk Tahmini (KDE) kullanılacaktır. Ardından, hırsızlık suçlarının maç günleri ve karşılaştırma günlerinde mekânsal desenlerindeki farklılıklarını tespit etmek için kullanılan istatistiksel yaklaşım tartışılacaktır. Bu metodoloji, maç günlerinde suçun normalden daha yüksek olduğu yerleri tespit etmede güvenilir bir yol sağlamakta ve bu da polis, maç günü en çok ihtiyaç duyulan yerlerde kaynaklarını daha iyi bir şekilde kullanmasına imkân sağlamaktadır.

6. Kernel Yoğunluk Tahmini

Yukarıda belirtildiği üzere, bölgeye dayalı bir suç riski sınıflandırması yapmak yerine, Kernel Yoğunluk Tahmini (KDE) kesintisiz bir sıcak nokta yüzeyi oluşturmak için düzeltici bir yöntem kullanılmaktadır. Figür 4, hırsızlık suçlarının genel dağılımının maç ve maç dışı günlerde benzer olduğunu, ancak bazı fark edilebilir ve önemli farklılıkların bulunduğunu göstermektedir.

Özellikle, maç günü hırsızlıklarının (maç dışı günlerdeki hırsızlıklardan farklı olarak) Elland Road Stadyumu’nun kısmen güneydoğu, doğu ve kuzeydoğusunda daha çok yoğunlaştığı (daha koyu sarımsı turuncu renklerle kanıtlandığı üzere) görülmektedir. Dahası, maç günü haritasının sağ üst tarafında futbol taraftarlarının

futbol sahasına giderken geçtiği güzergâha denk gelen biraz daha koyu kırmızımsı bir renk var. Bu örüntü, bu yerlerde maç günleri daha fazla sayıda insan ve dolayısıyla daha fazla suç fırsatı bulunduğundan yukarıda tartışılan teori ile uyumludur.



Figür 4. Elland Road Futbol Stadyumu çevresindeki hırsızlık suçlarının maç ve maç dışı günlerdeki mekânsal dağılımı

NOT: İki tip gündeki mekânsal desenler arasındaki farklılıkları vurgulamaya yardımcı olması için her iki harita için de aynı tematik ölçek kullanılmıştır.

Bununla birlikte, desenlerin görsel incelemesi yanıltıcı olabilir. Sonuç olarak, algılanan farklılıkların güvenilir olup olmadığını belirlemek önemlidir. Bunu yapmak için de, Figür 4'te gösterilen desenlerde algılanan farklılıkların güvenilir olup olmadığını (istatistiksel anlamda) belirlemek için bir uzaysal permütasyon (*spatial permutation*) testi geliştirilmiştir.

7. Uzaysal Permütasyon Testi (Spatial Permutation Test)

Testin temel düşüncesi, hırsızlık suçlarının mekânsal dağılımında gözlenen farklılıkların anlamlı olup olmadığını veya rastlantısal değişikliklerle ortaya çıkıp çıkmadıklarını tahmin etmektir. Bunu belirlemek için, incelenen alan ilk olarak nispeten sıkı bir uzaysal ızgara (*grid*) kullanılarak bölünmüş ve gridin her bir hücrendeki suç hacmi maç günleri ve maç dışı günler için ortaya çıkarılmıştır. Farkların güvenilir olup olmadığı, parametrik olmayan bir permütasyon testi kullanılarak belirlenmiştir. Bu yaklaşımın içerdiği aşamalar aşağıda detaylandırılmıştır:

1. İncelenen alanı mutad büyüklükteki hücrelerden (çalışmamızda 100 m²) oluşan bir grid kaplamaktadır.
2. Maç ve maç dışı günler için her bir grid hücresine düşen suç sayısı belirlenmiştir.
3. Gözlemlenen farklılıkların global bir indeksini oluşturmak için, Denklem (1) uyarınca, her bir maç günü ve ilgili karşılaştırma gününde grid hücrelerdeki suç sayılarındaki farkların toplamı hesaplanmıştır:

$$D_i = \sum_{i=1}^N (M_i - C_i) \quad \text{Denklem (1),}$$

Denklemde N toplam grid hücre sayısını, i göz önünde tutulan grid hücresini, M_i maç günleri i grid hücresindeki hırsızlık suçlarının sayısını ve C_i de karşılaştırma (*comparison*) günleri i grid hücresindeki suç sayısını göstermektedir.

4. Karşılaştırma yapmak için, sıfır hipotez altında her bir grid hücresi için beklenen bir dağılım hesaplanmıştır. Sıfır hipotez, bir grid hücresinde meydana gelen her suçun bir maç gününde veya karşılaştırma gününde ortaya çıkabileceğine dair eşit olasılık olduğunu ifade eder.
5. Dördüncü aşamada üretilen veri kullanılarak üçüncü aşama tekrar edilir. Bu alıştırmaların bir kez tamamlanması, D_i test istatistiklerinin beklenen dağılımının bir değerini hesaplamak için kullanılacak verilerin bir permütasyonunu sağlar. Bu alıştırmaların birçok kez tekrarlanması, ki bu çalışmada 999 kez tekrarlanmıştır, sıfır hipotezinin varsayımları altında oluşturulan D_i istatistiğinin dağılımını tahmin etmeyi sağlayan Monte Carlo (MC) simülasyonunu temsil eder.
6. Her grid hücresi için gözlenen farklılıkların istatistiksel önemi belirlenir. Her alan için gözlemlenen D_i istatistiklerinin istatistiksel önemi, hesaplanan D_i değerlerini aşan zamanların oranının hesaplanmasıyla tahmin edilebilir. Biz usulen Curtis ve Sham'ın (2002) denklemini (Denklem (2)) kullanıyoruz:

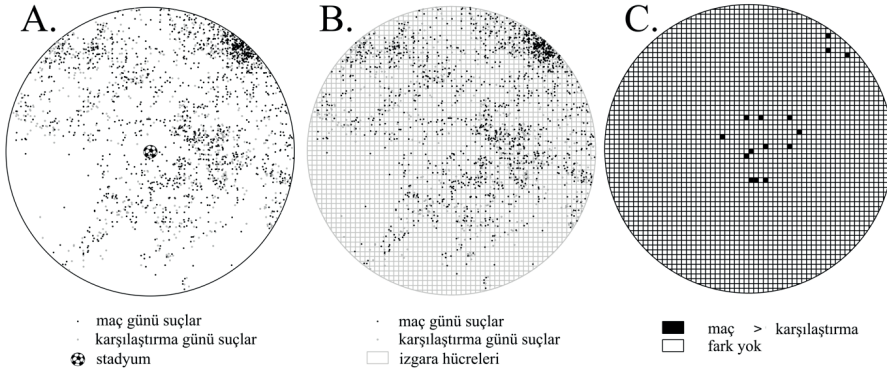
$$p = \frac{r + 1}{n + 1} \quad \text{Denklem (2),}$$

Bu denklemde r , en az, gözlemlenen D_i değeri kadar büyük olan devşirilen veriler (*permuted data*) için D_i değerlerinin sayısıdır, ve n ise kullanılan permütasyonların sayısıdır (bizim çalışmamızda bu 999'dur).

7. İstatistiksel olarak anlamlı/önemli olmayan D_i test istatistiklerinin gözlemlendiği grid hücreleri 0 puan (farksız) olarak belirlenmiştir. İstatistiksel olarak anlamlı

olanlara, gözlemlenen sayının beklenenden daha yüksek olması durumunda 1 puan ve daha az olması durumunda 2 puan verilmiştir. Çoklu karşılaştırmalar problemini ortadan kaldırmak için bir *Bonferroni* düzeltmesi uygulanmış ve böylece Tip I hatasının toplam riski % 5'te tutulmuştur.

Yedinci aşama analiz sonuçlarının bir harita üzerinde kolayca özetlenmesini sağlar. Figür 5, maç günlerinde maç dışı günlere kıyasla (istatistiksel olarak) önemli derecede daha çok sayıda hırsızlık olayının olduğu alanları göstermektedir. Bu, stadyum etrafındaki artan hırsızlık riskinin (zaman birimi başına) şehir merkezindeki birkaç yerin yanı sıra bazı (tüm değil) stadyuma yakın yerlerde de bulunduğunu göstermektedir. Pratik çıkarımlar açısından, maç günlerinde bu tür yerlere ek polis kaynakları tahsis edilebilir. Kuşkusuz, başka suçların yoğunlaştığı bilinen nispeten küçük alanların belirlenmesi, aynı zamanda, maç günlerinde mağaza hırsızları (*shoplifters*) tarafından mağdur edilen bu alanlardaki mağazalara yönelik çeşitli müdahale tipleri hakkında fikir üretmeye de yardımcı olabilir. Buna ek olarak, maç günlerinde diğer yakın yerlerde değil de bu belirli yerlerde suç sayısında artış gerçekleştiğini açıklamak için daha fazla analiz yapılabilir. Bu tür bir analiz, suçun azaltılması için diğer müdahaleler (geçici veya değil) yoluyla etkilenebilecek durumsal faktörleri ortaya çıkarabilir. Sonraki bölümde, hırsızlık suçlarının zamanlamasının maç günleri ve maç dışı günlerde farklılaşıp farklılaşmadığı incelenecektir.



Figür 5. (A) Elland Road Stadyumu etrafındaki hırsızlıkların maç günü ve karşılaştırma günlerinde mekânsal nokta deseni, (B) İnceleme alanı üzerine yerleştirilmiş ve maç günleri ile karşılaştırma günleri için karşılık gelen bir sayım değeri atanmış 100 m²lik grid hücreleri, (C) Stadyum çevresindeki 100 m²lik alanda karşılaştırma günlerinin aksine, maç günlerinde, önemli ölçüde daha fazla suç sayısının ($p < 0.05$) olduğu yerleri göstermek için haritalandırılmış uzaysal permütasyon testinden elde edilen sonuçlar.

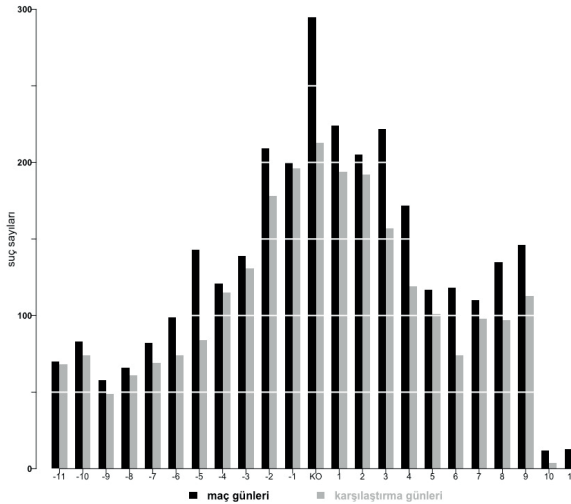
8. Zamansal Analizler

8.1. Maç Ayarlı Zamansal Analiz

Hırsızlık suçlarının zamanlamasının maç günü ve maç dışı günlerde değişip değişmediğini ve değişiyorsa nasıl değiştiğini incelemenin bir yolu, iki tip gün için suç riskinin saatlik değişimini (her saat başına suç miktarı) incelemektir. Bu yöntemde ortaya çıkan problem maçların farklı günlerde farklı zamanlarda başlayıp bitmesidir. İki tür gün için saat başına suç sayımını gösteren basit bir birleştirilmiş analiz bu varyasyonu yok saymakta ve gerçekte neler olup bittiğini maskeleymektedir.

Bundan dolayıdır ki, maç ve karşılaştırma günlerinde suçların meydana geldiği gerçek zamanlardaki değişikliği analiz etmek yerine, hırsızlık olaylarının meydana geldiği zamanlamadaki değişiklikleri maçların oynandığı zamana bağlı olarak inceliyoruz. Bu amaçla, her gün için, maçların başladığı zamana göre hırsızlık suçlarının meydana geldiği zamanları temsil edecek yeni zamansal göstergeler üretilmiştir.

Örneğin, başlaması öğle saatine (12.00) denk gelen bir maç için, saat 11:00'da meydana gelen hırsızlık olayları, maç başlamadan bir saat önce gerçekleştiklerini göstermek için belirli değerlere atanabilir. Aynı şekilde, aynı maçta saat 13:00'da meydana gelen hırsızlık olayları, maç başladıktan bir saat sonra gerçekleştiklerini göstermek için belirli değerlere atanacaktır. Bu yöntem hem maç hem de karşılaştırma günleri için kullanılmış; her karşılaştırma gününe, ilgili maç gününe göre bir (nispi) zaman tahsis edilmiştir. Bu süreç, maç başlamadan önceki ve sonraki 11 saat boyunca gerçekleştirilmiş ve sonuçlar Figür 6'da gösterilmiştir.



Figür 6. Maç ve karşılaştırma günleri hırsızlıkları için maç başlama saati ayarlı zamansal frekans

Figür 6, tahmin edildiği gibi, maç günlerinde maç başlamadan önce, maç sırasında ve sonrasında daha fazla hırsızlık suçunun meydana geldiğini göstermektedir. Gözlemlenen desenlerin istatistiksel anlamlılığını ve farklılıkların devam ettiği süreyi tahmin etmek için, yukarıda tartışılan permütasyon yaklaşımı kullanılmıştır (grid hücre sayımlarını saatlik sayımlarla değiştirerek). Bu, maç başlamadan beş saat önce başlayan dokuz saatlik periyotta maç günlerinde yüksek (*elevated*) miktarda hırsızlık olayının ($p = 0.001$) olduğunu göstermiştir. Bu periyotta, aynı periyotta karşılaştırma günlerinde gerçekleşen 1.377 hırsızlık suçuna karşılık, maç günlerinde 1.635 hırsızlık suçu yaşanmıştır. Bu nedenle analiz, girişte tartışılan teorik yaklaşıma destek sağlar ve polislin (veya diğer) kaynaklarının maç günlerinde suçu önlemek için en iyi şekilde kullanılabileceği periyodu ortaya çıkarır.

9. Tartışma ve Sonuç

Bu makalede, futbol maçlarıyla ilişkili hırsızlığı anlamak ve ele almak için tarihsel yaklaşımları gözden geçirdik ve tartışılan noktaları göstermek için olay incelemesi yöntemini kullanarak bu sorunun çevresel kriminoloji merceğinden nasıl anlaşılabileceğini ortaya koyduk. Sunulan analizler suçun — en azından bu olay incelemesindeki alan için — mekân ve zamanda (maç ve maç dışı günlerde) rastgele dağılmadığını ve maç günlerindeki suç dağılımının diğer günlerdeki suç dağılımını yansıtmadığını göstermektedir. Sunulan örnekte, hırsızlık riskinin (zaman birimi başına), maç günlerinde stadyumun yakınındaki belirli yerlerde ve maç öncesinde, sırasında ve sonrasında bir zaman penceresi için özellikle yüksek olduğu bulunmuştur.

Olayların maç günlerinde mekân ve zamanda belirgin kümelenmesi göz önüne alındığında, maç günlerinde sıcak noktalama polislik stratejilerinin benimsenmesi, bu tür suçların azaltılmasına yardımcı olabilecek en belirgin yaklaşımlardan biri olarak ortaya çıkmaktadır. Sıcak nokta polisliğinin günlük kentsel suçları azaltmada etkili olduğu gösterilmiş olsa da, farkında olduğumuz kadarıyla bu tür stratejilerin futbol maçlarında etkinliğinin değerlendirildiği çalışmalar mevcut değildir. En azından Birleşik Krallık'ta, polis memurları maç günleri muhakkak futbol stadyumlarına yerleştirilmekte ve fakat – bilgimiz dahilinde olduğu kadarıyla – devriye planları bu çalışmada sunulan detaylı analizlerle bilgilendirilmemektedir. Dahası, sıcak nokta polislik stratejileri çeşitli biçimlerde olabilir ve farklı yaklaşımlar farklı kontekstlerde farklı etkilere sahip olabilir (güncel bir tartışma için bkz. Johnson vd., 2015). Örneğin, polis görünürlüğü bazı durumlarda suçun işlenmesini tek başına önleyebilir. Bazı durumlarda ise yasa ve düzeni uygulamak için daha kinetik bir rol gerekebilir. Basitçe

söylemek gerekirse, futbol maçlarındaki sıcak nokta polisliklerinin etkinliğine veya hangi yaklaşımların en iyi şekilde çalışabileceğine dair çok az kanıtımız var, ancak burada gözlemlenen hırsızlık desenleri suçla mücadelede coğrafi-odaklı yaklaşımların kesinlikle mantıklı olduğunu gösteriyor.

Yukarıda tartışıldığı üzere, diğer suç azaltma stratejileri durumsal müdahaleler içerebilir. Örneğin, maçlar bittikten sonra her iki taraftarın kullandığı ulaşım noktalarında kayda değer miktarda daha fazla hırsızlık meydana geliyorsa, ev sahibi ve deplasman taraftarlarının etkileşimlerini sınırlamak ve artan insan sayısının oluşturduğu fırsatları azaltmak için taraftarların stadyumu terk etme şeklini kademeli olarak düzenlemek bir strateji olabilir. Bu, stadyumların tasarımı yoluyla ve/veya taraftarlar stadyumu terk ederken fiziken onlara engel olarak hayata geçirilebilir.

Sonuç olarak, günlük suçlarda olduğu gibi, en azından burada sunulan olay incelemesi için (ayrıca bkz. Kurland, 2014; Kurland vd., 2010; 2013; 2014; 2018), futbol maçlarıyla ilişkili hırsızlık suçu belirli bir zaman ve mekânda toplanmaktadır. Gelecekteki araştırmalar bu bulguların dışsal geçerliliğini belirlemek üzerine kurulabilir, ancak şimdilik bu araştırma coğrafi-odaklı müdahalelerin – fail odaklılardan ziyade ya da onların yanı sıra – futbol maçlarıyla ilişkili suçları azaltma potansiyeline sahip olduğunu göstermektedir. Hangi yaklaşımın en etkili ve en uygun maliyetli olduğunu belirlemek gelecekteki araştırmalar için bir gündem oluşturmaktadır.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almamışlardır.

Kaynakça

- Armstrong, G. (1998), *Football Hooligans: Knowing the Score*. Oxford: Berg.
- Branscombe, N. R. & Wann, D. L. (1992), 'Role of Identification with a Group, Arousal, Categorization Processes, and Self-Esteem in Sports Spectator Aggression', *Human Relations*, 45(10): 1013-1033.
- Braga, A. A., Papachristos, A. V. & Hureau, D. M. (2014), 'The Effects of Hot Spots Policing on Crime: An Updated Systematic Review and Meta-Analysis', *Justice Quarterly*, 31(4): 633-663.
- Brunsdon, C. & Corcoran, J. (2006), 'Using Circular Statistics to Analyse Time Patterns in Crime Incidence', *Computers, Environment and Urban Systems*, 30(3): 300-319.
- Brantingham, P. L. & Brantingham, P. J. (1981), 'Notes on the Geometry of Crime', *Environmental Criminology*, 27-54.
- Brantingham, P. L. & Brantingham, P. J. (1984), 'Mobility, Notoriety and Crime: A study of Crime Patterns in Urban Nodal Points', *Journal of Environmental Systems*, 11(1): 89-99.
- Brantingham, P. L. & Brantingham, P. J. (1993), 'Nodes, Paths and Edges: Considerations on the Complexity of Crime and the Physical Environment', *Journal of Environmental Psychology*, 13(1): 3-28.
- Brantingham, P. L. & Brantingham, P. J. (1999), 'A Theoretical Model of Crime Hot Spot Generation', *Studies on Crime and Crime Prevention*, 8: 7-26.

- Breetzke, G. & Cohn, E. G. (2013), 'Sporting Events and the Spatial Patterning of Crime in South Africa: Local Interpretations and International Implications', *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice/La Revue Canadienne de Criminologie et de Justice Pénale*, 55(3): 387-420.
- Brunsdon, C. & Corcoran, J. (2006), 'Using Circular Statistics to Analyse Time Patterns in Crime Incidence', *Computers, Environment and Urban Systems*, 30(3): 300-319.
- Buford, B. (1991), *Among the Thugs*. London: Random House.
- Chainey, S. & Ratcliffe, J. (2005), *GIS and Crime Mapping*. Chichester: John Wiley & Sons.
- Clarke, R. V. G. & Eck, J. E. (2005), *Crime Analysis for Problem Solvers in 60 Small Steps*. Washington, DC: Office of Community Oriented Policing Services, US Department of Justice.
- Cohen, L. E. & Felson, M. (1979), 'Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach', *American Sociological Review*, 44(4): 588-608.
- Cornish, D. B. & Clarke, R. V. (1986), *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*. New York: Springer.
- De Vreese, S. (2000), 'Hooliganism Under the Statistical Magnifying Glass: A Belgian Case Study', *European Journal on Criminal Policy and Research*, 8: 201-23.
- Dunning, E. (1999), *Sport Matters: Sociological Studies of Sport, Violence, and Civilization*. Routledge: Chapman & Hall.
- Dunning, E., Murphy, P. & Williams, J. M. (1988), *The Roots of Football Hooliganism: An Historical and Sociological Study*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Eck, J. E. (1994), *Drug Markets and Drug Places: A Case-control Study of the Spatial Structure of Illicit Drug Dealing*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. University of Maryland, Faculty of the Graduate School.
- Eck, J. E. (2003), 'The Complexity of Problem Theory, Research and Evaluation', in J. Knutsson (Ed.) *Problem-Oriented Policing: From Innovation to Mainstream Crime Prevention Studies*. Monsley, NY: Criminal Justice Press.
- Eck, J. E. & Weisburd, D. (1995), *Crime and Place: Crime Prevention Studies*. Monsley, NY: Willow Tree Pr.
- Elias, N. & Dunning, E. (1971), 'Folk Football in Medieval and Early Modern Britain', *The Sociology of Sport*, 116-132.
- Felson, M. (1986), 'Linking Criminal Choices, Routine Activities, Informal Control, and Criminal Outcomes', in Cornish, D. B. & Clarke, R. V. (Eds.) *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*. New York: Springer.
- Felson, M. (1995), 'Those Who Discourage Crime', in Eck J. & Weisburd D. (Eds.) *Crime Prevention Studies – Volume 4*. Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- Felson, M. & Cohen L. (1980), 'Human Ecology and Crime: A Routine Activity Approach', *Human Ecology*, 8: 389-406.
- Fitz-Stephen, W. (1961), *Fitz-Stephen's Description of the City of London*. London: B. White.
- Frosdick, S. & Marsh, P. (2005), *Football Hooliganism*. London: Taylor & Francis.
- Harrison, P. (1974), 'Soccer's Tribal Wars', *New Society*, 29(622): 602-604.
- Hird, C. & Ruparel, C. (2007), *Seasonality in Recorded Crime: Preliminary Findings*. Home Office.
- Home Office (2004), *Home Office Statistics on Football-Related Arrests and Banning Orders: Season 2003/2004*. <https://www.gov.uk/government/collections/football-banning-orders> Erişim: 2 Kasım 2010.
- Home Office (2005), *Home Office Statistics on Football-Related Arrests and Banning Orders: Season 2004/2005*. <https://www.gov.uk/government/collections/football-banning-orders> Erişim: 2 Kasım 2010.
- Home Office (2006), *Home Office Statistics on Football-Related Arrests and Banning Orders: Season 2005/2006*. <https://www.gov.uk/government/collections/football-banning-orders> Erişim: 2 Kasım 2010.
- Home Office (2007), *Home Office Statistics on Football-Related Arrests and Banning Orders: Season 2006/2007*. <https://www.gov.uk/government/collections/football-banning-orders> Erişim: 2 Kasım 2010.

- Home Office (2008), *Home Office Statistics on Football-Related Arrests and Banning Orders: Season 2007/2008*. <https://www.gov.uk/government/collections/football-banning-orders> Erişim: 2 Kasım 2010.
- Home Office (2009), *Home Office Statistics on Football-Related Arrests and Banning Orders: Season 2008/2009*. <http://www.homeoffice.gov.uk/documents/football-arrests-08092835.pdf?view1/4Binary>. Erişim: 2 Kasım 2010.
- Johnson, S. D. (2010), 'A Brief History of Crime Concentration', *European Journal of Applied Mathematics*, 21: 349-370.
- Johnson, S. D., Lab, S. P. & Bowers, K. J. (2008), 'Stable and Fluid Hotspots of Crime: Differentiation and Identification', *Built Environment*, 34(1): 32-45.
- Johnson, S. D., Tilley, N. & Bowers, K. J. (2015), 'Introducing EMMIE: An Evidence Rating Scale to Encourage Mixed-Method Crime Prevention Synthesis Reviews', *Journal of Experimental Criminology*, 11: 459-473.
- Kurland, J. (2014), *The Ecology of Football-Related Crime and Disorder*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. University College London, London.
- Kurland, J., Johnson, S. D. & Tilley, N. (2010), *Late Weekend Kick-offs at Premier Football Matches and their Possible Link to Increased Levels of Alcohol-related ASB and Disorder*. London: Government Office for London.
- Kurland, J., Johnson, S. D. & Tilley, N. (2013), 'Offenses around Stadiums: A Natural Experiment on Crime Attraction and Generation', *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 51(1): 5-28.
- Kurland, J., Tilley, N. & Johnson, S. D. (2014), 'A Football Hotspot Matrix: A Framework for Targeting of Football-related Crime and Disorder', in Hopkins, M. & Treadwell, J. (Eds.) *Football Hooliganism, Crime and Crowd Management: Contemporary perspectives in Relation to Research and Theory*. London: Palgrave MacMillan.
- Kurland, J., Tilley, N. & Johnson, S. D. (2018), 'Football Pollution: An Investigation of Spatial and Temporal Patterns of Crime in and around Stadia in England', *Security Journal*, 31(3): 665-684.
- Lösel, F. & Bliesener, T. (2003), 'Hooligan Violence: A Study on Prevalence, Origins and Prevention', in F. Dünkel & K. Drenkhahn (Eds.) *Youth Violence: New Patterns and Local Responses – Experiences in East and West*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Madensen, T. D. & Eck, J. E. (2011), 'Crowd-Related Crime: An Environmental Criminological Perspective', in T. D. Madensen & J. Knutsson (Eds.) *Preventing Crowd Violence*. Boulder: Lynne Rienner.
- Madensen, T.D. & Knutsson, J. (2011), *Preventing Crowd Violence*. Boulder: Lynne Rienner.
- Marples, M. (1954), *A History of Football*. Londra: Secker & Warburg.
- Marsh, P.E. (1978), *Aggro: The Illusion of Violence*. Londra: Dent.
- Nettler, G. (1978), 'Social Status and Self-Reported Criminality', *Social Forces*, 57(1): 304-305.
- North, B. V., Curtis, D. & Sham, P. C. (2002), 'A Note on the Calculation of Empirical P Values from Monte Carlo Procedures', *American Journal of Human Genetics*, 71(2): 439-441.
- Openshaw, S. (1984), *The Modifiable Areal Unit Problem*. Geo Abstracts University of East Anglia.
- Ratcliffe, J.H. (2002), 'Aoristic Signatures and the Spatio-Temporal Analysis of High Volume Crime Patterns', *Journal of Quantitative Criminology*, 18(1): 23-43.
- Ratcliffe, J. H. (2004), 'The Hotspot Matrix: A Framework for the Spatio-Temporal Targeting of Crime Reduction', *Police Practice and Research*, 5(1): 5-23.
- Repetto, T.A. (1974), *Residential Crime*. Cambridge: Ballinger Publishing Company.
- Robson, G. (2000), *'No One Likes Us, We Don't Care': The Myth and Reality of Millwall Fandom*. Oxford: Berg.
- Rossmo, K. D. (2000), *Geographic Profiling*. Boca Raton: CRC Press.
- Rossmo, K. D., Laverty, I. & Moore, B. (2004), 'Geographic Profiling for Serial Crime Investigation', in F. Wang (Ed.) *Geographic Information Systems and Crime Analysis*. Hershey: Idea Group.

- Rotton, J., D. Olszewski, M. Charleton, and E. Soler. (1978), 'Loud Speech, Conglomerate Noise, and Behavioral Aftereffects', *Journal of Applied Psychology*, 63(3): 360-365.
- Russell, G.W. (2004), 'Sport Riots: A Social-Psychological Review', *Aggression and Violent Behavior*, 9(4): 353-378.
- Scott, M. S., Eck, J. E., Knutsson, J. & Goldstein, H. (2008), 'Problem-Oriented Policing and Environmental Criminology', in R. Wortley & L. Mazerolle (Eds.) *Environmental Criminology and Crime Analysis*. Londra: Willan.
- Sherman, L.W. (1995), 'Hot Spots of Crime and Criminal Careers of Places', in J. E. Eck & D. Weisburd (Eds.) *Crime and Place: Crime Prevention Studies*. Monsey: Willow Tree.
- Sherman, L.W., Gartin, P. R., & Buerger, M. E. (1989), 'Hot Spots of Predatory Crime: Routine Activities and the Criminology of Place', *Criminology*, 27(1): 27-56.
- Stott, C. & Pearson, G. (2006), 'Football Banning Orders, Proportionality, and Public Order Policing', *The Howard Journal of Criminal Justice*, 45(3): 241-254.
- Strutt, J. (1801), *The Sports and Pastimes of the People of England from the Earliest Period: Including the Rural and Domestic Recreations, May Games, Mummers, Pageants, Processions and Pompous Spectacles*. Londra: Methuen & Company.
- Taylor, I. (1971), 'A Speculative Sociology of Football Hooliganism', in E. Dunning (Ed.) *The Sociology of Sport: A Selection of Readings*. London: Cass.
- Tekin (2019), *Türk Futbolunda Durumsal Suç Önlemenin Kriminolojik Bir Değerlendirmesi*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Townsley, M. & Sidebottom, A. (2010), 'All Offenders Are Equal, but Some Are More Equal Than Others: Variation in Journeys to Crime Between Offenders', *Criminology*, 48(3): 897-917.
- Weisburd, D. (2002), 'From Criminals to Criminal Contexts: Reorienting Crime Prevention Research and Policy', *Crime and Social Organization: Advances in Criminological Theory*, 10: 197-216.
- Wortley, R. (2001), 'A Classification Technique for Controlling Situational Precipitators of Crime', *Security Journal*, 14: 63-82.

The Concept of “Good Faith” in Criminal Law

İyiniyet Kavramının Ceza Hukukundaki Yeri

Yusuf YAŞAR¹ , Zafer İÇER² 

¹Assoc. Prof. Dr., Marmara University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

²Asst. Prof. Dr., Marmara University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

ORCID: Y.Y. 0000-0001-9010-1371; Z.İ. 0000-0002-2628-9055

ABSTRACT

Good faith is unfamiliar to criminal law because it is a private law-based concept. In criminal law, the concept of good faith has no normative counterpart in crime theory. Moreover, the doctrine of criminal law does not include the notion of goodwill within the theory of crime. However, since the concept of good faith does not have a normative counterpart in crime theory, it is not possible to accept it as a form of appearance of the moral element of the crime or as a form of view of the moral element, nor it is able to substitute intention. Because the intention is the deliberate and desired realization of the objective elements of the crime, it has a completely different meaning and function to the concept of good faith.

Keywords: Good faith, criminal law, moral element

Submitted: 12.11.2018 • **Revision Requested:** 15.01.2019 • **Last Revision Received:** 02.08.2019 • **Accepted:** 02.09.2019 •

Published Online: 27.09.2019

Corresponding author: Zafer İçer, E-mail: zafericer@gmail.com

Citation: Yasar Y, Icer Z, 'The concept of "good faith" in criminal law' (2019) 7(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 255.

1. Introduction

In certain articles of Turkish Penal Code 5237, the concept of good faith is included. However, good faith is in fact a foreign concept within criminal law terminology. The need to examine good faith in terms of criminal law is mainly due to certain judgments by the The Court of Cassation which included the concept of good faith. Especially in some decisions, the use of good faith instead of intent which is the mental element of a crime, shows that there is a terminological problem in practice. In this study, it is planned to emphasize the concept of good faith's meaning, types, functions and place in criminal law for the purpose of eliminating the aforementioned terminological problems.

Whether the concept of good faith has a function in terms of criminal law is an important issue. The principles of "legality" and "lex stricta" are valid in criminal law and the interpretation rules are applied more solidly because of this. But in some judgments by The Court of Cassation, it is understood that there is an attempt to position the concept of good faith within the general theory of crime. However, in the Turkish Penal Code, the concept of good faith is not included in the general theory of crime. Therefore, it should be explained whether this approach by The Court of Cassation is a conscious choice or a terminological mistake. Furthermore, whether good faith has a function in terms of effective remorse and alternative sanctions to imprisonment is also a matter to be dealt with. The Court of Cassation also referred to the concept of good faith in some of its decisions about these institutions.

Within this framework, in the last chapter which constitutes the basis of the study, the regulations of the criminal law, the concept of good faith, the place of this concept in the general theory of crime will be discussed; the relationship between the mental elements of the crime and the intent and negligence will be mentioned and the decisions of The Court of Cassation will be included. In addition, also the exemplary judgments of other criminal law institutions which The Court of Cassation uses the concept of good faith -such as the effective remorse and alternative sanctions of imprisonment- will be discussed in this section.

2. Concept

Good faith is a concept based on Roman law. This concept, which is called *bona fides*¹ in Roman Law, still exists and continues to be used in Civil Law based on Roman Law.

1 Kemal Oğuzman and Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, (23. edn, İstanbul 2017), s.248, n.806; Hasan Erman, *Medeni Hukuk Dersleri* (İstanbul 2016), s.114.

The concept of good faith has private law roots due to the fact that it is the basis of legal processes and relations.

According to Turkish official dictionary, good faith means “*not having any bad thoughts for anyone in any matters, good intention*”².

In the legal sense, good faith can be described as “a state of ignorance or misunderstanding that excuses the existence or absence of a situation that prevents the acquisition of a right, despite the fact that the person shows all the necessary attention and care”³.

By reason of the fact that, legal order, as a basic principle, aim to people’s act in honestly and good faith, the protection of persons who act in good faith in order to establish a particular legal transaction or to gain a right is considered as a fundamental principle of civil law and moving from this idea, regulations on the protection of good faith have been included in the civil law of many countries.⁴

3. Types of Good Faith

Good faith in the civil law doctrine is examined under two sub-headings as “*subjective good faith*” and “*objective good faith*”.⁵

3.1. Subjective Good Faith

Subjective good faith is defined as the presence of a situation that impedes the acquisition of a particular right or the absence of one of the elements necessary for the acquisition of the right, the level of ignorance or misinformation that can be justified in the individual, and the elements of goodwill are referred to as: *i) legal irregularity/the absence of rule ii) the absence of the legal awareness of the person and iii) legal acceptability of “ignorance” or “to be have misinformation”*.⁶

Accordingly, subjective good faith is the absence of a necessary condition for the acquisition of a right or the existence of a reason that prevents the acquisition of the

2 Look: Actual Turkish Dictionary (<https://sozluk.gov.tr/>)

3 Look for the definitions: Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş* (İstanbul 2017), s.187, n.5-8; Oğuzman-Barlas, s.246 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (Ankara 2016), s.123; Serap Helvacı and Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk*, 5. edn., İstanbul 2018, s.43; Gökhan Antalya and Murat Topuz, *Medeni Hukuk* (İstanbul 2017), s.323; Erman, s.114; Mehmet Ayan and Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (Ankara 2016), s.163, 164; Zafer Zeytin and Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku* (Ankara 2017), s.65.

4 Kılıçoğlu, s.123.

5 Hatemi, s.187, kn.4a; Oğuzman-Barlas, s.246, kn.803; Kılıçoğlu, s.121; Erman, s.114.

6 Antalya-Topuz, s.329-331; Ayan-Ayan, s.164, 165; Zeytin-Ergün, s.65, 66.

right is not known for a justified reason.⁷ From this definition, it is not possible to claim good faith in cases where the obstacle is known or the obstacles can be known.⁸ Subjective good faith is regulated in article 3 of the Turkish Civil Code as: “*In cases where the law establishes a legal conclusion to good faith, the important factor is the existence of goodness. However, anyone who does not show the expected diligence according to the requirements of the situation cannot claim good faith.*”

By this regulation, the legislator has accepted that individuals act in good faith in their social lives (*presumption of goodwill*). As a result of the acceptance of this presumption, which can be easily proved otherwise, the obligation to prove the existence of bad faith, falls to the people who expressed this claim, in other words, the obligation to prove good faith is not owned by the person or persons who will benefit from the protective effect of good faith.⁹ For example, the person who acquires real rights on an immovable property by relying on the registry of deeds acts in good faith as by presumption. But this does not mean an absolute presumption and can be proved otherwise. At this point, according to presumption it will be accepted that the person who acquires the real rights does not know the mistake in the registry of deeds otherwise, the claimant shall be obliged to prove it.¹⁰

Since subjective good faith is related to the acquisition of a particular right, in the doctrine, the following conditions must be found together in order to gain a right based on good faith or to protect good faith legally: *i) the existence of a legal outcome, ii) the existence of good faith according to legislation, iii) the existing of a legal deficiency, iv) good faith of the person who wants to achieve the legal outcome.*¹¹

3.2. Objective Good Faith

Objective good faith is not about acquiring the right; it is the kind of good faith sought in terms of the exercise of the right that earned.¹² In Turkish legal theory, objective good faith is also called the rule of honesty. The rule of honesty refers to the obligation of individuals to behave in a manner consistent with the reasonable behavior expected of an honest, honorable, moral and average person in similar legal relations.¹³

7 Oğuzman-Barlas, s.248, 249; Hatemi, s.187, kn.5-8; Kılıçoğlu, s.121; Zeytin-Ergün, s.65.

8 Hatemi, s.188, kn.9; Oğuzman-Barlas, s.249, kn.808.

9 Hatemi, s.187, kn.6-7; Oğuzman-Barlas, s.258, kn.840; Ayan-Ayan, s.168; Zeytin-Ergün, s.69, 70.

10 Kılıçoğlu, s.123, 124.

11 Antalya-Topuz, s.335-337; Kılıçoğlu, s.124-127.

12 Kılıçoğlu, s.121; Oğuzman-Barlas, s.246, kn.804.

13 Helvacı-Erlüle, s.44; Oğuzman-Barlas, s.262, kn.853.

In determining whether the behavior conforms to the rule of integrity, moral measures prevailing in society, practices brought by customs and traditions, and the purpose of the concrete legal relationship are taken into consideration.¹⁴ The violation of this rule is considered as an abuse of the right and this situation is not protected by law. As a matter of fact, in our positive law, in Article 2 of the Turkish Civil Code, the rule of honesty is regulated as follows and this rule is connected to a certain legal consequence: *“During the exercise of their rights and during the performance of their obligations, everybody is obliged to act according to the code of honesty. The legal order does not protect the manifest abuse of a right.”*

In determining whether the abuse of the right, in other words, whether there is a violation of the honesty rule, the following criteria are used: *i) the lack of a legitimate interest in the exercise of the right, ii) there is an excessive disproportion between the benefit of the exercise of the right and the damage given to another person, iii) use of rights based on its own moral conduct or contradictory behavior.*¹⁵

4. The Function of Good Faith in Private Law

Subjective good faith carries out a function in private law that protects the individual from the legal consequences or changes the result.¹⁶ In this respect, good faith ensures security in legal proceedings.¹⁷ However, in private law, acting in good faith is not always a protected situation, and as stated in Article 3 of the TCC, good faith can be maintained in cases where the law has a legal conclusion to good faith. For example, when (A) sells an item (C) that has been left entrusted to them by (B), it is not possible, as a rule, for (A) to gain ownership of (C) since (A) does not have the power of disposition. However, if (C) is unaware that the goods belong to (B), they will be deemed to have acted in good faith and (C) gains the ownership of the goods.¹⁸ In Article 988 of the Turkish Civil Code it is stated as followed: *“The acquisition of a person who has acquired, in good faith, ownership or limited rights in-kind from the possessor of a movable who bears the title of an trustee, is protected even if the possessor does not have the authority to make such dispositions.”* Pursuant to this regulation, in the example, (C) will acquire ownership as it is in good

14 Helvacı-Erlüle, s.44.

15 Helvacı-Erlüle, s.45.

16 Oğuzman-Barlas, s.249, kn.810.

17 Antalya-Topuz, s.326.

18 Oğuzman-Barlas, s.250, kn.811.

faith. As it can be seen, the Turkish Civil Code concluded to buyer's good faith about lack of knowledge about the belonging of the good and has maintained people who acquires ownership over goods with good faith.

Objective good faith (the honesty rule) is applied - except for in the exercise of rights and the performance of debts - in the interpretation of the provisions of the law, in filling the gaps in the law, in the prevention of fraud, in the formation, interpretation and completion of legal proceedings, in the interpretation, amendment or termination of the rules for application.¹⁹

5. The Role of Good Faith in Criminal Law

5.1. Normative Regulations of Good Faith in the Turkish Penal Code

While positive provisions of the criminal law do not include the concept of good faith in the context of the elements of the crime, it is observed that there is a certain consequence to good faith in normative regulations on security measures such as "confiscation of goods" and "confiscation of assets".

Paragraph 1 of the Article 54 of the Turkish Penal Code is issued as followed: *"On the condition of not belonging to bona fide third parties, the seizure of properties used in the commission of an intentional crime or allocated to the commission of the crime or which arises from the crime shall be decreed. The property prepared in order to be used in the commission of the crime shall be seized in the circumstance that it is dangerous to public safety, public health or public morality. In case of limited right in favor of third parties, the confiscation decision shall be granted on condition that this right is reserved."*²⁰

19 Helvacı-Erlüle, s.45, 46; Oğuzman-Barlas, s.263, kn.854-856.

20 Article 54: (1) On the condition of not belonging to bona fide third parties, the seizure of properties used in the commission of an intentional crime or allocated to the commission of the crime or which arises from the crime shall be decreed. The property prepared in order to be used in the commission of the crime shall be seized in the circumstance that it is dangerous to public safety, public health or public morality. In case of limited right in favor of third parties, the confiscation decision shall be granted on condition that this right is reserved. (2) In the event of the disposal, selling off, consumption or seizure of the property falling under the scope of clause one being rendered impossible through any other means, the confiscation of a sum of money equal to the worth of the property shall be decreed. (3) When it is understood that the seizure of the property used in the crime shall cause more severe consequences in comparison to the crime committed and thus be inequitable, seizure may not be decreed. (4) A property the manufacture, possession, usage, carrying, buying and selling of which constitutes a crime shall be seized. (5) Where the seizure of only some parts of a property is required, if it is possible to remove said part without damaging the whole, the seizure of only said part shall be decreed. (6) With regards to multi-shareholder property, the seizure of only the share of the person who complicit in the crime shall be decreed.

As it is seen, in order to be able to decide on confiscating goods, the condition subject to confiscation should belong to the qualified third parties. In the official reason of the Article 54 it is explained as followed: "(...) *To ensure that the confiscation does not damage the property right in constitution, it is accepted to decide on the confiscation of the goods used for the crime or the goods assigned to the offense. However, for this, the goods should not belong to the third parties who act in good faith. In other words, if the person is not aware of the crime, and even if the goods were used to process a crime, confiscation cannot be decided.*"

As stated in the official reason of the article, to act in good faith in the confiscation of goods has importance not in terms of elements of the particular crime but whether or not the owner of goods of confiscation knows that his/her belongings were used in a particular offense.²¹

According to the Court of Cassation; "*Pursuant to Article 54/1 of Turkish Penal Code numbered 5237, in order to allow the confiscation of goods used in the processing of a deliberate crime or assigned to the commission of the crime, this good should not belong to the third party. According to the official reason of the article, it is the situation in which the person does not participate in the processing of the crime and is not aware of the crime.*"²²

In short, in terms of provisions for confiscation, whether or not the person's actions in good faith are not considered as a determinant in the existence or absence of the elements of the offense, but for the confiscation of the object, particularly in the context of the terms and conditions of it, this concept was required to be included in the normative regulation.

In Article 55 of the Turkish Penal Code, where the confiscation of earnings is

21 The transfer was given to the defendant with the custodian purposes by the owner whose good faith cannot be proven otherwise. According to declarations of financial responsible and the defendant it should decide to confiscate instead of courts assumption based acceptance regarding the return the vehicle to the rights holder *Court of Cassation, 7. CC., 23.02.2017, 2014/32977, 2017/1303* "The defendant is the brother of the financial responsible. It is against the usual flow of life that the financial responsible who is a brother of the defendant does not know that there is a cigarette in the vehicle. It should restate but not confiscation regarding the lack of good faith. *Court of Cassation, 7. CC., 20.10.2016, 2014/30253, 2016/9954.*

22 The continuation of the decision is as follows: "*Subject to the fact that the defendant said that the gun was a duty weapon, the gun was licensed in the name of his wife and he took it to clean, the court's decision on the refusal of the objection did not appear to be insignificant, because it was understood that S.V., the holder of the warrant, was not "a third person acting in good faith" within the meaning of Article 54/1 of the Turkish Penal Code*"

23 *Court of Cassation. 8. CC., 16.06.2014, 2014/907, 2014/14799.*

issued, the provisions of the Turkish Civil Code have been referred directly to the protection of the person who acquired the goods in good faith with an indication that the person who acquired the goods should not be able to benefit from the provisions of Turkish Civil Code No. 4721 on the protection of good faith.²⁴

It has been stated in the official reason of the article as follows: “In the application of this provision, the rights of the victim and the third parties acting in good faith shall be protected and their financial values shall not be subject to the confiscation of earnings.

5.2. The Role of Good Faith in the General Theory of Crime

When the concept of good faith in terms of the general theory of crime is evaluated, firstly, it is necessary to explain under which heading this concept can be studied in crime theory.

In the Turkish Penal Code, the concepts of “intention” and “negligence” are defined as the moral elements of the crime. In addition, “aggravated crime due to consequence” is regulated in Article 23 of the Code. In the doctrine, as well as intention and negligence, “aggravated crime due to consequence” and “motive” are examined under the moral elements of the crime. However, neither the Code nor the doctrine contain the concept of good faith among the moral elements.

When the comparative law criminal laws are examined, it is seen that the concepts of intention and negligence are mostly preferred as the moral elements of the crime. As in our country, in the criminal codes of many countries (for instance Germany²⁵,

24 **Article 55:** (1) The seizure of material benefits gained through the commission of the crime or which constitutes the subject-matter of the crime or which is provided for the commission of the crime and the economic gains acquired from their investment or conversion shall be ruled. For a ruling of seizure as per the provision of this clause, the material benefit should be non-returnable to the victim of the crime. (2) In circumstances where the property or material benefits which are object of seizure cannot be confiscated or where they are not delivered to the concerned authority, seizure of values equivalent to them shall be decreed. (3) For the property which falls within the scope of this article to be able to be seized, the person who later acquires the property should be not able to benefit from the provisions of the Turkish Civil Code no. 4721 and dated 22/11/2001 regarding the preservation of bone fide.

25 Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, (4. edn., München 2006), s.444, a.m.; Walter Grop, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (4. edn., Heidelberg 2015), s.151 a.m.; Johannes Wessels and Werner Beulke and Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (44. edn., München 2015), § 7, s.90 a.m.; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (4. edn., Stuttgart 2014), s.102 a.m.; Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (7. edn., Baden-Baden 2015), § 13, s.125 a.m.; Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2013, § 7 n.2 a.m.; Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.Aufl., 1991, 8/1 a.m.; Hans-Heinrich Jescheck and Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, § 24 III 4, 5 a.m.

The United Kingdom²⁶, The United States²⁷, Italy²⁸, China²⁹, Israel³⁰, Spain³¹, Netherlands³², Portugal³³, Belgium³⁴), the general form of crime is intention, and the exceptional form of crime is accepted as negligence. In the criminal laws, the concept of good faith is not included in the moral elements of a crime or general theory of crime, and in the doctrine this concept is not considered in the moral elements of the crime. Even in the explanation of concepts such as intention and negligence, it is not possible to come across the concept of good faith.

In the criminal law, due to the similarity with the intent which contains the elements of knowing and demanding, it can be considered that the concept of good faith is a moral element of the crime or a form of appearance of the moral element. Indeed, definitions such as knowing, not knowing, and lack of knowledge are the result of the association of the concept of good faith with the intention. For this reason, it is quite natural to think that the concept of goodwill can be positioned within the moral element of crime in the general theory of crime. However, it should be noted, that the concept of good faith does not have a normative counterpart in crime theory, nor does this concept occur in the theory of crime. This concept is purely a private law concept and no legal result has been established in terms of the existence or absence of elements of the offense, whether the persons have good faith or not under the criminal law.

As it is known, criminal law is based on defect liability. The person who violates a certain penalty norm with intention or negligence, can be accused of the crime.

-
- 26 L. H. Leigh and J. Eryl Hall Williams, *Criminal Law (United Kingdom)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 2, September 1994), s.49-52.
- 27 Scott Broyles, *Criminal Law (United States)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 41, April 2011), s.66-68.
- 28 Astolfo Di Amato, *Criminal Law (Italy)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 42, April 2011), s.81-86.
- 29 Mi Zhou and Shizhou Wang, *Criminal Law (China)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 21, January 2001), s.72, 73.
- 30 Emanuel Gross and Gabriel Hallevey, *Criminal Law (Israel)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 43, October 2011), s.45-52.
- 31 Lorena Bachmaier and Antonio del Moral García, *Criminal Law (Spain)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 46, October 2012), s.83-89.
- 32 J.A.W. (Hans) Lensing, *Criminal Law (Netherlands)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 11, June 1997), s.61-65.
- 33 Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria, *Criminal Law (Portugal)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 34, March 2009), s.58-60.
- 34 Lieven Dupont and Cyrille Fijnaut, *Criminal Law (Belgium)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 1, December 1993), s.65-69.

As a moral element of the crime, the concept of intention is used to express the psychological link between the perpetrator and the action in criminal law. As a rule, crimes can be processed with intention. The elements of intent are the knowing and demanding of the objective elements of the crime(TPC a. 21).³⁵

Objective elements are: primarily the act of the offense, the result, the bond of causality, the subject, the qualified elements, the perpetrator and the victim. Pursuant to Article 30 (1) of the Turkish Penal Code, a person is not considered intentional to act in the event that the objective elements of the offense are not known during the execution of the act.³⁶

In criminal law, the state of knowing the elements of the crime in terms of the existence and absence of the offense is directed towards the objective elements of the crime. If the objective elements of the crime are not known, it can be said that there is no "good faith" but an error which removes the intention.

To clarify, unlike the meaning of good faith in civil law, if he is mistaken in the objective elements contrary to his duty of attention and care, although the person is capable of knowing the objective elements, it cannot be concluded that he acts with intention. In this case, if the crime is a crime that can be committed through negligence, the person can be punished within the framework of the provisions related to negligence crimes.³⁷ For example, a hunter sees a movement in the woods behind the bushes, and fires thinking that it is a rabbit. The person who thinks he has killed a rabbit has killed another person who is hunting there. In this case, an experienced hunter should not fire his weapon until he is certain that his target is really an animal, and should pay attention and care. If the hunter had not hurried and he had tries to perceive that the movement on the target, after waiting for a moment; he would not make a mistake and would not shoot a person. Thus, in this case, the hunter essentially killed a person, thinking that he was a rabbit, in a situation where he could know what the target was in the framework of his general life experiences and the characteristics of the concrete event, as a result of acting contrary to the obligation of attention and

35 Roxin s.444, kn.18, 19; Gropp, s.151, 152; Wessels and Beulke and Satzger, § 7, s.90, kn.203; Heinrich, s.102, n.264; Kindhäuser, § 13, s.125, n.2,3; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*; (10. edn., Ankara 2014), s.236, 237; Mahmut Koca and İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*; (10. edn., Ankara 2017, s.153; Mehmet Emin Artuk and Ahmet Gökçen and M. Emin Alşahin and Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*; (11. edn., Ankara 2017), s.324-328.

36 Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.561, 562.

37 Kindhäuser, § 27, s.217, kn.1; Özgenç, s.435.

care. In this case, it can be said that the hunter is capable of knowing the subject of the crime, but this does not show that he acted intentionally to kill. For this reason, the hunter, within the framework of Article 30/1 of the TPC, benefits from his error regarding the material element, and he can be punished for the crime of killing with negligence rather than a crime of intentional killing (Article 81).

The suspicion about the existence of one of the objective elements of the crime, the inability to be sure, eliminates the element of knowledge. In cases of an acceptance of the result it is considered as eventual intent and if it is believed that it will not happen, it is considered as conscious negligence.³⁸

In civil law, a person is deemed to be acting in good faith if he does not know the existence of a necessary condition for the acquisition of a right or does not know the existence of a reason preventing the acquisition of the right or can benefit from the provisions of the Law regarding the protection of good faith. Although the person does not know this state, if he is in a position to know, he is not able to benefit from the provisions related to good faith. As will be remembered, even if the person is capable of knowing the objective elements in the criminal law and he has acted without knowing the objective elements in the concrete case, he is not considered to be acting intentionally and can benefit from the provisions of the error (Article 30/1).

Another type of moral element is negligence. Contrary to intention, the acts committed through negligence shall be punished when the law explicitly states. For this reason, negligence is an exceptional type of responsibility. Negligence is the realization of a behavior through not foreseeing the results specified in the legal definition of the crime, due to a violation of the obligation of care and attention. This is called unconscious (simple) negligence. If the result occurs, although the person does not desire the predicted result, it is called conscious negligence. (TPC Article 22)

If the person has knowingly and willingly carried out the material elements of the crime, or because of his behavior contrary to the obligation of attention and care, caused a result taken under protection in the law, his criminal liability will be on the agenda. At this point, whether or not a person is a good, moral, honorable, honest person in character has no meaning or significance. Criminal law is not interested in the person's general character, temperament, lifestyle, personality traits but it is

38 Koca-Üzülmez, s.253.

interested in an act of intentional or negligent behavior that is prohibited under a particular form of crime.

A person who has committed a crime in breach of a specific criminal norm can be a truly honest, moral, honorable person in good human relations. However, such characteristics are not taken into account in the evaluation of the moral element of the act performed since in contemporary criminal law, the perpetrator is not important but the act is. This means that criminal law sanctions are imposed on the individual through criminal acts.

Perpetrator's good faith, honesty, chastity, having good morals, or known with these characteristics around him- are not related to the elements of the offense. But it can be argued as a defense argument for form an opinion in the presence of judicial authorities about the certainty of action.

In practice, however, it is seen that good faith is tried to be substituted for intent and that it is subject to defenses. . In some cases, subject to the Court of Cassation, it is possible to see examples of this:

*“... to his son, and regarding **“we didn't know that we would get permission from anywhere in the preparatory”** statements repeated by the defendants (...)*”³⁹;

*“**the defendant's plea that the messages are sent in good faith**, the content of the messages and the movement of a specific purpose for the crime to occur and it is mandatory for the perpetrator to have a special intention to disrupt the peace and tranquility of the victim (...)*”⁴⁰;

39 The whole decision is as follows: “regarding to minutes of the hearing process, which reflects the conscience, documents, according to the reasons and content according to the criminal history; the scope of the power of attorney given from the defendant ... to his son, and regarding **“we didn't know that we would get permission from anywhere in the preparatory”** statements repeated by the defendants; there is not any inappropriate in the court's appreciation and evaluation (...)” Court of Cassation 18. CC.,10.13.2016, 2015/26922, 2016/4627.

40 The whole decision is as follows: “The defendant's brother was the assistant manager of the building in exchange for wiping the stairs, after the request to remove the defendant's brother from the building because the stairs are not wiped, the defendant sent 8 messages and the fact that the participant is therefore considered uncomfortable, **the defendant's plea that the messages are sent in good faith**, the content of the messages and the movement of a specific purpose for the crime to occur and it is mandatory for the perpetrator to have a special intention to disrupt the peace and tranquility of the victim, without evaluation of the dates and times of the messages and the HTS records relating to the call register between the parties, whether the action is committed only in order to disrupt the peace and tranquility of the participant, the decision of conviction with incomplete research and inadequate reasons (...)” Court of Cassation 18. CC., 11.10.2017, 2015/42027, 2017/10790.

*"In order to prove a claim based on a legal relationship or to document a real situation, to apply Article 211 of Turkish Penal Code No. 5237, which is arranged as a case requiring less punishment in case of fraud in the document, the perpetrator must have acted in order to provide evidence of an actual event. To prove the accuracy or reality is not a condition, **due to the fact that the perpetrator has sufficient faith in the accuracy of this event in good faith (...)**"⁴¹;*

As it is seen, the defendants' pleas regarding their actions in good faith, are primarily intended to demonstrate that they do not carry criminal intent. However, these defenses have no counterpart in terms of criminal law. Acting in good faith when performing a certain behavior has no effect which removes neither intent nor criminal responsibility. In terms of the criminal law technique, it is necessary to act on the concept of intention and its elements in order to point out that the moral element of the crime has not occurred. If the objective elements of the crime are not known, it is necessary to take into account Article 30/1 of the Turkish Penal Code. In this context, good faith, only as a general character trait or behavior in terms of occurrence of an act, can be subject a defense argument towards the establishment of a judgment.⁴²

5.3. Court of Cassation Decisions in Which Good Faith is Used Instead of Intention

Although the concept of good faith has no meaning in terms of the moral element of the crime, in some decisions of the Court of Cassation the concept of good faith is used in the evaluation of the moral element instead of intention and it is substituted for the intention itself:

41 The whole decision is as follows: *"In order to prove a claim based on a legal relationship or to document a real situation, to apply Article 211 of Turkish Penal Code No. 5237, which is arranged as a case requiring less punishment in case of fraud in the document, the perpetrator must have acted in order to provide evidence of an actual event. To prove the accuracy or reality is not a condition, **due to the fact that the perpetrator has sufficient faith in the accuracy of this event in good faith**, be able to determine the truth without doubt and to determine whether Article 211 of the TPC No. 5237 can be applied or not,... had taken a decision from the 1st Civil Court of First Instance concerning the miswriting of his mother's name and the other person who had a decision on his behalf ... also stated that his grandfather's last name was spelled incorrectly. A written decision instead of the legal status of the defendant after these conditions are investigated and deed has been determined (...)" **Court of Cassation 21. CC., 10.02.2016, 2015/5895, 2016/1057.***

42 " 'she approached the matter in good faith and did not make any threats, during the prosecution phase, the defendants came to their houses separately, they don't come together' despite of the aforementioned statement of the wife of the complainant it has sentenced an excess penalty regarding jointly threatening (...)" **Court of Cassation 4. CC. 23.12.2015, 2013/24281, 2015/40726.**

In the decision of the 12th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 19.04.2017, file numbered 2016/10599 and decision numbered 2017/3302, the following opinions and consideration were made which are incompatible assessments regarding universal principles applicable to criminal law, general principles of the moral element of the crime and in particular the principle of defect:

“It is mandatory that the good faith rule in the Turkish Civil Code should be considered as a general legal principle and taken into account in the assessment of the types of crimes regulated in Article 65 of the 2863 numbered Code (...), to the extent permitted by the special status of the real estate or the region, he must also know that he can undertake construction and physical interventions within the framework of the permit procedure to be carried out in public institutions. The good faith of the person is not able to be mentioned in the case where he does not get the permission to undertake construction, although he is aware of the decision to register on the basis of structure or region”^{43,44}

The decision of the 8th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 11.03.2015, file numbered 2014/36892 and decision numbered 2015/13426, stated the following as the reversal reason and misused the concept of good faith rather than intention: *“It is understood from the pleas of defendants, registry of deeds, declarations*

43 The whole decision is as follows: ***“It is mandatory that the good faith rule in the Turkish Civil Code should be considered as a general legal principle and taken into account in the assessment of the types of crimes regulated in Article 65 of the 2863 numbered Code. In other words, regarding the registration procedures made prior to the amendment of the Law No. 6498, there is no annotation in the declarations of the title deed of the real estate. Even if it is not announced by ordinary means at the place of registration decision, the statement regarding the perpetrator’s awareness of the registration of the real estate or the region cannot be ignored. For the person who knows that the real estate he owns or that he uses is in a protected regional site or it is required protection because of its qualifications, it is forbidden to make any modifications upon his will. To the extent permitted by the special status of the real estate or the region, he must also know that he can undertake construction and physical interventions within the framework of the permit procedure to be carried out in public institutions. The good faith of the person is not able to be mentioned in the case where he does not get the permission to undertake construction, although he is aware of the decision to register on the basis of structure or region. Hence, the perpetrator is not able to legally protected in both cases of whether intentional unauthorized construction and physical intervention by knowing the nature of the region or the real estate, or in case of initially not knowing but continuing to interfere after knowing through the minutes issued by public officials. It is also not possible to talk about the good faith of the perpetrator in terms of acts carried out on unlawful grounds. In other words, (...) In the case of construction and physical intervention on the immovable property belonging to the treasury or the state, it shall not be effective whether the decision of the registration is declared or not by ordinary means at the place of registration decision. In this case, it is necessary to acknowledge that the perpetrator has interfered with the immovable that the perpetrator is not the owner or does not have the legal right to use and this act is deprived of legal protection. The search for a proclamation rule in terms of construction and physical interventions carried out on the unlawful ground does not correspond to the usual flow of life and the principles of logic (...)”***

44 Also for a similar decision ***Court of Cassation 12. CC., 15/02/2018, 2016/1354, 2018/1617; Court of Cassation 12. CC., 08.02.2018, 2015/16583, 2018/1268.***

*of the technical and local experts that the defendants infringed the field located in the 2516 numbered parcel by planting it. Their acts are the crime of infringement to the ground which is not regulated in Article 154/2 of TPC. Regarding the **good faith** cannot be accept in the cadastral areas, this decision must be subject to reversal."*

The consideration of the concept of "good faith" expressed in these decisions of the Court of Cassation as a criterion in terms of criminal law and criminal offenses is inappropriate. There is no normative basis to refer to the concept of good faith in the evaluation of the elements of the crime (especially the moral element). In such cases, it should be investigated whether the perpetrator acted intentionally and willingly in the objective elements of the offense. If the objective elements known during the execution of the act of the crime, it is accepted that intention exists. If it is not known, an error can be in the objective elements of the crime and the error on the objective elements removes one's intention (Art. 30/1).

As we have stated before, the fact that a person is in a position to know a particular situation or phenomenon does not mean that he does indeed know or that a fact in criminal law can be known is not indicative of the existence of intent. In such cases, if a person is able to know a particular fact, because of his behavior which is contrary to the obligation of attention and care and has caused a certain result that has been sanctioned in the law, his responsibility for the crime can be ascribed (Art. 30/1).

5.4. Other Cases of Court of Cassation Decisions Which Include the Concept of Good Faith

5.4.1. Good Faith in the Implementation of Effective Remorse Provisions

In addition to the elements of the crime, there are other cases in which the Court of Cassation has made decisions which relied on the concept of good faith. The first of these is effective remorse.

In Turkish Penal Code No. 5237, effective remorse after the crime has been completed, is accepted as a personal reason that eliminates punishment or requires a less penalty, for the offenses whose nature are appropriate for the effective remorse and which mentioned in the penal code itself.⁴⁵

45 For further information on effective remorse: Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (4. edn. İstanbul 2017), s.535, 536; Nur Centel and Hamide Zafer and Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (10. edn., İstanbul 2017), s.478, 479; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.635; Koca-Üzülmez, s.437; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (12. edn., Ankara 2017), s.478, 479.

The decision of the 15th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 16.03.2017, file numbered 2014/18119 and decision numbered 2017/7650 as follows: “(...) *It also stated that the intervening parties declared that they estimated the amount of the loss and the defendant paid the amount of 26.180,00 TRY which can be seen in the petition dated 17.10.2011. It has not been considerate to apply Article 168/1 of the Turkish Penal Code, for the defendant **who acted in good faith** and showed remorse and sentenced more punishment than it requires.*”⁴⁶

As it seems, the Court of Cassation considers the behaviors of the defendant which resulted in the benefit of effective remorse, to be good faith. To state it clearly, the effective remorse provisions which are applied after the crime is committed, regulate to behaviors that include regret to eliminate the harmful consequences of the crime committed by the person. In this respect, a perpetrator’s will to eliminate the harm caused by the crime cannot be explained by the concept of “good faith”, rather by the concept of “remorse” which is regret stemming from a past incident. Since good faith has a meaning in terms of whether a fact or a legal situation is known or not, the use of this concept in the institution of effective remorse is accurate neither conceptually nor legally.

5.4.2. Good Faith in the Implementation of Alternative Institutions for Imprisonment

The Court of Cassation uses the concept of good faith in terms of the conditions of the alternative institutions for imprisonment.

The decision of the 17th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 22.06.2016, file numbered 2015/16293 and decision numbered 2016/9396 gave the following as the reversal reason: “*While the defendant was judged, his personality was evaluated positively and in accordance with Article 51 of the Turkish Penal Code. The subject of the crime, which is a stereo, has been delivered to the complainant in an undamaged manner and the defendant does not have any criminal record. The Court stated that the defendant did not fully compensate for the damages of the complainant,*

46 The whole decision is as follows: “*Although the attorney of the intervening party stated that the partial payment of the defendant shows us that he did not give his consent in accordance with Article 168/4 of the Turkish Penal Code, the damage suffered by the intervening party did not determine in the financial expert report. It stated that the amount of damage based on the estimation. It also stated that the intervening parties declared that they estimated the amount of the loss and the defendant paid the amount of 26.180,00 TRY which can be seen in the petition dated 17.10.2011. It has not been considerate to apply Article 168/1 of the Turkish Penal Code, for the defendant **who acted in good faith** and showed remorse, and sentenced more punishment than it requires.*”

*he did act in favor of the other defendant and complainants and he did not take any action to show his **good faith** towards them. In this respect, it is clear that the conditions of the article 231/5 of the Code of Criminal Procedure did not occur. Deciding not to implement Article 231 of the Code of Criminal Procedure with the unlawful justification that there is no room for its implementation is a reason for reversal."*

The assessment of the Court of Cassation regarding this point is appropriate. It is wrong for the Local Court to accept the defendant's actions against the complainants whether it is in good faith or not, as a reason for the deferment of the announcement of the verdict since the conditions of implementation of this institution are determined in a concrete and legal way in Criminal Procedure Law article 231. There is no requirement in the conditions of application of this institution that the defendant must act in good faith towards the complainants. In particular, the condition for the compensation of damage is extremely clear and objective (CPL art. 231/6-c). If the damages are paid, the condition is met. This provision does not apply unless the damages are paid.

As a subjective condition regarding the implementation of this institution, the court should be convinced that the defendant will not commit a crime again considering his personality traits, attitudes and behaviors at the hearing (CPL art. 231/6-b). It is not even possible to evaluate the concept of good faith in terms of this condition. In fact, the defendant's personality traits are not specific to a particular phenomenon or case, and they require a general evaluation judgment. Rather, good faith relates to the recognition of a specific, concrete phenomenon, fact or situation.

The defendant's attitude and behavior during the trial can be expressed as, statements and defenses that facilitate the work of the judicial authorities to reveal the material truth, expressing remorse for the act he committed, and behaviors that are conducive to arousing the conviction that the person will not commit a crime again in the presence of the court. Therefore, he would prove that he will not commit a crime again. As we have stated before, this concept can be explained only with the concept of "remorse", but it is certainly not the concept of "good faith".

6. Conclusion

Good faith is unfamiliar to criminal law because it is a private law-based concept. In private law, the incognizance regarding the absence of a necessary condition for the acquisition of a right or the incognizance regarding the existence of a reason to prevent the acquisition of the right or the impossibility of the cognizance of such

situation shows good faith and it can be protected when the Civil Code establishes a legal conclusion to good faith.

In criminal law, the concept of good faith has no normative counterpart in crime theory. At the same time, the doctrine of criminal law does not include the notion of goodwill within the theory of crime. Good faith is a purely private law concept and no legal result has been attributed to the existence or absence of elements of the offense, whether or not the persons act in good faith in criminal law. Accordingly, in order to be able to decide on the confiscation of goods, the goods subject to confiscation are required to be owned by the third parties who act in good faith (art. 54/1). In the confiscation of earnings, it stated that the person who acquired the subject should not be able to benefit from the provisions of Turkish Civil Code numbered 4721 regarding the protection of good faith.

When considered in terms of the general theory of crime, the concept of good faith is similar to intention because it contains the elements of knowing and demanding, and therefore brings to mind the idea of the moral element of the crime or a form of appearance of the moral element. However, since the concept of good faith does not have a normative counterpart in crime theory, it is not possible to accept it as a form of appearance of the moral element of the crime or as a form of view of the moral element, nor can it be a substitute for intention. Because intention is the deliberate and desired realization of the objective elements of the crime, it has a completely different meaning and function to the concept of good faith. In short, no legal conclusion has been established in terms of the existence or absence of the elements of the offense, whether the persons are in good faith or not in the criminal law.

The Court of Cassation has used the concept of good faith in the evaluation of the moral element rather than the intention. Since the concept of good faith does not have a normative basis, it is an erroneous application to consider this concept as a criterion for the types of crime that are the subject of the trial. The psychological link between the act and the perpetrator refers to the concept of intention (and negligence), and it must determine whether the perpetrator is aware of the objective elements of the offense and whether he is willing to commit the crime. If it is not known, an error can be mentioned in the objective elements of the crime and the error on the objective elements removes one's intention (Art. 30/1).

The fact that a person *can* know a particular situation or phenomenon does not mean that he *does* know it and that a fact is able to be known in terms of criminal law does not indicate the existence of intent. In fact, the difference between intention and good faith manifests itself at this point. In such cases, if a person is capable of knowing a particular phenomenon, because of his behavior contrary to the obligation of attention and care and has caused a certain result which sanctioned in the law, his responsibility for the crime by crime can be ascribed Art. 30/1).

The Court of Cassation has used the concept of good faith in terms of effective remorse provisions and the conditions of alternative institutions for imprisonment. In our opinion, the behavior of the person who committed a crime, to eliminate the damages caused by the crime, or some of the behaviors that he displayed after the crime, can be explained by the notion of remorse and it cannot be considered the same as the concept of good faith. Since good faith makes sense in terms of whether a fact or a legal situation is known or not, the consideration of these institutions in terms of their conditions is not appropriate in both conceptual and legal aspects.

Grant Support: Authors received no financial support for this work.

References

- Astolfo Di Amato, *Criminal Law (Italy)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 42, April 2011).
- Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (Ankara 2016).
- Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (4. edn., Stuttgart 2014).
- Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, (4. edn., München 2006).
- Emanuel Gross and Gabriel Hallevy, *Criminal Law (Israel)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 43, October 2011).
- Gökhan Antalya and Murat Topuz, *Medeni Hukuk* (İstanbul 2017).
- Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.Aufl., 1991.
- Hans-Heinrich Jescheck and Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.
- Hasan Erman, *Medeni Hukuk Dersleri* (İstanbul 2016).
- Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuka Giriş* (İstanbul 2017).
- İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (10. edn., Ankara 2014).
- J.A.W. (Hans) Lensing, *Criminal Law (Netherlands)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 11, June 1997).
- Johannes Wessels and Werner Beulke and Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (44. edn., München 2015).
- Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (4. edn. İstanbul 2017).
- Kemal Oğuzman and Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, (23. edn, İstanbul 2017).

- L. H. Leigh and J. Eryl Hall Williams, *Criminal Law (United Kingdom)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 2, September 1994).
- Lieven Dupont and Cyrille Fijnaut, *Criminal Law (Belgium)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 1, December 1993).
- Lorena Bachmaier and Antonio del Moral García, *Criminal Law (Spain)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 46, October 2012).
- Mahmut Koca and İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (10. edn., Ankara 2017).
- Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria, *Criminal Law (Portugal)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 34, March 2009).
- Mehmet Ayan and Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (Ankara 2016).
- Mehmet Emin Artuk and Ahmet Gökçen and M. Emin Alşahin and Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (11. edn., Ankara 2017).
- Mi Zhou and Shizhou Wang, *Criminal Law (China)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 21, January 2001).
- Nur Centel and Hamide Zafer and Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (10. edn., İstanbul 2017).
- Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 2013.
- Scott Broyles, *Criminal Law (United States)*, in: International Encyclopaedia For Criminal Law (Edited by Prof. Frank Verbruggen; Dr. Vanessa Franssen), (Suppl. 41, April 2011).
- Serap Helvacı and Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk*, (5. edn., İstanbul 2018).
- Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (12. edn., Ankara 2017).
- Turkish Language Society Dictionary.
- Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (7. edn., Baden-Baden 2015).
- Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (4. edn., Heidelberg 2015).
- Zafer Zeytin and Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku* (Ankara 2017).

“Justice in the Virtual World” Report on the Academic Program of the 9th International Crime and Punishment Film Festival, 22-28 November 2019, Istanbul University Doctorate Hall

“Sanal Dünyada Adalet”

9. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Akademik Program Raporu, 22-28 Kasım 2019, İstanbul Üniversitesi Doktora Salonu

Büşra ÖZÇELİK¹ 

¹Res. Asst., Istanbul University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Istanbul, Turkey

ORCID: B.Ö. 0000-0002-8627-0030

The International Crime and Punishment Film Festival, which annually unites perspectives from academia and art around the theme of “Justice for All”, was held for the 9th time on 22-28 November 2019. This year, the topic of the academic program was “Justice in the Virtual World” and covered digital transformation, information systems, Internet communication law, social networks, artificial intelligence, cyber-crimes, virtual property, and human rights in cyberspace. The academic program was held for four days in the historical Doctorate Hall of the Istanbul University Rectorate Building and hosted national and international academics hailing from Brazil, Germany, Hungary, the Netherlands, Romania, Serbia, Turkey, and the USA.

Technology has become an indispensable facilitator in our personal lives, the economy, and public activities; thus, issues surrounding technology are under the scrutiny of many disciplines. Accordingly, the festival hosted experts in information technology (IT), law, engineering and natural sciences, psychiatry, as well as members of the cybercrime department of the Istanbul Police Force who presented in Turkish and English. Experts discussed “Justice in the Virtual World” from various

perspectives and different viewpoints, thereby providing a multidisciplinary perspective to the participants.

The International Crime and Punishment Film Festival, which joins the worlds of cinema and legal academia and introduces them to an international audience, is a unique event. Given that the presentations at the International Crime and Punishment Film Festival are published as edited volumes, this festival could be considered the only “festival with books.” The festival also enriches socio-cultural life as it showcases select justice-themed films from all over the world.

1. Implications of Cyberspace and Artificial Intelligence

In the opening panel, Cem Say, Kemal İnan, and Bilal Eren discussed how artificial intelligence (AI) should be viewed in terms of computer engineering, as well as the impact of AI on elections and politics. The speakers also discussed the future of AI and the law, and from a technical point of view, debated whether artificial intelligence could have free will.

In his presentation on “AI Judges”, Cem Say explained that AI is an engineering project that has started to attract more public attention in recent years. Say pointed out that AI can learn and “decide” by training data fed into information systems through machine learning, and in order to reduce the workload of courts, such AI must be developed. The following speaker, Kemal İnan, presented his paper on “AI and the Law”. İnan stated that statistical learning theory is used in legal AI and if all data related to the subject are fed into AI, it could predict results. İnan stressed that technically speaking, AI systems cannot have free will. Bilal Eren, the third speaker, presented the paper, “The Impact of Algorithms in Our Lives (Elections and Politics) on the Cambridge Analytica Scandal Example”. Eren noted that all social media interactions are monitored and collected, through which psychometric data sets are created and used to psychometrically profile people for purposes of modern social engineering. He stated that data analyses are coupled with certain algorithms in many elections and political activities across the world.

In the second session moderated by Yasemin Işıktaç, the speakers Bengi Semerci, Nevzat Alkan and Haluk Toroslu presented their papers.

Bengi Semerci presented her paper on the “Psychological Effects of Virtual Reality and Social Media”, and discussed the impact of social media on human psychology. Noting that cyberbullying has become a serious problem, she expressed

that social media causes depression and even suicide, and triggers narcissistic personality disorder in some people. The following speaker, Nevzat Alkan, presented his paper on the "Effects of the Virtual World in Victims of Crime". Alkan pointed out that people can easily deceive each other on social media and that the Internet can expose individuals to crimes of sexual abuse, fraud, and obscenity. Haluk Toroslu, the last speaker, stated in his presentation titled "Social Media as a Way of Exposing Social Anger Against Crime" that the most notable benefit of social media and the Internet is the free flow of information. However, he also expressed that besides the liberating aspect of social media in the sense of self-expression, dissemination of anti-social acts on social media can sometimes lead to lynching of the involved individuals. Toroslu pointed out that lynch culture impacts judicial decisions and leads to stigmatization and humiliation of individuals.

The third session was moderated by Cüneyt Yüksel and the speakers were İbrahim Kaya, Vesile Sonay Evik, and Eren Sözüer.

The first speaker of the third session, İbrahim Kaya, presented on the topic of "Artificial Intelligence and International Law" and discussed AI under international law and conventions. Vesile Sonay Evik analyzed personal data protection under comparative law and European Union law. Evik pointed out that while the European Union has regulated the flow of personal data since the 1990s, personal data is not adequately protected. Eren Sözüer, the third speaker, presented her paper titled "A Rights-Based Perspective Against the Datafication of Children", on the risks posed by ubiquitous and comprehensive data collection of children by the government and private entities. Sözüer explained how children are profiled through their data, how such profiles are used in public decision-making, and the relevant human rights implications.

The first day was concluded with the presentations of Stephen Thaman, Zeljko Nikac, and Cristian Mihes, moderated by Cemil Kaya. The first speaker, Stephen Thaman, examined the impact of the compulsory analysis of personal communication on the right to privacy and the right not to provide self-incriminating evidence in his presentation titled "Compelling Decryption of Private Communication: Impact on the Right to Privacy and the Privilege Against Self-Incrimination". Zeljko Nikac, the second speaker, examined cybercrime regulations in Serbia and discussed methods of combating cybercrime in his presentation on "Combatting Cybercrime in the Republic of Serbia". Cristian D. Mihes, the last speaker of the session, addressed the role of AI

practices in criminal proceedings in his presentation titled “An Actual ‘Game Changer’ in the Administration of Criminal Justice”.

2. Effects of Digitalization on the Justice System

The second day of the academic program started with the presentations of Murat Volkan Dülger, Eylem Aksoy Retornaz, and Ezgi Cankurt and the session was moderated by Fatih Selami Mahmutoğlu.

In his presentation, Murat Volkan Dülger explained what AI is and discussed the impact AI can have on the general theories of crime and enforcement in his presentation entitled “The Effect of Artificial Intelligence Development on Crime and Enforcement Theory”. Eylem Aksoy Retornaz, in her presentation titled “Autonomous Vehicles and Criminal Law”, explained what autonomous vehicles are and discussed criminal liability in possible accidents. The last speaker of the session, Ezgi Cankurt, in her presentation titled “On the Verge of Singularity Robots and the Trans-Human Age: Criminal Liability of Artificial Intelligence”, evaluated AI with a futuristic approach through the concept of legal personality in terms of civil and criminal liability.

The sixth session was moderated by Liane Wörner. The speakers of this session were Kristina Karsai, Pınar Ölçer, and Andor Gal. Kristina Karsai made an ethical and legal assessment of the use of AI in criminal proceedings in her presentation titled “Ethics and Law for AI in the Context of Criminal Justice”. Pınar Ölçer presented on “Cybercrime in the Netherlands, Specific Part and General Part, Positioning in the Code”. Finally, Andor Gal addressed personal data protection in Hungarian law in his presentation titled “Protection of Personal Data in the Hungarian Criminal Law About the Effects of GDPR in the Field of Criminal Liability”.

In the seventh session, Liane Wörner, Nicolai Preetz, Fausto Martin De Sanctis and Bernd Holznagel presented their papers under the moderation of Kristina Karsai. Liane Wörner and Nicolai Preetz examined the concept of the “Darknet” and analyzed its negative effects in criminal law from a German law perspective. Wörner and Preetz expressed that the failure to monitor the sequence of user actions in relation to crimes committed on the Darknet made this environment anonymous, and that deficiencies in the law should be addressed. Fausto Martin De Sanctis, in his presentation titled “Updating Cyberjustice Data in Brazil: Moving Forward with Artificial Intelligence”, explained the AI systems used in the trial and enforcement

phases in Brazil. Finally, Bernd Holznel presented the paper titled "Digitalisation and Justice" and addressed intellectual property rights on social media and the necessity to eliminate legal deficiencies.

3. Social Media-Artificial Intelligence-Information Systems in Criminal Law

The eighth session was held on the third day of the festival under the moderation of Murat Volkan Dülger with the presentations of Güneş Okuyucu Ergün, Tuba Kelep Pekmez, and Muhammed Demirel.

Güneş Okuyucu Ergün, in her presentation titled "Social Media and Publicity", explained that in order to determine whether a social media account is public or private, privacy settings should be taken into account. Tuba Kelep Pekmez, in her presentation titled "Offenses of Defamation Committed on the Internet", discussed offenses of defamation committed through e-mails and online messaging and sharing. The last speaker of the session, Muhammed Demirel, discussed how opinions expressed on Twitter through "retweet" and "fav" buttons should be assessed under criminal law theory and gave examples from Court of Cassation judgments in his presentation titled "Retweet & Fav: Assessment of the Criminal Law of Sharing or Liking a Tweet".

The ninth session, which was the second session of the day, was held under the moderation of Mehmet Maden with presentations from Zafer İçer, Başak Buluz, Fethiye Nur Baştürk Akkaya, Ceren Özbek, and Büşra Özçelik.

The first speakers of the session, Zafer İçer and Başak Buluz, presented their paper on "The Role and Future of Artificial Intelligence in Criminal Procedure Law" and explained AI systems used for criminal proceedings along with their predictions for the future of Criminal Procedure. Fethiye Nur Baştürk Akkaya, in her presentation titled "Judicial Review of Administrative Discretion in the Digital Era: How Can AI Assess Public Interest?", addressed legal issues that may arise when AI is used by administrative agencies and when AI could be used to make decisions. Ceren Özbek, in her presentation titled "Creative Intelligence: Copyright Protection for AI Generated Works and Authorship Problem", discussed how copyright can be limited and explained when the concept of ownership of works goes beyond its traditional meaning and AI contributes to the work. The last speaker of the session, Büşra Özçelik, in her presentation titled "Concurrence in Unauthorized Access", addressed

the question of the way to follow in the context of concurrence in cases where the executive actions of the crime of unauthorized access overlap completely or partially with other cybercrimes' executive actions.

4. Digital Evidence-Darknet-Cyber Crimes

The fourth day of the academic program started with the presentations of Kerim Çakır, Cüneyt Pekmez, and Buket Abanoz, and was moderated by Bilgehan Çetiner.

The first speaker of the session, Kerim Çakır, presented on the issue of "Prevention of Access to the Publication Content of the Internet Environment for the Privacy of Private Life" article 9 / A of the Law No. 5651 on The Law on the Regulation of Broadcasts via Internet and Prevention of Crimes Committed through Such Broadcasts. Cüneyt Pekmez, in his presentation titled "Data Supervisor of Autonomous Vehicles" addressed issues of data supervision with regard to autonomous vehicles under the Turkish Personal Data Protection Law, Article 3(i). Buket Abanoz, presented her paper "Law for All: E-Lawyer" and talked about the software, "Ask a Lawyer", which solves legal problems.

The eleventh session of the academic program was moderated by Mahmut Koca with presentations from Ali Kemal Yıldız, Pınar Memiş Kartal and Özgür Karlitepe.

The first speaker of the session, Ali Kemal Yıldız examined cybercrimes in the Turkish Criminal Code in his presentation titled "Cybercrimes under Turkish Law". Pınar Memiş Kartal addressed the concept of personal data in national and international law in her presentation titled "The Limits of Use of Personal Data in the Context of the Right to Privacy". Director of the Cybercrime Department of the Istanbul Police, Özgür Karlitepe, presented his paper "Cybercrimes for Profit" on cybercrimes committed for economic profit and shared his experience from practice.

The last session of the Festival Academic Program was moderated by Ali Kemal Yıldız with presentations from Olgun Değirmenci, Reşit Karaaslan, and Ali Osman Karaoğlu.

Olgun Değirmenci explained the concept of hash value in his presentation titled "The Concept of Hash Value and the Collision of Hash Value as the way to Provide Unassailability of Digital Evidence" and explained the possible effects of the hash value overlap. In his presentation titled "Darknet: Investigation in Dark Web – Law Enforcement Officers and Secret Investigators Secretly Investigating in the Digital

Underworld", Reşit Karaaslan firstly shared the concept and operation of the Darknet. Karaaslan discussed the circumstances in which the person assigned the investigation should be considered as a confidential investigator or a law enforcement officer. Ali Osman Karaoğlu, the last speaker of the academic program, examined the issue of reputation protection under the European Conventions of Human Rights and human rights law in his presentation entitled "Protection of Reputation in Judgments of the European Court of Human Rights".

Finally

In its ninth year, the "Justice for All" themed International Crime and Punishment Film Festival focused on "Justice in the Virtual World". Many issues, ranging from artificial intelligence to information systems were discussed. Since 2011, the Festival has opened up many important issues to discussion with an interdisciplinary perspective. This year's theme was examined from various perspectives such as law, informatics, psychology, and sociology. We would like to thank participants from Turkey and elsewhere who shared their valuable ideas and offered support to our academic program. I would like to emphasize that after our ninth year, we will enthusiastically take every new step with support from our friends, knowing that they are always with us on the road to "Justice for All". Our festival will continue to address timely and problematic issues through the lens of rights and freedoms and social responsibility.

“Crimes Against Sexual Inviolability” Report of the 14th Turkish Criminal Law Days, Istanbul University, Faculty of Law, 14-16 June 2019

*“Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar”
14. Türk Ceza Hukuku Günleri Etkinlik Raporu, 14-16 Haziran 2019,
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Havva Begüm TOKGÖZ¹ , Oğuzhan DEMİR¹ 

¹Res. Asst., Istanbul University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Istanbul, Turkey

ORCID: H.B.T. 0000-0001-6296-5068; O.D. 0000-0001-5731-4367

Introduction

The Turkish Criminal Law Reform of 1 June 2005 has been commemorated with an academic program held in June of every year, consisting of discussions on developments and issues in Turkish criminal law. “*Turkish Criminal Law Days*”, held for the fourteenth time this year, was dedicated to Prof. Dr. İbrahim DÜLGER who passed away at a young age while the preparations for the academic program were still underway. The theme of this year’s academic program was “*Crimes Committed against Sexual Inviolability*”, the main research area of Prof. Dr. İbrahim DÜLGER. This year’s program was held on 14-16 June 2019 and hosted academics, chief prosecutors, judges, prosecutors and lawyers, as well as other individuals working on criminal law from all over Turkey. Lawyers and experts in various areas such as criminology, psychology, sociology and medicine attended this interdisciplinary conference.

1) Crimes against Sexual Inviolability in Practice

The academic program began at Istanbul University Faculty of Law on June 14, 2019 with the opening speeches of Prof. Dr. Adem SÖZÜER and Hakkı KÖYLÜ

(President of the Justice Commission of the Turkish Grand National Assembly). The first panel, “*Evaluation of the 14th Anniversary of the Reform*”, was moderated by Prof. Dr. Adem SÖZÜER and hosted Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK, Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN, Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN and Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ. Afterwards, the panel on the Court of Cassation was moderated by Bekir ŞAHİN (Head of the Criminal Department no. 14 of the Court of Cassation), and Mustafa Can KORKARER and Serdar COŞKUN (Members of the Criminal Department no. 14 of the Court of Cassation) took the floor. Dr. Veli KAFES, the Public Prosecutor of the Court of Cassation, stressed in his presentation titled “*The right to Intervene of the Underage Victim in Public Case*”, that the will of children regarding them to intervene in the case would be put forward by their legal representatives, and explained how a possible conflict between the will of the underage victim and that of the state-appointed lawyer of the sexually abused child could be resolved. Judge Rapporteur of the Court of Cassation, Tahir Hami TOPAÇ, discussed the scope and general framework of the new concept of “*indecent assault*” which was added to the Criminal Code in his presentation on “*Indecent Assault*”.

2) The Relationship between Psychiatry and Crimes against Sexual Inviolability

The first session of the program started with the moderation of Prof. Dr. Bengi SEMERCİ, who began with explaining that: the frequency of abuse cannot be realistically known, the problem is not limited to girls and sexual abuse can turn into other types of abuse. The first speaker, Prof. Dr. Ayşen COŞKUN, presented on the “*Examination of Problem Areas for Victim and Offender Children who Enter the Judicial System because of Sexual Abuse, in terms of Forensic Psychiatric*”, and stated that the only way to detect sexual assault and to prove the crime is to carry out a thorough forensic psychiatric evaluation in cases where physical findings are lost or cannot be detected, and that results of forensic psychiatric evaluation are accepted as evidence in many countries. She also noted the importance of distinguishing and identifying protective and risk reduction factors for children who enter the judicial system and their families. In his presentation titled “*Victim Oriented Practice in Judicial System: Judiciary Interview Rooms*”, Prof. Dr. Tolga DAĞLI explained the concepts of waiting room, interview room and observation room. He stated that “*judiciary interview rooms*” are designated for child-friendly judicial procedures, conducting interviews under proper conditions and methods convenient for the

mental and physical conditions of the interviewee, and prevention of secondary victimization, all which must be carried out in line with the child's best interest. Prof. Dr. Fatih ÖNCÜ, in his presentation on "*Psychiatrists' Approaches to Sexual Offenders and Victims*", explained that sexual assault paves the way for many mental illnesses and psychiatric disorders in victims of sexual assault, and stressed the importance of experts in dealing with these issues.

3) The Crime of Sexual Harassment, Consent and Victim Rights

The second session, moderated by Prof. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU, began with the presentation titled "The Crime of Sexual Harassment", presented by Assist. Prof. Dr. Serdar TALAS and Res. Assist. Dr. Sertaç IŞİKA, who presented on the Court of Cassation's findings with respect to the act and subjective components of the crime of sexual harassment. Afterwards, the topic of "*Characteristics of Consent to Crimes against Sexual Inviolability*" was presented by Prof. Dr. Berrin AKBULUT. She emphasized that the nature of consent varies in crimes against sexual inviolability and reported on discussions on consent for each crime. Finally, Assist. Prof. Dr. Zafer İÇER presented his paper on the topic of "*Evaluation of the Importance of the Age of the Victims for Crimes against Sexual Inviolability*". He explained that sex crimes committed against children have varying adverse physical and psychological effects.

4) Forensic Medical Practices in the Crimes against Sexual Inviolability

The last session of the first day took place under the moderation of Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK. The first presentation of this session was the report "*Medical Evaluation of Sexual Age Claims: Three Case Reports*" by Res. Assist. Dr. Arda AKAY/Yazgülü TAŞTEMİR/Dr. Naz YORULMAZ/Dr. N. Gülben ALBAYRAK/Assist. Prof. Dr. Tunç DEMİRCAN/Prof. Dr. Coşkun YORULMAZ. The speakers stressed the importance of discussing genital examination findings in light of recent literature and medical guidelines and noted that it is mandatory to consider effects of voluntary relationships, accidents and medical operations in differential diagnosis of sexual assault findings. In the following presentation, "*Alternative Approaches in The Prevention of Sexual Assaults in Terms of Forensic Medicine*", Prof. Dr. Nevzat ALKAN presented on risks of exposure of sex crime offenders, approaches to the death penalty and chemical sterilization for the prevention of sexual assault. Finally,

Yazgülu TAŞTEMİR/Dr. Zehra KOYUNCU/Büşra ARSLAN/Res. Assist. Dr. Arda AKAY/Res. Assist. Dr. Rahime ERBAŞ/Işılal BALCI/Adv. Meltem AKSOY/Dr. N. Gülben ALBAYRAK/Prof. Dr. Burak DOĞANGÜN/Prof. Dr. A. Coşkun YORULMAZ presented on the topic of “*Retrospective Evaluation of Criminal Responsibility of Juveniles Pushed to Crime in Sexual Abuse Claims*” and explained how to retrospectively evaluate sexual crimes.

5) Women and Peers in Crimes against Sexual Inviolability

The second day of this academic program was held on 15 June 2019 at the Istanbul University Congress Center. This day started with the fourth session of the program and ended with the Round-Table Meeting. In the fourth session, three speakers took the floor with their presentations under the chairmanship of Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ. Assoc. Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN presented her paper titled “*Some Problems Regarding Crimes Against Sexual Inviolability and the Problematic of the Female Offender*”, and stated that a woman who forces an adult man to have ordinary sexual intercourse would not be punished by the aggravated form of the crime of sexual assault, but she would be held responsible of the basic form of sexual assault. She further pointed out that in this case, issues relating to the principle of equality and the nature of sex crimes arises. The second speaker, Assoc. Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA, presented on the “*Turkish Criminal Code and Consent-based Peer Sexuality in the Crimes Against Sexual Inviolability*”, and discussed in detail how consent-based sexual intercourse would be punished when both the offender and the victim are children. Finally, Assist. Prof. Dr. Ozan Ercan TAŞKIN presented his paper on the “*The Woman as a Victim of Sexual Crime from the Perspective of Victimology*”. He stated that victimization caused by the crime should be examined in a different way and emphasized that it is necessary to classify victims and consider their personal, physical and mental characteristics. Accordingly, the victim could be protected from being victimized for the second time.

6) The Digital World and Judgments of the Constitutional Court on the Crimes against Sexual Inviolability

The fifth session of the program was chaired by Prof. Dr. Hamide ZAFER, and started with the presentation titled “*Sexual Offences Committed through Internet*” by Assoc. Prof. Dr. Murat Volkan DÜLGER, who explained the concept of pornography for revenge, blackmailing victims and child pornography on the Internet. Following

this presentation, Res. Assist. Eylem BAŞ presented on *"The Crime of Child Molestation in Light of Annulment Decisions of the Constitutional Court"*, and Res. Assist. Zeynep KARAER GÜÇLÜ presented *"An Evaluation of TCC Article 104/1 in Terms of Certainty"*. The presentations discussed judgments of the Constitutional Court on crime of sexual abuse, and who could complain about the crime of sexual relation with minors.

7) Special Forms of Crimes against Sexual Inviolability and the Case of Pregnancy

The third session of the day, and the sixth session of the conference, was moderated by Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ. The first presentation of this session was *"Abandonment of Attempt in the Crime of Sexual Assault – A Critical Assessment in Light of the Case-Law of the Court of Cassation"* by Assist. Prof. Dr. Murat ÖNOK. Afterwards, Assoc. Prof. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN took floor with his presentation titled *"The Problem of Concurrence on Crimes against Sexual Inviolability"*, followed by Att. Merve ÇETİNER and Prof. Dr. Faruk TURHAN's presentation on the topic of *"Issues Pertaining to Termination of Pregnancies Caused by Sexual Assault or Sexual Abuse and an Assessment of Problems of Practice"*. In this session, speakers discussed some important and controversial decisions of the Court of Cassation on the subject of attempted sexual assault, as well as the conditions under which successive offences and joinder of these offenses with other sex crimes shall be applied.

8) The Execution Regime of Crimes against Sexual Inviolability

The seventh session of the program started under the moderation of Burhan KARALOĞLU, the Head of the Criminal Department no. 9 of the Court of Cassation. In this session, Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM compared some countries in his presentation titled *"New Trends in Sanctions for Sexual Offenders: The Case of Germany, Switzerland and Austria"*. After this presentation, Assist. Prof. Dr. Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU presented her paper on *"Castration in Crimes against Sexual Inviolability within the Framework of Decisions of the European Court of Human Rights"*. The last speaker of this session was Res. Assist. Yaprak ÖNTAN, who presented her paper titled *"Institutes and Postponement of Execution of Imprisonment Sentences of the Convicts of Crimes against Sexual Inviolability"*. In this session, speakers discussed cases of the surgical and chemical castration decided by the

European Court of Human Rights, and issues relating to the prohibition of torture and ill-treatment, the right to respect for private and family life, and the right to marry and have a family. The speakers pointed out that the regime of execution for the prison sentences of offenders convicted of crimes against sexual inviolability was different from that of other convicted offenders. The speakers also talked about the length of time to be spent at the prison for conditional release on probation, the right to request the postponement of the execution and the aggravation of the conditions of separation in open penitentiary institutions.

9) Criminal Procedure in Crimes against Sexual Inviolability

The eighth session of the academic program was moderated by Vuslat DİRİM, Head of the Criminal Department no. 13 of the Court of Cassation. The first speaker, Assist. Prof. Dr. Kerim ÇAKIR presented his paper titled *“The Evidence Value of the Declaration of the Complainant in Crimes”*. Çakır argued that that the inability of law to adequately interact with benefits from other disciplines such as psychology, can lead to erroneous practices. He emphasized that benefiting from different disciplines such as psychology or psychiatry may enable accurate results in evaluating the evidence obtained from statements on sex crimes. Afterwards, Assist. Prof. Dr. Zahit YILMAZ presented his paper on *“The Right to Complaint for the Crime of Having Consensual Sexual Relations with a Minor”*, and stated that *“the fact that the victim of the crime is a child and the crime is committed based on the child’s consent, raises the issue of whom the right to complain belongs to”*. He further noted that the legal representative who has the custody of the child is obligated to protect the child and should be considered as authorized to exercise the right to complain on the child’s behalf. Finally, Res. Assist. Dr. Rahime ERBAŞ/Prosecutor Candidate Hazel Büşra ATEŞ/Prof. Dr. Coşkun YORULMAZ presented their report titled *“Mandatory Reporting Duty by Healthcare Professionals in Pregnancies Among 15–18 Years Old”*. These speakers discussed crimes relating to the failure of the mandatory reporting duty of healthcare professionals, codified in the Turkish Criminal Code, and analyzed the crime of sexual abuse in this context.

10) Current Problems and Solutions in the Crimes Against Sexual Inviolability

The last panel of the day was moderated by Prof. Dr. Adem SÖZÜER and was accompanied by a Round-Table Meeting. In this panel, Prof. Dr. Mahmut KOCA,

Prof. Dr. Ali Rıza ÇINAR, Assoc. Prof. Dr. Yusuf YAŞAR, Assist Prof. Dr. İnanç İŞTEN and Retired Judge Murat AYDIN discussed recent issues of theory and practice relating to crimes against sexual inviolability through Q&A.

11) The Concepts of “Sexual Behavior” and “Physical Contact” in Crimes against Sexual Inviolability

The third day of conference was held on 16 June 2019 at the Istanbul University Faculty of Law, Doctorate Hall. In the ninth session, three speakers presented their papers under the moderation of Mustafa ARTUÇ (Member of the Criminal Department no. 14 of the Court of Cassation). Assoc. Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ presented on *“Sexual Violence against Women as a Genocide Instrument in the Light of Decisions of International Criminal Tribunals”*, and emphasized the relationship between the two events by giving the example of sexual violence against women as part of the genocide committed in Rwanda and the former Yugoslavia. Assoc. Prof. Dr. Fahri Gökçen TANER presented on *“The Concept of Sexual Behavior in the Light of Behavior Conductive to Violate Sexual Freedom”*, and stated that the concept of sexual behavior is not a legal concept but must be determined by research in the areas of medicine, anthropology, psychology and sociology. The speaker also emphasized that it was necessary to make an assessment based on the principles of criminal law. The last speaker of the session, Assist. Prof. Dr. Reşit KARAASLAN, presented his paper *“A Critical View on the Condition of Bodily Contact in the Crime of Cyber-Grooming and Sexual Abuse”*, and stated that the crime of sexual abuse may be committed without physical contact, and the Criminal Code should be amended accordingly.

12) Incest Relationships and Status of the Spouse in Crimes against Sexual Inviolability

The tenth session of the academic program was chaired by Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN. First, Res. Assist. Kazım Furkan AĞKUŞ presented on the topic of *“The Reason of Non-Punishment of Consensual Adult Sexual Intercourse between Close Relatives”*, followed by Res. Assist. Alparslan DERELİ’s presentation on *“Incest from Criminological and Victimological Perspective”* and Assist. Prof. Dr. Ezgi CANKURT’s paper titled *“Evaluation of Sexual Violence of the Intimate Partner”*. The discussions of this session focused on the concept of incest and the relevant legal issues. Speakers discussed whether incest could be criminalized in light of the

purpose of punishment, as well the nature of sexual behavior towards the spouse and intimate partner, which is another important issue of sex crimes.

13) The Crime of Sexual Assault and Prevention of Sexual Crimes

The eleventh session, the last session of the conference, was chaired by Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN. Constitutional Court Rapporteur Hüseyin TURAN presented his paper titled “*A Comparison of Simple Sexual Assault Crime in Terms of the Turkish Criminal Code No. 765 and No. 5237*”, followed by Res. Assist. Neslihan CAN’s presentation on “*The Crime of Genital Examination*”. CAN emphasized that genital examination constitutes a medical intervention and is closely related to crimes against sexual inviolability. This presentation was followed by the Psychologist İrem ÜNAL’s report on “*The Attitudes and Behaviors of the Police about the Victims of Sexual Crimes Applying to the Police Stations*”. In this speech, she emphasized that the underlying reason of not reporting the crime is the sexual assault victim’s fear that the police would blame her/him for her/his external appearance at the time of the statement. The speaker also noted the lengthiness of the process which frustrated the victim. Finally, Res. Assist. Yağmur ALTAY presented her paper on “*An Alternative Approach to Prevent Sexual Offences: Situational Crime Prevention*”. In this presentation, she discussed “routine activities theory”, one of the victimization theories, and possible ways of preventing sex crimes.

14) Closing Speech by the President of the Conference

Following the final session, Prof. Dr. Adem SÖZÜER, President of the Conference, gave a closing speech. The program was completed after giving the floor to academics, practitioners and participating students. Prof. Dr. Adem SÖZÜER’s main remarks can be summarized as follows:

“First, it should be noted that sex crimes in the repealed Turkish Criminal Code (no. 765) were organized under the title of “crimes against general morality”, not under “crimes against sexual inviolability”, as codified in the new Turkish Criminal Code (no. 5237). From this point of view, it is understood that the legal value protected in terms of sex crimes prior to the Turkish Criminal Law Reform is not the sexual inviolability of the individual, but the morality of society. This is also perceived from the basic concepts used in the codification of sex crimes. The former code was of discriminatory nature, as the crimes in question were codified as “rape” and “carnal abuse”.

With the Turkish Criminal Law Reform of 2005, the new Code (no. 5237) took an individualistic approach. One proof of this is that in the former Code (no. 765), it was codified that if marriage took place after the sexual crime, the trial or the sentence would be postponed until the end of the statute of limitation. If divorce took place before statute of limitation, the postponement would be abolished. It is a significant development that such provisions are not included in the current Code (no. 5237).

If the victim and the offender are wed after the crime of sexual abuse, this legitimizes the crime and violates human dignity and all principles of law. Enacting "panic legislation" in response to horrendous events suffered by society is not compatible with the principles of modern criminal law and would not solve existing problems. The erroneous Court of Cassation judgments affirming the marriage of the victim with the rapist would not only victimize the victim once again but would also not solve the issue. In this case, the most reasonable and permanent solution would be to explicitly codify that the law would not punish sexual behaviors among peer children not carried out by force, threat, deceit or any other matters affecting the will of the other party."

Conclusion

An academic and thematic conference has been annually held on the anniversary of the Turkish Criminal Law Reform of June of 2005. Each year, academics, judges, prosecutors and lawyers from Turkey and all over the world participate in this academic program. Besides lawyers, experts from different disciplines such as criminology, psychology, sociology and medicine also take part in this interdisciplinary program.

This year, while the preparations for the academic program were still ongoing, Prof. Dr. İbrahim DÜLGER passed away at a young age. The academic program was dedicated to him, and the main theme of the academic program was chosen as "*Crimes against Sexual Inviolability*", the main research area of the departed Prof. Dr. İbrahim DÜLGER. This academic program, which brought together practitioners and academics from all over Turkey, was held in the historic halls of the Istanbul University Faculty of Law. Members of the Constitutional Court and the Court of Cassation, as well as experts from areas other than law presented in the sessions. This enabled an interdisciplinary event where presenters could share their knowledge and experience relating to theory and practice. Furthermore, participants discussed

various issues arising from both the law and its implementation through Q&A. Finally, it must be noted that, a very significant issue of the criminal law was extensively discussed, and the conference will continue to be held in relation to other criminal law issues in the coming years.

YAZARLARA BİLGİ

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 kitlesini akademisyenler, araştırmacılar, profesyoneller, öğrenciler ve ilgili mesleki, akademik kurum ve kuruluşlar oluşturur.

EDİTORYAL 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 değerlendirilmeyen ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir.

On değerlendirmeyi gecen yazılar iThenticate intihal tarama programından geçirilir. İntihal incelemesinden sonra, uygun makaleler Editor tarafından orijinaliteleri, metodolojileri, makalede ele alınan konunun önemi ve derginin kapsamına uygunluğu açısından değerlendirilir.

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 değerlendirmede olmadığı konusunda teminat sağlamalıdır. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle 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 Anlaşması 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, uyruğundan, dini inancından, siyasi ve felsefi düşüncesinden bağımsız olarak değerlendirir. Ayrıca

YAZARLARA BİLGİ

editör, yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden 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 yayının 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.

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 çalışmaları 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.

AÇIK ERİŞİM İLKESİ

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (Journal of Penal Law and Criminology), tüm içeriği okura 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 bağlıdır ve Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayınlanan etik yayıncılık ilkelerini benimser; Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing başlığı altında ifade edilen ilkeler için adres: <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>.

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.

YAZILARIN HAZIRLANMASI

1. Makale gönderimi online olarak, <http://jplc.istanbul.edu.tr> üzerinden yapılmalıdır.
2. Gönderilen yazılar, yazının yayınlanmak üzere gönderildiğini ifade eden, makale türünü belirten ve makaleyle ilgili bilgileri içeren (bkz: Son Kontrol Listesi) bir mektup; yazının elektronik formunu içeren Microsoft Word 2003 ve üzerindeki versiyonları ile yazılmış elektronik dosya ve tüm yazarların imzaladığı [Telif Hakkı Anlaşması Formu](#) eklenerek gönderilmelidir.
3. Yayınlanmak üzere gönderilen makale ile birlikte yazar bilgilerini içeren kapak sayfası gönderilmelidir. Kapak sayfasında, makalenin başlığı, yazar veya yazarların bağlı oldukları kurum ve unvanları, kendilerine ulaşılacak adresler, cep, iş ve faks numaraları ve e-posta adresleri yer almalıdır (bkz. Son Kontrol Listesi).
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.

YAZARLARA BİLGİ

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.
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 yayınlansın veya yayınlanmasın geri gönderilmez.

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 henüz sayıya dahil edilmemiş makaleler Early View olarak yayınlanır ve bu makalelere atıflar “advance online publication” 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.

Referans Stili ve Formatı

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, makalelerinde referans sistemi olarak OSCOLA veya APA 6 kullanımını benimser. OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities), Oxford Üniversitesi tarafından yayınlanmış bir sistemdir. Ayrıntılı bilgi ve örnekler için: <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/publications/oscola>.

American Psychological Association tarafından yayınlanan APA 6 hakkında ayrıntılı bilgi için: <http://www.apastyle.org/>

APA 6 Referans Stili Örnekleri

Metin İçinde Kaynak Gösterme

Kaynaklar metinde parantez içinde yazarların soyadı ve yayın tarihi yazılarak belirtilmelidir. Birden fazla kaynak gösterilecekse kaynaklar arasında (;) işareti kullanılmalıdır. Kaynaklar alfabetik olarak sıralanmalıdır.

Örnekler:

Birden fazla kaynak;

(Esin ve ark., 2002; Karasar 1995)

Tek yazarlı kaynak;

(Akyolcu, 2007)

İki yazarlı kaynak;

(Sayiner ve Demirci 2007, s. 72)

Üç, dört ve beş yazarlı kaynak;

Metin içinde ilk kullanımda: (Ailen, Ciambune ve Welch 2000, s. 12–13) Metin içinde tekrarlayan kullanımlarda: (Ailen ve ark., 2000)

Altı ve daha çok yazarlı kaynak;

(Çavdar ve ark., 2003)

Kaynaklar Bölümünde Kaynak Gösterme

Kullanılan tüm kaynaklar metnin sonunda ayrı bir bölüm halinde yazar soyadlarına göre alfabetik olarak numaralandırılmadan verilmelidir.

Kaynak yazımı ile ilgili örnekler aşağıda verilmiştir.

Kitap

a) Türkçe Kitap

Karasar, N. (1995). *Araştırmalarda rapor hazırlama* (8.bs). Ankara: 3A Eğitim Danışmanlık Ltd.

b) Türkçeye Çevrilmiş Kitap

Mucchielli, A. (1991). *Zihniyetler* (A. Kotil, Çev.). İstanbul: İletişim Yayınları.

c) Editörlü Kitap

Ören, T., Üney, T. ve Çölkesen, R. (Ed.). (2006). *Türkiye bilişim ansiklopedisi*. İstanbul: Papatya Yayıncılık.

d) Çok Yazarlı Türkçe Kitap

Tonta, Y., Bitirim, Y. ve Sever, H. (2002). *Türkçe arama motorlarında performans değerlendirme*. Ankara: Total Bilişim.

e) İngilizce Kitap

Kamien R., & Kamien A. (2014). *Music: An appreciation*. New York, NY: McGraw-Hill Education.

f) İngilizce Kitap İçerisinde Bölüm

Bassett, C. (2006). Cultural studies and new media. In G. Hall & C. Birchall (Eds.), *New cultural studies: Adventures in theory* (pp. 220–237). Edinburgh, UK: Edinburgh University Press.

g) Türkçe Kitap İçerisinde Bölüm

Erkmen, T. (2012). Örgüt kültürü: Fonksiyonları, öğeleri, işletme yönetimi ve liderlikteki önemi. M. Zencirkıran (Ed.), *Örgüt sosyolojisi kitabı* içinde (s. 233–263). Bursa: Dora Basım Yayın.

h) Yayıncının ve Yazarın Kurum Olduğu Yayın

Türk Standartları Enstitüsü. (1974). *Adlandırma ilkeleri*. Ankara: Yazar.

Makale

a) Türkçe Makale

Mutlu, B. ve Savaşer, S. (2007). Çocuğu ameliyat sonrası yoğun bakımda olan ebeveynlerde stres nedenleri ve azaltma girişimleri. *İstanbul Üniversitesi Florence Nightingale Hemşirelik Dergisi*, 15(60), 179–182.

b) İngilizce Makale

de Cillia, R., Reisingl, M., & Wodak, R. (1999). The discursive construction of national identity. *Discourse and Society*, 10(2), 149–173. <http://dx.doi.org/10.1177/0957926599010002002>

c) Yediden Fazla Yazarlı Makale

Lal, H., Cunningham, A. L., Godeaux, O., Chlibek, R., Diez-Domingo, J., Hwang, S.-J. ... Heineman, T. C. (2015). Efficacy of an adjuvanted herpes zoster subunit vaccine in older adults. *New England Journal of Medicine*, 372, 2087–2096. <http://dx.doi.org/10.1056/NEJMoa1501184>

d) DOI'si Olmayan Online Edinilmiş Makale

Al, U. ve Doğan, G. (2012). Hacettepe Üniversitesi Bilgi ve Belge Yönetimi Bölümü tezlerinin atf analizi. *Türk Kütüphaneciliği*, 26, 349–369. Erişim adresi: <http://www.tk.org.tr/>

e) DOI'si Olan Makale

Turner, S. J. (2010). Website statistics 2.0: Using Google Analytics to measure library website effectiveness. *Technical Services Quarterly*, 27, 261–278. <http://dx.doi.org/10.1080/07317131003765910>

f) Advance Online Olarak Yayımlanmış Makale

Smith, J. A. (2010). Citing advance online publication: A review. *Journal of Psychology: Advance online publication*. <http://dx.doi.org/10.1037/a45d7867>

g) Popüler Dergi Makalesi

Semericioğlu, C. (2015, Haziran). Sıradanlığın rayihası. *Sabit Fikir*, 52, 38–39.

Tez, Sunum, Bildiri

a) Türkçe Tezler

Sarı, E. (2008). *Kültür kimlik ve politika: Mardin 'de kültürlerarasılık*. (Doktora Tezi). Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

b) Ticari Veritabanında Yer Alan Yüksek Lisans Ya da Doktora Tezi

Van Brunt, D. (1997). *Networked consumer health information systems* (Doctoral dissertation). Available from ProQuest Dissertations and Theses. (UMI No. 9943436)

c) Kurumsal Veritabanında Yer Alan İngilizce Yüksek Lisans/Doktora Tezi

Yaylalı-Yıldız, B. (2014). *University campuses as places of potential publicness: Exploring the politicals, social and cultural practices in Ege University* (Doctoral dissertation). Retrieved from: Retrieved from <http://library.iyte.edu.tr/tr/hizli-erisim/iyte-tez-portali>

d) Web’de Yer Alan İngilizce Yüksek Lisans/Doktora Tezi

Tonta, Y. A. (1992). *An analysis of search failures in online library catalogs* (Doctoral dissertation, University of California, Berkeley). Retrieved from <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~tonta/yayinlar/phd/ickapak.html>

e) Dissertations Abstracts International’da Yer Alan Yüksek Lisans/Doktora Tezi

Appelbaum, L. G. (2005). Three studies of human information processing: Texture amplification, motion representation, and figure-ground segregation. *Dissertation Abstracts International: Section B. Sciences and Engineering*, 65(10), 5428.

f) Sempozyum Katkısı

Krinsky-McHale, S. J., Zigman, W. B., & Silverman, W. (2012, August). Are neuropsychiatric symptoms markers of prodromal Alzheimer’s disease in adults with Down syndrome? In W. B. Zigman (Chair), *Predictors of mild cognitive impairment, dementia, and mortality in adults with Down syndrome*. Symposium conducted at American Psychological Association meeting, Orlando, FL.

g) Online Olarak Erişilen Konferans Bildiri Özeti

Çınar, M., Doğan, D. ve Seferoğlu, S. S. (2015, Şubat). *Eğitimde dijital araçlar: Google sınıf uygulaması üzerine bir değerlendirme* [Öz]. Akademik Bilişim Konferansında sunulan bildiri, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir. Erişim adresi: <http://ab2015.anadolu.edu.tr/index.php?menu=5&submenu=27>

h) Düzenli Olarak Online Yayımlanan Bildiriler

Herculano-Houzel, S., Collins, C. E., Wong, P., Kaas, J. H., & Lent, R. (2008). The basic nonuniformity of the cerebral cortex. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 105, 12593-12598. <http://dx.doi.org/10.1073/pnas.0805417105>

i) Kitap Şeklinde Yayımlanan Bildiriler

Schneider, R. (2013). Research data literacy. S. Kurbanoglu ve ark. (Ed.), *Communications in Computer and Information Science: Vol. 397. Worldwide Communalities and Challenges in Information Literacy Research and Practice* içinde (s. 134–140). Cham, İsviçre: Springer. <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-319-03919-0>

j) Kongre Bildirisi

Çepni, S., Bacanak A. ve Özsevgeç T. (2001, Haziran). *Fen bilgisi öğretmen adaylarının fen branşlarına karşı tutumları ile fen branşlarındaki başarılarının ilişkisi*. X. Ulusal Eğitim Bilimleri Kongresi’nde sunulan bildiri, Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Bolu

Diğer Kaynaklar

a) Gazete Yazısı

Toker, Ç. (2015, 26 Haziran). ‘Unutma’ notları. *Cumhuriyet*, s. 13.

b) Online Gazete Yazısı

Tamer, M. (2015, 26 Haziran). E-ticaret hamle yapmak için tüketiciyi bekliyor. *Milliyet*. Erişim adresi: <http://www.milliyet>

c) Web Page/Blog Post

Bordwell, D. (2013, June 18). David Koepf: Making the world movie-sized [Web log post]. Retrieved from <http://www.davidbordwell.net/blog/page/27/>

d) Online Ansiklopedi/Sözlük

Bilgi mimarisi. (2014, 20 Aralık). Vikipedi içinde. Erişim adresi: http://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgi_mimarisi

Marcoux, A. (2008). Business ethics. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Retrieved from <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-business/>

OSCOLA Referans Stili Örnekleri

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884.

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410.

Page v Smith [1996] AC 155 (HL).

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45].

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37].

R v Leeds County Court, ex p Morris [1990] QB 523 (QB) 530–31.

If citing a particular judge:

Arcott v The Coal Authority [2004] EWCA Civ 892, [2005] Env LR 6 [27] (Laws LJ).

Statutes and statutory instruments

Act of Supremacy 1558.

Human Rights Act 1998, s 15(1)(b).

Penalties for Disorderly Behaviour (Amendment of Minimum Age) Order 2004, SI 2004/3166.

EU legislation and cases

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13.

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5.

Case C–176/03 *Commission v Council* [2005] ECR I–7879, paras 47–48.

European Court of Human Rights

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

Secondary Sources

Books

Give the author's name in the same form as in the publication, except in bibliographies, where you should give only the surname followed by the initial(s). Give relevant information about editions, translators and so forth before the publisher, and give page numbers at the end of the citation, after the brackets.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Penguin 1985) 268.

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, OUP 1998).

Contributions to edited books

Francis Rose, 'The Evolution of the Species' in Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks* (OUP 2006).

Encyclopedias

Halsbury's Laws (5th edn, 2010) vol 57, para 53.

Journal articles

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

When pinpointing, put a comma between the first page of the article and the page pinpoint.

JAG Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution' (2001) 117 LQR 42, 64.

Online journals

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > accessed 27 July 2010.

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5.

Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17.

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009)

<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3.

SON KONTROL LİSTESİ

Aşağıdaki listede yer alan hususların eksik olmadığından emin olun:

- Editöre mektup
 - 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
 - Yazarlara Bilgide detaylı olarak anlatılan dergi politikalarının gözden geçirildiği
 - Kaynakların OSCOLA'ya veya APA6'ya göre belirtildiği
- Telif Hakkı Anlaşması Formu
- Daha önce basılmış materyal (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi
- Makale kapak sayfası
 - Makalenin türü
 - Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - Yazarların ismi soyadı, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (üniversite ve fakülte bilgisinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır), e-posta adresleri
 - Sorumlu yazarın e-posta adresi, açık yazışma adresi, iş telefonu, GSM, faks nosu
 - Tüm yazarların ORCID'leri
- Makale ana metni dosyası
 - Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
 - Özetler 180-200 kelime Türkçe ve 180-200 kelime İngilizce
 - Anahtar Kelimeler: 3 adet Türkçe ve 3 adet İngilizce
 - Makale Türkçe ise, İngilizce genişletilmiş Özet (Extended Abstract) 600-800 kelime
 - Makale ana metin bölümleri
 - Finansal Destek (varsa belirtiniz)
 - Çıkar Çatışması (varsa belirtiniz)
 - Teşekkür (varsa belirtiniz)
 - 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://jplc.istanbul.edu.tr>

E-mail: jplc@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.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by editor-in-chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope.

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

INFORMATION FOR AUTHORS

of an author (omission, addition or order) in papers submitted to the Journal requires written 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 Agreement 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.

INFORMATION FOR 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.

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.

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.

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 Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing published by the Committee on Publication Ethics (COPE), the Directory of Open Access Journals (DOAJ), the Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA), and the World Association of Medical Editors (WAME) on <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

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.

MANUSCRIPT ORGANIZATION AND FORMAT

1. Manuscripts should be submitted online via <http://jplc.istanbul.edu.tr>
2. All the manuscripts submitted must be accompanied by a cover letter indicating that the manuscript is intended for publication, specifying the article category (i.e. research article etc.) and including information about the manuscript (see the Submission Checklist). In addition, a [Copyright Agreement Form](#) that has to be signed by all authors must be submitted.
3. A title page including author information must be submitted together with the manuscript. The title page is to include fully descriptive title of the manuscript and, affiliation, title, e-mail address, postal address, phone and fax number of the author(s) (see The Submission Checklist).
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.

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. Papers accepted but not yet included in the issue are published online in the Early View section and they should be cited as “advance online publication”. 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.

Reference Style and Format

Journal of Penal Law and Criminology offers two options of referencing style. Authors could use either OSCOLA or APA 6. OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities) is published by the University of Oxford and detail and examples about the style can be found at <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/publications/oscola>

Detail about the American Psychological Association’s APA 6 can be found at <http://www.apastyle.org>

APA6 Reference Examples

Citations in the Text

Citations must be indicated with the author surname and publication year within the parenthesis. If more than one citation is made within the same parenthesis, separate them with (;).

Samples:

More than one citation;

(Esin et al., 2002; Karasar, 1995)

Citation with one author;

(Akyolcu, 2007)

Citation with two authors;

(Saymer & Demirci, 2007)

Citation with three, four, five authors;

First citation in the text: (Ailen, Ciambrene, & Welch, 2000) Subsequent citations in the text:

(Ailen et al., 2000)

Citations with more than six authors;

(Çavdar et al., 2003)

Citations in the Reference

All the citations done in the text should be listed in the References section in alphabetical order of author surname without numbering. Below given examples should be considered in citing the references.

Basic Reference Types

Book

a) Turkish Book

Karasar, N. (1995). *Araştırmalarda rapor hazırlama* (8th ed.) [Preparing research reports]. Ankara, Turkey: 3A Eğitim Danışmanlık Ltd.

b) Book Translated into Turkish

Mucchielli, A. (1991). *Zihniyetler* [Mindsets] (A. Kotil, Trans.). İstanbul, Turkey: İletişim Yayınları.

c) Edited Book

Ören, T., Üney, T., & Çölkesen, R. (Eds.). (2006). *Türkiye bilişim ansiklopedisi* [Turkish Encyclopedia of Informatics]. İstanbul, Turkey: Papatya Yayıncılık.

d) Turkish Book with Multiple Authors

Tonta, Y., Bitirim, Y., & Sever, H. (2002). *Türkçe arama motorlarında performans değerlendirme* [Performance evaluation in Turkish search engines]. Ankara, Turkey: Total Bilişim.

e) Book in English

Kamien R., & Kamien A. (2014). *Music: An appreciation*. New York, NY: McGraw-Hill Education.

f) Chapter in an Edited Book

Bassett, C. (2006). Cultural studies and new media. In G. Hall & C. Birchall (Eds.), *New cultural studies: Adventures in theory* (pp. 220–237). Edinburgh, UK: Edinburgh University Press.

g) Chapter in an Edited Book in Turkish

Erkmen, T. (2012). Örgüt kültürü: Fonksiyonları, öğeleri, işletme yönetimi ve liderlikteki önemi [Organization culture: Its functions, elements and importance in leadership and business management]. In M. Zencirkıran (Ed.), *Örgüt sosyolojisi* [Organization sociology] (pp. 233–263). Bursa, Turkey: Dora Basım Yayın.

h) Book with the same organization as author and publisher

American Psychological Association. (2009). *Publication manual of the American psychological association* (6th ed.). Washington, DC: Author.

Article

a) Turkish Article

Mutlu, B., & Savaşer, S. (2007). Çocuğu ameliyat sonrası yoğun bakımda olan ebeveynlerde stres nedenleri ve azaltma girişimleri [Source and intervention reduction of stress for parents whose children are in intensive care unit after surgery]. *Istanbul University Florence Nightingale Journal of Nursing*, 15(60), 179–182.

b) English Article

de Cillia, R., Reisigl, M., & Wodak, R. (1999). The discursive construction of national identity. *Discourse and Society*, 10(2), 149–173. <http://dx.doi.org/10.1177/0957926599010002002>

c) Journal Article with DOI and More Than Seven Authors

Lal, H., Cunningham, A. L., Godeaux, O., Chlibek, R., Diez-Domingo, J., Hwang, S.-J. ... Heineman, T. C. (2015). Efficacy of an adjuvanted herpes zoster subunit vaccine in older adults. *New England Journal of Medicine*, 372, 2087–2096. <http://dx.doi.org/10.1056/NEJMoal501184>

d) Journal Article from Web, without DOI

Sidani, S. (2003). Enhancing the evaluation of nursing care effectiveness. *Canadian Journal of Nursing Research*, 35(3), 26-38. Retrieved from <http://cjr.mcgill.ca>

e) Journal Article with DOI

Turner, S. J. (2010). Website statistics 2.0: Using Google Analytics to measure library website effectiveness. *Technical Services Quarterly*, 27, 261–278. <http://dx.doi.org/10.1080/07317131003765910>

f) Advance Online Publication

Smith, J. A. (2010). Citing advance online publication: A review. *Journal of Psychology*. Advance online publication. <http://dx.doi.org/10.1037/a45d7867>

g) Article in a Magazine

Henry, W. A., III. (1990, April 9). Making the grade in today's schools. *Time*, 135, 28–31.

Doctoral Dissertation, Master's Thesis, Presentation, Proceeding

a) Dissertation/Thesis from a Commercial Database

Van Brunt, D. (1997). *Networked consumer health information systems* (Doctoral dissertation). Available from ProQuest Dissertations and Theses database. (UMI No. 9943436)

b) Dissertation/Thesis from an Institutional Database

Yaylılı-Yıldız, B. (2014). *University campuses as places of potential publicness: Exploring the political, social and cultural practices in Ege University* (Doctoral dissertation). Retrieved from Retrieved from: <http://library.iyte.edu.tr/tr/hizli-erisim/iyte-tez-portali>

c) Dissertation/Thesis from Web

Tonta, Y. A. (1992). *An analysis of search failures in online library catalogs* (Doctoral dissertation, University of California, Berkeley). Retrieved from <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~tonta/yayinlar/phd/ickapak.html>

d) Dissertation/Thesis abstracted in Dissertations Abstracts International

Appelbaum, L. G. (2005). Three studies of human information processing: Texture amplification, motion representation, and figure-ground segregation. *Dissertation Abstracts International: Section B. Sciences and Engineering*, 65(10), 5428.

e) Symposium Contribution

Krinsky-McHale, S. J., Zigman, W. B., & Silverman, W. (2012, August). Are neuropsychiatric symptoms markers of prodromal Alzheimer's disease in adults with Down syndrome? In W. B. Zigman (Chair), *Predictors of mild cognitive impairment, dementia, and mortality in adults with Down syndrome*. Symposium conducted at the meeting of the American Psychological Association, Orlando, FL.

f) Conference Paper Abstract Retrieved Online

Liu, S. (2005, May). *Defending against business crises with the help of intelligent agent based early warning solutions*. Paper presented at the Seventh International Conference on Enterprise Information Systems, Miami, FL. Abstract retrieved from http://www.iceis.org/iceis2005/abstracts_2005.htm

g) Conference Paper - In Regularly Published Proceedings and Retrieved Online

Herculano-Houzel, S., Collins, C. E., Wong, P., Kaas, J. H., & Lent, R. (2008). The basic nonuniformity of the cerebral cortex. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 105, 12593–12598. <http://dx.doi.org/10.1073/pnas.0805417105>

h) Proceeding in Book Form

Parsons, O. A., Pryzwansky, W. B., Weinstein, D. J., & Wiens, A. N. (1995). Taxonomy for psychology. In J. N. Reich, H. Sands, & A. N. Wiens (Eds.), *Education and training beyond the doctoral degree: Proceedings of the American Psychological Association National Conference on Postdoctoral Education and Training in Psychology* (pp. 45–50). Washington, DC: American Psychological Association.

INFORMATION FOR AUTHORS

i) Paper Presentation

Nguyen, C. A. (2012, August). *Humor and deception in advertising: When laughter may not be the best medicine*. Paper presented at the meeting of the American Psychological Association, Orlando, FL.

Other Sources

a) Newspaper Article

Browne, R. (2010, March 21). This brainless patient is no dummy. *Sydney Morning Herald*, 45.

b) Newspaper Article with no Author

New drug appears to sharply cut risk of death from heart failure. (1993, July 15). *The Washington Post*, p. A12.

c) Web Page/Blog Post

Bordwell, D. (2013, June 18). David Koepp: Making the world movie-sized [Web log post]. Retrieved from <http://www.davidbordwell.net/blog/page/27/>

d) Online Encyclopedia/Dictionary

Ignition. (1989). In *Oxford English online dictionary* (2nd ed.). Retrieved from <http://dictionary.oed.com>

Marcoux, A. (2008). Business ethics. In E. N. Zalta (Ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Retrieved from <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-business/>

OSCOLA Reference Examples

Primary Sources

Do not use full stops in abbreviations. Separate citations with a semi-colon.

Cases

Give the party names, followed by the neutral citation, followed by the *Law Reports* citation (eg AC, Ch, QB). If there is no neutral citation, give the *Law Reports* citation followed by the court in brackets. If the case is not reported in the *Law Reports*, cite the All ER or the WLR, or failing that a specialist report.

Corr v IBC Vehicles Ltd [2008] UKHL 13, [2008] 1 AC 884.

R (Roberts) v Parole Board [2004] EWCA Civ 1031, [2005] QB 410.

Page v Smith [1996] AC 155 (HL).

When pinpointing, give paragraph numbers in square brackets at the end of the citation. If the judgment has no paragraph numbers, provide the page number pinpoint after the court.

Callery v Gray [2001] EWCA Civ 1117, [2001] 1 WLR 2112 [42], [45].

Bunt v Tilley [2006] EWHC 407 (QB), [2006] 3 All ER 336 [1]–[37].

R v Leeds County Court, ex p Morris [1990] QB 523 (QB) 530–31.

INFORMATION FOR AUTHORS

If citing a particular judge:

Arcscott v The Coal Authority [2004] EWCA Civ 892, [2005] Env LR 6 [27] (Laws LJ).

Statutes and statutory instruments

Act of Supremacy 1558.

Human Rights Act 1998, s 15(1)(b).

Penalties for Disorderly Behaviour (Amendment of Minimum Age) Order 2004, SI 2004/3166.

EU legislation and cases

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13.

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5.

Case C-176/03 *Commission v Council* [2005] ECR I-7879, paras 47–48.

European Court of Human Rights

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124.

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004).

Simpson v UK (1989) 64 DR 188.

Secondary Sources

Books

Give the author's name in the same form as in the publication, except in bibliographies, where you should give only the surname followed by the initial(s). Give relevant information about editions, translators and so forth before the publisher, and give page numbers at the end of the citation, after the brackets.

Thomas Hobbes, *Leviathan* (first published 1651, Penguin 1985) 268.

Gareth Jones, *Goff and Jones: The Law of Restitution* (1st supp, 7th edn, Sweet & Maxwell 2009).

K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Tony Weir tr, 3rd edn, OUP 1998).

Contributions to edited books

Francis Rose, 'The Evolution of the Species' in Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks* (OUP 2006).

Encyclopedias

Halsbury's Laws (5th edn, 2010) vol 57, para 53.

Journal articles

Paul Craig, 'Theory, "Pure Theory" and Values in Public Law' [2005] PL 440.

INFORMATION FOR AUTHORS

When pinpointing, put a comma between the first page of the article and the page pinpoint.

JAG Griffith, 'The Common Law and the Political Constitution' (2001) 117 LQR 42, 64.

Online journals

Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010) 1(1) EJLT < <http://ejlt.org/article/view/17> > accessed 27 July 2010.

Command papers and Law Commission reports

Department for International Development, *Eliminating World Poverty: Building our Common Future* (White Paper, Cm 7656, 2009) ch 5.

Law Commission, *Reforming Bribery* (Law Com No 313, 2008) paras 3.12–3.17.

Websites and blogs

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009)
<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009.

Newspaper articles

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' *Financial Times* (London, 1 July 2010) 3.

SUBMISSION CHECKLIST

Ensure that the following items are present:

- Cover letter to the editor
 - The category of the manuscript
 - Confirming that "the paper is not under consideration for publication in another journal".
 - Including disclosure of any commercial or financial involvement.
 - Confirming that last control for fluent English was done.
 - Confirming that journal policies detailed in Information for Authors have been reviewed.
 - Confirming that the references cited in the text and listed in the references section are in line with ORCOLA or APA6.
- Copyright Agreement Form
- Permission of previous published material if used in the present manuscript
- Title page
 - The category of the manuscript
 - The title of the manuscript both in the language of article and in English
 - All authors' names and affiliations (institution, faculty/department, city, country), e-mail addresses
 - Corresponding author's email address, full postal address, telephone and fax number
 - ORCIDs of all authors..

INFORMATION FOR AUTHORS

- Main manuscript document
 - The title of the manuscript both in the language of article and in English
 - Abstracts (180-200 words) both in the language of article and in English
 - Key words: 3 words both in the language of article and in English
 - Extended Abstract (600-800 words) in English for the articles which are not in English
 - Body text
 - Grant Support (if exists)
 - Conflict of interest (if exists)
 - Acknowledgement (if exists)
 - 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://jplc.istanbul.edu.tr>

Email: jplc@istanbul.edu.tr

Adres: Istanbul University

Faculty of Law

Criminal Law and Criminology Research and Practice Center

34116, Beyazıt

Istanbul - Turkey

COPYRIGHT AGREEMENT FORM / TELİF HAKKI ANLAŞMASI FORMU



Istanbul University
İstanbul Üniversitesi

Journal name: Journal of Penal Law and Criminology
Dergi Adı: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi

Copyright Agreement Form
Telif Hakkı Anlaşması Formu

Responsible/Corresponding Author Sorumlu Yazar	
Title of Manuscript Makalenin Başlığı	
Acceptance date Kabul Tarihi	
List of authors Yazarların Listesi	

Sıra No	Name - Surname Adı-Soyadı	E-mail E-Posta	Signature İmza	Date Tarih
1				
2				
3				
4				
5				

Manuscript Type (Research Article, Review, Short communication, etc.) Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, Kısa bildiri, v.b.)
--

Responsible/Corresponding Author: Sorumlu Yazar:
--

University/company/institution	<i>Çalıştığı kurum</i>
Address	<i>Posta adresi</i>
E-mail	<i>E-posta</i>
Phone; mobile phone	<i>Telefon no; GSM no</i>

The author(s) agrees that:
The manuscript submitted is his/her/their own original work, and has not been plagiarized from any prior work, all authors participated in the work in a substantive way, and are prepared to take public responsibility for the work, all authors have seen and approved the manuscript as submitted, the manuscript has not been published and is not being submitted or considered for publication elsewhere, the text, illustrations, and any other materials included in the manuscript do not infringe upon any existing copyright or other rights of anyone. İSTANBUL UNIVERSITY will publish the content under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license that gives permission to copy and redistribute the material in any medium or format other than commercial purposes as well as remix, transform and build upon the material by providing appropriate credit to the original work.
The Contributor(s) or, if applicable the Contributor's Employer, retain(s) all proprietary rights in addition to copyright, patent rights; to use, free of charge, all parts of this article for the author's future works in books, lectures, classroom teaching or oral presentations, the right to reproduce the article for their own purposes provided the copies are not offered for sale.
All materials related to manuscripts, accepted or rejected, including photographs, original figures etc., will be kept by İSTANBUL UNIVERSITY for one year following the editor's decision. These materials will then be destroyed.
I/We indemnify İSTANBUL UNIVERSITY and the Editors of the Journals, and hold them harmless from any loss, expense or damage occasioned by a claim or suit by a third party for copyright infringement, or any suit arising out of any breach of the foregoing warranties as a result of publication of my/our article. I/We also warrant that the article contains no libelous or unlawful statements, and does not contain material or instructions that might cause harm or injury. This Copyright Agreement Form must be signed/ratified by all authors. Separate copies of the form (completed in full) may be submitted by authors located at different institutions; however, all signatures must be original and authenticated.

Yazar(lar) aşağıdaki hususları kabul eder
Sunulan makalenin yazar(lar)ın orijinal çalışması olduğunu ve intihal yapmadıklarını, Tüm yazarların bu çalışmaya asıl olarak katılmış olduklarını ve bu çalışma için her türlü sorumluluğu aldıklarını, Tüm yazarların sunulan makalenin son halini gördüklerini ve onayladıklarını, Makalenin başka bir yerde basılmadığını veya basılmak için sunulmadığını, Makalede bulunan metnin, şekillerin ve dokümanların diğer şahıslara ait olan Telif Haklarını ihlal etmediğini kabul ve taahhüt ederler. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nin bu fikri eseri, Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayınlamasına izin verirler. Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.
Yazar(lar)ın veya varsa yazar(lar)ın işverenin telif dâhil patent hakları, yazar(lar)ın gelecekte kitaplarında veya diğer çalışmalarında makalenin tümünü ücret ödemeksizin kullanma hakkı makaleyi satmamak koşuluyla kendi amaçları için çoğaltma hakkı gibi fikri mülkiyet hakları saklıdır. Yayımlanan veya yayıma kabul edilmeyen makalelerle ilgili dokümanlar (fotoğraf, orijinal şekil vb.) karar tarihinden başlamak üzere bir yıl süreyle İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'ne saklanır ve bu sürenin sonunda imha edilir.
Ben/Biz, telif hakkı ihlali nedeniyle üçüncü şahıslara vuku bulacak hak talebi veya açılacak davalarda İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'ni ve Dergi Editörlerinin hiçbir sorumluluğunun olmadığını, tüm sorumluluğun yazarlara ait olduğunu taahhüt ederim/ederiz.
Ayrıca Ben/Biz makalede hiçbir suç unsuru veya kanuna aykırı ifade bulunmadığını, araştırma yapıp/krım kanuna aykırı herhangi bir malzeme ve yöntem kullanılmadığını taahhüt ederim/ederiz.
Bu Telif Hakkı Anlaşması Formu tüm yazarlar tarafından imzalanmalıdır/onaylanmalıdır. Form farklı kurumlarda bulunan yazarlar tarafından ayrı kopyalar halinde doldurularak sunulabilir. Ancak, tüm imzaların orijinal veya kanıtlanabilir şekilde onaylı olması gerekir.

Responsible/Corresponding Author: Sorumlu Yazar;	Signature / İmza	Date / Tarih
	/...../.....

