

MODERN ALMAN CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDAKİ GELİŐEMELER*

Prof. Dr. Gereon Wolters**

Çev.: Araő. Gör. Aykut Ersan***

Alman kanun koyucu, yaklaşık 4 yıl önce Ceza Muhakemesi Kanunu'na – bildiğim kadarıyla - Türk Hukukunda – en azından hala - karşılığı olmayan ve bu konferansta (Modern Ceza Muhakemesi Hukukunda Gelişmeler) iletilen konu itibarıyla ilgisi olan yeni bir § 81h ekledi.¹

Bu düzenlemeye göre, suçlu olarak karakterize edilemeyen kişiler, ama en azından belirli olanlar, fail üzerine olası uygun inceleme vasıflarını yerine getirebilirler, onların yazılı rızalarıyla “vücut hücreleri alınabilir, bunlar DNA kimliği örneklerinin tespiti ve soy bağının saptanması için moleküler genetik yollarla incelenebilir ve saptanan DNA kimliği örnekleri kalıntı materyallerle otomatize olarak düzenlenebilir”. – Genellikle sıralı gen testi veya Massenscreening olarak belirtilen – ceza muhakemesi tedbirlerinin hâkime saklı tutulan biçimsel düzenlemesi nesnel olarak hayata, vücutsal sağlamlığa, kişisel özgürlüğe veya seksüel açıdan kendi kaderini tayin hakkına karşı yöneltilmiş suç şüphesiyle kısıtlıdır ve ayrıca başarıya götürmeyen başkaca soruşturma tedbirlerine ve bilhassa ona maruz kalan kişilerin sayısı bakımından olayın önemiyle bağlantısız kılmamasına bağlıdır.

Bu düzenlemenin mantıklılığı veya mantıksızlığı alt başlığına göre konuşulması gerekirse, sunumu yapanın hiç olmazsa düşüncelerini, hatta belki daha şiddetli şekilde hukuk devleti ilkesi çekincelerini beyan ettiği belli olacak-

* Makale, 06.11.2009 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapılan “*Entwicklungen im modernen deutschen Strafverfahrensrecht*” adlı toplantıda sunulmuş olup “*Entwicklungen im modernen deutschen Strafverfahrensrecht*” başlığıyla Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul XLI, N.58, 2009, s. 333-347'de yayınlanmış ve yazarın izniyle çevirisi yapılmıştır.

** Ruhr-Universität Bochum, Hukuk Fakültesi

*** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

¹ 12 Ağustos 2005 tarihli “Mahkemece yapılan DNA Analizinin değiştirilmesine ilişkin kanun” ile, Federal Resmi Gazete I, s. 2360.

tır.² Yani o, hala hukuken genç düzenlemeyi kutluyor olsaydı, muhtemelen dinleyiciler çoktan “Genetik Test – Suç Mücadelesinde Kuantum Sıçrayışı” başlığıyla, pozitif olarak “Süper Silah” hatta “Ceza Muhakemesinde Devrim”e iştirak etmiş olacaktı.

Hükmün yüzeysel olarak incelenmesinde, tedbirin muayene edilenin rızasını varsaydığı açıkça göze batmaktadır. Elde olmadan iki soru art arda gelmektedir:

Bir tarafta, ceza muhakemesi ile ilgili bir araçta rızanın neden bütünüyle varsayıldığı sorusu sorulmaktadır. Soruşturma başarısına götürmede bir tedbir, ilgilinin iradesine karşın da zorla kabul ettirilebiliyorsa, böylece gerçek bir zorlama vasıtası söz konusu olduğunda muhtemelen en güvenilirli olabilirdi. Bunun üzerine, düşüncelerin ikinci bölümünde geri dönülebilir.

İlk olarak yazılı rıza şartından hareket edilirse, diğer tarafta böyle bir hükme – güçlükle söylemek istenir ki, bu tarz bir cerrahi müdahale normu - neden ihtiyaç duyulduğu sorusu ortaya atılacaktır. O, bundan dolayı büsbütün lüzumsuz (yani: ilk bakışta mantıksız) gibi görünmektedir. Çünkü ilgili kişi, rızasıyla bu tedbire kendi isteğiyle boyun eğdiğini, bu resmi davranış için kanuni çerçeveye ihtiyaç olmadığını ve anayasal garanti edilmiş savunma hakkı veya insan hakları sözleşmesinin garantileriyle, uyumsuzlukların başından itibaren olanaksız kılındığını ifade etmektedir.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu §§81a, 81b ve 81c gibi daha eski düzenlemelerde son görüş açısı şudur ki: Bunların metinlerine göre, soruşturma tedbirlerinin ilgilinin “rızası olmaksızın”, daha doğrusu “onun rızasına karşın da” yapıldığı kesin suretle varsayılmaktadır. Burada kanun koyucu, tabiatıyla uygun bir inceleme için genel savcılık ve polisiye yetki normlarının, daha doğrusu ödev isnatlarının³ yeterli olduğu veya hiç gerekmediği noktasından hareket etmektedir.

Öyleyse kanun koyucu, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81h ile birlikte, öncesinde bu şekilde adlandırılan örneklerin ışığında hiç de lüzumlu gibi görünmeyen yeni bir norm kategorisini neden meydana getiriyor?

Bu yeni hükmün anlamını – veya aynı şekilde anlamsızlığı – tasnif edebilmek için evvela – “rıza”nın vasfından ayrı olarak – vücut hücrelerinin alınmasının, DNA kimliğinin tespiti örneklerinin saptanması ve bunun otomatize edilmiş düzenlemesinin, inceleme yapılan kişinin temel hakla korunan hangi alanlarını etkilediği kısaca açıklanmalıdır. Soruşturmada genellikle pamuklu çubukla ağızdan tükürük alındığı için, vücudun dokunulmazlığına ilişkin temel hak arka plana geçmektedir. Buna karşı alenen en çok etkilenen genel hak, bilgisel kendi kaderini tayin etme hakkının – (Alman) Federal Anayasa Mahkemesi’nin⁴ tanıdığı – özel formunda, kişiliğin serbest gelişimi hakkıdır. Bunun

² Yeni düzenlemeden önce, bu tür testlerin yasal temeline ilişkin hukuki yayınlardaki tartışmalar için Bkz.: SK-StPO-Rogall, § 81h Kenar numarası 2 f.; Saliger/Ademi, JuS 2008, 193.

³ Alman Hükümeti, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun §§ 160, 161, 163 düzenlemelerini işaretleyerek kendi görüşlerini, gen testlerinin ilgilinin ihtiyari katkısı temelinde icra edilebileceğine dayandırıyor. (BT-Drucks. 15/3560, s. 2).

⁴ Bu konuda, Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları 65, 1.

koruma alanı, kişisel verilerin incelenmesi, kayıt altına alınması, kullanımı ve başkalarına verilmesini kapsadığı için, DNA kimliği tespiti örneklerinin saptanması ve toplanması ve de daha ziyade onun başka verilerle otomatize düzenlenmesinin bunlarda tesadüf ettiği besbellidir.⁵

Bu koruma alanının böylece etkilenip etkilenmediği, temel hakkı olanın rızasının bu soruşturma tedbirlerinin kabul edilebilirliğine götürüp götürmediği merak edilmektedir. Böyle olsaydı, önceden beri bir yetki normu gerekmezdi. – öte yandan aksine, onun meydana getirilmesinin belki başkaca sebeplerden yerinde olmadığı, böylece anlamsızlık etiketi hak etmediği anlamı çıkarılmamalı.

Yetki normu olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81h'ye ihtiyaca yönelik soru ile, gerektiğinde hangi şartlar altında, temel hak korumasının buna sahip olanın tek taraflı rıza açıklamasıyla sınırlanıp sınırlanamadığından da bahsedilmektedir. Alman kamu hukuku tartışmalarında, bireyin temel hakka ilişkin yetkisinin kural olarak devamında, münferit temel hak hükümlerinden dolayı, temel hak korumasının somut, münferit elementlerinden sınırlı çevrede vazgeçme olanağı kabul görmektedir.⁶

Bu nedenle burada da oldukça belirgin gözüktüyor ki, hukuk, özerklik fikrinden çıkan, bireyin esas itibarıyla ne zaman ve hangi sınırlar içinde kişisel, yaşamsal olaylarının açığa vurulacağına kendisinin karar verebilmesi yetkisini garanti etmektedir. Kişisel bir bilginin tek taraflı ifşası, esasında özgürlüğün kullanımını işlemi değildir. – daha açıkça formüle edilmesi: Temel hakkın kullanımının en kuvvetli formudur.

İlgilinin rızası ile yapılan bir inceleme, bu görüşle, başkaca kanuni engel olmaksızın uygun olurdu. Buna göre, § 81h'nin formu içinde yetki temeline gerek duyulmazdı.

Ama: Yeni düzenleme, AİHS md. 6/2'de temin edilen masumiyet karinesi ile sürtüşüyor mu? Aşağıdaki fikir çatışmaları, karanlığa biraz ışık sağlayabilir:

Genetik testler, yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesinden evvel mutak bir uygulamaydı. Almanya'da – bilindiği kadarıyla – ilk Massenscreening, 1989 yılında (yani 20 yıl önce) 92 kişi üzerinde yapıldı.⁷ Gerçi, bu soruşturma metodunun uygunluğu üzerine bütünüyle tartışılmıştır: Ama az sayıda eleştirel düşünce, genel olarak katıyen, rıza ile himaye edilen bir tedbir için yasal bir temelin eksikliğine itiraz etmedi. Aksine, tereddütlerini genel durum bakımından rızanın gerçekten özgürce verilmediğine dayandırdılar. Bununla, rızanın biçimsel değil, yalnız nesnel olarak etkinliği şüpheli olduğu için⁸, kanun gücü hukuksal değerlendirmeyi bu açıdan değiştiremez.

Rıza, durumun bilgisi ve her şeyden önce fiili tasarruf özgürlüğüne dair malumat dâhilinde vuku bulmuşsa, temel hak sahibinin tasarruf özgürlüğü

⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi NJW 2001, 879 (880).

⁶ Genel kişisel haklardan vazgeçmeye ilişkin olarak Bkz.: Maunz/Dürig-Di Fabio, Art. 2 Kenar numarası 228 vd.

⁷ Tarihin ilk DNA testi 1987'de İngiltere'de („Pitchfork Davası“) bir incelemeydi. Bu konuda Kerner/Trüg, FS Weber (2004), 457 (458 vd.) ve Satzger, JZ 2001, 639 (640).

⁸ Bu konuda Bkz.: Kerner/Trüg, FS Weber (2004), 457 (470 vd.), Graalman-Scheerer, NStZ 2004, 297 (298).

hareketi gibi rızadan – hangi yazılı veya yazısız göstergeler altında – bahsedilebilir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81h'nin de serbest iradede temin edilen bildirim buyurucu olarak varsayması, 4. fıkrada kesin olarak kabul edilen, adli kovuşturma makamının rıza şartları hakkında bilgi vermeye ve vücut hücrelerinin yalnız somut yargılamada kullanılabileceğine dikkat çekme yükümlülüğüyle⁹ belli olmaktadır.

Bu (şimdi kanuni) direktiflerin dikkate alınmasında da reddedilemez ki, (kanunda da adlandırıldığı gibi) “belirli fail üzerine olası uygun inceleme vasfının” sunulması ilgiliyi sıkıntılı duruma götürür. Yani o, bundan böyle – en azından ailevi veya başka sosyal sebeplerden – incelemeyi kaçınan ve böylece adli kovuşturma makamlarının daha dar görüş sahasına ulaşanların küçük alanına düşmemek için her şeyi denemeye eğilimli olacaktır. Rıza durumu buna göre, tamamen “sanık lehine delil sunmak için ihtiyari yükümlülük” olarak işaret ediliyor. İlgili, “masumiyet karinesinin dönüşünü” çürütmek adına kendini anlamlı görmek istiyor.¹⁰

Bugün olduğu gibi önceden de, genetik test incelemesine davet edilen, başlangıçtan itibaren, çekinme durumunda – her durumda hukuki – suçlu olup olmadığına ilişkin şüphe konusunda kendi için negatif sonuçlar doğmayacağından hareket etmişse, baskı olmadığı varsayılan gönüllülüğünden bahsedilebilir.

Daha önceki uygulamanın temelinde daima, suçlu olup olmadığına ilişkin şüphe konusunda tarafsızlık gösteriliyordu.¹¹ Kanun tasarısının gerekçesinde de, başlangıçta kaçınmanın “kendini kabul edilen başlangıç şüphesini gerekçelendiremeyeceği” vurgulanmıştır. Ama buna ek olarak bütünüyle manalı, diğer tarafta adli kovuşturma makamlarının bunları başka durumlar vasıtasıyla onaylamayı engellemedikleri, bunlara 1. fıkradaki denetim vasıflarını da saydıkları eklenebilir.¹² Burada kötüyü fark etmek çok uzak değil.

Genetik testinin düzenlendiği durum diğer soruşturma metodlarının sürdürülemediğini işaret ettiğinden, adli kovuşturma makamı, şüpheli tarafsızlığının sıkı şekilde dikkate alınması durumunda, § 81h ile eline ekmek yerine taş koymuştur. Yani o, kuralda (fail istisnaen olmamak üzere genetik teste bile kaderine terk edilmişse) önceden olduğu gibi önemli derecede akıllı olmamıştır.

O, teorik olarak da şüpheli tarafsızlığı hakkında bilgi sahibi olmak isteseydi, (tüm nesnellüğünde) yüksek soruşturma baskısında pratik olarak eylemin icrası için dikkate alınan daha küçük bir alandan dolayı, reddedene, “Suçlunun” vücut hücrelerinin zorla alınmasına cevaz veren Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81a'ya göre muamele etmeyi denerdi.

Şimdi, her durumda bu incelemenin düzenlenmesi için, esas itibarıyla, yetkili hâkimin rızanın reddi için bilmeyi gizleyebilecek durumda olması dilenebilir.

⁹ Yalnız ihtiyarılığa ilişkin açıklamanın yetersiz görülmesi için, suç şüphesinin sona erdiğinin caiz olmadığı konusunda reddederken dikkati çekilmemiş olmalıdır. SK-StPO-Rogall, § 81h Kenar numarası 33 ve *Saliger/Ademi*, JuS 2008, 193 (197).

¹⁰ *Hother*, Die DNA-Analyse (1995), s. 51.

¹¹ Regensburg Yerel Mahkemesi içtihatlarından örnek olarak, StraFo 2003, 127.

¹² BT-Drucks. 15/5674, s. 14.

Ama bu gerçekçi mi? Olayı genel olarak ilgililerden yalnız birine de beyan etmeden mi yapıyoruz? Burada muhtemelen gerekli şüpheli kurmak, sözlü beceri meselesi olacaktır. Eğer düzenleme, mevcut delil durumuna göre bu kişi dışında kimsenin dikkate alınmamasına dayanıyorsa, bu, üstünkörü olarak tarafsız gözükür.¹³ Yetki normu bu suretle çevrilirse, kalan kişilere buna uygun davranmaya karar vermek zor olmaz. Yalnız iki veya beş ya da (Hercule Poirots Orientexpress'te olduğu gibi) on iki kişi kaldığında, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81a'ya göre talimatın yasallaşmadığına emin olamayız. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bile yasal olarak gizli istisnai durum sorunu olarak tanımaktadır.¹⁴ Buna dayanarak diğerleri daha belirgin olmaktadır: Gerçi ret (çekinme) tek başına suç şüphesini temellendiremiyor, ama bununla beraber her bir münferit hadise haline göre, bunda şüphenin kuvvetlenmesi halini görmek yersiz olmaz.¹⁵

Yalnız kenarda: suç şüphesi tarafsızlığı tezi, soruşturma makamının – bu tamamen gözler önünde – rızadan çekinmeye ilişkin malumatını, başka bir normun kullanımı için iş görür hale getirmek adına uğraşmış olabileceğini de dikkate alıyor. Böylece uygulamada, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81c temelinde – yasal olarak kurala bağlanan her şeyden önce tanıkların vücut incelemelerini – bir düzenlemeyi sağlamak ve bu suretle – bundan başka suç şüphesi mertebesi konusunda fazlasıyla yüksek olmayan – Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81a fıkra 1'in düzenleme engellerini daha da derinleştirme denenebilir. Bu yasayı dolanma gerçi hukuken güçlülük söz konusu olabilir, ama bu Berlin Anayasa Mahkemesi tarafından açıkça kabul edilmektedir.¹⁶

Genetik testi reddeden hukuken himaye edilmekteyse de, söylenene göre, ne olursa olsun rızanın verilmemesi durumunda soruşturma hedefinde ortaya çıkacak fiili tehlike, ilgilinin kararını önemli şekilde etkileyecektir.¹⁷ Gerçekten, olası nesnel hukuka aykırı yargısal düzenlemeler, ki bunlar Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81a veya § 81c'ye dayansaydı, itiraz usulü veya temyiz yargılamasında düzeltilebilirken, bu çıkış noktasında muhtemel mevcut hukuk bilgisi az değişecektir.¹⁸ Bu belirsizlikler bile, bu konuda bir kararın, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81h'ye göre kamusal zorunluluktan serbest hareket edilerek alınması düşüncesinin her durumda fiilen sona erdiğini gösteriyor.

Rıza şartı bu anlayıştan dolayı kendisini, “aldatıcı ambalaj” gibi gösteriyordu. – Belki kanun koyucu bilinçsiz olarak (veya belki de: bilinçli?), tanımlanan zorunluluk altında açıklanan ve bu nedenle yalnızca “yarı serbest” – yeterli

¹³ Bkz.: *Saliger/Ademi*, JuS 2008, 193 (198).

¹⁴ Ceza Davalarıyla ilgili Federal Yüksek Mahkeme 49, 56 (60).

¹⁵ *Karlsruher Kommentar/Senge*, § 81h Kenar numarası 5; aynen, NJW 2005, 3028 (3032); buna ilişkin eleştiri *Geppert*, FS Schroeder (2006), 675 (684).

¹⁶ Berlin Anayasa Mahkemesi, NJW 2006, 1416.

¹⁷ Fiili bir ihtiyarilikte kuşku dile getiriliyor *Graalman/Scheerer*, NStZ 2004, 297 (298); *Bergemann/Hornung*, StV 2007, 164 (167). “Pitchfork davasında” sözde ihtiyarilik için Bkz.: *Satzger*, JZ 2001, 639 (640); *Kerner/Trüg*, FS Weber (2004), 457 (458 vd.).

¹⁸ Gen testi ile ilgili hâkim kararı kesindir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81h Fıkra 2 Cümle 5.

gelmeyen – rıza artı açıkça arttırılan talimat engeli toplamda yasal yetki normları ilkesinden hareket etmektedir.

Genel usulün yukarıda bahsedilen sakıncalarının yanında, şimdiye kadar daima yüksekte tutulan reddin şüphe tarafsızlığı dogmasının yumuşadığı şeklinde endişe ifadesinden bahsedilebilir. Şimdiye kadar onun, soruşturma hâkimi vasıtasıyla dikkate alınması muhtemelen bundan sağlanıyordu, çünkü genetik test kanuni temele dayanmıyordu. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81h'nin meydana getirilmesiyle, muhtemelen bir hâkim veya diğer hâkimlerce, kanun koyucu tarafından kesin olarak ve buna göre yalnızca dar sınırlarda öngörülen tedbire katılmak için, reddin yalnızca fiilen değil, ayrıca hukuken şüphe kuran bir durumu da ifade edip etmediği sorulacaktır.

Politik tartışmada, - sebepten bağımsız – içinde tüm nüfusun DNA kimliğinin tespit edildiği örneklerin – doğumdan itibaren – kaydedilmesi gereken gen bilgisine¹⁹ ilişkin sesler yüksek çıkarsa, - bunun uygulamayı yönlendirmemesi gerekir – ya rıza kriterini tamamen iptal eden ya da en azından eklenen bir bentte, ret durumunda Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81a'ya göre uygun zorlama vasıtası düzenlemesini izah eden yeni bir § 81h uzak değil. Halkın taranmasına ilişkin mukayesede bu, her zaman daha yumuşak müdahaleyi ifade eder. – Yani ilgililerin alanı belirgin şekilde küçülür ve bundan başka, her biri onlardan en azından belirgin bağlantılı izler teşhir edilir.

Bu sebepten de, yeni düzenleme onun sınırına göz atma fırsatı veriyor: Bir tarafta ortaya çıkarma ihtimali elde etmek için, diğer tarafta özgürlük hakları vermeye hazır olan hukuk devleti ilkesine uygun organize olmuş kuruluşun ne olduğu sorusuna göz atılmalı. Slogan ifade “mümkün olduğunca özgürlük, lüzumlu olduğunca güvenlik”, bu vesileyle değerlendirmeyi çarpıtmaktadır: Yani müdahale engellerinin azalmasıyla yol açılan ortaya çıkarma ihtimalinin, gelecekteki suçları engellemek için elverişli olması, sonuç olarak güvenlik sağlanması gerekçelendirilmemiştir. Eğilimin ön planında duran öldürme suçuna bakıldığında bu geçerlidir, çünkü polise akseden suçların aydınlatılma oranı uzun süredir yüzde yüze yakındır. Keşif ihtimalindeki artış kabul edilmek istenirse, böylece özellikle şiddet ve cinsel sebepli suçlar alanında normun yürürlüğünün güçlendirildiği veya potansiyel failerin caydırıldığından şüphe edilebilir. İhtimal ki, özellikle tehlikeli failin, bilek gücüyle kontrol edilen araçlarla, muhtemel izleri (tahminen kundaklama) silmek adına eğilimli görüldüğü bu suretle tersine bir kontrolden çıkma olabilir. En azından somut soruşturmada etkinlik artmaktadır ve bu vasıta ile, aranan fail tarafından tekrarlanma riski azaltılmaktadır.

Ancak sızlanma, sonucu oluşturmamalıdır. Yani yeni düzenleme iyi sonuç da çıkarabilir: Böylece elde kalan, genetik testlerin bugün yalnızca Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81h'nin son özel hükümlerindeki şartlar altında düzenlenebildiğidir. Hem hâkim çekincesi şeklen hem de farklı yönlerde kural olmuş orantılılık ilkesi maddi açıdan, bu enstrümanın asla standart tedbir olarak adli kovuşturmanın günlük yaşamına ulaşamayacak olması vesilesiyle

¹⁹ Şimdiki Başbakan ve Mecklenburg-Vorpommern'in o zamanki Adalet Bakanı *Erwin Sellering*'in (SPD) Spiegel ile bir ropörtajı: <http://www.spiegel.de/panorama/0,1518,275581,00.html>.

endişe taşıyacaktır.²⁰ Buna ek olarak dar kullanım sınırları ve bağımsız bilirkişi incelemesi şartı, hem de imha şartları²¹ ve kayıt altına alma yasakları, ilgilinin temel hakkının yüksek değerini ve bununla birlikte korumasını vurgulamaktadır. Bu açıdan, tamamen kanun koyma ile ilgili düzen anlayışından bahsedilebilir.²²

İşin doğrusu, yeni düzenlemeye bundan dolayı anlamsızlık sıfatı bahşeden sesler²³ duymazlıktan gelinmemelidir. Çünkü düzenleme, tedbirlerin kabul edilebilir olmasını, rıza ve hâkim kararına bağlı kılmaktadır. Bu yapı çelişik olacaktır, zira rızaya, “müdahaleye taviz veren bir karakter”²⁴ verilmektedir. Bu iddia – yarı serbestliğe ilişkin yukarıda söylenenler bir kenara bırakılırsa –, karar yargılamasında ilgilinin (önceki) ifadesi kesin olarak mümkün değilse, her durumda bu açıdan onaylanabilir. Hâkim o halde, serbestliğin temel haklarla ilgili eğilimler konusundaki önemli ölçütünü gözden geçiremez - ilgililerin sayısı karşısında fiilen muhtemel olarak gözden geçiremeyecektir. Ceza muhakemesi ile ilgili hâkim çekincesinin temelleri, adli kovuşturma makamlarının tedbirlerine karşı güvensizlik içinde görülürse, ilgilinin varsayılan ve yargısal olarak denetlenemeyen kendi sorumluluğundaki rızası halinde, güvensizliğin neye yöneltmiş olabileceği sorulur.

Ev aramalarında yetki paylaşımına ilişkin uyulan birçok kararda (Alman Federal Anayasa Mahkemesi, hâkim çekincesinin, genel olarak bağımsız ve tarafsız merci aracılığıyla tedbirlerin önleyici kontrolünü amaçladığını vurgulamıştır.²⁵ Alman Anayasası'nın 97. maddesinde, hâkimin kişisel ve objektif bağımsızlığı ile kanuna sıkı şekilde boyun eğmesi nedeniyle, ilgilinin haklarını münferit hadisede en iyi ve en güvenli şekilde koruyacağından hareket edilmektedir. Bu doğrultuda hâkim çekincesi, – Sayın Hans Heiner Kühne'nin de uygun şekilde ifade ettiği gibi – ceza muhakemesinde temel hakların korunması için ideal yol sayılabilir.²⁶

Ama neden, anayasal garanti edilen pozisyonundan taşıyıcı tarafından feragat edilmişse, böyle bir korumaya ihtiyaç var? Bir sebep biraz gizli duruyor: Münferit ilgili, teslim edilen vücut maddesinin gerçekten ne kadar hassas olduğunu asla fark etmeyebilir. Zira o, – ilk olarak nasıl düşünülürse – genetik parmak izinden feragat etmemektedir, lakin yalnız kimlik tespitine yarayan örneğe göre çok daha fazla ve daha yoğun şekilde temel haklarla ilgili veriyi bir araya getiren vücut hücrelerini ifşa etmektedir. Böylece – tartışmada genellikle tek başına nazara alınan – (böyle adlandırılan) DNA'nın kodlanan kısmının

²⁰ Standart yargılama olarak DNA testleri işaret ediliyor. Buna karşılık *Kerner/Trüg*, FS Weber (2004), 457 ve *Busch*, NJW 2001, 1335.

²¹ Başarısız bir gen testinde de bilgilerin gecikmeksizin silinip silinmeyeceği sorusuna ilişkin olarak Bkz.: Meyer-Goßner, § 81h Kenar numarası 13 (en geç suçun zamanlaşımının başlangıcıyla); buna karşın gecikmeksizin silinme için SK-StPO-Rogall, § 81h Kenar numarası 30.

²² *Saliger/Ademi*, JuS 2008, 193 (199).

²³ *Rogall*, FS Schroeder (2006), 691 (711).

²⁴ *Rogall*, a.g.e.

²⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi NJW 2001, 1121 (1122).

²⁶ *Kühne*, Strafprozessrecht, Kenar numarası 409.

yalnız önemsiz bilgileri içerdiği yerinde değildir.²⁷ Fen bilgisinin bugünkü durumuna göre bu bölümler, etnik köken, yaş, hatta belirli hastalıklar (diyabet, şizofreni veya sayısal kromozom anormallikleri) üzerine tüm yargılara müsaade etmektedir.²⁸ Bundan başka, § 81h'deki moleküler genetik incelemenin, *hukukken*, kodlanmamış bölümlerle yetinmesi gerektiği bir kez bile kabul edilmemektedir. Zira kanun koyucu, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu §§ 81e vd.'nin yürürlüğe girmesinde, 1997 yılında gayet bilinçli olarak ceza muhakemesine ilişkin etkin kullanımı, analiz metodlarının ilerlemesi temelinde de mümkün kılmak için böyle bir sınırlandırma aleyhinde karar vermiştir.²⁹

Burada tanımlanan hukuki çerçeve karşısında görünüyor ki, inceleme maddelerinin verilmesiyle her durumda fiili tehlike ispatlanmakta, kamusal yaptırımın erişiminden mahrum bırakılmak zorunda olan kişiliğin mutlak korunan alanı etkilenmektedir.

İnceleme yetkisi buna göre, daha önce sınırlandırılmış bir inceleme konusu nedeniyle değil, lakin yalnızca önceden saptanan inceleme amacı nedeniyle nesnel olarak yasaldır: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 81h fıkra 1, yalnızca bu şekilde kimlik tespiti örneğinin alınmasına ve soy bağının belirlenmesine izin vermekte, diğer olgular tespit edilememektedir. Bununla beraber, ilgilinin kalıtsal özellikleri, karakter özellikleri veya hastalıkları (sonuç olarak bir kişilik profilinin düzenlenmesi) gibi kişisel olarak önemli vasıfları üzerine yargılara kati suretle izin verilmediği için, DNA kimliğinin tespiti örnekleri ile yargısal ilişki, kişiliğin dokunulmaz çekirdek alanını ihlal etmemektedir.

DNA örneği, buna göre tek başına uygun soruşturma sonucu yargısal olarak da parmak iziyle karşılaştırılabilir olabilseydi, bunun sonucunda bilgisel olarak şahsen karar verebilir hakkı, açıkça geniş kapsamlı korunmazdı. Bir müdahalenin kabul edilebilirliği, her zaman yalnızca kimliğin belirlenmesine yarayan örneğin adlandırılan verisinin toplanabilmesine bağlıdır. Etketif bir anayasal koruma istenirse daima yalnız bu toplanmalıdır. Tam da burada, parmak izine ilişkin önemli farklılık dikkat çeker: İhtiyari (gerçek) parmak izi, başından itibaren yalnız ve tek olarak, suçlu veya gelecekteki suçlunun uygun izini sınıflandırmaya yarar. Buna karşın vücut hücreleriyle, kimlik tespiti fonksiyonu konusunda karşılaştırılabilir (bu sebeple böyle adlandırılan) "genetik parmak izi" elde edilebilen maddeye kavuşulur, lakin teknik olarak bugün bile başka bir şey olmadan kapsamlı bir kişilik profili belirlenebilir. Başkaca, parmak izinin alınmasında kanun koyucu, insandan alınan vücut hücrelerinin moleküler genetik incelemesi konusunda, yargılama hukukuna göre, fiilen mümkün müdahalenin kişiliğin dokunulmaz çekirdek alanında mevcut bulunmamasını sağlamalıdır. DNA kimliklerinin tespiti örneklerinin saptanmasına yönelik incelemeyi sınırlandıran düzenlemeler zorunludur, ama pek de yeterli değildir. Maddi olarak kabul edilebilir tedbir için anayasal koruma, daha ziyade şekli açıdan güvenceye alındığında etketif olur. Kolaylıkla mümkün olan tanımlanmış suiistimal tehlikeleri bile, talimat yetkisini adli kovuşturma or-

²⁷ DNA'yı bir proje planı ile karşılaştıran *Satzger*, JZ 2001, 639 (641), kodlanmamış kısma göre "çizimin beyaz, tasvir edilmemiş alanlarını" belirlemektedir.

²⁸ *Hinrichs*, KJ 2006, 60 (64); *Lütkes/Bäumler*, ZRP 2004, 87 (88) başkaca delillerle.

²⁹ Bkz.: Alman Federal Anayasa Mahkemesi NJW 1996, 771 (772) ve NJW 2001, 879 (880).

ganlarından bağımsız bir makamın eline vermeyi tavsiye etmektedirler. Hâkim, kontrol organı olarak amaçlanan – soyut olarak anayasal açıdan tehlikeli – tedbiri bağımsız, tarafsız ve kendi sorumluluğunda gözden geçirmeli ve incelemenin anayasa ve muhakeme hukukunun sonucu olan çerçevesine riayet edilmesine, temel hakların temasının böylece ölçülebilir ve kontrol edilebilir kalmasına özen göstermelidir.

Kanun koyucunun düşüncesine göre bu bağımsızlığa büyük önem atfedilmesi gerektiği, § 81h fıkra 3 cümle 1'e göre uygulanan § 81f fıkra 2'de birçok defa vurgulanmaktadır. Buna göre, incelemenin icrasıyla zorlayıcı, soruşturma yürüten makama kulak vermeyen veya en azından bundan organize ve objektif olarak ayrı olan bilirkişi yetkili kılınmalıdır. Bağımsız bilirkişi bundan başka, teknik ve organize tedbirlerle, izin verilmeyen moleküler genetik incelemelerin ve 3. kişilerin yetkisiz bilgi edinmesinin olanaksız kılınmasını garanti altına almalıdır.³⁰

Keza, hâkimin bağımsız kontrol makamı, inceleme yapan kişinin bağımsızlığının güvencesine hizmet etmektedir. Yargılama tedbirinin bu görünüşü vurgulanırsa, hâkimin talebi esasen hiçbir zaman reddetmediği, zira bu tarz önemli bir ispat aracından hiçbir durumda vazgeçilemeyeceği şeklindeki kavranabilir iddia ayrıca standartlaştırılmaktadır.

Buna göre kanun koyucu, genetik test için düzenlemeyi, anayasal yollardan bağımsız hâkime tevdi etmeyi istişare etmelidir.

Bana, bu kritik gerekçelerle hukuk devleti ilkesine uygun hassaslığa katkıda bulunabilme temennisiyle kapatmak kalıyor. Dikkatiniz için teşekkürler!

³⁰ BT-Drucks. 15/5674, s. 14.