

KİŞİNİN ÜZERİNİN ARANMASI VE İNSAN HAKLARI

Y. Doç. Dr. Füsun SOKULLU-
AKINCI (*)

I. GENEL OLARAK

Günümüzde kişilerin özel hayatları uluslararası belgelerle olduğu kadar iç hukuklarca da titizlikle korunmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi, T.C. Anayasasının 20. maddesi bu konuyu düzenlemektedir. Öte yandan, ceza yargılamasını amacına ulaştırmak için, suç şüphesi altındaki kişilerin, suç delillerinin ve müsadereyi tabi nesnelere elde edilmesi amacıyla, konutlarda, diğer kapalı yerlerde ve kişilerin üzerinde arama yapılır⁽¹⁾. Arama ancak, "Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı (ile); gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri (ile)" (A.Y. 20/2) yapılabilir. Her iki durumda da aramayı yapacak olan kolluk görevlileri, özellikle de polistir.

Polis arama faaliyetlerine özel bir önem vermektedir, zira failin yakalanması kadar suçun ortaya çıkarılması da polisin başarı göstergelerinden biridir. Ayrıca suç faillerinin belirlenmeleri ve yakalanmaları, izlenecek araştırma yönteminin iyi seçilmiş olmasına doğrudan bağlıdır. Polisin arama faaliyetlerindeki yöntemlerin değişkenlik göstermesi ve bu faaliyetin yüksek düzeyde profesyonelleşmeyi gerektirmesinin sonucu olarak, çeşitli suç tipleri için arama faaliyetlerini sürdüreceği özel ekipler ya da bölümler oluşturulmuştur. Cinayet masası, hırsızlık masası, kaçakçılık şubesi gibi.

Arama faaliyetlerinde, bu faaliyete katılan her bir polisin, her olayın niteliğine göre ayrı bir yöntem geliştirmesinin polisi keyfiliğe iteceği de muhakkaktır⁽²⁾.

Türk kanunkoyucusu, polisin arama faaliyetlerindeki keyfiliği en aza indirebilmesi amacıyla, bu faaliyetleri belirli kurallara bağlamak istemişse de, modern kanunkoyucuların yaptığı gibi, yut kanunlar hazırladıklarından, bu kanunlar ancak genel prensipleri içermektedir. Bununla birlikte, kanunlarda öngörülemeyen ayrıntılar, polis alt-kültüründe bulunan özelliklerle birlikte⁽³⁾, insan haklarını çiğner nitelikte bazı uygulamalara yol açabilir.

(*) SOKULLU - AKINCI, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesidir.

(1) Erdener YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 1987, s. 301.

(2) Albert J. REISS, The Police and the Public, New Haven, 1972, s. 142.

(3) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. Füsun SOKULLU-AKINCI, Polis, Toplumsal bir Kurum Olarak Gelişen Polis Alt-kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul, 1986, s. 72 vd.

II. KİŞİNİN ÜZERİNİ ARAMA

Kişilerin üzerinin aranması, Ceza Mahkemeleri Usulü Kanununda (CMUK.) düzenlenmiştir. CMUK. 95. maddesi, suç şüphesi altında olmayan kişilerin üzerinin aranmasını, şüphe altındaki kişilerden daha sıkı kurallara bağlamıştır. Nitekim CMUK. 94. maddesi, suç şüphesi altında bulunan kimsenin üzerinin, delil elde edilmesinin umulduğu hallerde aranacağını belirtmektedir. Halbuki suç şüphesi altında olmayan bir kişinin üstünün aranabilmesi için, takip edilen izlerin veya elkonulacak eşyanın, üzeri aranılacak şahısta bulunduğu delil olabilecek olguların bulunması gerekir (CMUK. 95/2). Diğer bir deyişle, somut veri ve olguların varlığı şarttır⁽⁴⁾. Kanaatimizce, basit bir tahmin ya da CMUK. 94. maddesindeki "umulma", burada yeterli olmayacaktır⁽⁵⁾.

Gerçekten de, 94. ve 95. maddeler, farklı türdeki kişilerin üzerinin aranmasını⁽⁶⁾ düzenlediğine göre, 95. maddede ek bazı koşulların aranması doğaldır. Suçla ilgisi olmayan kişilerin yalnızca bir umulma nedeniyle tedirgin edilmeleri, özel hayatlarına müdahale olarak nitelendirilmelidir. Bu kişiler ancak "delil olabilecek olgular" (istidlal ettirebilecek vakıalar) ın varlığı halinde aranabilir.

Aramaya karar verme yetkisi hakimindir. Bunu CMUK. 97. maddesinin yanında Anayasa da, özel hayatın gizliliğini güvence altına alan hükümde (20/2) düzenlemektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kanunla yetkili kılınan merciin emriyle bu arama yapılabilir⁽⁷⁾. CMUK. 97. maddesi bu makamları, C. Savcısı ve onun emirlerini yerine getirmekle görevli polis olarak saymıştır. Polis ayrıca, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun (PVSK) 9. maddesinde öngürülen durumlarda da "kişilerin üstlerini" arar⁽⁸⁾.

Aslında, kişilerin üzerinde yapılacak arama, insan haysiyet ve onuruna yapılan önemli bir tecavüzdür ve kişi haklarına karşı yapılacak bu davranışın hukuki olması ve iyi bir sebebe dayanması zorunludur. Gerek suç öncesi önleme faaliyetleri ve gerekse suç sonrası fonksiyonları sırasında, polisin kişiler üzerinde yapacağı arama faaliyetlerinin, polis alt-kültürü ile yakından ilgisi bulunmaktadır⁽⁹⁾. Çoğu kez, suç şüphesi üzerine arama faaliyetinde bulunacak olan polis, aramasını bir mahkeme kararına dayandırabildiği oranda insan haklarına daha saygılı ve keyfilikten daha uzak olacaktır⁽¹⁰⁾.

Polisin kişiler üzerinde yapacağı aramanın hakim kararına dayanmasının gerekmesiyle karşılık, hakim kararının gecikmesinde sakınca olacağı durumlarda, polisin hakim kararı olmadan da kişiler üzerinde arama yaptığı bir gerçektir⁽¹¹⁾.

(4) YURTCAN, 301.

(5) Doktrinde, 94. maddedeki "umulma" ve 95. maddedeki "vakıaların vücudu terimlerinin, bazı yazarlar aynı şeyi ifade ettiğini, diğerleri ise aralarında bir nüansın olduğunu, bir üçüncü fikir ise 95. maddede daha fazla bir ihtimalin arandığını belirtmektedirler, bk. Ayhan ÖNDER, Arama, İHFM. C. XXIX, No. 3, İstanbul, 1963 (ayrı bası) s. 7-8.

(6) 94. ve 95. maddeler aynı zamanda kapalı yerlerde aramayı da düzenlemekle birlikte konumuz dışında kalmaktadır.

(7) Orhan ALDIKAÇTI, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul, 1982, s. 214.

(8) Bk. SOKULLU-AKINCI s. 145

(9) Jerome SCOLNICK, Justice Without Trial, New York, 1975, s. 219.

(10) Kenneth Culp DAVIS, Police Discretion, St. Paul, 1975, Ss. 143-144; La FAVE 80.

(11) William KER MUIR Jr., Police: Streetcorner Politicians, Chicago, 1977, s. 162, dn. 12.

Polisin suç delili olan şeylerin kimde olduğunu bildiği durumlarda hakim kararı ile arama emri çıkartılması tek yoldur ⁽¹²⁾. Bununla beraber hakim kararı olmaksızın kişi üzerinde yapılan aramaların da sayısı yüksektir.

Polisin hakim kararı olmaksızın kişiler üstünde yaptığı aramalar üç değişik durumda söz konusu olmaktadır:

A. Konutta yapılan arama sırasında konutta bulunan kişilerin üstlerinin aranması.

Polisin hakim tarafından verilen arama kararını yerine getirmek için girdiği bir konutta o sırada orada bulunan kişinin üstünün aranması için, o kişinin sadece orada bulunması yeterli sebep değildir. Kişinin üstünün aranabilmesi için, o kişinin suçla ilişkili olduğunu belirtecek delillerin bulunması gerekir. Bu şartın yerine gelmemiş olduğu durumlarda sırf aranılan yerde bulunduğu gerekçesiyle, arama emrinde belirtilmemiş olanların aranması mümkün değildir ⁽¹³⁾. Arama emri meskenin aranması ile beraber, orada bulunan kişilerin üstlerinin de aranmasını kapsıyorsa, hiç şüphesiz ki polis, o sırada orada olan kişilerin üstlerini de arayabilir ve bu da özel hayatın gizliliğine bir tecavüz teşkil etmez ⁽¹⁴⁾. Ancak modern ceza kanunlarının büyük bölümü kadınların üstlerinin kadın polisler tarafından aranabileceğini belirtmektedir ⁽¹⁵⁾.

Aranılan şeyin, o sırada konutta bulunanların üstlerinde saklanmış olması maddeten mümkün değilse, polisin o kişilerin üstlerini araması insan haklarının ihlali olur. Kaldı ki, aranılan şey kişinin üstünde saklanabilir nitelikte olsa dahi, sırf bu sebebe dayanarak polisin o sırada konutta bulunanların üstünü arayamaması gerekir ⁽¹⁶⁾. Ancak, polis alt-kültüründeki şüphencilik ve hile özellikleri nedeniyle polis bu durumlarda da arama yapmaktadır ve bu şekil hukuk dışı aramaları, kendi güvenliğini sağlamak, konutta bulunanlardan gelebilecek muhtemel tecavüzlere engel olmak için yaptığını iddia etmektedir ⁽¹⁷⁾. Polisin bu gerekçesinde gerçek payı olabilirse de, böyle durumlarda, polisin kişilerin üzerinde yapacağı arama belli bir silahın olup olmadığını kontrolden ileri gitmemelidir ⁽¹⁸⁾. Ayrıca, kişileri arama yalnızca silah kontrolü için yapılamaz. Belirli bir suç şüphesi altındaki kişilerin aranması şeklinde olmalıdır, yoksa sokakta her yürüyen kişinin aranması söz konusu olmamalıdır ⁽¹⁹⁾.

(12) Jerold H. ISRAEL-Wayne La FAVE, *Criminal Procedure, Constitutional Limitations*, St. Paul, Minn. 1980, s. 147.

(13) ISRAEL-La FAVE 129.

(14) ISRAEL-La FAVE 129.

(15) Charles WEGG-PROSSER, *The Police and the Law*, London, 1973, s. 63

(16) U.S. v. Festa 192 F. Suppl. 160 (zik. ISRAEL-La FAVE 130).

(17) Paul R. FRIEDMAN, *Scope for Searches Incident to Arrest*, Yale Law Journal, C. 78, 1969, s. 442.

(18) Louis HENKIN, *The Supreme Court, 1967 Term*, Harvard Law Review, c. 82, 1968, s. 186.

(19) HENKIN 182, Herman GOLDSTEIN, *Policing a Free Society*, Cambridge, Mass., 1977, s. 163.

B. Tutuklamayı takiben yapılan aramalar

Aramaların büyük bir çoğunluğu bu şekilde yapılmaktadır (20). Gerçekten de polisin kişiler üzerinde yaptığı aramanın bir türü de tutuklamadan önce veya sonra yaptığı aramadır. Eğer polisin tutuklama için yeterli sebebi varsa, aynı suça ilişkin delil elde edebilmesi için arama sebebi de vardır (21). Ancak yapılacak aramanın sınırlarını da bu çizer.

Suç işlemekte kullanılan araçlar, deliller tutuklanan kişinin üzerinde olabileceğinden ve tutuklunun bunları kolaylıkla yokedip üzerinden atması mümkün olduğundan, polisin tutuklamayı takiben, tutuklu üzerinde arama yapması kabul edilebilir. Aramayı yapan polis kolaylıkla davranışlarını haklı kılan gerekçeler ileri sürebilir. Tutuklamayı takiben polisin kişi üzerinde yapacağı arama, işlenen suç ile yakından ilgilidir (22). Bu durumda, yapılan aramanın amacı, suçla ilgili delillerin yok olmasını önlemedir. Ayrıca arama, tutuklanan kişinin işlediği iddia edilen suçun niteliği ile sınırlıdır. Her suç türü, kişi üzerinde yapılacak bir aramayı haklı kılmaz. Mesela bir trafik suçundan dolayı yapılan bir tutuklamadan sonra, polisin o kişinin üstünü aramasının bir anlamı yoktur, çünkü polisin o suçla ilgili, güvence altına alacağı herhangi bir delil bulunmamaktadır (23). Aynı şekilde sarhoşluktan veya huzuru bozmadan dolayı tutuklanan kişinin üstünde gerçekleştirilen arama ile bu suçların delillerinin bulunması söz konusu olamaz.

Tutuklamayı takibedecek aramanın, kişi haklarına ve özel hayatın gizliliğine tecavüz teşkil etmemesi, delillerin yok edilmesine engel olmak için yapılmış olmasına bağlıdır (24). Eğer tutuklamadan sonra arama ile, tutukevlerinin silah ve benzeri aletlerden arındırılması gibi bir amaç da bekleniyorsa, aramanın, tutukluya ceplerindeki özel bir kasaya kilitlemesine izin verildikten sonra yapılması, hem amaca hem de özel hayatın gizliliğine bilhassa önem veren sistemlere daha uygun düşer (25).

Tutuklamadan sonra polisin, hakimden arama izni almadan arama yapması, sınırlı durumlar için söz konusu olabilir. Tutuklunun ceplerinin ve kağıtlarının, polis tarafından karıştırılması ve incelenmesi, özel hayatın gizliliğinin ihlalidir. Eğer tutuklunun üzerinde bulunan evrakı yoketmesinden korkuluyor ise bunlar güvence altına alındıktan sonra mahkemeye sunulmalıdır (CMUK. 90/5). Ancak polisin arama faaliyetlerindeki kurallar hukuk normlarının öngördüğü şekillerden farklıdır. Polis alt-kültüründeki şüphecilik ve hile faktörleri ve polisin sürekli tehlikeli ortamda yaşamakta olması (26), polisin arama sırasındaki davranışlarının hukuk normları dışına çıkmasına neden olur (27). Ancak, polis yaşadığı tehlikeli ortamda kendisini savunma durumundadır ve yaklaştığı kişinin tepkisine karşı

(20) SCOLNICK 213.

(21) FRIEDMAN 444,

(22) WEGG-PROSSER 63.

(23) FRIEDMAN 444, Charles SILBERMAN, *Criminal Violence and Criminal Justice*, New York, 1980, s. 304.

(24) John P. GODICH, *Constitutional Limitations on the Takings of Body Evidences*, *Yale Law Journal*, C. 78, 1969, s. 1078, dn. 35.

(25) FRIEDMAN 445.

(26) Peter EVANS, *The Police Revolution*, London, 1974, s. 27.

(27) SKOLNICK 219.

hazırlıklı olmak zorundadır. Polisin büyük oranda takdir hakkına yer bırakılmış olan arama yapma yetkisi, polisi ortam faktörlerine ve kişilerin durumuna göre davranmaya iter⁽²⁸⁾. Her ne kadar her polise, herkese eşit davranması bildirilirse de, onlar ayırıcı olmak zorunda kalmaktadırlar⁽²⁹⁾.

Her şeyden önce polis, mesleğini suçu ve suçluyu arama ve bulma olarak görür. Polisin, muhtemel bir suça karşı, hazır ve "istim üzerinde" olma düşüncesi, aslında polisten beklenen temel mesleki profesyonelliktir. Bu sebepten, polis şüpheli gördüğü kişiyi tutukladığı zaman onu aramaktan çekinmez. Suçlunun aranmasını haklı kılacak ne gibi davranışlarda bulunduğunu düşünmek en son yapacağı iştir⁽³⁰⁾. Polis üstlerine ve arkadaşlarına, bir uyuşturucu madde tutkunu kişiyi belirlediğini, ancak o kişinin yasal hakları da söz konusu olduğundan, tereddüt içinde kaldığını, bu sırada o kişinin kaçtığını veya suç delili uyuşturucu maddeyi yokettiğini bildirmekten utanır. Polise göre, görevi suçluları yakalayıp, suç delillerini ortaya çıkarmaktır⁽³¹⁾.

Tabiidir ki polis, suç ile mücadelede etkili bir yöntem olarak, sokaktan geçen her on insandan birini tutuklayıp üstünü arıyamaz. Ancak polis, davranışını gerekçeli olarak üstlerine açıklayabilirse, alacağı en ağır ceza, tutuklananların derhal serbest bırakılması olacaktır⁽³²⁾. Polisteki dayanışma özelliğinin doğal bir sonucu olan bu davranış şekli, polisi polis örgütü dışındakilere karşı koruma görevi yapmaktadır⁽³³⁾. İnsan haklarına aykırı olarak yürütülmüş olsa bile, tutuklananları suçlayıcı herhangi bir delil elde edilmemişse, haksız arananlar, olayın kapanmasından duydukları memnunluk ile, zaten herşeyi unutup gideceklerdir⁽³⁴⁾.

Polis, kendi örgütü ve üstleri ile uyum içinde olduğu sürece, insan haklarına aykırı bir davranış teşkil etse bile, arama faaliyetini, kendi görevinin önemli bir bölümü olduğuna inandığı için bildiği gibi sürdürür. Arama ne kadar haksız olursa olsun, polis, aradığı kişinin üstünde, şüphesini haklı çıkarılacak deliller bulursa, artık durum şüphelinin aleyhine döner⁽³⁵⁾. Diğer bir ifade ile, polis temize çıkar.

C. Arama - Tarama

Arama - tarama, polisin hakim kararı olmaksızın kişiler üzerinde yaptığı diğer bir arama türüdür⁽³⁶⁾. Bu, polise kamunun güvenliğini sağlamak ve suç işlenmesini önlemek için tanınmış olan bir yetkidir (PVSK. 9). Bu şekilde polis, kişileri kısa sürelerle durdurup sorular sorar ve üstlerini arar. Polisin uyguladığı bu arama tekniği, en eski yöntemlerden bi-

(28) SILBERMAN 282.

(29) GOLDSTEIN 163-164.

(30) SKOLNICK 220.

(31) SKOLNICK 183.

(32) SKOLNICK 221.

(33) William WESTLEY, *Violence and the Police, A Sociological Study of Law, Custom, and Morality*, Cambridge, Mass., 1972, s. 113

(34) W. John GLANCY, *The Federal Injunction as a Remedy for Unconstitutional Police Conduct*, *Yale Law Journal*, C. 78, 1968, s. 78.

(35) GOLDSTEIN 163.

(36) YURTCAN 304.

ridir⁽³⁷⁾. Polislin hangi durumlarda böyle bir yetkisinin olduğu çoğu ülkelerde belirlenmiş değildir⁽³⁸⁾. Bizde ise Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 9. maddesine, terörizm döneminin etkisi ile, 2261 sayılı kanunla eklenmiş olan hükümlerle, polislin arama - tarama yapacağı özel haller sayılmaktadır.

Terry v. Ohio davasında, Amerikan Yüksek Mahkemesi, polis memurunun, kendi tecrübelerinin ışığında, normal olmayan davranışlardan, bir suçun işlenmekte veya işlenecek olduğu kanısına varması halinde⁽³⁹⁾, kendisini ve başkalarını korumak maksadile, zanlının giyeceklerini arayabilir, şeklinde bir karar vermiştir⁽⁴⁰⁾.

Aynı mahkeme, başka bir kararında, uyuşturucu madde almış ve yarı uyur durumdaki bir kişinin durdurularak üstünün aranmasını, o kişinin polis memuru ve diğer insanlar için tehlikeli olmaması nedeniyle, hukuka aykırı bulmuş ve polislin bu davranışını insan haklarının ihlali olarak nitelendirmiştir⁽⁴¹⁾. Ayrıca polislin kendisine yönelik bir tehlikeyi önlemek için durduğu kişinin üstünü arıyabilmesi veya aramasını haklı gösterebilmesi için durdurmanın haklı olduğunu kanıtlayabilmesi gereklidir⁽⁴²⁾.

Bir kişinin üstünün herkesin içinde aranması, muhakkak ki pek de hoş olmayan bir durumdur ve üstü aranılan kişi bakımından küçültücü bir olaydır. Polislin kısa süre ile durdurup, üstlerini aramasından, herkesin şikayetçi olması, bu yöntemin geliştirilmesi ve düzeltilmesinin gerektiğini belirten bir göstergedir⁽⁴³⁾. Ancak, polislin sokakta yaptığı aramalar ile önemsiz bazı suçları bastırduğu ve bazı küçük suçların failleri üzerinde etkin bir kontrol kurabildiği de bir gerçektir. Bu sebepten dolayı, kişilerin, insan haklarının ihlalinden kaynaklanan şikayet ve itirazları, polis alt-kültüründeki şüphencilik özelliği karşısında önemini kaybetmektedir.

Polis mesleğindeki şüphencilik faktörü, polise kimin durdurulup aranması gerektiği hususunda önemli bir yol göstericidir. Gecenin karanlığında ana caddede yalnız ve hızla yürüyen kişinin durdurulup aranması kararını verirken, şüphencilik ve tutuculuk özelliklerinin etkisinde olup polis, bunu adeta, içgüdüsel olarak yapmaktadır. Şartlar değiştiğinde mesela gündüz vakti aynı davranışlar, yani ana caddede yalnız ve hızla yürüyen kişilerin durdurulup aranması söz konusu dahi olmaz⁽⁴⁴⁾. Olağandan farklı durumlara şüphe ile yaklaşan polis, yaşadığı ortamdaki tehlike ve etkinlik baskıları altında hareket eder ve durdurup aramanın aranılan kişilerin özel hayatlarına tecavüz olup olmadığını düşünmeğe fırsat dahi bulamaz. Polis alt-kültüründeki dayanışma nedeniyle, polislin kendini haklı gösteren açıklamaları veya aranılan kişiler üzerinde suç delilleri bulunmuş olması, amirleri (hatta C. savcısı) tarafından hoşgörü ile karşılanmasının başlıca sebebidir⁽⁴⁵⁾.

(37) ISRAEL - La FAVE 157.

(38) GOLDSTEIN 163.

(39) Bk. SOKULLU - AKINCI 83.

(40) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968) zik. ISRAEL-La FAVE 159.

(41) Peters v. New York, 392 U.S. 40 (1968) zik. ISRAEL-La FAVE 158.

(42) Bk. dn. 40

(43) GOLDSTEIN 163.

(44) SILBERMAN 284, KER MUIR 156-157.

(45) WESTLEY 151.

Polis yalnızca sokaktaki kişileri durdurup aramakla kalmaz, zaman zaman yoldan geçen araçları da durdurur ve arama yapar. Bir suç işlemiş (ki bu bir trafik suçu da olabilir) sürücünün arabasının durdurulması ve sürücünün üstünün ve arabasının aranması "derhal kontrol" (immediate control) teorisi çerçevesinde değerlendirilmektedir⁽⁴⁶⁾. Biz, böyle bir durumda, tutuklamadan sonra yapılan aramadan elde edilmesi beklenen delillerin suçla ilgisi olamayacağına ve hakim kararı olmaksızın yapılan bir aramanın amacına da aykırı olduğuna inanıyoruz⁽⁴⁷⁾.

Sık rastlanan bir durum da, yollarda, belirli noktalarda araçların durdurulmasıdır. Polis, bu kontrolleri yaparken, tamamen kendi takdir yetkisi içinde davranmakta ve çoğu zaman da her vasıtayı kontrol etmemektedir. Polisin trafik kurallarını uygulama görüntüsü altında yürüttüğü bu aramanın, özel hayatın gizliliğinin ihlali olduğu, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından Delaware v. Prouse (1979) kararında açıkça belirtilmiştir⁽⁴⁸⁾. Karara göre, polisin bu şekildeki arama ile elde etmek istediği, trafiğin ve araçların güvenli bir şekilde seyretmesidir. Mahkemeye göre, bu tür aramaların bu amacın gerçekleştirilmesine katkıları şüphelidir ve insan haklarını ihlal etmek için yeterli sebep olamaz⁽⁴⁹⁾.

III. HUKUKA AYKIRI ARAMA

İnsanların rızaları olmaksızın üzerlerinin aranması, kişilerin özel hayatlarının gizliliğine yapılan bir tecavüzdür. Polisin veya herhangi bir kişinin yapacağı aramanın insan haklarının ihlali olacağından hiçbir kuşku yoktur. Bununla beraber, hukuk düzenleri ve uluslararası insan hakları bildirileri, çoğunluğun mutluluğu, güvenliği ve toplumda düzenin kurulmasına yardımcı olmak amacı ile, belirtilen bazı koşulların gerçekleşmesi halinde toplumun yüksek çıkarlarını koruyabilmek için, insan haklarına müdahalelere olanak tanımaktadır. Arama koşulları varsa⁽⁵⁰⁾, hukuk düzenleri kişilerin özel yaşamlarının gizliliğini askıya alabilmektedir. Polisin aramayı, hukuk düzenlerinin aradığı koşullarla ve şekillerde gerçekleştirilmesi halinde, insan hak ve özgürlüklerinin ihlalden söz edilmemesine karşılık, polisin bu kurallar dışına çıkan davranışlarına, insan hak ve özgürlüklerinin ihlali gerekçesi ile çeşitli yaptırımlar bağlanmıştır.

Polisin arama şartları gerçekleşmeden veya arama usullerine aykırı davranışlar içinde gerçekleştirdiği aramalara bağlanan sonuçlar iki türdür. Bunlardan ilki, arama faaliyetini yürüten kişinin cezai sorumluluğunu gerektiren yaptırımlar. Diğeri ise, hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillerin mahkemelerce kabul edilmemesidir⁽⁵¹⁾.

(46) Thompson v. S., 488 P 2d 944, zik. ISRAEL-La FAVE 151.

(47) Bk. yukarıda dn. 24 ve 25.

(48) 440 U.S. 648 (1979), zik. Bruce E. FEIN, Significant Decisions of the Supreme Court, Washington D.C., 1980, s. 36.

(49) FEIN 37.

(50) Aramanın koşulları için bk. SOKULLU - AKINCI 138 vd.

(51) SCOLNICK 212, ISRAEL-La FAVE 21.

A. Hukuka Aykırı Aramayı Yapan Polisin Ceza Yaptırımına maruz Kalması

Türk Ceza Kanunu, kapalı yerlerde yapılan hukuka aykırı aramaların yaptırımını 194. maddede belirtmektedir ⁽⁵²⁾. Kişilerin üzerinin hukuka aykırı olarak aranması hakkında bu nitelikte bir düzenleme kanunumuzda bulunmamaktadır. Bu tür bir özel düzenlemenin bulunmadığı durumda uygulanacak hüküm TCK. 240 maddesinde yer alan görevi kötüye kullanmaya ilişkin hükümdür ⁽⁵³⁾.

B. Hukuka Aykırı Arama ile Elde Edilen Delillerin Kabul Edilmemesi

Hukuka aykırı aramalara bağlanan ikinci sonuç ise, haksız arama ile elde edilen delillerin yok sayılmasıdır ⁽⁵⁴⁾. Hukuka aykırı arama, adalet ve özgürlük kavramlarının özü ve adil yargılama ile ilgili olan, kanuna aykırı aranmama hakkının ⁽⁵⁵⁾ ihlaline neden olduğundan, bu yolla elde edilen delillerin, mahkemelerce kabul edilmemesi gerekir ⁽⁵⁶⁾. Bu yargı organlarımız açısından bağlayıcılığa sahip bir kuraldır. Zira adil yargılama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi Türkiye'nin kabul etmiş olduğu milletlerarası metinlerde yer almakla, aynı zamanda iç hukukumuzda da girmiş bulunmaktadır.

Bu kural ile polisin hatasından toplumun cezalandırılmaması gerektiği ileri sürülmüş ise de ⁽⁵⁷⁾, bu ilke ile korunan yararın önemi de gözardı edilemez.

Polisin hukuka aykırı aramalarını kontrol etmek, onu arama faaliyetlerinde hukuk kurallarına uymaya zorlamak ve haksız arama yapan polisi ceza yaptırımı ile korkutmak mümkün değildir ⁽⁵⁸⁾. polis alt-kültüründeki dayanışma ve gizlilik özellikleri, polislerin herhangi bir şekilde, haksız arama nedeni ile cezalandırılmalarını önlenemektedir ⁽⁵⁹⁾. Çoğu zaman polisin haksız aramasına tanık olan kişi, başka bir meslektaşdır ve grup içindeki bütünleşme ve dayanışma, dışarıya bilgi sızmasını zorlaştırmakta ⁽⁶⁰⁾ ve haksız aramayı yapan polisler aleyhine açılacak davalardan olumlu bir sonuç çıkmasına engel olmaktadır. Polisler de bu gerçeğin farkındadırlar ⁽⁶¹⁾. Ayrıca haksız arama sonucu, herhangi bir suçlayıcı delil elde edilemediği durumlarda, aranılan kişiler olayın kapanmasından duydukları memnuniyetle, şikayetçi olmamaktadırlar ⁽⁶²⁾. Bununla beraber, halkın da polisin haksız aramalarından, genel bir memnuniyetsizlik duymağa başlaması da mümkündür ⁽⁶³⁾.

(52) Ayrıntılı bilgi için bk. SOKULLU - AKINCI 152 vd.

(53) Ayrıntılı bilgi için bk. Ayhan ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1987, s. 210 vd.

(55) Emst van dem HAAG, Punishing Criminals, New York, 1975, s. 168. Amerikan Hukukunda buna "Exclusionary Rule" (dışarıda bırakma kuralı) denilmektedir, bk. GLANCY 114.

(55) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1977), zik. T.S.L. PERLMAN, Due Process and Admissibility of Evidence, Harvard Law Review, C. 64, 1951, s. 1305.

(56) Weeks v. U.S. 232 U.S. 383 (1914), zik. PERLMAN 1305.

(57) Van dem HAAG 169.

(58) Paul W. TAPPAN, Crime, Justice and Correction, New York, 1960, s. 288.

(59) SKOLNICK 256.

(60) BITTNER, Functions of the Police Wash. D.C., 1973, s. 65-66; SKOLNICK 54.

(61) GOLDSTEIN 163, SKOLNICK 257.

(62) SKOLNICK 223.

(63) EVANS 33.

Diğer yandan, haksız arama ile insan haklarının ihlali durumlarının büyük bir çoğunluğu, hiç ortaya dahi çıkmamakta ve cezai yaptırımlar ise caydırıcılık fonksiyonunu yerine getirememektedir.

Polisi esas ilgilendiren ve aramayı hukuka uygun yapmaya onu zorlayan, arama sonucu elde ettiği delillerin yok sayılması durumudur. Polis, arama sonucu elde ettiği delillerin hukuka aykırı arama sonucu elde ettiği delillerin hukuka aykırı arama sonucu elde edildikleri nedeni ile yok kabul edilmesinden, bunun sonucunda da suç zanlısının elini kolunu sallıyarak gitmesinden memnun olmaz⁽⁶⁴⁾. Polisin etkinliğinin göstergesi, elde ettiği delil ya dayakaladığı kişi sayısı değil, mahkum ettirdiği suçlu miktarıdır. 20. yüzyılın başlarına kadar geçerli olan, yakaladığı kişi sayısı ve elde ettiği delil miktarı şeklinde olan etkinlik belirtileri⁽⁶⁵⁾, haksız arama sonucu elde edilenlerin yok sayılması prensibile değişmiştir⁽⁶⁶⁾. Polisi hukuka uygun aramaya zorlayan⁽⁶⁷⁾, bulduğu delillerin, insan haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle kabul edilmemesidir.

Her ne kadar polisin tutucu yanı, kendi ahlaki değerlerini değiştirmesini ve toplum içinde suçlular grubu şeklinde nitelendirdiği gruba yaklaşımını gözden geçirmesini geciktirmekte ise de, modern hukuktaki gelişmeler ve mahkemelerin hukuka aykırı arama sırasında elde edilen delilleri kabul etmeme şeklindeki ısrarlı tutumu karşısında polis, ister istemez, insan haklarına daha saygılı olmağa yönelmektedir⁽⁶⁸⁾.

Polisteki etkinliğin en belirgin tesiri, kamuoyunda daha fazla ilgi gören olaylarda dikkati çeker. Böyle durumlarda polis soruşturmayı daha uzun sürdürür ve aramalarını hep hakim kararına dayandırır. Böylece suçluların, polisin haksız davranışlarından yararlanmalarına izin vermez⁽⁶⁹⁾.

Kanımızca, polisin arama faaliyetleri sırasında, hukuka aykırı davranışlardan kaçınmasını sağlamak için, polisin hatalı davranışı nedeni ile kabul edilmeyen deliller yüzünden düşen davalardan sorumlu tutulmasını sağlayacak bir sistemin, var olan sistemi tamamlayacak şekilde geliştirilmesi gerekecektir. Bu şekilde, polis alt-kültüründeki tutuculuk ve şüphecilik, hatta dayanışma özelliklerinin olumsuz etkileri, etkinlik faktöründe yapılacak değişikliklerle ortadan kaldırılacaktır⁽⁷⁰⁾.

(64) SCOLNICK 221, EVANS 22.

(65) C. P. FRIEDLANDER-E. MITCHELL, *The Police: Servants of Masters*, London, 1974, s. 122.

(66) George E. BERKLEY, *The Democratic Policeman*, Boston, 1969, s. 195; Exclusionary Rule, bk. yukarıda dn. 55.

(67) Donald J. NEWMAN, *Conviction: The Determination of Guilt or Innocence without Trial*, Boston, 1966, s. 188.

(68) BITTNER 26, BERKLEY 196.

(69) SKOLNICK 225.

(70) Ayrıntılı bilgi için bk. SOKULLU-AKINCI, özellikle 185 vd.