

MAKALELER/ARTICLES

- Araştırma Makalesi -

TEHLİKELİ SALGIN HASTALIKLARLA ANAYASAL MÜCADELEYE GİRİŞ* (THE CONSTITUTIONAL STRUGGLE AGAINST DANGEROUS EPIDEMIC DISEASES)

Tolga Şirin**

ÖZ

COVID-19 salgını sırasında kaleme alınan bu makale beş başlıktan oluşmaktadır.

Birinci başlıkta, Anayasa’da yer alan “tehlikeli salgın hastalık” çözümlenmiştir. Bu bölümde, “tehlikeli” kavramının yaygın ölüm veya ölüm tehdidi bulunan durumlara işaret ettiği; salgın kavramının “epidemi” anlamına geldiği; hastalık kavramının ise hayvan hastalıklarını kapsadığı sonucuna ulaşılmıştır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 03.04.2020 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 06.04.2020 tarihinde birinci hakem; 13.05.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

Bu çalışma, COVID-19 salgını sırasında yalıtım koşullarında yazıldığı için sınırlı sayıda kaynağa erişim sağlanabilmiştir. Elektronik ortamın dışında kalan kaynaklarda eski tarihli baskılara atıf yapılmış olabilir. Metnin hazırlık sürecindeki görüş ve katkılarından dolayı Prof. Dr. Fazıl Sağlam’a, Prof. Dr. H. Burak Gemalmaz’a, Dr. Çiğdem Dilşad Sever’e, Dr. Kaan Karcıoğlu’na, Dr. Oğuzhan Bekir Keskin’e, Dr. Ahmet Mert Duygun’a, Ar. Gör. Kübra Kazan’a, Ar. Gör. Seda Özkan’a ve Ar. Gör. Uğur Tabak’a teşekkür ederim.

** Doç. Dr., Marmara Üni. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, tolga.sirin@marmara.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-7172-5426

Bu makaleye atıf için; Şirin, Tolga, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt No.: 9, Sayı No.: 17, 2020, s. 43-146.

İkinci başlıkta, sağlık hukukunun anayasal tarihi genel hatlarıyla ortaya konmuştur. Bu bölümde Cumhuriyetin ilk yıllarındaki atılım olumlu bulunmuş fakat gerekli hukuki güncellemelerin yapılmadığı sonucuna varılmıştır.

Üçüncü başlıkta tehlikeli salgın hastalıkların karşılaştırmalı anayasa hukukundaki yeri tespit edilmiştir. Başta seyahat özgürlüğü ile serbest seçim hakkı olmak üzere Anayasa’da birçok hak ve özgürlük için genel sağlığın korunması şeklinde sınırlama nedeninin bulunmamasının bir sorun teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Dördüncü başlıkta, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun hükümleri, konuyla ilgili temel haklar yönünden incelenmiş ve boşluklar tespit edilmiştir.

Beşinci başlıkta ise Türkiye’deki OHAL rejimi anlatılmış, bu rejimde-uygulamanın aksine- kanunilik ilkesinin geçerli olduğu iddia edilmiştir. Temel savım, OHÂL’de dahi OHÂL Kanunu’nun çizdiği sınırların dışına çıkılamayacağıdır. Bu bölümde bu sav gerekçelendirilmiş, ayrıca (sokağa çıkma yasağına dahi olanak tanımayan) OHAL Kanunu’nun tehlikeli salgın hastalıklara karşı yetersizliği ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: COVID-19, Korona virüsü, tehlikeli salgın hastalık, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Olağanüstü Hal Kanunu.

ABSTRACT

This paper, written during the Covid-19 pandemic, consists of five parts.

In the first part, the concept of a “dangerous epidemic disease” enshrined in the Turkish Constitution has been analysed. It is concluded that the concept of dangerous refers to situations with widespread death or death threats, the concept of “salgın” means epidemic, and the concept of disease does not cover animal diseases.

In the second part, the constitutional history of Turkish health law was outlined in general terms. In this part, it was determined that the breakthrough in the first years of the Republic was in a positive direction; however, it was found that the necessary legal updates were not made in the years to follow.

In the third part, “dangerous epidemics” in comparative constitutional law has been reviewed. In this context, it was concluded that the

lack of the reason of “protection of general health” in some of the relevant articles (especially for the freedom of movement and the right to free election) of the Constitution poses some problems.

In the fourth part, the provisions of the General Hygiene Act (1930) are examined in terms of fundamental rights and some legal gaps in the Code are found.

In the fifth part, the state of emergency regime in Turkey was described and it was claimed that the lawfulness principle is still valid in the regime as opposed to ongoing practices. The main argument in this section is that the limits set by the State of Emergency Act (1983) cannot be exceeded even in the state of emergency. Moreover, in this section the reasons for this argument were explained in detail, and the inadequacy of the relevant Act (which does not even permit curfew) against dangerous epidemics.

Keywords: COVID-19, coronavirus, dangerous epidemic disease, General Hygiene Act (1930), State of Emergency Act (1983).

“Sakin olun, dedi doktor,
bir salgın hastalık söz konusu olduğunda
suçlu yoktur, herkes kurbandır.”

José Saramago, *Körlük*

Giriş

José Saramago, *Körlük* romanında “beyaz körlük” salgınının vurduğu bir kentin hikayesini anlatır.¹ Bu hastalıkta, çoğumuzun körlükle ilişkilendirdiği karanlık yoktur. Hastalığa kapılanların bütün dünyayı, sütle dolu bir denize düşmüşçesine bembeyaz gördüğü bir kurguda, salgından muzdarip olanlar bir akıl hastanesine alınır ve karantina altında tutulur. Bu felakete hazırlıksız yakalananların hastane içindeki sıkışmışlığı, gıda kontrolünü ele geçirmek ve kadınlara saldırmak gibi, bünyelerindeki insanlığa dair çirkin tarafları ortaya çıkarır. Roman, bütün toplumsal altyapının aniden yıkıldığı, insanların hayatta kalmak için elle-

¹ José Saramago, *Körlük*, Işık Ergüden (çev.), (İstanbul: Kırmızı Kedi Yay., 2019).

rinden geleni yapmaya çalıştığı böylesi bir kaos ortamıyla kuşatılmışken hâlâ görme yetisine sahip bir kadının önderliğindeki mücadeleyi anlatır. Saramago bu romanda bir yandan tehlikeyle karşı karşıya kalan insan ruhunun bencillik ve ilgisizlik sarmalını, diğer yandansa cesareti ve di- rayeti barındırma potansiyelini gözler önüne serer. *Körlük*, bugünkü ya- şamımızın kırılğanlığını ve bazen sürekliliğinden emin olma sanrısına kapıldığımız dünyalarımızın nasıl olup da tam tersine dönebileceğini öyküler.

Bugün neyse ki (bu çalışmanın yazıldığı anlarda şimdilik) o dü- zeyde bir kaos ve toplumsal bozulma ortamında değiliz. Ancak benzer türden örneklerle dolu geçmişimiz, geleceğimizi de aynalıyor. *Körlük*'te anlatılan türden bir salgının ve buna dayalı karmaşanın; yani iyiliğin kö- tülüğe, kötülük sandıklarımızın iyiliğe dönüşebildiği; alışlagelen denge- lerin alt üst olacağı, kitlesel ölümlerin veya çatışmaların yaşanacağı ko- şulların ortaya çıkması her zaman için olasılık dahilinde. Zira insanlık tarihi, salgın hastalıklarla dolu bir tarih. Bazıları ulaştığı yerlerdeki nüfu- sun yarısından fazlasının ölümüne neden olan, yenilmez sanılan orduları durduran, yıkılmaz denen devletleri yıkan; toplumsal ilişkileri, davranış kalıplarını, sosyal ve ekonomik alt yapıyı köklü şekilde değiştirebilen salgınlar karşısında insanlık pek çok defa çaresiz kalmıştır.² Gerçi Ay- dınlanma'nın getirdiği bilimsel atılım sayesinde, doğanın sabitliklerin- den kaynaklanan veya geleneksel olarak aşına olduğumuz dışsal risklere karşı daha hazırlıklı durumdayız.³ Gelgelelim salgın hastalıkların neden olduğu istisnaî durumlardan ve bu durumların yol açtığı yıkıcılıktan ta- mamen uzak değiliz. Öyle ki, geçtiğimiz asırda salgınların, savaşlardan

² Andrew Nikiforuk, Mahşerin Dördüncü Atlısı: Salgın ve Bulaşıcı Hastalıklar Tarihi, Selahattin Erkanlı (çev.), 7. Baskı, (İstanbul: İletişim Yay., 2018).

³ Anthony Giddens, beklenmedik anda ortaya çıksa da aşağı yukarı öngörülebilir olan ve sigorta edilebilecek denli düzenli ve sık meydana gelen, geleneksel nitelikteki “dışsal riskler” ile sanayi modernliğinden sonraki dönemde ortaya çıkan “imal edilmiş riskler”i birbirinden ayırır. Yazara göre insanlığın bilim ve teknolojik ilerlemeler eliyle oluşturduğu riskleri imleyen, modernliğin ve küreselleşmenin etkisiyle çok da- ha yüksek maliyete neden olan “imal edilmiş riskler”, (örn. nükleer santral patlamala- rı ile bunlardan kaynaklanan kanser vakaları vb.) kapsamlı şekilde analiz edilmesi ve öngörülmesi güç olduğu için çok daha zor başa çıkılabilir nitelik taşımaktadır. Bu konuda bkz. Anthony Giddens, Elimizden Kaçıp Giden Dünya, (İstanbul: Alfa Yay., 2000). Ayrıca bkz. Ulrich Beck, Risk Toplumu: Başka Bir Modernliğe Doğru, Bülent Doğan (çev.), (İstanbul: İthaki Yay., 2014).

bile ölümcül olabildiği gerçeğiyle yüzleştik. Örneğin Birinci Dünya Savaşı'ndan sonraki yıllarda 500 milyon insana bulaşan “İspanyol gribi”, dünya genelinde 50 ila 100 milyon arasında insanın ölümüne yol açmıştı ki bu sayı Dünya Savaşı'nda ölen insan sayısından kat be kat fazlaydı.⁴ Türkiye’de de Balkan Harbi sırasındaki salgın, sonrasında Cumhuriyet’in ilk yıllarındaki seferberlik, zamanın ruhunu yansıtan ve belki de toplumun kolektif hafızasında gömülü olan aynı döneme özgü örneklerden.⁵

20’nci yüzyılın başındaki bu salgınlardan sonrakilerin hiçbiri bu denli sert sonuçlar doğurmasa da tehlikeli salgın hastalıklar, 21’inci yüzyılda da varlığını koruyor. Örneğin artık kontrol altına alınmış gibi görünse de dünya çapında 30 milyondan fazla kişiyi öldürdüğü tahmin edilen AIDS hastalığı hâlâ bulaşıcıdır.⁶ SARS ve Ebola gibi yeni nesil virüslerin yanı sıra 2009’da yayılan domuz gribi virüsünün dünya çapında yaklaşık 600 bin kişinin ölümüne neden olduğu açıklandı.⁷ Bu çalışmanın kaleme alındığı Mart 2020 itibarıyla dünya COVID-19 salgınıyla boğuşuyor. Dünya Sağlık Örgütü’nün “epidemi” tanımının ötesine geçip “pandemi” kategorisinde tanımladığı COVID-19 salgını⁸, kimilerince önümüzdeki yüzyılın “kaderini” etkileyecek denli önem taşıyor. Öyle ki, daha şimdiden bu salgının, otoriter figürlere, virüsle mücadele kisvesi altında, “istisna hâli”ni sürekli kılmaya ve bu yolla baskıcı ve faşist rejimler kurmaya kapı araladığını iddia edenler var.⁹ Keza, bu salgının

⁴ Ashok Swain, *Understanding Emerging Security Challenges: Threats and Opportunities*, (New York: Routledge, 2013), s. 100.

⁵ İsmail Yaşayanlar, Burcu Kurt (ed.), *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Salgın Hastalıklar ve Kamu Sağlığı*, (İstanbul: Tarih Vakfı Yay., 2017), s. 170 vd.

⁶ Amy S. Patterson, “AIDS/HIV”, *Encyclopedia of Human Rights*, Vol. 1, David P Forsythe (ed.), (Oxford & New York: Oxford University Press, 2009), s. 26.

⁷ Bu verileri için bkz. Fatimah S Dawood et. al., “Estimated global mortality associated with the first 12 months of 2009 pandemic influenza A H1N1 virus circulation: a modelling study”, *Lancet Infect Disease*, Vol. 12(9), 2012, s. 687-695.

⁸ COVID 19, farklı korona virüslerinden biridir. Bu virüslerden 12 tanesi insanlara bulaşmaz. İnsana bulaşan korona virüsü sayısı sadece 7’dir: HCoV-229E, HCoV-OC43, SARS, Haven, HKU1, MERS ve COVID-19.

⁹ Bu sav, olağanüstü hâl (OHÂL) konusundaki çalışmalarıyla bilinen Giorgio Agamben’e aittir. Girogio Agamben, “Lo stato d’eccezione provocato da un’emergenza immotivata”, *Il Manifesto*, 26.02.2020. Girogio Agamben, “The state of exception provoked by an unmotivated emergency”, *Position Politics*, 26.02.2020. <https://tinyurl.com/w2pqt17> Agamben’in OHÂL konusundaki klasikleşmiş eseri için

ekonomide köklü kopmalara yol açabileceğini, sınıfsal dönüşümlere kapı araladığını imâ edenler de mevcut.¹⁰ Farklı yaklaşımlar yönünden farklı sonuçlar doğurmaya gebe bu fenomenin genel olarak hukuka, özel olarak da anayasa hukukuna değen yönleri bulunuyor. 2020'nin ilk aylarında birçok Avrupa ülkesinde COVID-19 salgını gerekçesiyle olağanüstü hâl ilan edildi ve bu gelişme, anayasa hukuku literatüründe belli bir hareketliliğe neden oldu. Karantina altındakilerin oy hakkı, seçimlerin ertelenmesi, karantinanın milletvekili dokunulmazlığına etkisi gibi daha önce tartışılmamış konular ele alınmaya başlandı.¹¹

Bu çalışmada Anayasa'da yer bulmakla birlikte öğretide ayrıntılı şekilde ele alınmayan "tehlikeli salgın hastalık" kavramını anayasal perspektiften Türkiye özelinde, çözümlemeyi planlıyorum. İlk bölümde kavrama dair açıklamalarla bulanıklığı gidermeyi, devam eden bölümde ise kavramın mevzuattaki ve içtihatındaki anlamını, yeri geldiğinde karşılaştırmalı kaynakları da kullanarak ortaya koymayı planlıyorum. Bu yolla uygulamada karşılaşılabilecek olası sorunları tespit edip çözüm önerileri getirmeyi umuyorum.

Çalışma, esasen söz konusu kavramı analiz etme ve mevzuattaki boşlukları tespit ederek bazı öneriler getirme amacıyla kaleme alınmıştır.

bkz. Giorgio Agamben, İstisna Hâli, Kemal Atakay (çev.), (İstanbul: Ayrıntı Yay., 2018). Ayrıca Yuval Harari'nin röportajı için bkz. <https://edition.cnn.com/videos/tv/2020/03/15/yuval-noah-harari-amanpour-cnn-coronavirus.cnn>

¹⁰ Daniel Tanuro, "Eight Theses on Covid-19", International Viewpoint, 25.03.2020. Slavoj Žižek, Pandemic! Covid-19 Shakes the World, (NY: OR Books, 2020).

¹¹ Almanya'da COVID-19 virüsü bulaştığı tespit edilen bir milletvekilinin karantina altına alınması için dokunulmazlığının kaldırılmasının gerekli olup olmadığı tartışması hakkında bkz. Matthias Friehe, "Was heißt hier immun? Quarantäne, Bundestagsabgeordnete und die Funktionsfähigkeit des Parlaments", Verfassungsblog, 11.03.2020. <https://tinyurl.com/vxpgwh5> Yine Almanya'da seçimlerin Federal Hastalıktan Korunma Yasası uyarınca ertelenmesinin mümkünlüğüyle veya karantina altındakilerin oy hakkının durumuyla ilgili olarak bkz. Josef Franz Lindner, "Wahlen in Zeiten von Corona Zur „Infektionsschutzfestigkeit“ des Wahlrechts", Verfassungsblog, 13.05.2020. <https://tinyurl.com/vewwmz9> İtalya'da Anayasa'nın olağanüstü hâl rejimini düzenlememiş olması karşısında Anayasa'nın fiilen askıya alınması sorunu hakkında bkz. Arianna Vedaschi, Chiara Graziani, "Coronavirus Emergency and Public Law Issues: An Update on the Italian Situation", Verfassungsblog, 12.03.2020. <https://tinyurl.com/qrkskfm> Ayrıca genel olarak bkz. Arianna Vedaschi, Chiara Graziani, "Coronavirus, Health Emergencies and Public Law Issues", Verfassungsblog, 06.03.2020. <https://tinyurl.com/urpmc64>

Bir yanıyla bu çalışma, konuyla ilgili temel mevzuatı oluşturan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile Olağanüstü Hal Kanunu'na bu perspektiften bir giriş olarak da görülebilir.

I. Kavramsal Açıklama

Öncelikle, makalenin konusunu oluşturan “tehlikeli salgın hastalık” kavramının üzerindeki örtüyü kaldıralım. Bunu yapmak, söz konusu kavramların Anayasa’da açıkça veya dolaylı olarak bulunduğu yerleri tespit etmeyi gerektiriyor.

Hastalık kavramı, 1982 Anayasası’nın 19, 104, 106 ve 119’uncu maddelerinde yer alır. Cumhurbaşkanı’nın af yetkisini düzenleyen 104’üncü maddenin 16’ncı fıkrasında “sürekli hastalık”, kişilerin cezalarının hafifletilmesi ve kaldırılmasının koşullarından biri olarak sayılmışken; 106’ncı maddenin 3’üncü fıkrası, Cumhurbaşkanı yardımcısının, Cumhurbaşkanı’nın hastalık sebebiyle görevinden ayrılması hâlindeki vekâlet yetkisini öngörmektedir. Bu iki durumun dışında hastalığın temel hak ve özgürlüklerle ilişkili olduğu hükümler 19 ve 119’uncu maddelerdedir.

“Kişi hürriyeti ve güvenliği” hakkını düzenleyen 19’uncu maddede “toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası” veya “hastalık yayabilecek” kişilerin, “bir müessesede tedavisi” amacıyla özgürlüklerinden yoksun bırakılabileceği ifade edilmiş; başka bir deyişle bu koşullar, özgürlükten yoksun bırakmanın meşru nedenleri olarak sayılmıştır. Akıl hastalarının durumu yönünden Anayasa, temel hak sınırlamasını “tehlikeli” olma kaydına bağlamıştır. Buna göre tehlike teşkil etmeyen bir akıl hastası, özgürlüğünden yoksun bırakılamayacaktır. Fakat bir akıl hastalığı, tehlike teşkil etse bile bulaşmaz, salgın oluşturmaz, yani “tehlikeli salgın hastalık” hâline yapısı gereği gelemes.¹² Buna karşılık, Anayasa’nın yine 19’uncu maddesinde yer alan “hastalık yayabilecek kişiler”in bir kurumda tedavi edilmesi amacıyla tutulması koşulundaki hastalık kategorisi farklıdır. Madde 19’un dili ve saydığı meşru nedenler, bu hükmün ilham

¹² Psikiyatristlerin bir süre sonra hastalarına benzemeye başladıkları inancı oldukça yaygın olsa da bu doğru değildir. Akıl hastalıkları bulaşmaz. John E. Coope, Norman Sartorius, A Companion to the Classification of Mental Disorders, (Oxford: Oxford University Press, 2013), s. 32.

kaynağının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 5'inci maddesi olduğunu göstermektedir.

Sözleşme'de "hastalık" değil "bulaşıcı hastalıklar" (*infectious diseases, maladie contagieuse*) ifadesine yer verilmiştir. Zaten ancak "yayılabilecek" bir hastalığın "bulaşıcı" olabileceği dikkate alındığında mehzaz metinde yer alan "bulaşıcı" ifadesine Anayasa'da yer verilmemiş olması esaslı bir sorun veya başkalaşma yaratmaz. Buradaki hastalık ifadesi, tıpkı Sözleşme'de olduğu gibi "bulaşıcı hastalık" anlamına gelir. İnsan Hakları Mahkemesi bulaşıcı hastalık kavramını ele aldığı ilke kararında, her türlü bulaşıcı hastalığın, devletlere otomatikman özgürlükten yoksun bırakma yetkisi vermediğini ifade etmiş ve kümülatif nitelikte iki koşul getirmiştir. Mahkeme'nin bu belirlemeyi yaptığı karar paragrafı aynen şu şekildedir:

"(...) Mahkemeye göre, 'bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için' bir kimsenin tutulması'nın 'hukukiliğini' değerlendirirken kullanılacak temel ölçütler, bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı veya güvenliği için tehlikeli olup olmadığı ve daha hafif tedbirler, kamu yararının korunması bakımından yetersiz görüldüğü için bulaşıcı hastalık taşıyan kişinin tutulmasının, hastalığın yayılmasının önlenmesi için son çare olup olmadığıdır. Bu ölçütler karşılanmadığı anda, özgürlükten yoksun bırakma sona erer."¹³

Bu belirlemede de görüldüğü gibi, bir kişinin hasta olduğu gerekçesiyle tutulabilmesi için; (1) hastalığın kamu sağlığı/güvenliği için "tehlike" oluşturması ve (2) enfekte kişinin tutulmasının, daha düşük tedbirler yetersiz kaldığından ötürü hastalığın yayılmasını önlemek bakımından "son çare" olması gerekir. Bu iki kriter "Enhorn kriterleri" olarak bilinir. Anayasa Mahkemesinin, Anayasa ile Sözleşme arasındaki "ortak koruma alanı"nda yer alan hak ve özgürlükleri yorumlarken büyük ölçüde İnsan Hakları Mahkemesinin yorum biçimini takip ettiği dikkate alındığında bu hükmün, anılan koşullara atıfla kavranması sürpriz olmayacaktır. Dolayısıyla söz konusu koşulların ilkinde yer alan "tehlike" ölçütü, salgın hastalığa içkindir, yani Anayasa'nın 19'uncu maddesinde lafzen olmasa da maddi yönden "tehlikeli salgın hastalık" ifadesi bulunmaktadır, diyebiliriz. Bunun mefhum-u muhalifinden (*argumentum a*

¹³ Enhorn v. İsveç, ECtHR, 56529/00, 25.01.2005, § 44.

contrario) anlaşılması gereken şey, “tehlakesiz” salgın hastalıkların bu kapsamda olmadığıdır.

Tehlikeli salgın hastalık kavramı, Anayasa’nın 19’uncu maddesinin yanı sıra bir de 119’uncu maddesinde yer alır. 2017 yılındaki Anayasa değişikliğinden sonra başlıksız kalan, fakat ilk metinde “Tabii afet ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilanı” kenar başlığını taşıyan bu hükümde kavram, aynen şu formülasyonun içinde yer almaktadır:¹⁴

“Cumhurbaşkanı (...) tehlikeli salgın hastalık (...) ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.”

Bu hüküm uyarınca tehlikeli salgın hastalık, kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmasına neden olabileceği gibi, istisnai bir hukuk düzeninin, yani OHÂL ilanının da nedeni olabilmektedir. Bu iki durum arasındaki fark; birincisinin kişiye özgü ve subjektif haklarla ilgili bir tedbirken, ikincisinin düzene dönük ve nesnel hukukla ilgili olmasıdır.

A. “Tehlikeli”: Tehlikesiz Hastalık Var mı?

Anayasa’da tehlikeli salgın hastalık kavramı kullanıyor. İlk bakışta, bu kalıptaki “tehlikeli” deyiminin gereksiz sözcük kullanımı olduğu, dolayısıyla anlatım bozukluğu yarattığı düşünülebilir. Çünkü prensip itibarıyla her hastalık belli bir risk barındırır ve bu nedenle tehlikelidir. Fakat bir hastalığın tehlike düzeyi zamana, mekâna, kişiye, bağlama ve bilimsel gelişmelere göre değişebilir. Başka bir deyişle, her hastalık tehlike içerse de hastalıkların risk düzeylerinde farklılıklar bulunur. Örneğin Dünya Sağlık Örgütü’nün (DSÖ), COVID-19 için küresel risk seviyesini “yüksek”ten “çok yüksek”e çıkarmasında görüldüğü gibi, bu risk düzeylerini belli periyotlarla ilan etmektedir.¹⁵ Her ne kadar DSÖ’nün tasarrufları, iç hukuk yönünden mutlak bağlayıcılık taşımasa da önemli bir

¹⁴ 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği, çok sayıda sorunun yanı sıra madde sıralaması ile madde kenar başlıklarındaki düzeni de bozmuştur. Fakat değişiklikten önceki metindeki kenar başlığı da sorunsuz değildi. Zira başlık, tehlikeli salgın hastalık nedenli OHÂL ilanına yer vermediği için eksikti.

¹⁵ Bkz. “Coronavirus COVID-19 risk increased to ‘very high’ but containment still possible”, UN News, <https://news.un.org/en/story/2020/02/1058331>

referans kaynağıdır.¹⁶ Bu bakımdan maddede geçen tehlikeli kavramının, belli bir eşğin üzerindeki risk faktörlerini içeren hastalıkları imlediğini söyleyebiliriz. Keza bağlamdan, tehlike kavramının, kişinin kendisi için değil toplum için tehlikeli olmasını anlattığını da anlıyoruz.

Bu sonuçlar, tarihsel yorum bağlamında maddenin müzakereleri sırasındaki söylemlerle de doğrulanmaktadır. Danışma Meclisi tutanakları tarandığında “tehlikeli” kavramının neden Anayasa’ya konduğuna bir yanıt vardır. Özellikle Danışma Meclisi üyesi Mahmut Akkılıç’un şu sözleri özellikle kayda değerdir:

“(...) biz buraya özellikle bir deyim getirdik; “Tehlikeli salgın hastalıklar.” dedik. Birçok salgın hastalık vardır; ama bunların hepsi o derecede tehlikeli değildir. Fakat, o tehlikeli insan ve hayvan hastalıkları Türkiye’ye çok büyük ekonomik zararlar verebilir. Geçende bir nebze bahsetmişim; sığır vebası eğer Türkiye’ye girerse, Türkiye’nin bir yıllık bütçesini alıp götürcek kadar büyük öneme sahiptir. Aynı şekilde şap hastalığı ve at vebası da buna benzer tehlikeli hastalıklardır; ama bunların yanında, yine salgın olduğu halde bu kadar tehlikeli olmayan hastalıklar vardır. Örneğin; şarbon, insanlara da geçer, (bilirsiniz “Şirpençe” denen hastalık) çiçek, malta humması ve buna benzer hastalıklar var ki, bunlar, onlar kadar tehlikeli değildir; fakat salgındır. O nedenle “tehlikeli” deyimini özellikle buraya koyduk ki; bu gibi hallerde memleketin bir tarafında çıkan hastalığın kısa zamanda öbür sınırına kadar yayılmasını önlemek için yeterli, gerekli tedbirler alınsın diye.”¹⁷

Hâl böyleyken tehlikeli kavramının dinamik olduğu; somut koşullar uyarınca olağandışı sorunlar yaratmayan salgınları kapsamadığı söylenebilir.

¹⁶ DSÖ’nün sınırlılıklarına rağmen, kökleri uluslararası hukukta bulunan ve insan haklarının gelişimi adına küresel, bölgesel ve yerel düzeyde normatif ve operasyonel yönden önemli işlevler taşıyan kurumsal mekanizmalara sahip olduğunu ileri süren ve bunlarla ilgili olarak sağlık hakkının gelişmesine yönelik somut öneriler getiren bir çalışma için bkz. William Onzivu, “(Re)Invigorating the World Health Organization’s Governance of Health Rights: Repositing an Evolving Legal Mandate, Challenges and Prospects”, *African Journal of Legal Studies*, Vol. 4(3), 2002, ss. 225-256.

¹⁷ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 03.09.1982, s. 507.

B. “Salgın”: Endemi, Epidemi ve Pandemi Farkı?

Salgın kavramı, TDK Güncel Türkçe Sözlük’te “kısa zamanda çevredeki insan, hayvan veya bitkilerin büyük bir bölümüne bulaşan, müstevli” ve “bir hastalığın veya başka bir durumun yaygınlaşması ve birçok kimseye birden bulaşması” olarak tanımlanmış bulunmaktadır.¹⁸ Bu genel tanıma rağmen salgın bir terim olarak tıp dilinde alt başlıklar barındırıyor: endemi, epidemi ve pandemi.

Bu sözcüklerin üçü de Eski Yunancadan gelmektedir. “En”, “içinde”, “Epi”, “üstü, üzerinde”, “Pan” ise “tüm” anlamına gelmektedir. Her üç sözcükte de yer alan “demi” ise halk anlamına gelen “demos”tan türemiştir. Buna göre halk arasında var olagelen hastalıklar için endemi sözcüğü kullanılmaktadır. Bu etimolojik kökene koşut olarak tıp biliminde endemi, belirli bir yerde, sürekli olarak, az veya çok bulunan hastalıkları anlatmaktadır. Birçok ülkede ilkokul öğrencileri arasında görülen suçiçeği hastalığı endemiye örnek gösterilebilir. Buna karşılık epidemi bir topluluk veya bölgedeki birçok insanı aynı anda ve aniden etkileyen ciddi hastalık salgınlarını ifade etmektedir. Örneğin AIDS hastalığı bazı Afrika ülkelerinde epidemi olarak ifade edilebilir. Pandemi ise dünya çapındaki veya geniş bir alanda ortaya çıkan, uluslararası sınırları geçen ve çok büyük bir kitleyi etkileyen (kimilerine göre eşzamanlılık ögesi içeren) endemileri anlatmaktadır.¹⁹ Buna “tümsalgın” da denir.²⁰

¹⁸ Bulaşıcılık, bir hastalığın niteliğini ifade eder. Salgın ise bulaşıcı hastalığın niceliksel yaygınlığını anlatır.

¹⁹ John M. Last, *A Dictionary of Epidemiology*, (New York: Oxford University Press; 2001). Bu tanımın yenilenmesini gerektiğini düşünen Kelly’e göre: “Klasik tanım, nüfus bağışıklığı, viroloji veya hastalık şiddeti hakkında hiçbir şey içermez. Bu tanımla, mevsimsel salgınların uluslararası sınırları aştığı ve çok sayıda insanı etkilediği göz önüne alındığında, pandemiklerin her yıl ılıman güney ve kuzey yarımkürelerin her birinde meydana geldiği söylenebilir. Bununla birlikte, mevsimsel salgınlar pandemi olarak kabul edilmez. Gerçek bir influenza pandemisi dünya çapında neredeyse aynı anda bulaştığında meydana gelir. Pandemi influenza A(H1N1) durumunda, Nisan ve Eylül 2009 arasında her iki yarımkürede de yaygın bulaşma belgelenmiştir. Bulaşma, ılıman güney yarımkürede influenza mevsiminde erken, ancak kuzey yarımkürede mevsim dışı olarak gerçekleşmiştir. Bu mevsim dışı bulaşma, başka bir virüs türü nedeniyle bir pandemiden farklı olarak influenza pandemisini karakterize eden şeydir.” Helaly Kelly, “The Classical Definition of A Pandemic is Not Elusive”, *Bulletin of the World Health Organization*, S. 89, 2011, s. 540-541.

²⁰ Bkz. İsmet Dökmeci/A. Handan Dökmeci, *Büyük Tıp Sözlüğü*, (İstanbul: Nobel Yay., 2014).

Bu ayırım uyarınca Anayasa'nın 119'uncu maddesinin hangi salgın türünü imlediği sorusu sorulabilir. Bu soruya ilişkin dikkat çekici ilk veri, Anayasa'nın İngilizce çevirisiyle ilgilidir. Adalet Bakanlığının resmî internet sayfasındaki İngilizce metinde “salgın” kavramı “*pandemic*” olarak çevrilmiştir.²¹ Karşılaştırmalı anayasa hukukunda herhangi bir anayasanın İngilizce çevirisinde yer verilmeyen bu kavramın bilinçli bir tercihin ürünü olduğu kuşkuludur. İşin ilginci, maddenin Danışma Meclisi'ndeki görüşmelerinde de aynı terime gönderme yapılmıştır. Mehmet Akdemir, maddeyi şu sözlerle savunmuştur:

“[Ö]zellikle *pandemik* hastalıklarda, yani dünyaya yayılabilecek cinsten, yayılacak ve tehlikeli olan hastalıklarda bölgesel olarak olağanüstü hal ilanında büyük yararlar vardır; ekonomik bakımdan yararlar vardır, insanlık için yararlar vardır, hatta ülkemizin, yabancı devletlere karşı prestij ve dışa açılması yönünden yarar vardır.”²²

Gerçi Akdemir'in “özellikle” *pandemik* hastalıklara gönderme yapmış olması kavramın sadece pandemik hastalıklarla sınırlı olmadığını göstergesidir. Öte yandan Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) yine resmî internet sitesindeki İngilizce Anayasa çevirisinde “*epidemic*” kavramına yer verildiği görülür.²³ Dahası, birazdan ifade edileceği üzere Anayasa'da OHÂL ilanının kısmen veya tamamen ilan edilebileceğinin söylenmesi; sınırlı bir bölgedeki salgınlar için de OHÂL ilan edilebilmesinin, başka bir deyişle bir hastalığın *pandemi* düzeyine ulaşmadan da tehlikeli salgın hastalık kavramına karşılık gelebileceğinin kabul edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla *epidemi* düzeyindeki salgın hastalıklar için de OHÂL ilan edilebileceğini, hastaların gerekli koşullar varsa özgürlüklerinden yoksun bırakılabileceğini söyleyebiliriz. Endemi düzeyindeki hastalıklar için ise OHÂL ilan edilemez.

C. “Hastalık”: İnsan Hastalığı ve Hayvan Hastalığı Farkı

Anayasa, tehlikeli salgın hastalık kavramına yer vermekle bir noktayı açık bırakmıştır. Salgın hastalıklara sadece insanlar tutulmaz, hayvanlar da salgın hastalığa kapılabilir. Üstelik hayvanlar arasındaki çoğu salgın hastalık insana (*vice versa*) bulaşmaz. Bu noktada şu soru anlam

²¹ <https://tinyurl.com/udqt6ou>

²² Vurgu orijinal metinde yoktur. Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 03.09.1982, s. 508.

²³ Bkz. <https://tinyurl.com/re99fw>

kazanır: Acaba Anayasa'nın öngördüğü “tehlikeli salgın hastalık” ifadesi hem insanlar hem de hayvanlar arasındaki bütün salgın hastalık biçimlerini kapsamakta mıdır? Bu soru, karşılaştırmalı anayasa hukuku verileri ışığında daha da özgün bir anlam kazanmaktadır. Şöyle ki Almanya (md. 74/1/19) ve İsviçre (md. 118/2/b) anayasaları gibi örneklerde “hayvan hastalıkları” özel olarak belirtilmiştir. Böylesi bir sayma karşısında hayvanlara gönderme yapmayan 1982 Anayasası acaba hayvan hastalıklarını dışlamış mıdır?

Anayasa'nın 19'uncu maddesindeki özgürlük ve güvenlik hakkı insanlara özgülendiği için bu bağlamdaki ifadenin, insanların hastalıklarını kapsadığı açıktır.²⁴ Buna karşılık, OHÂL ilanını gerektiren tehlikeli salgın hastalık koşulu için böylesi bir açıklık yoktur. Anayasa'nın lafzı uyarınca her iki durumun da OHÂL ilanına kapı araladığı düşünülebilir. Gelgelelim tarihsel yorum buna izin vermemektedir.

Danışma Meclisinin bu konudaki tutanakları tarandığında söz konusu sorunun tartışıldığı görülür. Öyle ki, bu belirsizliğin giderilmesi gerektiğini düşünen Mahmut Akkılıç ve Mehmet Akdemir “tehlikeli insan ve hayvan salgın hastalıkları” ifadesini içeren bir madde değişikliği önergesi sunmuştur. Bu önergeye dönük Anayasa Komisyonu başkanı ve anayasa hukuku profesörü Orhan Aldıkaçtı'nın açıklaması aynen şöyledir:

“Sayın Akkılıç'la Mehmet Akdemir arkadaşlarımızın önermelerini büyük bir dikkatle okuduk. Bu önergede bizimkinden farklı olarak “Tehlikeli insan ve hayvan salgın hastalıkları” kavramları getirilmektedir.

Kendileriyle tamamen hemfikiriz. Tehlikeli insan ve hayvan salgın hastalıkları olduğu zaman, olağanüstü hal ilan edilmesi gerekir o bölgede. Fakat biz bu kavramları “Tabiî afet” kavramı içerisinde mütalaa ettik arkadaşlarımızla beraber. Eğer, Yüksek Kurul bu görüşte değilse, tabiî maddeye “Tehlikeli insan ve hayvan salgın hastalıkları” kavramlarını ilave edebiliriz; fakat tekrar ediyorum; biz konuyu tartıştık ve tabiî âfet

²⁴ Hayvanların hak öznesi olması olasılığına ilişkin bkz. Serkan Köybaşı, “Yeni Bir Anayasal Hak Öznesi Olarak Hayvan – I”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6, S. 13, 2018, ss. 103-156; Serkan Köybaşı, “Yeni Bir Anayasal Hak Öznesi Olarak Hayvan – II”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 17, S. 14, 2018, ss. 355-420. Doğanın hak öznesi olması olasılığına ilişkin bkz. Tolga Şirin, “Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına: Bolıvyaya ve Ekvador Anayasaları”, *Doğa ve Kent Hakları İçin Siyasal Stratejiler*, Fevzi Özlüer ve Aykut Çoban (ed.), (Ankara: Ekoloji Kolektifi Yay., 2016), s. 43-57.

halinin ve hatta bu hastalıkların doğuracağı ekonomik bunalımları da dikkate alarak “Tabii âfet ve ekonomik bunalımlar hallerinde” kavramlarının olağanüstü hal ilan etmeye yeterli olduğu sonucuna vardık, bu sözlerimiz tutanaklara da geçti; fakat arkadaşlarımız eğer istiyorlarsa oylansın, maddeye ilave edebiliriz. Önergeye tamamen katılıyoruz efendim.”²⁵

Aldıkaçtı'nın bu açıklamasına ikna olmuş görünen Danışma Meclisi üye çoğunluğu, salgın hastalık kavramı için insan ve hayvan şeklinde bir niteleme koymaya gerek duymamıştır. Bu açıklamadan, söz konusu kavramın sadece insan hastalıkları için geçerli olduğunu; fakat tehlikeli hayvan salgın hastalıklarının -somut olayın koşullarına göre- tabii afet ve/veya ağır ekonomik bunalım başlığı altında kavranacağını anlıyoruz. Gerçi tarihsel yorum yöntemi tamamlayıcı bir yorum yöntemidir, dolayısıyla bu yorum öğretiyi ve uygulamacıları mutlak şekilde bağlamaz. Fakat Anayasa'nın sistematığının insan merkezli (antroposentrik) bir dille kaleme alındığı, bu bağlamda hayvanların doğanın bir uzantısı olarak kavrandığı dikkate alındığında söz konusu yorumda bir sorun görünmemektedir. Öte yandan, bu yaklaşımın hayvanları birer meta, yani ekonomik bir değer olarak kavradığı dikkate alındığında da, hayvan hastalıklarından kaynaklanan tehlikeli salgınların ağır ekonomik bunalım yaratma olasılığı tamamen göz ardı edilemez.²⁶

II. Türkiye'nin Anayasa Tarihinde Tehlikeli Salgın Hastalık

Salgın hastalıklarla mücadele ve devlet kavramlarının sistemli olarak buluşması sanayi devrimi sonrasında denk düşer. Sanayi devriminden sonraki dönem iş gücü ihtiyacını sınırsız hâle getirdiğinden, özellikle emekçilerin çalışamaz hâle gelmesi ve kitlesel sağlıksızlık, bu kesimin üretim kapasitesine ihtiyaç duymaya başlayan modern devlet için sorun oluşturmuştur. Kişisel hijyen ve kamu sağlığı sorunu, nüfusun kentlerde

²⁵ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 03.09.1982, s. 508.

²⁶ Türkiye'de hayvancılık, 1982 Anayasası'nın yazıldığı zamanlara nazaran ulusal ekonominin belirleyicisi olmaktan daha da uzaklaşmıştır. Dolayısıyla mevcut koşullarda, hayvanlar arasındaki tehlikeli salgın hastalıkların ülke genelinde “ağır” ekonomik bunalım yaratma olasılığı epey düşüktür. Fakat salgının ülkenin genelinde ve ekonominin bütününde değil, belli bir bölgede ve/veya özel olarak hayvancılık sektöründe ağır ekonomik bunalım yaratması durumunda bu sektöre özgü tedbirler almak üzere olağanüstü hâl ilan edilmesi mümkün olabilir.

yoğunlaşmasıyla birlikte görünür olmakla kalmamış, askeri alanda da karşılık bulmuştur. Bu dönemde bilimde yaşanan atılımlar, savaşların daha uzun sürelere yayılmasına ve sistemli olmasına kapı araladığı için uzun süreler bir arada duran askerlerin hastalıklardan özel olarak korunmasını gerektirmiştir. Tarihin bu modern dönemecinde tıp da modernleşmiş; modern tıp, bireylerin değil toplumun sağlığının korunması için kullanılmaya başlanmıştır.

Osmanlı Devleti'nde geleneksel olarak vakıflar ile darüşşifalar ve bimarhaneler aracılığıyla yürütülen sağlık hizmetleri, 19'uncu yüzyıldaki modernleşme girişimleriyle birlikte yerini daha kurumsal yapılara bırakmıştır. Bu dönemde kurumlar gibi hukuk da modernleştiği için özellikle salgınlara karşı belli başlı düzenlemelere yer verilmeye başlanmıştır.²⁷ Örneğin 1831'deki kolera salgını sırasında ilk karantina uygulamasına girişildiği ve 1840'ta da bu konudaki ilk nizamnamenin düzenlendiği bilinir. Gelgelelim 1876 tarihli Osmanlı Anayasası'nda (Kanuniesasi) sağlık hizmetlerine ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Bu konu, daha beş yıl önce İstanbul'da 15 bin, Mekke'de 30 bin hacı koleradan ölmüş olmasına rağmen düzenlenmemiştir. Bu anayasal boşluk sürerken -çok değil, anayasanın ilanından hemen bir yıl sonra- Osmanlı-Rus harbi sırasında da 40 bin asker tifüs salgınından ölmüş; ancak anayasada herhangi bir düzenleme yine yapılmamıştır. Bu, o dönemki anayasalarda böylesi bir düzenlemenin bulunmamasından dolayı sürpriz değildir. Buna karşın 1877'de Kızılay (Osmanlı Hilal-i Ahmer Cemiyeti) kurulmuş, salgınla mücadele için belediyelere yetkiler tanınmıştır.²⁸

1908 Devrimi'nden sonra devrimin öncü gücü İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin programında halkın sağlık seviyesinin yükseltileceği ve toplumu etkileyen salgın ve bulaşıcı hastalıkları yok etmek için çaba sarf edileceği yazıyorsa da bu yaklaşım, 1909 ve sonrasındaki anayasa deği-

²⁷ Bu süreçteki gelişmeler için bkz. İsmail Yaşayanlar, "Osmanlı Devleti'nde Kamu Sağlığının Kurumsallaşmasında Koleranın Etkisi", Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Salgın Hastalıklar ve Kamu Sağlığı, Burcu Kurt ve İsmail Yaşayanlar (ed.), (İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yay., 2017), s. 2-13. Daha geriden başlayan bir özet için bkz. TÜBA Çevre Komitesi, Türkiye'nin Sağlık Tarihi Bağlamı İçinde 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve Cumhuriyetin Sağlık Sorununa Yaklaşımı, (Ankara: TÜBA Yay., 2010), ss. 15-30.

²⁸ Bu döneme ilişkin bilgiler için bkz. TÜBA Çevre Komitesi, s. 24-45.

şikliklerine konu edilmemiştir.²⁹ Anayasa’da böyle bir hüküm yoktur ama bu, devletin sağlık hizmetlerini tamamen göz ardı ettiği anlamına gelmez. Özellikle Tanzimat’la birlikte, kitleleri kısa sürede yok edebilecek salgın hastalıklara karşı sadece karantina tedbirinin uygulanmasının yetmeyeceği, sağlık, hijyen ve temizlik konusunda bazı tedbirlerin alınması gerektiği kabul görmüştür.³⁰ Tanzimat döneminde yeni tıp okullarının açılması, halk eğitiminin yaygınlaşması, uzmanlaşma ile denetime dönüşük mevzuatın çıkarılması ve bunların uygulamaya geçirilmesiyle birlikte sağlık alanında ilk kurumlaşmalar gerçekleşmiştir.³¹

Bu dönemde Mekteb-i Tıbbiye-i Mülkiye-i Şahane’nin açılıp ilk mezunlarını vermesinden sonra, 1871 yılında çıkarılan İdare-i Umumiye-i Tıbbiye Nizamnamesi’nde (Tıp Fakültesinin Genel Yönetimi Tüzüğü) “memleket tabibi” olarak atanacak hekimlerin yalnızca tedavi edici hizmetlerle ilgilenmemeleri değil, *inter alia*, başta salgın ve bulaşıcı hastalıklarla mücadele olmak üzere kamu sağlığı hizmetlerinde de görev alacakları öngörülmüştür.³² Bu kapsamda salgın hastalığın niteliğini belirlemek ve tıbbi kurallar doğrultusunda gerekli tedbirleri hükümet yetkilisinin onayı ile yerine getirmek; salgının neden ortaya çıkmış olabileceği ve alınacak önlemler konusunda tespitlerde bulunup yerel yönetimi bilgilendirmek; dokuz aylık süreyle yapılan incelemeleri raporlamak, bilgileri dönemin Sağlık Bakanlığına göndermek ve emirleri yerine getirmek gibi yetkileri düzenlenmiştir.³³ Bu yetkiler, 1913’te çıkarılan Vilâyât-ı İdare-i Sıhhiyet Nizamnamesi’nde de tekrar edilmiştir.³⁴

1920’de Ankara’da toplanan ve Türkiye’yi kuran Büyük Millet Meclisinin çıkardığı 3 no.lu Kanun’la “Sıhhiye ve Muavenet-i İçtimaiye Vekaleti” (Sağlık Bakanlığı) kurulmuştur. Meclis’in kabul ettiği 1921 Anayasası’nda bu konuda herhangi bir düzenleme yoktur fakat sağlık işlerinin düzenlenmesi ve yönetilmesi vilayet şuralarına bırakılmıştır.

²⁹ Erdem Aydın, “Tanzimat ve Osmanlı Sağlık Hizmetleri”, IV. Türk Tıp Tarihi Kongresi Bildirileri, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay., 2003), s. 446-447.

³⁰ Yaşayanlar, s. 5.

³¹ Bu süreçteki mevzuat ve uygulamaların özeti için bkz. *ibid.*

³² *Ibid.*, s. 12.

³³ *Ibid.*, s. 12-13; Ayrıca bkz. Erdem Aydın, “19. Yüzyılda Osmanlı Sağlık Teşkilatlanması”, OTAM, S. 15, 2004, s. 197-198.

³⁴ Yaşayanlar, s. 13; Aydın, s. 201-202.

Bu, ilerleyen yıllarda çıkarılacak Belediye Kanunu'nun ruhuna belli ölçüde yansımıştır.³⁵

Salgın hastalık konusu, ilk kez 1924 Anayasasında düzenlenmiştir. Doğuştan özgürlük esasına dayanan, özgürlüğü “başkasına zarar veremeyecek her şeyi yapabilmek” olarak tanımlayan, özgürlüğün sınırı konusunda “başkasının özgürlüğü”nü esas alıp bu sınırı ancak kanunun çizdiğini öngören (md. 68) Anayasa; konu, seyahat özgürlüğü olduğunda sadece kanuna atıf yapmakla kalmamış, ayrıca özel sınırlama nedenleri de saymıştır. Bu sınırlama nedenlerinden biri de salgın hastalıklardır. Anayasa'nın 78'inci maddesine göre:

“Seferberlik ve sıkıyönetim hallerinin veyahut salgın hastalıklardan dolayı kanun gereğince alınacak tedbirlerin gerektirdiği kısıntıların dışında yolculuk hiçbir kayıt altına alınamaz.”³⁶

1921'den 1930'a kadarki süreçte salgın hastalıklara karşı yedi önemli kanun ve bir tüzük çıkarılmış fakat dönemin anahtar kanunu 1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu olmuştur.³⁷ Gereğince “halkı sari ve salgın hastalıklardan korumak ve bunlara karşı etkili tedbirler almak üzere en yeni fenni kaideler göz önüne alınmış ve ihbar istihbar meseleleri, hastalara ve etrafına uygulanacak tedbirler çok sarahatle ve lüzumsuz, külfetlerden içtinap edilmek şartıyla tespit edilmiş” olduğu söylenen Kanun'un neredeyse üçte biri salgın hastalıklara (7 fasıl ve 103 madde hâlinde düzenlenen ikinci kısım) ayrılmıştır. Yerel yönetimler ile merkezi idare arasında iş bölümünü ayrıntılı ve olabildiğince dengeli şekilde ele almaya çalışan bu Kanun'un toplumsal bir perspektife dayandığı kabul edilir. Meclis görüşmeleri sırasında (sonraki yıllarda toprak reformuna karşı en çok direnen milletvekillerinden biri olan) Emin Sazak'ın “adeta bana karşımda bir cephe var; başka bir fırka

³⁵ Bu tarih için bkz. İlhan Tekeli, Cumhuriyetin Belediyecilik Öyküsü, (İstanbul: Tarih Vakfı Yay., 2009).

³⁶ Maddenin eski dille kaleme alınan ve Öz Türkçeleştirme amacıyla yapılan 1945 değişikliğinden önceki ilk hâli şu şekildedir: “Seferberlikte idarei örfiye halinde veyahut müstevli emrazdan dolayı kanunen müttehaz tedabir icabatından olarak vazedilecek takyidat müstesna olmak üzere seyahat hiçbir suretle takyidata tabi tutulamaz.”

³⁷ Hıfzıssıhha, sağlığı koruma demektir ve hijyenle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bu kanun ve 1921-1930 arasında çıkarılan diğer kanunlar için bkz. TÜBA Çevre Komitesi, s. 53 vd.

var, sosyalist fırkasının bir grubu var gibi geldi”³⁸ sözleri bunu doğrular gibidir. Anayasa’da sosyal devlet ilkesi henüz yer almıyor olmasına rağmen, 1929 ekonomik buhranından hemen sonra çıkarılan Kanun’daki bu özellik, (abartı anlamlar verilmemesi kaydıyla) toplumcu açıdan olumludur. Metin incelendiğinde toplum sağlığının göz önünde tutulduğu ve sistemli bir koruyucu hekimlik düzeni oluşturmak amacı taşıdığı açıktır. Bu normun gerek idari teşkilata dönük ayrıntılı içeriği gerekse temel hak ve özgürlükler alanına olan etkisi dikkate alındığında maddi anlamda anayasal nitelik taşıdığını pekâlâ söyleyebiliriz.³⁹

1961 Anayasası dönemi hem sosyal devlet ilkesinin hem de sosyal güvenliğin ve sağlığın birer temel hak (md. 48-49) olarak Anayasa’ya girdiği dönemdir.⁴⁰ Anayasa, olağanüstü hâl, sıkıyönetim ve savaş ilanı konularında özel usullere (md. 123-124) yer vermişse de bu maddelerde salgın hastalıklara dair bir belirleme yapmamıştır. Bu konu, tıpkı 1924 Anayasası’nda olduğu gibi, seyahat özgürlüğünün özel sınırlama nedenleriyle ilişkili olarak düzenlenmiştir. Aynı maddede düzenlenen yerleşme özgürlüğü için de aynı esas geçerli olmuştur. Anayasa’nın bu konuyu düzenleyen 18’inci maddesine göre:

“Herkes, seyahat hürriyetine sahiptir; bu hürriyet, ancak (...) salgın hastalıkları önleme amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.

Herkes, dilediği yerde yerleşme hürriyetine sahiptir; bu hürriyet, ancak (...) salgın hastalıkları önleme (...) zorunluluğuyla ve kanunla sınırlanabilir.”

Bu hüküm, 1982 Anayasası’nda bu şekilde düzenlenmemiş, salgın hastalıkların önlenmesi seyahat ve yerleşme özgürlüğünün sınırlama nedeni olarak sayılmamıştır. Buna karşılık, 1982 Anayasası bu alanda çok daha fazla hüküm içermektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili içtihatları da bu dönemde görünür olmuştur. İlerleyen sayfalarda 1982 Anayasası sistemi üzerinde ayrıntılı şekilde durulacağı için tariheyi burada noktalayabiliriz.

³⁸ TBMM Zabıt Ceridesi, 17.04.1930, s. 65.

³⁹ 1924 Anayasası döneminde tehlikeli salgın hastalıklarla mücadele edilmesi için çıkarılan diğer kanunlar için bkz. TÜBA Çevre Komitesi, s. 85.

⁴⁰ Bu keşişim, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun ile somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bkz. Resmî Gazete, S. 10705, 12.01.1961.

Bütün bu tarihten çıkarmamız gereken bir ders var. Tehlikeli salgın hastalıklar, bir ulusun ortadan kalkmasına neden olabilir veya bir devletin yıkılmasına neden olabilir. Türkiye’de anayasal tarihimiz göstermektedir ki Cumhuriyetin erken döneminde tehlikeli salgın hastalıklara karşı zinde olan bilinç, sonraki yıllarda zayıflamış; yeni nesil virüslere karşı bu tecrübeden hareketle gerekli güncellemeler yapılamamıştır. Sonuç olarak bugün bu denli büyük bir tehdit karşısında hukuken nispeten hazırlıksızız.

III. Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Tehlikeli Salgın Hastalık

Dünyadaki anayasalara baktığımızda, tehlikeli salgın hastalıkların düzenlenme biçimini üç büyük kümede toplayabiliyoruz.

İlk küme, devletin salgın hastalıklara karşı mücadele yükümlülüğünün olduğunu vurgulayan hükümlere yer veren anayasalardır. 2009 tarihli Bolivya (md. 37), 1998 tarihli Brezilya, (md. 198/4), 1989 tarihli Cezayir (md. 66), 1999 tarihli İsviçre (md. 118/2), 1993 tarihli Lesotho (md. 27/1-c) 1997 tarihli Polonya (md. 68/4), 1993 tarihli Seyşeller (md. 29/1-b), 1996 tarihli Ukrayna (md. 49) anayasaları bunu farklı formüllerle yer verenlerden bazılarıdır. Bu hükümler birer program ilke getirmenin ve konunun ülke için hassasiyetini vurgulamanın ötesinde bir işlev görmezler. Zira bu türden hükümlerin olmadığı yerlerde dahi devletin tehlikeli salgın hastalıklarla mücadele etme yükümlülüğü mevcuttur.

İkinci küme, salgın hastalıkların, temel hak ve özgürlükler bağlamında özel sınırlama nedeni olarak düzenlendiği kümedir. 1949 tarihli Almanya (md. 13/7), 1991 tarihli Gabon (md. 1/19), 2016 tarihli Orta Afrika Cumhuriyeti (md. 19/3), 1994 tarihli Moldova (md. 29/2), 1991 tarihli Romanya (md. 27/2), 2001 tarihli Senegal (md. 16/2) anayasalarında salgın hastalıklardan korunmak amacıyla konut dokunulmazlığının sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Yine Almanya (md. 11/2), 2007 tarihli Karadağ (md. 39/2), 2006 tarihli Sırbistan (md. 39/2) ve 1991 tarihli Slovenya (md. 32/2) anayasalarında salgın hastalıklar seyahat özgürlüğünün sınırı olarak düzenlenmiştir. Bu iki hakkın yanı sıra 1974 tarihli İsveç (md. 24) ve 1991 tarihli Slovenya (md. 42/3) anayasalarında toplanma özgürlüğü, 1960 tarihli Kıbrıs’ta (md. 39/3, 66/3, 97/3) serbest seçim hakkı, 1952 tarihli Ürdün’de (md. 13) angarya yasağı ve 1973 tarihli Bahama (md. 19/1) ve 1995 tarihli Ermenistan’da (md. 27) kişi özgürlüğünün salgın hastalık nedeniyle sınırlandırılabilmesi açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu hükümler, salgın hastalıkların hangi hak ve öz-

gürlükler için özel sınırlama nedeni olabileceğine dair de bir panorama sunar gibidir. Buna göre; jenerik olarak, karşılaştırmalı anayasa hukukunda tehlikeli salgın hastalıklardan korunmak veya bunları önlemek amacıyla angarya yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, konut dokunulmazlığı, toplanma özgürlüğü, serbest seçim hakkı ve seyahat özgürlüğüne dönük sınırlamalar getirildiği söylenebilir.

Üçüncü küme ise salgın hastalığın olağanüstü hâl nedeni olarak düzenlendiği anayasalardır. Bu anayasalarda salgın hastalıklar, OHÂL ilan nedeni olarak düzenlendikleri gibi kararname yetkisinin kullanılacağı bir konu olarak kavranmıştır. 1983 tarihli El Salvador (md. 29), 1994 tarihli Etiyopya (md. 93/1-A), 2008 tarihli Maldivler (md. 253), 1917 tarihli Meksika (md. 73), 2015 tarihli Nepal (md. 273/1), 1982 tarihli Honduras (md. 187), 1947 tarihli Tayvan (md. 43), 1875 tarihli Tongo (md. 19) anayasaları bu kategoride yer almaktadır.⁴¹

Bu üç grubun yanında münferit olarak 1988 tarihli Brezilya Anayasası'nda (md. 231/5) yerli toplulukların salgın hastalık nedeniyle -risk sona erdiğinde geri dönmeleri kaydıyla- topraklarından çıkarılması; 2005 tarihli Demokratik Kongo Anayasası'nda (md. 204/18) yerel yönetimlerin bu bağlamdaki yetkileri; Panama Anayasası'nda (md. 236) ise yerel yönetimin yetersiz kaldığı durumlarda merkezi iktidarın müdahalesi düzenlenmiştir. Ayrıca And anayasalcılığının önemli metinlerinden 2009 tarihli Bolivya Anayasası'nda salgın hastalıktan etkilenenlerin sosyal güvenlik hakkı (md. 45/3), 2008 tarihli Ekvador Anayasası'nda ise afet hastalıklarından muzdarip olanların ücretsiz tercihlî bakım hakkı (md. 50) ve devletin tıbbî yönden özel koruma yükümlülüğü (md. 35, 38, 46) düzenlenmiştir.

Bu yazılanlardan Türkiye özelinde bir değerlendirme yapmak gerekirse öncelikle, Türkiye'nin tehlikeli salgın hastalıkları OHÂL ilan nedenleri arasında sayan ülkeler kümesinde olduğunu söyleyebiliriz. Türkiye'deki OHÂL rejiminin analizine ilerleyen sayfalarda dönecektir. Fakat bu noktada böyle bir hükmün olmadığı ülkelerde, anayasa hukukçularının bunu bir sorun olarak tespit ettikleri ve bazı belirsizliklerin

⁴¹ Anayasa'da açıkça bu nedene yer verilmese bile Almanya örneğinde olduğu gibi parlamentonun toplanamaması vb. nedenlere atıfla ulusal düzeyde acil duruma benzer nedenler bu kapsamda sayılabilmektedir.

oluştığı yönündeki eleştiriler dikkate alındığında bunun yerinde bir tercih olduğunu söyleyebiliriz.⁴²

İkinci olarak; 1982 Anayasası birçok ülke anayasasının aksine her ne kadar devlete açıkça salgın hastalıklarla mücadele yükümlülüğü getirmese de Anayasa'nın 5'inci maddesinde yer alan "Devletin temel amaç ve görevleri, (...) kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır" hükmü böylesi bir anlam taşımaktadır. Ayrıca Anayasa'nın "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlığını taşıyan; devlete, çevre sağlığını korumak; herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak gibi yükümlülükler getiren 56'ncı maddesinin de bunu karşıladığı söylenebilir.⁴³ Bu hükümler varken, bu konuda özel bir vurguda bulunulması mutlak bir zorunluluk değildir. Anayasa'nın mevcut hâli yeterlidir.

Bunların yanı sıra, az önce değinilen son kümeleme uyarınca Türkiye'de yerli topluluklar bulunmadığı için bu türden düzenlemelerin yokluğu da bir sorun teşkil etmemektedir. Keza, Türkiye'de üniter devlet yapısı geçerli olduğu için, az önce değinilen bazı ülke anayasalarının aksine tehlikeli salgın hastalıklar bağlamında düşey erkler ayrılığı temelinde bir yetki çatışması oluşma riski yoktur. Bu daha çok federal devletlere özgü bir meseledir.⁴⁴ Bu noktada da bir uyumsuzluk yoktur.

⁴² Vedaschi ve Graziani, op. cit.

⁴³ Hatta ilk bakışta spor ile ilgili görülse de Devlete "her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri" alma yükümlülüğü getiren 59'uncu madde de geniş anlamda bu kapsama dahil edilebilir.

⁴⁴ Örneğin Kanada'da SARS salgını karşısında alınması gereken önlemler konusunda federal ve federe yetkilerin paylaşımı ve çatışması bağlamında bazı anayasal tartışmalar baş göstermiştir. Bu konuda bkz. Keri Gammon, "Pandemics and Pandemonium: Constitutional Jurisdiction Over Public Health", *Dalhousie Journal of Legal Studies*, Vol. 15, 2006, s. 1-38. Türkiye'de böylesi bir çatışma olasılığı bulunmasa da belediyeler ile merkezi idarenin yetki paylaşımı ve eşgüdümüne dair bir hüküm, öngörülebilirliği sağlayabilirdi. Hıfzıssıhha Kanunu çıkarılırken aynı süreçte çıkarılan ve "aynı amaca yönelik kardeş yasa" sayılan, sosyal yönü ağır basan ve belediyeler arası eşitlik, belediye uygulamalarında serbestlik, güçlü merkezi denetim, tek derece li seçim ve halkın denetimi ile geniş hizmet alanı ilkelerine dayanan 1580 sayılı Be-

Son olarak; karşılaştırmalı anayasa hukuku verilerinden hareketle tehlikeli salgın hastalıklara özel sınırlama nedeni olarak gönderme yapan temel hakların tamamının 1982 Anayasası'nda bulunduğunu söyleyebiliriz. Gelgelelim tehlikeli salgın hastalıkların önlenmesi, bu haklardan sadece özgürlük ve güvenlik hakkı (md. 19) için dolaylı da olsa özel sınırlama nedeni olarak ifade edilmiştir. Diğer haklar için böylesi bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu noktada Anayasa'nın 13'üncü maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik uyarınca, "temel hak ve hürriyetler (...) yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak (...) sınırlandırılabilir" olduğunu hatırlatmak gerekir. Yani 2001 yılından önce olduğu gibi Anayasa'nın tek bir maddesinde bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli olan sınırlama nedenleri kataloğu yoktur.⁴⁵ Dolayısıyla bir temel hak düzenlemesinde "tehlikeli salgın hastalıkların önlenmesi"ne (veya başkalarının haklarının korunması amacıyla) açıkça gönderme yapılmadıkça ve/veya bu amaca uygun bir sınırlama nedeni bulunmadıkça söz konusu hakkın böylesi bir bağlamda sınırlandırılması mümkün olmayacak gibidir. Türkiye'deki temel hak düzenlemelerinin, karşılaştırmalı anayasa hukukundan türettiğimiz haklar kataloğuna uygunluğu yönünden bu ön kabulü sorgulamak mümkündür:

Anayasa, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, hastalık yayılmasının önlenmesi (md. 19/2) amacıyla, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile konut dokunulmazlığı hakkının ise genel sağlığın korunması (md. 21 ve 34/2) amacıyla sınırlandırılmasını mümkün kılmıştır. Bunların yanı sıra, angarya yasağının da istisnaları düzenlenmiş, keza olağanüstü hâllere gönderme yapılması (md. 18/2) yoluyla sınırlandırıl-

lediyeler Kanunu da yerel yönetimlere halk sağlığı konusunda bazı yetkiler tanıyordu. Bu bağlamda yasa hakkında bkz. TÜBA Çevre Komitesi, s. 56 vd.

⁴⁵ Anayasa'nın 13'üncü maddesinin 2001 yılından önceki hâlinde "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir." denilerek dokuz farklı sınırlama nedenini bütün hak ve özgürlükler için geçerli olmak üzere sayıyordu. Bülent Tanör bunu "kademeli" sınırlandırma rejiminden "katmerli" sınırlandırma rejimine geçiş olarak tanımlar. Bülent Tanör, İki Anayasa 1961-1982, (İstanbul: Beta Yay., 4. Baskı, 1994), s. 134. Türkiye'deki hak ve özgürlükler rejimine ilişkin bir klasik olarak bkz. Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, (Ankara: AÜSBF Yay., 1982).

ması veya durdurulması olanaklı görünmektedir.⁴⁶ Anayasa ayrıca özel hayatın gizliliği (md. 20/2), haberleşme özgürlüğü (md. 22/2 ve 31/2), yerleşme özgürlüğü (md. 23/2), örgütlenme özgürlüğü (md. 33/3, 51/2) gibi haklar için de sağlığın korunması sınırlama nedenine yer vermiştir.⁴⁷ Keza maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı bağlamında bedensel bütünlüğe müdahale için “tıbbi zorunluluklar” a gönderme yapıldığı (md. 17/2) görülmektedir. Şu hâlde karşılaştırmalı anayasa hukukundaki katalog ile lafzen uyumsuz görünen haklar, seyahat özgürlüğü ve serbest seçim hakkı olmaktadır. Tehlikeli salgın hastalıklar karşısında bu iki hakkın durumunu özel olarak ele alalım.

A. Tehlikeli Salgın Koşullarında Seyahat Özgürlüğü

Karşılaştırmalı anayasa hukukunda tehlikeli salgın hastalıklar özellikle seyahat özgürlüğünün özel sınırlama nedeni olarak düzenlenmiştir. Bunun nedeni, büyük ihtimalle böyle durumlarda ülkenin bazı bölgeleri için karantina uygulamasına başvurulması, ülkeye giriş ve çıkışlarda bazı ek sınırlamalara gidilmesinin gerekli olmasıdır.⁴⁸ Anayasa’nın 23’üncü maddesinde düzenlenen seyahat özgürlüğünün özel sınırlama nedenleri “suç soruşturma ve kovuşturması” ve “suçun işlenmesini önlemek” nedenleriyle sınırlıdır. Görüldüğü gibi maddede 1924 ve 1961 anayasalarında olduğunun aksine salgın hastalığın önlenmesi veya genel sağlık vb. türden bir sınırlama nedeni yoktur. Öğretide Kemal Gözler, Anayasa’nın bu hâliyle “bir şehirde, bir kasabada veya bir köyde salgın bir hastalık baş gösterirse orada karantina ilân edilmesi durumunda oraya girilmesi veya oradan çıkılması yasaklanamayacaktır” görüşündedir.⁴⁹

⁴⁶ Olağan zamanlar için İş Kanunu md. 42’de bu yönde bir düzenleme vardır.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 20. maddesinin birinci fıkrası yönünden özel sınırlama nedeni düzenlenmediğini, ikinci fıkradaki sınırlama sebeplerinin sadece arama ve elkoyma tedbirlerine yönelik olduğu kanaatindedir. Bu konuyu “hakkın doğasından kaynaklanan sınırlar” içtihadı ışığında çözümlenmektedir. Resul Kocatürk başvurusu, AYM, 2016/8080, 26.12.2019, § 47-48.

⁴⁸ Detlef Merten, “Freizügigkeit”, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa: Grundrechte in Deutschland un Europa, B. IV, Deflet Merten, Hans-Jürgen-Papier (Hrsg.), (Heidelberg: C.F. Müller, 2011), §102.

⁴⁹ Yazarın 2001 değişikliğine dönük eleştirilerinin tamamının okunması önerilir Kemal Gözler, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, Anayasa Yargısı, Cilt 19, 2002, s.326-354.

İlk bakışta ikna edici görünen bu yaklaşıma, sistemdeki tutarlılık sağlama kaygısıyla bakıldığında en az üç nedenle katılmak mümkün olmuyor.

Birincisi, pozitif yükümlülükler kuramı uyarınca devletin herkesin yaşam hakkını (md. 17) ve sağlığını (md. 56) koruma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük uyarınca yasama organının ölçülü olmak kaydıyla karantina tedbirini düzenlemesi ve bu düzenlemeyi eksik norm (*lex imperfecta*) olmaması için bir yaptırıma tabi kılması mümkün, hatta bu kuram uyarınca bir zorunluluktur.⁵⁰ Bu çerçevede karantina tedbirine uymayan kişilere ceza yaptırımını uygulanabilir. Zaten Türk Ceza Kanunu'nun “[b]ulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma” başlıklı 195'inci maddesi “bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan” kişiler için iki aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörmüştür. 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda (md. 282 vd.) da çeşitli idari ve adli cezalar öngörülmüştür. Hâl böyleyken bir kişinin seyahat özgürlüğünün yaşam ve sağlık haklarını korumak için karantina tedbiriyle sınırlandırılmasının “suçun işlenmesini önleme”ye bakan bir yönü var gibidir.⁵¹ Böyle bir yorum, ilk bakışta yasama organına çok geniş bir marj bırakıyor görünebilir fakat bu risk, bu sınırlama nedeninin niteliğinden kaynaklanır. uçun işlenmesinin önlenmesi nedeni, genel sağlığın korunması, kamu düzeninin korunması gibi nedenlere nazaran daha geniş takdir marjı getiren bir sınırlama nedenidir. Zira mahkemeler, bir tedbirin sağlıkla veya ulusal güvenlikle ilgili olup olmadığını inceleyebilir ama yasama organını bir eylemi suç hâline getirmek konusundaki takdirine -bir temek hakkı ihlal edilmedikçe- karışamaz. Ancak bu yorumda dahi yasama organının henüz bir suç düzenlemesi getirmediği hâller için belli ölçüde açıklık kalmak-

⁵⁰ Pozitif yükümlülükler kuramı hakkında bkz. Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, (Oxford/Portland/Oregon: Hart Publishing, 2004), s. 40-41 ve 64-65. Laurens Lavrysen, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights* (Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, 2016).

⁵¹ Gerçi sayılan durumların büyük bir kısmı zaten Anayasa md. 19 kapsamında “hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbir” kavramının kapsamındadır. Fakat bu hüküm diğer bütün durumları kapsamamaktadır. Bu nedenle suç işlenmesinin önlenmesi şeklindeki meşru amacın göz ardı edilmemesi önem taşır.

tadır. Örneğin bu hastalığa henüz kapılmamış kişilere dönük yasakların cezai yaptırımını yetersizdir. İdari para cezaları da oldukça düşük sayılabilir. Bu noktada anayasal yönden sorunlar oluşabilir. Zira karantina veya sokağa çıkma yasaklarına uymayan kişilere herhangi bir caydırıcı yaptırımın öngörülmemesinin yaşam hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülüklerini (somut olayın koşullarına göre) ihlal edebileceğini akılda tutmak gerekir.⁵²

İkincisi, karantina tedbiri yine somut olayın koşullarına göre seyahat özgürlüğüne değil, özgürlük ve güvenlik hakkına dönük bir müdahale olabilir. İnsan Hakları Mahkemesinin çeşitli kararlarında ifade ettiği gibi bu iki hak arasında bir nitelik farkı değil, yoğunluk farkı vardır.⁵³ Nitelik itibarıyla her iki hakka dönük müdahale de kişinin dört yöne doğru, iradesi hilafına hareket etmesine engel oluşturur.⁵⁴ Özgürlük ve güvenlik hakkına dönük müdahaleler kişinin hareket serbestisinden yoksun kalmasına yol açarken, seyahat özgürlüğüne dönük müdahaleler, kişilere belli bir hareket marjı bırakmakla birlikte bunu sınırlamaktadır.⁵⁵ İki durumun arasındaki fark, her olayın kendi şartları içinde belirlenir. Dolayısıyla ilk bakışta seyahat özgürlüğüne dönük bir müdahale duruma göre özgürlük ve güvenlik hakkına dönük bir müdahale olarak algılanabilir ve bu maddede belirtilen sebeplere tabi olabilir. Fakat kişinin belli bir şehirden çıkmasına, belli bir bölgeye girmesine veya yurt dışına çıkış yasağı gibi tedbirlere tabi olmasına neden olacak kararların seyahat özgürlüğüne müdahale teşkil edeceği açıktır. Gelgelelim böyle bir ihtimalde de “tek müdahalenin çoklu etkisi” denen durum ortaya çıkabilmektedir. Bu durum, Türkiye’nin, seyahat özgürlüğüne yer veren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine ek 4 no.lu Protokol’e taraf olmamasından ötürü seyahat özgürlüğü ihlallerini içeren bireysel başvurulardan dolayı yükümlülüğünün olup olmadığının tartışıldığı vakalarda gündeme gelmiş-

⁵² Bir kişinin böylesi bir ihmalden dolayı yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmesi durumunda iddiasını somutlaştırması ve uygun illiyet bağı kurabilmesi gerekir.

⁵³ Nada v. İsviçre, ECtHR, 10593/08, 12.09.2012, § 225.

⁵⁴ Bu öğelerden ilki objektif unsur, ikincisi ise subjektif unsur ifade eder. Storek v. Almanya, ECtHR, 61603/00, 16.06.2005, § 74. Bu konularda bkz. Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, (Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018).

⁵⁵ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi ve örnekler için Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak (ed.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (Mortsel: Intersentia, 2018), s. 439 vd.

tir. Mahkeme bu başvurulardan birinde şu şekilde bir belirlemede bulunmuştur:

“Seyahat özgürlüğünün, özellikle de sınırların geçilmesinin, kişinin özel yaşamını geliştirme hakkı için esaslı olduğu, özellikle de başvuru gibi, bir kişinin çeşitli ülkelerde ailevi, meslekî veya ekonomik bağları bulunduğu bir durumda, Devletin, yargılama yetkisi içindeki bir kişiyi bu özgürlüğünden hiçbir neden olmaksızın yoksun bırakması, yükümlülüklerinin ciddi bir ihlalidir. ‘Seyahat özgürlüğü’nün, Türkiye’nin imzaladığı fakat onaylamadığı 4 no.lu Protokol’ün 2’nci maddesinde güvence altına alınmış olması, aynı olayın, Sözleşme’nin ve protokollerinin birden fazla hükmü ile çelişmesi karşısında ilgisizdir.”⁵⁶

Mahkeme, bu belirleme uyarınca, hakkında uygulanan yurt dışına çıkma tedbirinden yakınan başvuruçunun şikâyetini, seyahat özgürlüğü bağlamında inceleyemese de, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alabilmiştir. Bu belirleme de göstermektedir ki bir karantina tedbiri seyahat özgürlüğüne müdahale etmenin yanı sıra özel yaşama saygı hakkına da bir müdahale teşkil edebilmekte ve bu hak kapsamında ele alınabilmektedir. Hâl böyleyken normatif olarak kişinin öznel gelişim hakkını da içeren bu hak kapsamında yapılacak bir incelemede Anayasa’nın 20’nci maddesinin 2’nci fıkrasındaki “genel sağlığın korunması” nedenine dayanılabilir.⁵⁷ Öte yandan Anayasa’nın 19’uncu maddesinde yer alan “hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbir” ifadesinin geniş yorumlanması ve konunun seyahat özgürlüğünden önce bu hak kapsamında ele alınması da olasılık dahilindedir. Zira çoğun içinde az da vardır kuralı bunu gerektirir.

Üçüncüsü, uluslararası hukukta kamu sağlığının korunmasının seyahat özgürlüğüne dönük bir müdahale nedeni olarak düzenlendiği gö-

⁵⁶ İletmiş v. Türkiye, ECtHR, 29871/96, 06.12.2005, § 50. Aksi yönde bkz. Kömürücü v. Türkiye, ECtHR, 2769/11, 17.02.2015, § 37.

⁵⁷ Öznel gelişim veya başka bir deyişle kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı, Almanya’da da AYM’nin bünyesinden en çok hak türettiği haktr. Bu konudaki içtihadın temelleri için bkz. Hans Peters, *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, (Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1963).

rülmektedir.⁵⁸ Dolayısıyla böylesi bir müdahale, uluslararası sisteme uygun yorum uyarınca haklı çıkarılabilir. Hele ki OHÂL koşullarında Anayasa'nın 15'inci maddesinin olağanüstü hâle yaptığı atfı bunu pekiştirir.

Dördüncüsü; bu sorun (Müllerci anlamda) içkin sınırlar öğretisi ışığında da ele alınabilir.⁵⁹ Bu öğretiye dayanan Fazıl Sağlam'ın şu tespiti özellikle dikkate değerdir:

“(…) Başkalarının sağlık hakkı ile bir arada düşünüldüğünde, seyahat ve yerleşme özgürlüğü de, salgın hastalık tehlikesi altında dahi seyahat etmeye ve yerleşmeye koruma sağlayacak bir nesnel içeriğe sahip değildir. Çünkü bu özgürlüklerin salgın hastalık tehlikesi altında kulanılması, seyahat ve yerleşme özgürlüğünün norm alanı ile özgül bir bağlantı içinde olmayan arızî ve tesadüfî bir kullanım biçimidir. Kısacası, seyahat ve yerleşme özgürlüğünü, başkalarının sağlık hakkını tehlikeye atacak biçimde kullanmak, anayasal güvence altında olamaz.”⁶⁰

Sonuç itibarıyla Anayasa'nın seyahat özgürlüğüne ilişkin hükmünde ilk bakışta bu yönde özel bir sınırlama nedeni bulunmasa da anılan nedenlerle karantina vb. tedbirlere başvurmak mümkün sayılmalıdır.⁶¹ Bu sonuca farklı yorum yöntemleriyle ulaşıldığı için, 1924 ve 1961 anayasalarında olduğu gibi lafzi yorumun herhangi bir tartışmayı gerektirmeden yeterli sayılacağı türden bir sınırlama nedenine yer verilmesinde yarar vardır. Bu İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımıyla da ilke itibarıyla uyum da sağlar.⁶²

⁵⁸ Bu konuda bkz. ICCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement) (1999), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, §§ 11-18. Ayrıca bkz. İHAS'a ek 4 no.lu Protokol, md. 2/3.

⁵⁹ Bu konuda özellikle bkz. Fazıl Sağlam, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, Anayasa Yargısı, C. 18, S.1, 2001, ss. 288-310.

⁶⁰ Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, (Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yay., 2013), s. 304.

⁶¹ Bu sonuca farklı gerekçelerle ulaşan başka bir görüş için bk. Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Madde de Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, Anayasa Yargısı, C. 18, S. 1, 2001, dn. 57.

⁶² Mahkeme, özel sınırlama nedenlerine yer verilen maddelerde zımni (implied) sınırlar öğretisine başvurulmaması gerektiğini söyler. Bkz. Golder v. Birleşik Krallık, ECtHR, 4451/70, 21.02.1975, § 44. Fakat Mahkeme bir başka kararında, çatışan haklar sorunu bağlamında devletin bütün hakları korumaya dönük yükümlülüğünün

Bunun dışında seyahat özgürlüğü özelinde Anayasa'nın "Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir" biçimindeki hükmüne de dikkat çekmek gerekiyor. Bu hak da "tehlikeli salgın hastalıklarla mücadele amacıyla" sınırlama nedeninden yoksundur. 2010 yılındaki Anayasa değişikliğinden önce maddede ülkenin ekonomik durumu, vatandaşlık ödevi gibi -İnsan Hakları Mahkemesince de meşru sayılan- nedenler yer alıyordu.⁶³ Bu eksiklik, az önce değinilen sorunu aynen barındırmaktadır. Bu nedenle bu konuda da bir Anayasa değişikliğine gidilmesinde yarar vardır. Öte yandan bu olasılıkta dahi akılda tutulması gerekenler bulunuyor: Bir kişinin enfekte olma riski bulunan bir ülkeye gitmesi veya enfekte olduğu ülkeden koşulsuz şekilde gelmesine yasak getirilmesi belli bir ölçüde makul olabilir. Fakat eğer bu çıkış yasağı, kişinin yasal olarak mukim olduğu bir yeri, hele de enfeksiyon riski olmayan ülkeleri de kapsıyorsa bu sürenin uzun sürmesi özel ve aile hayatına saygı hakkını ihlal edebilir. Böyle hâllerde, somut durumun periyodik olarak incelenmesinde yarar bulunur.⁶⁴

B. Tehlikeli Salgın Koşullarında Serbest Seçim Hakkı

Tehlikeli salgın hastalıkların -Kıbrıs Anayasası örneğindeki gibi- serbest seçim hakkına dönük seçimin ertelenmesi şeklinde bir sınırlama getirmesi istisnaidir. Seçimler, kitlelerin kapalı yerlerde toplanmasını ve belli ölçüde teması gerektirdiği için salgınların yayılması yönünden tehdit oluştursa da ertelenmeleri mutlak bir zorunluluk değildir. Örneğin binlerce kişinin COVID-19 hastalığına yakalandığı, onlarca kişinin yaşamını kaybettiği Fransa'da ve Almanya'da bu koşullara ve yoğun eleştirilere rağmen yerel seçimler yapılabilmektedir.⁶⁵ Gerçi bu bağlamda doğal olarak karantina altındaki seçmenlerin oy hakkı konusunda bazı açmazlar ve kamu sağlığının içine düştüğü tehdit gündeme gelmiştir. Bu koşul-

(İHAS md. 1) de zımnî sınır oluşturabileceğini söylemiş gibidir. Bkz. Leyla Şahin ECtHR [GC], 44774/98, 10.11.2005, § 106.

⁶³ Karş. Marangos v. Kıbrıs, ECtHR, 31106/96, 20.05.1997.

⁶⁴ Karş. A. E. v. Polonya, ECtHR, 14480/04, 31.03.2009.

⁶⁵ "France Holds Local Elections Despite COVID-19 Outbreak Fears", Time, 15.03.2020. Aynı günlerde İngiltere'de ise yerel seçimler bir yıl ertelenmiştir. Bkz. "Coronavirus: Boris Johnson postpones May local elections amid Covid-19 outbreak", Independent, 14.03.2020. Almanya özelinde eleştiriler için bkz. Lindner, op. cit.

larda bir seçim yapılmasının yerindeliği tartışmalı olsa da, gerekli önlemler alındıktan sonra seçimlerin genel ilkelerine uygun bir seçimin gerçekleşmesi mümkün olabilir. Buna karşılık, bunun olanaklı görülmediği durumlarda, seçimleri ertelemek, seçim hakkının önemli bir ögesi olan makul periyotlarla seçim ilkesinden sapmak gerekebilir. Acaba Türkiye’de bu mümkün müdür?

Türkiye’de seçimlerin ertelenmesi konusu Anayasa’nın 78’inci maddesinde “Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkan görülmezse, Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına karar verebilir” hükmüyle düzenlenmiştir. Bu hükmün, düzenlendiği yer itibarıyla milletvekili seçimleriyle ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa’nın 77’nci maddesindeki “Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri beş yılda bir aynı günde yapılır” hükmü uyarınca aynı koşullar Cumhurbaşkanlığı seçimleri için de geçerlidir. Bu noktada bir tartışma yoktur. Gelgelelim hüküm, bazı ihtilaflı olabilecek yönler içermektedir. Zira anılan hükümden iki farklı sonuç çıkmaktadır: (1) Anayasa, “savaş” dışında bir nedenle seçimlerin geriye bırakılmasını, yani ertelenmesini mümkün görmemektedir. (2) Anayasa seçimlerin ertelenmesi konusunda sessiz kalmakta ve bu konuyu yasama organının yetkisine bırakmakta, fakat savaş durumuna özel olarak bu yetkiyi 1 yıl ile kayıtlamaktadır.⁶⁶ Bu yorumlardan ilki daha tutarlıdır. Zira savaş gibi ağır bir durum için bile 1 yıllık süreyle kayıtlanan erteleme yetkisinin, savaştan daha hafif düzeydeki durumlar için herhangi bir üst sınıra tabi olmaması mümkün görülmemelidir.

⁶⁶ Bu türden hükmün dilinden kaynaklanan bir tartışma, geçmişte Almanya’da yabancılara oy hakkı tanınması bağlamında yaşanmıştı. Alman Anayasası’na göre “Her Alman seçme hakkına sahiptir.” Öğretide bir görüş, bu hükmün Alman vatandaşı olmayanlara seçmen olma hakkı tanınmasını yasakladığını savunuyordu. Diğer bir görüş, kimin seçmen olup olmayacağına karar vermenin yasama organının yetkisi içinde olduğunu, bu hükmün ise -yabancılara oy hakkı tanınması veya tanınmaması- hiçbir Alman vatandaşının oy hakkından mahrum bırakılamaması güvencesi getirdiğini ileri sürüyordu. Konu Anayasa Mahkemesine taşındı ve ulusal egemenlik ilkesine gönderme yapan Mahkeme ilk yorumu benimsedi. Karar için bkz. BVerfGE 83, 37. Görüşler ve analiz için bkz. Manfred Zuleeg, “Ausländer in Deutschland”, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Vol. 83(3/4), 2000, ss. 419-428. Siyaset felsefesi bağlamında bkz. Seyla Benhabib, Ötekilerin Hakları - Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar, Berna Akkıyal (çev.), (İstanbul: İletişim Yay., 2018). Böylesi bir tartışma, Türkiye’de benzer bir dili benimseyen md. 67/1 bağlamında henüz yapılmış değildir.

Bu bağlamda ikinci bir tartışma, anılan kuralın yerel seçimleri için geçerli olup olmadığı noktasında ortaya çıkabilir. Çünkü bu konu Anayasa'nın 127'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında "Mahalli idarelerin seçimleri, 67'nci maddedeki esaslara göre beş yılda bir yapılır" denilerek ayrı olarak düzenlenmiş fakat burada seçimlerin ertelenmesiyle ilgili özel bir kurala yer verilmemiştir. İlk bakışta buradan yerel seçimlerin herhangi bir nedenle ve sınırsız süreyle ertelenebileceği sonucu çıkarılabilecekse de bu çıkarım Anayasa'nın sistematiği ve telosu ile uygun sayılmaz. Bir defa ulusal egemenlik (md. 6) ve demokratik devlet (md.2) ilkeleri seçimlerin düzenli aralıklarla yapılmasını zorunlu kılar. Bu düzenin bozulması, serbest seçim hakkına dönük hakkın özüne bir müdahale anlamına gelir. Böyle bir müdahale için yerel seçimler bağlamında özel düzenlemeye yer verilmemiştir.⁶⁷ Dolayısıyla yerel seçimler için ana kural, seçimlerin ertelenmesinin mümkün olmadığıdır. Ancak milletvekilliği ve cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yapılmasının mümkün olmadığı bir savaş durumunda yerel seçimlerin yapılabileceğini söylemek gerçekçi değildir.⁶⁸

Peki ama savaş dışında bir nedenle genel veya yerel seçimlerde erteleme yapılabilir mi? Seçimlerin ertelenmesine ilişkin düzenleme, münhasıran savaşa özgü olmak üzere mutlak dille yazılmıştır. Bu hüküm karşısında zımnî sınırlar öğretisini uygulamak kolay değildir. Dolayısıyla savaş dışında bir nedenle (genel veya yerel) seçimlerin ertelenmesinin mümkün olmadığını düşünmek gerekir.⁶⁹ Başka bir deyişle, tehlikeli salgın hastalıkların varlığı, seçimlerin ertelenmesinin nedeni olamaz. Bu sonuç, tehlikeli salgın hastalıkların baş göstermesinden dolayı OHÂL ilan edilmesi durumunda dahi geçerlidir. Zira seçimlerin ertelenmesi, OHÂL ilan nedenleri içinde sadece savaş nedenine bağlanmıştır.

⁶⁷ Dahası bir an için bunun mümkün olması durumunda dahi bunun sınırsız olmadığını, Anayasa'nın 13'üncü maddesi ve hukuk devleti ilkesi (md. 2) uyarınca ölçülü olması gerektiğini hatırlatmak gerekir. İbrahim Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), (İstanbul: Legal Yay., 2019).

⁶⁸ Kurtuluş Savaşı yıllarında işgal altında olmayan yerlerde seçim yapılması çağrısı, işgal altında olmayan yerlerde seçim yapılabileceğini akıllara getirirse de günümüz koşullarında böylesi bir seçimin anayasal ilkelere uygun yapılması tartışmalıdır.

⁶⁹ Seyahat özgürlüğü konusundaki çıkarımların bir kısmı burada geçerli olabileceksede seçimlerin ertelenmesini mümkün kılacak hükümler uluslararası hukukta açıkça yer almamakta, seçim hakkı ile niteliği benzer olmakla birlikte yoğunluk farkı bulunan ikinci bir hakka rastlanmamaktadır.

Tehlikeli salgın hastalık nedenine bağlı olarak bazı yerlerde veya bütün ülkede seçimlerin ertelenmesinin mümkün olması gerektiği düşüncesi, çok sıkı koşullara tabi kılınmak ve son çare olarak uygulanmak şartıyla makuldür.⁷⁰ Fakat bu makullük normda değişiklik getirmez. Bunun için mutlaka bir anayasa değişikliği gerekmektedir. Yorum yoluyla böyle bir sonuca ulaşılmaz. Karşılaştırmalı anayasa hukukunda OHÂL koşullarında anayasa değişikliği yapılmayacağını öngören anayasalar (örn. bkz. Arnavutluk Anayasası md.177, Gürcistan Anayasası md. md.103, Belçika Anayasası md.196, İspanya Anayasası md.169, Karadağ Anayasası md.156, Litvanya Anayasası md.147, Moldova Anayasası md.142, Portekiz Anayasası md.289, Romanya Anayasası md.152, Sırbistan Anayasası md.204, Ukrayna Anayasası md.157) mevcutsa da Türkiye’de böyle bir yasak yoktur.⁷¹ Ancak böyle bir değişikliğin OHÂL süreçlerini beklemeden yapılması daha sağlıklı olur. Söz konusu düzenlemenin serbest seçim hakkı lehine ve ayrıntılı hükümlerle birlikte konması gerekir.

Serbest seçim hakkıyla ilgili bir diğer konu da seçimlerin yapılması olasılığında, karantina altındaki kişilerin nasıl oy kullanacaklarıdır. Bu konuda mevzuatta eksiklik var gibidir. Somut olayın koşullarına göre seyyar sandık uygulaması, hasta veya hastalık riski altında izole edilen kişilere teşmil edilebilir. Fakat bu teşmil, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’un md. 14/17 bendi uyarınca seyyar sandık uygulamasını “hastalığı veya engeli sebebiyle yatağa bağımlı olan seçmenler” için getiren hükümde ve bu hüküm ile ilgili diğer mevzuatta değişikliği gerektirir. Zira böylesi bir durumda bazı seçmenler “yatağa bağımlı” olsa da diğer bazıları yatağa bağımlı, hatta hasta dahi olmayabilir.

Son olarak seçimlerin yapılmasına rağmen TBMM’nin toplanamama olasılığını akılda tutmak gerekir. Anayasa’nın 93’üncü maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi, her yıl Ekim ayının ilk günü kendiliğinden toplanır. Fakat bu toplantının yapılamaması koşulu Anayasa’da açıkça düzenlenmemiştir. 119’uncu maddenin son fıkrasında “Savaş ve

⁷⁰ Savaştan farklı olarak salgın hastalığın bütün bir ülkeyi sarmadığı durumlarda yerel seçimlerin yapılmasının mümkün olduğunu düşünebiliriz. O hâlde düzenleme getirilirken somut koşullarına gönderme yapılması önem taşır.

⁷¹ İbrahim Kaboğlu, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, s. 38.

mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır” denilerek “mücbir sebep” nedeniyle TBMM’nin toplanamama olasılığı varsayılmıştır. Bu mücbir sebebin ne anlama geldiği henüz açık değildir. Bu konu, özel hukuk alanında tehlikeli salgın hastalıkların ifa imkansızlığı vb. bağlamlarda tartışılıyorsa da ve kamu hukuku alanında (örn. vergi hukukunda) bazı genelgelere⁷² konu edilmişse de, bunların Anayasa hukuku yönünden mutlak bağlayıcı olmadığını kabul etmek gerekir. Bu noktada Avrupa Parlamentosunun pratiği dikkate değerdir. Parlamento, COVID-19 tehdidine karşı e-mail yoluyla e-oylama yöntemine geçmiştir.⁷³ Fransa vb. birçok Avrupa ülkesinde bu duruma özel ek tedbirler alındığı bilinmektedir.⁷⁴ Bu örnekler Türkiye için de esin kaynağı olmalı ve TBMM İçtüzüğü’ne buna uygun olarak düzenleme getirilmelidir.

C. Özel Sınırlama Nedeni Öngörülmesi Gerekebilecek Diğer Hak ve Özgürlükler

Karşılaştırmalı anayasa hukukunda ve 1982 Anayasası’nda genel sağlığın korunması veya bulaşıcı hastalıkların önlenmesi gibi amaçlarla sınırlandırılması gerekebilecek ve fakat düzenlendiği maddede böylesi sınırlama nedenlerinin yer almadığı başkaca hak ve özgürlükler de bulunmaktadır. Bu konuda ilk akla gelen haklar, çalışma, özel girişim, eğitim özgürlükleri, adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkıdır.⁷⁵ Zira tehlikeli salgın hastalıklar, kişilerin evlerinde kalmasını zorunlu kılabilir ve sokağa çıkma yasağı vb. türden tedbirlere başvurmak gerekebilir. Böyle bir durum çocukların ve gençlerin okula; yetişkinlerin ise işe gitmesine engel olur. Bu engel, eğitim özgürlüğü ile (çalışılan işin niteliğine göre) çalışma veya özel girişim özgürlüğünün, genel sağlığın korunması ama-

⁷² Örn. bkz. Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği md. 4-6. Resmî Gazete, S. 31078 (Mükerrer), 24.03.2020.

⁷³ “EU-Parlament stimmt per E-Mail ab”, <https://orf.at/stories/3159172/>

⁷⁴ Bkz. Aurore Gaillet ve Maximilian Gerhold, “Etat d’urgence sanitaire Wie Frankreich den Coronavirus bekämpft”, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/etat-durgence-sanitaire/>.

⁷⁵ Özellikle mülkiyet hakkı bağlamında kamu yararı ve toplum yararı sınırlama nedenlerinin geniş yorumlanması, açığı kapatmaktadır.

cıyla sınırlandırılması anlamına gelecektir. Ayrıca, bazı durumlarda yargılamaların kapalı yapılması veya duruşmasız görülmesi gibi zorunluluklar ortaya çıkabilir, başvuru sürelerinde ve icra takiplerinde başka-laşma gerekebilir.⁷⁶ Salgının düzeyine göre özel sektör eliyle yerine getirilen bazı hizmetlerin devletleştirilmesi ve/veya bazı mülklerin kamu yararı uyarınca kamulaştırılması gerekebilir. Keza tehlikeli salgınların veya tehdidin bulunduğu bazı durumlarda hastalık/risk taşıyan eşyaların (antroposentrik hukukta hayvanlar da eşya sayılıyor) imha edilmesi söz konusu olabilmektedir. Böyle dönemlerde bulaşıcı ve salgın hastalıklara neden olabilecek eşyaların ithalatının veya ihracatının hatta (ikinci el gibi) bazı eşyaların yasaklanması, elde bulunduranların imhası gibi durumlar da gündeme gelebilmektedir. Keza, bazı sektörlerde işyerlerinin kapatılması bazı meşru beklentilerin, örneğin müşteri kitlesinin kaybolmasına neden olabileceği gibi, elde bulunan stokların zarara dönüşmesine de neden olabilir. Yani böylesi tedbirler, mülkiyet hakkına dönük müdahale oluşturur.

Bu müdahaleler, genel sağlığın korunması gibi meşru bir amaç taşır. Gelgelelim Anayasa'da bütün hak ve özgürlüklere dönük "genel sağlığın korunması" şeklinde genel bir sınırlama nedeni yoktur. Anayasa'nın bazı maddelerinde "genel sağlığın korunması" sınırlama nedenine yer verilmişken bazı maddelerinde "kamu düzeninin" veya "kamu güvenliğinin" korunması nedenlerine yer verilmiştir. İdare hukukunda bunlardan ikinci kategorinin, birincisini kapsadığı ileri sürülmüşse de bunlar farklı şeylerdir.⁷⁷ Örneğin suçtuğu gibi endemi düzeyindeki bir hastalığa karşı gençlerin korunması için alınacak tedbirler, kamu düzeni bozulmamış olmasına rağmen; genel sağlığın korunması amacını taşıyabilir. Benzer şekilde kamu düzeninin bozulacağı düzeyde ruhsal sorunların bulunmadığı bir toplumda yeni neslin psikolojik sağlığını geliştirmek için alınacak ek tedbirler, genel sağlıkla ilişkili sayılabilir.⁷⁸

⁷⁶ Olağandışı koşullar makul sürede yargılanma hakkında esneme yaratabilir. Bkz. Khlebk v. Ukrayna, ECtHR, 2945/16, 25.07.2017.

⁷⁷ İnsan Hakları Mahkemesi bulaşıcı hastalığın yayılmasını kamu sağlığının yanı sıra kamu güvenliğinin korunmasıyla da ilgili olduğu düşüncesindedir. Bkz. Enhorn v. İsveç, § 44.

⁷⁸ Benzer argüman kamu güvenliği için de ileri sürülebilecekse de daha tartışmalı olabilir.

Ayrıca, devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün bu haklar için zımnî birer sınır olduğu düşünülebilecekse de⁷⁹, bu durumda diğer bazı haklarda genel sağlığın korunması nedenine niçin yer verildiği sorusu havada kalacaktır.⁸⁰ Başka bir deyişle, eğer bir temel hak, düzenlendiği maddede özel olarak “genel sağlığın korunması” gibi bir neden öngörülmezsizin sadece yaşam hakkına gönderme yaparak sınırlandırılabilirse, bazı temel hak düzenlemelerinde böylesi bir sınırlandırma nedenine özel olarak yer verilmesinin nedeni nedir? Bu soruya makul bir yanıt vermeden sistemdeki açığı tutarlı şekilde kapatmak mümkün görünmüyor. Kuşkusuz, Anayasa hükümleri bütünsel şekilde ve birbirleriyle tutarlı şekilde kavranmak zorundadır.⁸¹ Bu tutarlılığı sağlamak herkesin önce Anayasa Mahkemesinin görevidir.⁸² Fakat Mahkemenin de yorum yetkisinin bir sınırı vardır. Sadece bütünlüğü sağlamak adına Anayasa'nın lafzının fazlaca zorlanması, uzun vadede anayasa hükümlerini tahrip edip bu hükümlerin etki gücünü azaltabilir. Bu nedenle belli bir

⁷⁹ İnsan Hakları Mahkemesi, için sınırlar (implied limitation) öğretisini, özel sınırlama nedeni sayılan hükümler için uygulamama eğilimindedir.

⁸⁰ Kademeli sınırlandırma rejimi İnsan Hakları Mahkemesi önündeki yargılamalarda da bazı çelişkilere neden olmuştur. Bu konuda kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Necdet Umut Orcan, *The Legitimate Aim Test in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2019).

⁸¹ Anayasa'nın tekliği olarak da ifade edilebilecek bu yorum düsturu (die Maxime), sadece söze dayalı çelişkili norm ve ilkelerin arasındaki gerilimler ile dengesizliklerin giderilmesinin temel bir ön kabul olmasını gerektirir. Düstur, uygulamacıların sistemde açıklar bulmak yerine bu açıkları kapatmalarını, olabildiğince uyumlaştırma yapmalarını gerektirir. Çünkü bütün siyasi, sosyal ve bireysel yaşamın temeli olan Anayasa'nın böylesi bir bütünlük içinde kavranması bu öğelerin de bütünleşmesinin koşuludur. Anayasa'nın bütünselliği güçlendikçe bir bütün olarak hukuk sisteminin bütünselliğine zemin hazırlar. Bkz. Dagmar Felix, *Einheit der Rechtsordnung: zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 1998). Bu yaklaşımın aynı kavramlaştırmayla AYM kararındaki bir yansıması için bkz. AYM, E. 2002/143, K. 2004/46, Tülay Tuğcu ve Fazıl Sağlam'ın karşı oyu.

⁸² Anayasa Mahkemesi, “özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir.” diyerek koştur yaklaşımı benimsemiştir. Bkz. Sevim Akat Eşki başvurusu, AYM, 2013/2187, 19.12.2013, § 33.

marj içinde içkin sınırlar öğretisiyle çözülebilecek bu sorunların net şekilde aşılması için bu konuda bir anayasa değişikliğine gidilmesi yerinde olur.

IV. Olağan Dönemlerde Tehlikeli Salgın Hastalık: Umumi Hıfzıssıhha Kanunu

Devlet, tehlikeli salgın hastalıklarla mücadele etme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük, öncelikle olağan zamanlar için geçerlidir. Anayasa'nın devletin yükümlülüklerini düzenleyen 5'inci maddesinin yanında özellikle Anayasa'nın 17'nci maddesindeki "yaşam hakkı" bunu gerektirmektedir. BM İnsan Hakları Komitesi'nin "Yaşam Hakkı" başlıklı 6 no.lu Genel Yorum'unda ifade edildiği gibi "Devletlerin (...) salgın hastalık durumlarını ortadan kaldırmak için mümkün olan tüm tedbirleri alması gerekmektedir."⁸³ BM Ekonomik ve Sosyal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin (ESHS) "Sağlık standardı hakkı" başlıklı md. 12/2 hükmünde de salgın hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü tam olarak gerçekleştirilmesi gereken tedbirlerden sayılmıştır. Anayasa'nın sağlık hakkını düzenleyen 56'ncı maddesi de buna koşuttur.⁸⁴ Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesine göre devletlerin tehlikeli salgın hastalıkları önleme, tedavi etme veya denetim önlemleri sağlık hakkının "çekirdek yükümlülüğü"dür. Bu nedenle de bu yükümlülükten -OHÂL koşullarında bile- "mali yetersizlikler" (örn. AY, md. 65) bahane edilerek dahi kaçınılamaz.⁸⁵ Zira ilgili maddede geçen "bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek" ibaresi aslında mali kaynaklar ile öncelikler arasında özel bir ölçülülük biçimini vurgulamaktadır.⁸⁶

Tehlikeli salgın hastalıklar, somut olayın koşullarına göre olağanüstü hâl ilanını gerektirebilecekse de bu bir zorunluluk değildir çünkü bir tür "istisna durumu"nu ifade eden olağanüstü hâl, ancak son çare olarak ilan edilmelidir. Tehlikeli salgın hastalıklarla istisnai rejime sarma-

⁸³ Türkçede bkz. Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, Lema Uyar (der.), (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2006), s. 10.

⁸⁴ Sağlık hakkı konusunda Türkçe literatürde bkz. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı – Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla, (İstanbul: Legal Yay., 2012); İzzet Mert Ertan, Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı, (İstanbul: Legal Yay., 2012).

⁸⁵ Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, ss. 253-257. Özellikle bkz. §§ 42, 42, 47.

⁸⁶ Dilşad Çiğdem Sever, "Sağlık Kamu Hizmetinin Örgütlenmesi ve Özelleştirme Biçimleri", Özge Yücel ve Gürkan Sert (ed.), Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, (Ankara: Seçkin Yay., 2018), s. 95 vd.

dan da mücadele edilebilir. Mesela Mart 2020 itibarıyla Avrupa Konseyi üyesi devletler içinde sadece Ermenistan, Estonya, Gürcistan, Letonya, Romanya derogasyon bildiriminde bulunmuştur.⁸⁷ Fakat burada vurgulanması gereken nokta, olağan rejim sürdürüldüğü, temel hak ve özgürlüklerin sadece sınırlandırılabilirliği, bundan daha öteye geçerek “durdurma” tedbirine başvurulamayacağıdır. Öte yandan, olağan dönemlerde Anayasa’nın hiçbir maddesine aykırı tedbirler alınamayacaktır.

Anayasa, tehlikeli salgın hastalıklarla olağan dönemdeki mücadelelere dönük özel bir düzenleme getirmemiştir. Bu mücadelede bütün mevzuat, somut olayın koşullarına göre uygulanabilir durumdadır. Bu konudaki bütün yetkilerin tüketici biçimde sayılması veya ele alınması mümkün değildir. Örneğin salgının ve tehlikenin büyüklüğüne göre bazı hizmetlerin devletleştirilmesi veya bazı mülklerin kamulaştırılması gerekebilir. Kamu çalışanları ücretli izne çıkarılabilir. Bu gibi durumlarda çeşitli kanunların hükümlerinin tehlikeli salgın hastalıklar yönünden yeniden yorumlanması ve uygulanması gerekir. Keza özel hukuk alanında özel hukuk sözleşmelerinin ve iş akitlerinin uygulanmasında ek yorumlara başvurulması (örn. mücbir sebep ifa imkânsızlığı) ve yeni hükümler (örn. okulların tatil edilmesi, kronik hastalığı olanlar ile yaşlıların evden çıkmaması zorunluluğuna bağlı olarak bakım sorunları ve ücretli izin hakkı gerekliliği, işten çıkarma yasakları, işsizlik sigorta fonu gibi konularda) getirilmesi gerekli olabilir. Bu konuların hepsini bu makalede ele almak mümkün değildir. Anayasal açıdan önem taşıyan nokta, münhasıran bu konuyla ilgili olan mevzuattır.

Türkiye’de böylesi bir mücadele için başlıca norm, 24 Nisan 1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’dur.⁸⁸ Kanun’un hazırlanmasında esaslı rol oynayan Doktor Refik Saydam’a göre “bu yasa, sıhhat ve içtimai muavenet işlerinde adeta bir teşkilatı esasiye olacaktır.”⁸⁹ Yani, kanunu hazırlayanların bu kanuna biçtikleri rol, günümüzün Türkçesiyle ifade edecek olursak “sağlık ve sosyal yardım işlerinin anayasası” olmasıdır. Halk sağlığı alanında, bir nevi maddi anlamda anaya-

⁸⁷ Bu bildirimler için bkz. <https://rm.coe.int/09000016809ce9f2>, <https://rm.coe.int/09000016809cee30>, <https://rm.coe.int/09000016809cf885>, <https://rm.coe.int/09000016809cfa87>, <https://rm.coe.int/09000016809cff20>

Sürekli güncellenen liste için bkz. <https://tinyurl.com/y88rqj9v>

⁸⁸ Resmî Gazete, S. 1489, 06.05.1930.

⁸⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, 17.04.1930, s. 64.

sa olarak kavranan bu kanun, Cumhuriyet döneminin en etkili ve özgün kanunlarından biridir. Kanun özgündür çünkü hazırlanırken “aynen iktibas” usulü benimsenmemiştir. Kanun’un bazı hükümleri (zührevi hastalıklar ve çalışma alanındaki hijyen koşulları) için dönemin Alman mevzuatından yararlanılmışsa da üç yıllık bir süreçte, Türkiye’nin ve halkın kendine özgü koşulları dikkate alınarak otantik bir yaklaşım sergilenmiştir.⁹⁰ Cumhuriyet’in ilk yıllarında çıkarılan temel kanunların neredeyse hepsinin değişiklik geçirdiği dikkate alındığında, aradan geçen doksan yıla rağmen bu Kanun’un hâlâ yürürlükte olması sadece yasama organının ihmalkârlığı ile açıklanamaz. Bunda, içeriğin ayrıntılı olması ve o zamanın güncel meselelerinin neredeyse hepsine değinilmiş olması da faktördür. Fakat Kanun’un bugünün ihtiyaçlarını karşıladığı kuşkuludur.

Kanun, 313 maddeden oluşmaktadır ve bunun yaklaşık üçte biri salgın hastalıklara ayrılmıştır.⁹¹ Salgın hastalık konusunda özel bir tanımlama yapılmamışsa da dönemin önemli salgın hastalıkları (kolera, veba, çiçek, difteri, uyku hastalığı, dizanteri, ruam, kızıl, şarbon, çocuk felci, kızamık, cüzam hastalıkları) 57’nci maddede tek tek sayılmış, fakat 64’üncü maddede, benzer türden farklı hastalıkların ortaya çıkması durumunda bu hastalıkların ilan edilmesi ve Kanun’da öngörülen bütün tedbirlerin aynen alınması konusunda Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâleti (Sağlık Bakanlığı) yetkili kılınmıştır. Yani listelenen hastalıklar, Kanun’daki yetkilerin kullanılması için tüketici ve sınırlı sayıda (*numerus clausus*) değildir, güncelliklerinden ve örnek olmalarından ötürü sayılmışlardır. Nitekim sonraki yıllarda Bakanlık, 31 yeni hastalık hakkında daha bildirim yükümlülüğü getirmiştir.⁹² Bugün, bildirim usulüne göre dört farklı gruba ayrılan ve bildirim zorunlu kılınan hastalık sayısı 51’dir.⁹³

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen çeşitli vakalarda, Kanun’un 64’üncü maddesini göz ardı ederek, 57’nci maddede sayılan hastalıkları

⁹⁰ Ibid., s. 65.

⁹¹ Bu 313 madde içinde üç ek ve bir geçici madde bulunmaktadır.

⁹² Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, Sağlık Hizmetlerinde 50 Yıl, (Ankara: Ayyıldız Matbaa., 1973), s. 76; TÜBA Çevre Komitesi, s. 93.

⁹³ Bulaşıcı Hastalıkların İhbarı ve Bildirim Sistemi Hakkında Tebliğ için bkz. Resmî Gazete, S. 25635, 06.11.2004.

sınırlı sayıda kabul etmiştir.⁹⁴ Mahkemenin, belirsiz şekilde kaleme alınan bu kararlardaki yaklaşımı, COVID-19 örneğinde olduğu gibi yeni hastalıklara karşı alınacak tedbirlerin yasal dayanaktan yoksun kalmasına neden olabilir. Bu olasılık, kanunilik ilkesinden keyfi şekilde sapılmasına yol açabilir. Böyle bir ihtimale karşı, bu makalede ve hatta Kanun'un bulaşıcı hastalıklara atıf yaptığı her yerde ve bu makalede, anılan hükümde sayılanların yanında Bakanlık tarafından yenileri tespit edilebilecek hastalıklar da anlaşılmalıdır.

A. Hastalıkların Yurt Dışından Girmesine Karşı Tedbirler

Salgın hastalıklar eğer ülke kaynaklı değilse ülkeye sınır kapılarından girmektedir. Bu nedenle **yurtdışından** gelen yolcuların kontrolü oldukça önemlidir. "Tehlikeli salgın hastalık" ifadesinin Anayasa'ya girdiği Danışma Meclisi oturumunda Mehmet Akdemir'in şu sözleri de anayasa koyucuların bu konuyu akıllarında tuttuğunu göstermektedir:

"Malumlarınız olduğu üzere XX'nci Asrın son çeyreğinde dünya da ulaşım o kadar hızlanmıştır ki, bir saat içerisinde artık fezanın belirli yerine gitmek söz konusu. Bu nedenle tehlikeli hastalıklar, yani enfeksiyon hastalıkları veya bulaşıcı hastalıklar bir anda dünyanın bir bölgesinden bir diğer bölgesine gidebilecek kadar vahim durumlar meydana getirebilir. Özellikle, pandemik hastalıklar dediğimiz ve dünyada kısa zamanda yaygın hastalık haline gelebilecek tifo, kolera, tifüs ki, Balkan Harbinde bizim Ordumuza neler getirdiği belirli olan hastalıklar ve çiçek gibi hastalıkların bir anda bütün dünyaya yayılması sözkonusudur. Hele hele, bir ülkede böyle bir hastalığın yayılması veya çıkması sözkonusu olduğu zaman, hükümetler bile hastalığın gerçekten var olduğunu bilmesine rağmen, bunu dünyaya ilan etmemek için çeşitli adlar uydurmaktadırlar, özellikle, malumlarınız olduğu üzere, "bağırsak enfeksiyonları" diye bir laf çıktığı zaman, orada kolera, tifo veya tifüs mutlaka başlamıştır. Onun adı, "Bağırsak enfeksiyonu" adı altında ekonomik bunalım yapmasın diye değiştirilir. Nitekim, bizim Güneydoğu Anadolu Bölgesi ve Doğu Anadolu'da zaman zaman görülen kolera, "bağırsak enfeksiyonları" adı altında gazetelerde yayınlanır. Gerçek budur; ama bunun karşı-

⁹⁴ Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı için bkz. Halime Sare Aysal başvurusu, AYM, 2013/1789, 11.11.2015, §71; Muhammed Ali Bayram başvurusu, 2014/4077, 29.06.2016, § 78.

lığında, komşularımızın herhangi birisinde kolera olduğu intibai alınırsa, hemen hudutlarda tedbir alırız. Nitekim hac mevsiminde bile vatandaşlarımız yurda girerken karantina altına alınır. (...) O halde, bu kadar önemli bir konu olağanüstü hal ilanına yeterlidir (...)”⁹⁵

Bugün küreselleşmenin de etkisiyle bir salgın hastalığın bilinmesi pek mümkün değildir. Ancak yine de ülkeler bu durumu saklama eğilimine girebilirler. Ayrıca hastalığın yayılım biçimi, yayılım hızı ve etkisi de saklanabilir. Bu konuda, uluslararası hukukta taraf devletleri zorlayan katı kurallar yoktur.⁹⁶ Bu nedenle Türkiye'nin konsolosluklarının, buldukları yerdeki salgın hastalıkları bakanlığa bildirme görevleri (md. 47) hâlâ önem taşır. Cumhurbaşkanlığı ve özellikle Sağlık Bakanlığı bu bilgileri de dikkate alarak salgın hastalık taşıyan ülkeleri gözetmek durumundadır. Bununla beraber, salgın hastalıklar konusunda ilk tehdit, doğal olarak sınıra bitişik ülkelere gelir. Eğer komşu ülkelere birinde salgın ortaya çıkmışsa o ülkelere gelecek yolcular ve eşyalarla ilgili bazı önlemler alınması gerekir. Bu önlemler, Kanun'un 54'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Lafzen komşu ülkelere kara yoluyla yapılacak girişlere dönük bu önlemler, Sağlık Bakanlığı tarafından tespit edilen bulaşıcı hastalıklardan birinin bulunduğu herhangi bir ülkeden hava yollarıyla gelen yolcu ve eşyalar için de aynen geçerlidir (md. 56):

- (1) Tren, araba veya herhangi bir şekilde karadan ya da nehir yoluyla gelen yolcuların hudutlara girdiği yerde ya da hududa yakın uygun bir yerde tıbbi muayeneleri,
- (2) Aşı ve serum uygulamaları,
- (3) Kişisel veya ticari eşyadan temizlenme ve dezenfeksiyonu mümkün ve yararlı görülenlerin temizlenmesi,
- (4) Yolcuların tıbbi gözetim altına alınması ve şüpheli kişilerin tecridi,
- (5) Hastaların tecrit ve tedavisi.

Alınacak bu tedbirlere rağmen komşu ülkelerdeki (hava yolları söz konusu olursa o ülkedeki) salgınlar Türkiye için hâlâ bir tehlike yaratı-

⁹⁵ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 03.09.1982, s. 507-508.

⁹⁶ Dünya Sağlık Örgütü bağlamındaki düzenlemeler yumuşak hukuk (soft law) kapsamındadır. Mevzuat ve etkinlikler için bkz. Yves Beigbeder, *The World Health Organization: Achievements and Failures*, (NY: Routledge, 2018).

yorsa bu ülkeyle olan hudut, Cumhurbaşkanlığı kararıyla geçici olarak kapatılabilir.⁹⁷

Türkiye’de, 2020 yılında tüm dünyada yaşanan COVID-19 salgını sırasında özellikle umreden dönen yolcuların ülkeye girişlerinde gereken adımların atılmaması veya geç atılmasının salgının ülkede yaygınlaşması nedenlerinden biri olduğu akılda tutulduğunda bu hükmün önemi ortaya çıkmaktadır.

Hastalıklar ülke sınırlarından sadece kara ve hava yoluyla girmez. Deniz yolları, yolculuk süresinin uzunluğu ve araçların taşıma kapasitesinin fazlalığı dikkate alındığında bazen daha büyük bir risk barındırabilir.⁹⁸ Bu gerçek de kanun koyucu tarafından dikkate alınmış ve bu konuda daha ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Sınırların ve sahillerin sağlığının korunmasıyla ilgili çok sayıda hükmün (md. 29 vd.) yanı sıra, Sağlık Bakanlığı’na “bulaşıcı ve salgın hastalıklara neden olabilecek ve fenni olarak temizlenmesi olanaksız eşyanın gemilerden boşaltılmasını ve ithal edilmesini önlemek” (md. 50) ve “Türkiye’de ve yabancı ülkelerdeki bulaşık ve kuşku lu limanları ilan etmek” (md. 51) gibi yetkiler tanınmış; ayrıca limanlardaki yetkili personel ve ilgili mevzuata dair ek kurallara (md. 52-53) yer verilmiştir. Bunlardan başka, deniz yoluyla girişlere özgü bir hükümde (md. 49) “Türkiye limanlarına sairi ve salgın hastalıkların girişine mani olmak için alınacak önlemler” şöyle sıralamıştır:

- (1) Gemilerin tıbbi muayenesi,
- (2) Bulaşık olduğundan şüphe edilen yolcuların gözetim altında tutulması veya tecridi,

⁹⁷ Kanun’un 55’inci maddesi bu yetkiyi Bakanlar Kuruluna vermektedir. Fakat artık Bakanlar Kurulu olmadığı için bu atfın Cumhurbaşkanlığına yapıldığı kabul edilmelidir. Bunun dayanağı olan 477 sayılı Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (md. 72) için bkz. Resmî Gazete, 30468, 04.07.2018.

⁹⁸ Karantina sözcüğü de en önce yaygın olarak gemilerde kullanılmıştır. İtalyancada quarantina ‘kırk gün’ anlamına gelir. Ortaçağ’da gemiyle yolculuk yapanların bir yere ulaştıklarında kurt gün karaya çıkmaları yasak olduğu için sözcük böyle bir anlam kazanmıştır. Gemilerde sarı renkli bayrak karantina bayrağı olarak kabul edilirdi. Bkz. Zeki Akçam, Dil ve Folklor Malzemesi Olarak Ser’iye Sicilleri, (İstanbul: Hiperlink Yay., 2016), s. 68.

(3)Hastaların, karantina yerlerinde veya bulaşıcı hastalıklar hastanelerinde iyileşmelerine kadar tedavisi ve çevreleri için tehlike kalmayınca kadar tecridi,

(4)Gemilerin ve sağlık memurlarının gerekli görmeleri hâlinde temizlenmesi mümkün olan ticaret eşyası ve kişisel eşyanın ve gemi eşyasının ve hayvanların yok edilmesi,

(5)Yolcu ve mürettebata aşı veya serum uygulanması.

Dikkat edilecek olursa bu yetkiler, hava ve kara taşımacılığına ilişkin hükümlerin bir tekrarı gibidir. Belli ki, konunun önemine binaen ve tekrara düşme pahasına, deniz yollarına dönük bu vurguyu pekiştirmek tercih edilmiştir. Ayrıca bu bağlamda, söz konusu önlemlerin uygulanması için gereken sürenin tespit edilmesi ve gemilerin limanlarda tutulması konusundaki yetkinin hudutlar ve sahiller sıhhat memurlarında olduğu ifade edilmiştir. Bu türden bir belirleme, hava ve kara yollarıyla girişler bağlamında ifade edilmemiş ve her iki durumda da tutma süreleriyle ilgili herhangi bir üst sınır veya periyodik inceleme gerekliliği öngörülmemiştir. Bu noktanın keyfiliğe yol açabilecek bir boşluk olduğunu söyleyebiliriz. Öte yandan bu tür tedbirleri uygulayan memurların bilgilendirme yükümlülükleri, keyfi işlemlerine karşı yargısal yollar vb. türden koruyucuların da açıkça düzenlenmemiş olması, somut olayın koşullarına göre ihlal yaratabilir.⁹⁹ Bu noktada özellikle, yurda alınmayan kişilerin etkili başvuru haklarının önem taşıdığını¹⁰⁰ ve bu yolun -eğer sınır dışı etme söz konusu olacaksa- askıya alıcı etkisinin olması gerektiğini hatırlatmak gerekir.¹⁰¹

⁹⁹ Bu türden sorunlar Anayasa Mahkemesi tarafından “kanunun kalitesi” sorunu olarak ele alınır. Çok sayıda karar içinde örn. bkz. Ahmet Temiz başvurusu, AYM, 2013/1822, 20.05.2015, § 38. Bazen, bu terminolojiye başvurulmadan da içerik doldurulmaktadır: “Kanunla sınırlama ölçütü, sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfi davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta, bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır (§ 62). Kanunun, bu gerekliliklere uygun olduğunun söylenebilmesi için yeterince ulaşılabilir olması yani vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ayrıca ilgili normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerekmektedir. Bkz. Halime Sare Aysal başvurusu, §§ 62-63.

¹⁰⁰ Milen Kostov v. Bulgaristan, ECtHR, 40026/07, 03.09.2013.

¹⁰¹ M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, ECtHR, 30696/09, 21.01.2011, § 293.

B. Hastalıklarla Yurt İçinde Mücadele İçin Tedbirler

Bulaşıcı hastalıklar çoğu kez ülkeye girdikten sonra fark edilir. Bu nedenle ülke sınırlarındaki önleyici tedbirlere nazaran ülke içindeki mücadele çok daha önem taşır. Tehlikeli salgın hastalıklarla mücadele etmek ve halk sağlığını korumak devletin pozitif yükümlülüğüdür. Gerçi Anayasa'ya göre bireylerin de genel olarak bütün hak ve özgürlüklerini kullanırken (AY, md. 12/2) ve özel olarak çevre sağlığının korunmasında (AY, md. 56/1) topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları bulunmaktadır. Buna rağmen esas yükümlülük devlettedir. Bu yükümlülük uyarınca öncelikle devlet başkanının idari ve siyasi ödev ve sorumluluğu söz konusudur. Kuşkusuz başta sağlık olmak üzere içişleri, millî savunma, çevre ve şehircilik, tarım ve orman bakanlıkları gibi bakanlıklar da somut olayın koşullarına göre salgına karşı önleyici ve bastırıcı kolluk önlemlerini almak ve halk sağlığı konusunda bilinci yükseltmek noktalarında sorumluluk taşırlar.

Bütün bakanlıkların içinde Sağlık Bakanlığının yetkileri yaşamsaldır. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 361'inci maddesi, Sağlık Bakanlığı bünyesindeki Halk Sağlığı Genel Müdürlüğüne şu yetkileri tanımıştır:

“(a) Halk sağlığını korumak ve geliştirmek, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele etmek,

(c) Bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıklar ve kanser ile anne, çocuk, ergen, yaşlı ve engelli gibi risk gruplarıyla ilgili olarak izleme, sürveyans, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmak, bunlarla ilgili verilerin toplanmasını sağlamak, belirlenen hedefler doğrultusunda plan ve programlar hazırlamak, uygulamaya koymak, denetlenmesini sağlamak, değerlendirmek ve gerekli önlemleri almak.”

Tehlikeli salgın hastalıklarla mücadelenin duruma göre kişisel ve siyasal haklara müdahale edilmesini gerektirdiği (örneğin zorunlu tedavi, aşı vb. bağlamında maddi ve manevi bütünlük hakkı) dikkate alındığında, bu denli önemli bir yetkinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yoluyla tanınmış olması eleştiriye açıktır. Zira Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre temel haklar ancak kanunla sınırlandırılabilir. Yine Anayasa'nın (artık mülga) 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasına göre “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve

ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.” Dolayısıyla söz konusu yetkinin bir kanunda bulunması gerekmektedir.

Çerçeve nitelikteki yetkinin yanı sıra, mevzuatta bazı özel hükümler de bulunmaktadır. Bu bağlamda, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun bu konuya özgülenmiş “Memleket Dahilinde Sari ve Salgın Hastalıklarla Mücadele” başlıklı ikinci bölümünün anahtar hükmü, 72’nci maddedir. Kanunda sayılan ve Bakanlık tarafından da yenileri eklenebilecek hastalıklardan birinin veya bu yönde bir kuşkunun ortaya çıkması durumunda şu tedbirlerin alınması mümkün sayılmaktadır:

(1)Hasta olanların, hasta olduğundan kuşkulananların ve hastalığı taşıyıp yaydığı teknik inceleme ile belirlenenlerin, tekniğin gerektirdiği süre boyunca evlerinde veya sağlık ve teknik koşullara sahip yerlerde sağlık memurları tarafından tecrit ve gözetim altında tutulması,

(2)Hastalara veya hastalığa yakalananlara serum veya aşı uygulanması,

(3)Kişi, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve teknik olarak bulaşmaya maruz olduğu belirlenen bütün maddelerin temizlenmesi,

(4)Hastalık yayan böcek ve hayvanların yok edilmesi,

(5)Ülke içinde seyahat edenlerin gerekli yerlerde muayenesi ve eşyalarının temizlenmesi,

(6)Hastalığın bulaşma ve yayılmasına neden olan gıda maddelerinin tüketiminin ve kullanımının yasaklanması,

(7)İçinden bulaşıcı ve salgın hastalığa yakalanmış biri çıkan umumi yerlerin, tehlike geçinceye kadar kapatılması ve boşaltılması.

Genel nitelikteki bu tedbirlerin kimler tarafından hangi sürelerle, hangi koruyucularla ve hangi denetimlere tabi olarak yerine getirileceği konusu çok net değildir. Yetkiler, dağınık kanunların (örn. Belediye Kanunu, İl Özel İdaresi Kanunu, İl Genel İdaresi Kanunu vb.) çeşitli maddelerinde yer almaktadır. Bu dağınıklığın giderilmesi gerekir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu yönünden ise Bakanlığın genel yetkili olduğunu, sürenin ise tıbbi koşullara bağlı olarak somut olaya özgü değerlendirileceği ve yargısal denetim konusunda idari yargılama usul kurallarının geçerli olacağını varsayabiliriz.

Söz konusu tedbirlerin her biri, anayasa hukuku yönünden belli bir temel hakka nüfuz etmektedir. Anılan hükmün dışında diğer bazı maddelerde de yine temel haklar alanına giren başkaca tedbirler sayılmıştır. Bu tedbirleri dağınık şekilde sıralamaktansa anayasal perspektiften temel hak kapsamına göre ele alınmaları daha yerinde görünmektedir.

1. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

Özgürlük ve güvenlik hakkı (AY, md. 19) kişinin, iradesi hilafına tecrit altında tutulmamasını güvenceler. Kanun, tehlikeli salgın hastalık koşullarında belli kişilerin tutulabileceğini söylediği için bu konudaki hükümler, kişinin özgürlük hakkına dönük müdahale anlamı taşır.

a. Tutulabilecek Kişiler

Az önce ifade edildiği gibi 72'nci madde, üç kişi grubunun özgürlüğünden yoksun bırakılabileceğini ifade etmiştir:

- (i) Hastalar.
- (ii) Hasta olduğundan kuşulanılanlar.
- (iii) Hastalığı taşıyıp yaydığı teknik inceleme ile belirlenenler.

Anayasa'nın 19'uncu maddesinde tutulabilecek kişiler "hastalık yayabilecek kişiler" olarak ifade edilmiştir. Sayılan üç kişi kategorisi de bunu karşılamaktadır. Dolayısıyla bu kategorileştirmede Anayasa'ya aykırılık yoktur.

Bir kişi, bu kategorilerden birine girdiğini kendisi ifade etmedikçe, bu yöndeki belirlemeler, yüzeysel veya ayrıntılı bir inceleme yapılmasını gerektirir. Örneğin kızamık gibi dışarıdan bakıldığında anlaşılan bir hastalık için böylesi bir belirleme belki kolay olabilir fakat her hastalık için aynı şey söylenemez.

Sayılanlardan ilk kategoriye oluşturan "hastalar" ile son kategoriye oluşturan "hastalığın taşıyıcısı" olan kişiler için bir sağlık raporunun mevcut olması gerekir. Bu yönüyle bu kişilerin tutulması için gerekli koşul, akıl hastalarının tutulması için aranan "tıbbi rapor" koşuluna benzer.¹⁰² Fakat hasta olduğundan kuşulanılanlar kategorisi için böylesi bir rapor zorunlu sayılmayabilir. Maddede, kuşunun düzeyine dair bir belirleme yapılmamıştır. Bu noktada nesnel bir gözlemciyi ikna edecek düzeyde kuşkuyu, yani "makul şüphe" ölçütünü yeterli saymak gerekir.¹⁰³ Zira ceza muhakemesi bağlamında gözaltı için dahi geçerli olan bu şüphe düzeyinin, teması hâlinde çok kişiyi hasta edebilme riskinin bulunduğu bir koşulda evleviyetle geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

¹⁰² Akıl hastalarının tutulması için rapor şartı hakkında bkz. Şirin., s. 133.

¹⁰³ Bu ölçüt hakkında bkz. Ibid., s. 107.

Örneğin bulaşıcı hastalık taşıyan biriyle temas kuran biri, henüz bir sağlık raporu olmasa bile hasta olduğundan kuşkulanan kişi sayılabilir.

Bu konuda tartışmalı olan bir diğer nokta da hasta olmayıp sadece taşıyıcı olan kişi kategorisinin, yurtdışından girerken tutulmalarına izin verilenler (md. 49 ve 56) arasında sayılmamış olmasıdır. Bu bir eksiklik olarak kaydedilebilecekse de, özellikle salgın hastalıkların bulunduğu ülkelerden gelen yolcuları, hastalığı olduğundan kuşkulanan kişi olarak kabul etmek ve onların da bu çerçevede tutulmalarını mümkün saymak gerekir. Gelgelelim bu yorum, özgürlükten yoksun bırakmanın hukuk-sallığı ve belirlilik ilkesi yönünden sorunlara yol açabilir. Bu nedenle mevzuatta değişikliğe gidilmesinde ve bu noktanın net hâle getirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Son olarak; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, anılan kişilerin dışında, özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında kuduz hastalığına kapılan kişilere dair özel bir hüküm (md. 75) getirmiştir. Buna göre kuduz olan veya kudurmuş olduğundan şüphe edilen hayvanlar tarafından ısırılmış olanların, vakit kaybetmeden en yakın kuduz tedavi kurumuna gönderilmesi zorunludur. Bu maddede ayrıca dönemin koşullarına göre sosyal nitelik arz edecek bir düzenlemeyle bu durumda olan kişilerden fakir olanların yol masraflarının belediyeler, köy sandıkları ve il özel idarelerince karşılanacağı da ifade edilmiştir.

Bir kişinin durdurulması ve belli kurumlara zorla götürülmesi, özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale teşkil eder.¹⁰⁴ Fakat istemsiz kas seğirmesi ve kaslarda sertleşme, kasılmalar, ağızda köpürme, tutarsız davranışlar, halüsinasyon görme, kafa karışıklığı ve saldırganlık gibi semptomlar gösteren kuduz hastalığının kendine özgü niteliği, böylesi bir müdahaleyi haklı çıkarmaktadır. Bununla birlikte şu soru gündeme gelmektedir: Kanun, kuduz hastalığı için “zorla götürme” tedbiri öngörmüşken acaba diğer hastalıklar için bu türden bir hükme neden yer vermemiştir? Başka bir deyişle, kanunun sadece kuduz için zorla götürme tedbiri öngörmüş olması, diğer hastalıklar için böyle bir tedbirin uygulanamayacağı anlamına mı gelir? Bu sorunun yanıtı net değildir. Bunun da netleştirilmesi zorunluluktur.

¹⁰⁴ Örnekler için bkz. Şirin, s. 29-32.

b. Tutulma Süreleri

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, salgın hastalıklarla mücadele için alınabilecek tedbirlere dönük süre belirlemelerinde bulunmamıştır. Madde 72/1 hükmüne bakıldığında özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin “fennen icap eden müddet”, yani tekniğin gerektirdiği süre boyunca uygulanabileceği görülmektedir. Yani bu süre, hastalığın tıbbi özellikleri ve somut olayın koşullarına göre belirlenecektir. Bu tercih, ilk bakışta anlaşılır durumdadır. Anayasa’da suç kuşkusuyla tutulanlar için azami süreler öngörmüşse de tehlikeli salgın hastalıklarla ilgili herhangi bir sınır getirilmemiştir. Bu, zaten mümkün de değildir. Her hastalığın kuluçka, testlere yanıt verme, tedavi süreleri farklı olabilir. Süreler, bilimin gelişim düzeyine ve koşulların değişkenliğine göre farklılaşabilir. Örneğin COVID-19 hastalığının anlaşılması yani virüsün insan bedenine girdikten sonra etki gösterme (kuluçka) süresi olarak azami 14 gün tespit edilmiştir.¹⁰⁵ Bu, başka bir hastalık için farklı olabilir. Dolayısıyla kanun koyucunun süreleri ucu açık bırakması *prima face* anlaşılır görünmektedir. Fakat herhangi bir azami süre belirlemesi yapılmamasının ve/veya uzun süre özgürlüğünden yoksun bırakılacak kişilerin keyfî tedbirlere karşı korunmasına dönük ek hükümlere yer verilmemiş olmasının bir sorun olduğu kaydedilmelidir. Zira bu tür kısıtlamalar “şartlar elverdiği anda kesilmesi gereken geçici bir önlem” niteliğindedir ve bu sürelerin izlenen meşru amaçla orantısız olması hak ihlali yaratabilir.¹⁰⁶ Azami süre düzenlenmese bile, tutukluluk incelemelerinde olduğu gibi salgın hastalık nedeniyle tutulan kişinin sağlık ve temas durumuna dair periyodik inceleme sürelerinin net şekilde düzenlenmesi önerilir.

Anayasa’nın 13’üncü maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere dönük müdahalelerin “ölçülü” olması bir zorunluluktur. Kanunun, yürütmeye, orantısız uygulamalara veya keyfiliğe yol açabilecek denli geniş bir takdir bırakması ölçülülük bağlamında hukuk devleti ilkesi (md. 2) ve 13’üncü madde hükümlerinin ihlaline neden olabilir. Bu durum aynı zamanda, Anayasa Mahkemesinin geleneksel içtihadı uyarınca Anayasa’nın 7’nci maddesindeki “yasama yetkisinin devredilmezliği” kuralının ihlali olarak da görülebilir.

¹⁰⁵ Stephen Berger, COVID-19, MERS and SARS: Global Status, (California: GIDEON, 2020), s. 6-7 ve 50.

¹⁰⁶ Kuimov v. Rusya, ECtHR, 32147/04, 08.01.2009, § 96.

Son olarak tutulma sürelerinin uzunluğunun kişinin ailesiyle olan temasına dönük sorunlara da yol açabileceği akılda tutulmalıdır. Bu müdahalenin özellikle aile yaşamına saygı hakkını ihlal etmemesi için bu konuda yasal düzenleme (örn. telekonferans yoluyla görüşme vb.) getirilmelidir.

c. Tutulma Mekânları

Bir kişinin tutulma koşulları kural olarak özgürlük ve güvenlik hakkıyla ilgili değildir. Bu, somut olayın koşullarına göre yaşam hakkı, işkence yasağı veya özel yaşama saygı hakkı gibi haklarla ilgili bir meseledir.¹⁰⁷ Buna karşılık, tutma tedbirinin keyfi olmaması için özgürlüğe müdahaleden sonraki şartlara yer verilmesi önemlidir. Kanun'un 72'nci maddesi bulaşıcı hastalık nedeniyle tutulacak kişilerin, evlerinde veya sağlık ve teknik koşullara sahip yerlerde tecrit ve gözetim altında tutulacağını ifade etmiştir. Deniz yoluyla ülkeye girişlerde (md. 49) tutmanın, karantina yerleri veya bulaşıcı hastalık hastanelerinde olacağı söylenmiştir ama diğer hükümlerde böyle bir sayma yoktur. Dolayısıyla kişinin evinde mi yoksa başka bir yerde mi tutulacağını takdiri, uygulamacıya bırakılan bir mesele gibidir. Fakat bu konunun öngörülebilir kılınması önem taşır. Zira 2020'de COVID-19 salgını sırasında öğrencilerin gece yarısı apar topar öğrenci yurtlarından tahliye ettirilip, umreden gelen kişilerin gerekli koşullar sağlanmadan buralara yerleştirilmeye çalışılması örneği hâlâ hatırlardadır.¹⁰⁸ Mevzuatta, tutma mekânları ve koşullarına ilişkin hükümler eksiktir. Konu, oldukça geniş bir şekilde yürütmenin takdirine bırakılmıştır.

Buna karşın bu takdirin de tabii olduğu iki yasak vardır.

Tutulma Yasağı Olan Yerler- Kanun'un 73'üncü maddesine göre bulaşıcı hastalığa yakalanan kişilerin tecrit ve tedaviye uygun nitelik ve koşulları bulunan özel yerleri olmayan okul, fabrika, imalathane ve çok kişinin yararlandığı yerlerde tutulmaları yasaktır.

Evde Tutma Yasağı- Kanun'un 73'üncü maddesine göre (i) kolera, veya ruam hastalığına yakalanmış olanlar ve (ii) buldukları yerlerde tecridi mümkün ve yeterli görülmeyen kişiler için "evde tecrit yasağı" vardır.

¹⁰⁷ Şirin, s. 54.

¹⁰⁸ Bu konuda bkz. 16 Mart 2020 tarihli basın.

Bu hükümlerde dikkat çeken nokta, yasakların hastalığa “yakalanan” kişiler için getirilmiş olmasıdır. Hatalığın taşıyıcısı olan veya henüz hastalığa yakalandığı tespit edilmemekle birlikte kuşku altında bulunan kişiler için böyle bir yasak öngörülmemiştir. Bu boşluk, ulaşılmak istenen amaç yönünden sorun yaratabilir.

ç. Zorla Tutulanların Tazminat Hakkı

Anayasa'nın 19'uncu maddesinin son fıkrasına göre, özgürlük ve güvenlik hakkına dönük anayasal esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre Devletçe ödenir. İnsan Hakları Sözleşmesi'nin md. 5/5 hükmünde de yer alan bu kural, temel hakka dönük güvencenin ihlalinden kaynaklanan zararın giderilmesini isteme hakkı getirmektedir. Normal şartlarda bu hak yönünden devletin böylesi bir tazminat yükümlülüğü, bir ihlal varsa söz konusudur. Bu hüküm uyarınca, eğer tedbirler Anayasa'ya uygunsuz devletin tazminat yükümlülüğü doğmayacaktır. Fakat Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, sosyal bir yaklaşımla ve belki de mülkiyet hakkını gözeterek herhangi bir ihlal olmayan durumlarda dahi ihtiyaç duyan kişilerin belli zararlarının tazmin edilmesini öngörmüştür.

Kanun'un 83'üncü maddesine göre bir tesiste veya evlerinde zorla tecrit edilen kişiler ile bazı mesleki sanatların uygulanmasından yasaklanan kişilerden ihtiyaç duyanların geçinme giderleri Hükümetçe karşılanır. Bu oldukça olumlu anlam taşıyan hüküm, sosyal devlet ilkesine vücut vermek için bir olanak sunmaktadır. Kamu külfetleri karşısında en azından mali yönden zor duruma düşecek olanların zararının giderilmesine dönük bu hüküm, Anayasa'ya uygun yorumla geniş şekilde yorumlanmalıdır. Ayrıca bu konunun somut olayın koşullarına göre mülkiyet hakkıyla ilgili bir yönü olduğu unutulmamalıdır. Kişilerin bu tedbirlerden dolayı iş, maaş veya meşru beklenti kaybı yaşamaları olası olduğu gibi, bazı stokların çürümesi vb. türden zararlarının giderilmesi mülkiyet hakkının gereği olabilir.

2. Kişisel Özerklik Hakkı

Kişisel özerklik hakkı, Anayasa'nın tek bir maddesinde düzenlenmiş değildir. Anayasa'nın Başlangıç kısmında (§6) ve 17'nci maddesinde ifade edilen, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı,

bünyesinde bireysel özerkliği de içerir.¹⁰⁹ Kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüyle ilgili olan bu özerkliğin, Anayasa'nın 20'nci maddesinde de yer alan özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkına bakan bir yönü de vardır. Dolayısıyla bu iki hakkın bütünleşik olarak kavranması mümkündür.¹¹⁰ Bu bakımdan, “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” (md. 17/2) ve “herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir” (md. 20/1) biçimindeki güvenceler yaşamsaldır. Fakat daha önce de söylendiği gibi özel yaşama saygı hakkı genel sağlık veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlandırılabilir.¹¹¹

a. Bedensel Bütünlük

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda bu hakka dönük bazı müdahaleler öngörülmüş gibidir.¹¹² Kanun'da salgın hastalığa dönük bir ihbar (md. 65) veya kuşku (md. 66) üzerine hastalık incelemesi yapılabileceği ifade edilmektedir. Böylesi bir incelemenin hastalığın türüne göre muayene, vücut ısısını ölçme, kültür alma gibi tedbirleri içerdiği düşünülebilir. Gerçi sınırdan giriş yapanlar için “tıbbi muayene” yetkisi açıkça sayıl-

¹⁰⁹ Betül Aslan, Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Özel Gelişme Hakkı, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2009). İçtihatla güncel ve yerinde kullanımı için bkz. Ayrıca bkz. AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, T. 10.03.2011. Engin Yıldırım'ın karşıoy yazısı.

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru davalarında Sözleşme'nin 8'inci maddesinde yer alan hakkı md. 17 ile 20 arasında paylaştırmaktadır. Bkz. Gülay Arslan Öncü, Özel Yaşama Saygı Hakkı, (Ankara: Avrupa Konseyi, 2019), s. 25.

¹¹¹ Karş. Resul Kocatürk başvurusu, § 47-48.

¹¹² Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uyarınca salgın hastalıktan ötürü ölen kişilerin cenazelerinin defnedilmesinden önce bir hekim tarafından muayene edilmesinin (md. 71) ve ilgili memurların denetimi altında tabutlanıp defnedilmesinin (md. 82) zorunlu tutulması, bir “sınırlama” değil, “düzenleme” olarak algılanmalıdır. Ancak bu düzenlemenin uygulaması sırasında herkesin yakınlarını gömme hakkına sahip olmasının özel yaşama saygı hakkının bir parçası olduğu bilinmelidir. Bu konuda Strazburg organlarının önem taşıyan belirlemeleri için bkz. Girard v. Fransa, ECtHR, 22590/04, 30.06.2011; Patrova v. Letonya, ECtHR, 4605/05, 24.06.2014, §§97-98; Maskhadova ve diğerleri v. Rusya, ECtHR, 18071/05, 06.06.2013, §§ 236-238. Anayasa Mahkemesi özelinde ise bkz. Beşir Doğan başvurusu, AYM, 2013/2335, 15.12.2015; Ahmet Çilgin başvurusu, AYM, 2014/18849, 01.12.2014.

miş olmasına rağmen burada böylesi bir ifadeye yer verilmemiş olması, keza tıbbi muayene yetkisinin vücuttan bir numune alınmasını da kapsadığı varsayımı epeyce tartışmalıdır. Bu türden bir müdahale, aşı gibi uygulamalardan daha az riskli sayılabilir.¹¹³ Dolayısıyla bu hükme açıklık kazandırılmasında yarar vardır. Beden bütünlüğüne dönük bir tedbirin böylesi belirsiz bir hükümlerle düzenlenmesi yerinde değildir ve önceki sayfalarda dile getirilen “kanunun kalitesi” sorunu bu noktada da görünür olmaktadır. Böyle bir düzenlemenin yapılmasında, Anayasa’nın az önce değinilen hükümleri uyarınca bir engel yoktur. Zorunlu tarama uygulamaları, halk sağlığını korumaya yönelik meşru amaca hizmet eder niteliktedir.¹¹⁴ Fakat test ve benzeri türden tedbirlerin uygulanma şeklinin insanlık dışı muamele yasağı kuralına uyması gerektiği bilinmeli ve buna uygun hükümler kanuna eklenmelidir.¹¹⁵

Kanunun kalitesi sorunu, özel yaşama saygı hakkı bağlamında özellikle “zorunlu aşı” tedbiri bağlamında gündeme gelmektedir. Anayasa Mahkemesine göre zorunlu aşı uygulaması bir tıbbi müdahaledir. Tıbbi müdahaleler, “hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerdir.” Mahkemeye göre “bu kapsamda, birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi şeklindeki aşı uygulaması, müdahalenin boyutundan bağımsız olarak vücut bütünlüğüne bir müdahale” oluşturur.¹¹⁶

¹¹³ Kanun’un 67’nci maddesi konuya girme durumunda muayene etmekten bahsettiği için bu bağlamda ifade edilen inceleme yetkisinin pekâlâ muayeneyi de içerdiği söylenebilir. Ayrıca bu bağlamda bkz. yeni doğan çocuklara “zorunlu aşidan farklı olarak zorunlu topuk kanı uygulamasının daha düşük bir müdahale olarak kabul edildiği (ayrıca Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 3 ve 151’nci maddelerinin kanuni temel olduğunun kabul edildiği) Muhammet Ali Bayram başvurusu, § 83 vd.

¹¹⁴ Acamanne ve diğerleri v. Belçika, ECtHR, 10435/83, 10.12.1984.

¹¹⁵ Bkz. Jalloh v. Almanya, ECtHR, 54810/00, 11.07.2006.

¹¹⁶ Halime Sare Aysal başvurusu, § 52. Bu konudaki temel Strazburg içtihadı için bkz. Boffa ve diğerleri v. San Marino, ECtHR, 26536/95, 15.01.1998, § 4; Solomakhin v. Ukrayna, ECtHR, 24429/03, 15.03.2012, §§ 33-38. Öğretide bkz. Korkut Kanadoğlu, “Zorunlu Aşının Anayasallığı”, LexPera Blog, 20.02.2020. <https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asinin-anayasalligi/> Turhan Mine Kasapoğlu, “İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması”, Hacettepe HFD, 9(1), 2019, ss. Mithat Kara, “Anayasa Mahkemesi’nin Zorunlu Aşıya Yaklaşımı”, Anayasa Mahkemesi’nin

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun birden çok maddesinde (md. 49/1/6, 54/1/2 ve 72/1/2) serum ve aşı uygulamalarına ilişkin farklı hükümlere yer verilmiştir. Ülkeye deniz yoluyla giren yolcu ve mürettebat, özel bir hastalık ayırımı yapılmaksızın bulaşıcı ve salgın hastalıkların önlenmesi için serum ve aşı uygulaması yapılacağı (md. 49/1/6) öngörülmüştür. Bu hem tedbirin uygulanacağı kişiler hem de hastalık kategorileri yönünden Kanun'daki en kapsamlı düzenlemedir. Kanun'da, komşu ülkelerden ülkeye kara (md. 54/1/2) ve herhangi bir yerden hava (md.56) yoluyla girecek yolculara da aşı ve serum uygulanacağı söylenmişse de bu, gelinen ülkede 37'nci maddede sayılan hastalıklardan birinin ortaya çıkması koşuluna bağlı tutulmuştur. Bu hükümlerde, deniz yoluyla girişlerden farklı olarak, yolcuların dışında "mürettebat" için serum ve aşı tedbirine yer verilmemiş olması dikkat çekmektedir. Kanun'un md. 72/1/2 hükmünde ise yurt içi ve dışı ayırımı yapılmaksızın hastalara ve hastalığa maruz bırakılanlara serum ve aşı uygulanması öngörülmüştür. Bu hükümde ise henüz hasta olmayanlar için bir düzenleme yoktur. Dahası, bu hüküm de, uygulamanın gerçekleştirilmesini, 57'nci maddede sayılan hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphelenilmesi koşuluna bağlanmıştır. Bu karmaşık durum şöyle bir görüntü ortaya çıkarmaktadır:

| Madde | Serum ve Aşı Uygulanabilecek Kişiler | Koşullar |
|--------------|---|---|
| Md. 49/1/6 | Ülkeye deniz yoluyla giren yolcular ve mürettebat | Bulaşıcı veya salgın hastalık şüphesinin varlığı. |

Zorunlu Aşı Kararı Konferansı (22 Aralık 2016), (İzmir: İzmir Tabip Odası Yayınları, Nisan 2017), s.45.

Benzer yaklaşım Strazburg içtihatlarında da görülmektedir. Mahkeme, AYM'ye ilham kaynağı olan içtihatlarından ayrı olarak sağlık konusunda risk taşıyan aşılardan reddedilme olasılığına açık kapı bırakmış ve fakat dinsel gerekçelerle zorunlu aşı reddini kabul etmemiştir. Kişilerin deneysel tedavileri reddetme hakları vardır. Bkz. Hriztozov ve Diğerleri v. Belçika, ECtHR, 47039/11, 13.11.2012. Dinsel gerekçeyle aşı reddi kabul edilmeyebilir. Bkz. Yehova'nın Şahitleri Moskova ve Diğerleri v. Rusya, ECtHR, 302/02, 10.06.2010.

| | | |
|---------------|--|--|
| Md. 54/1/2 | Ülkeye kara ve hava yoluyla giren yolcular | Madde 37’de yer alan hastalıklardan birinin varlığı. |
| Md. 72/1/2 | Hasta ve hastalığa maruz bulunan kişiler | Madde 57’de yer alan hastalıklardan birinin varlığı veya varlığından şüphe edilmesi. |

Bu hükümler uyarınca deniz yoluyla giren yolculara ve mürettebata herhangi bir bulaşıcı veya salgın hastalığın bulunduğu şüphesiyle aşı ve serum uygulamak mümkündür. Gelgelelim kara ve hava yoluyla giriş durumlarında, sadece 37’nci maddede sayılan hastalıklardan birinin varlığı hâlinde ve sadece yolculara serum ve aşı uygulanabilecektir. Anılan hüküm, mürettebatı ve 37’nci maddede yer almayan hastalıkları göz ardı etmiş, ayrıca bu maddede sayılan hastalıkların varlığının ötesinde “şüphe” koşuluna yer vermemiştir. Bu eksikliğin genel nitelikteki 72’nci madde ile tamamlanabileceği düşünülebilir. Fakat bu hükümde de uygulama yapılabilecek kişilerin hastalar ve hastalığa maruz bulunanlarla sınırlandırılmış olması, tedbirin hastalık şüphesi altındakiler için uygulanmasına engel olmaktadır. Öte yandan, hastalar ve hastalığa maruz bırakılanlar için dahi söz konusu hastalığın 57’nci maddede sayılanlardan biri olmaması durumunda belirsizlik vardır. Gerçi Kanun’un 64’üncü maddesi, benzer türden farklı hastalıkların ortaya çıkması durumunda bu hastalıkların ilan edilmesi ve Kanun’da öngörülen bütün tedbirlerin aynen alınması konusunda Sağlık Bakanlığını yetkili kılmıştır ama Anayasa Mahkemesi bir kararında, bu düzenlemeyi göz ardı etmiş ve 57’nci maddede sayılan hastalıkların dışında kalan hastalıklar için aşı uygulanamayacağını söylemiş gibidir.¹¹⁷

Bu içtihadın sıkı yorumlanması durumunda bugün Türkiye’deki önleyici aşı uygulamalarının büyük bir kısmı normatif dayanaktan yoksun kalmaktadır. Tehlikeli salgın hastalık koşullarında böylesi bir eksikliğin büyük tehditlere yol açabileceğinin vurgulamak gerekir. Mahkeme, anayasa şikâyeti yoluyla sonuca bağladığı iki farklı zorunlu aşı kararında

¹¹⁷ Burada “gibidir” sözcüğü bilinçli olarak kullanılmıştır zira Mahkeme’nin dili yeterli açıklıkta değildir. Bkz. Halime Sare Aysal başvurusu, § 71. Sonradan Muhammed Ali Bayram Başvurusu, § 78.

bu sorunun altı çizmiş, hatta “kanuni düzenlemenin, söz konusu sınırlamaya ilişkin temel çerçeveyi ortaya koymakla birlikte özellikle uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakması”nın mümkün olduğunu söylemiş olmasına rağmen yasama organı hâlâ gerekli adımları atmamıştır.¹¹⁸

Söz konusu boşluğun eğer, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin yerine getirilen 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (md. 361) ve buna bağlı olarak çıkarılan kanun altı düzenlemeler gibi genel nitelikteki hükümlerle doldurulacağı düşünülüyorsa, bu düşüncenin Mahkeme'nin şu belirlemesi ışığında kavranması gerektiği hatırlatılmalıdır:

“Halk Sağlığı Kurumu tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen ve aşı uygulamasının kanuni dayanağı bağlamında yer verilerek halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi; bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk grupları ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapılması görevini Halk Sağlığı Kurumuna verdiği belirtilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağı açıktır.”¹¹⁹

Başka bir deyişle, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 361 ile birebir aynı hükümleri içeren 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasındaki şu hükümler, Anayasa Mahkemesince zorunlu aşı uygulaması için yeterli görülmemiştir:

“(2) Kurumun görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır;

(a) Halk sağlığını korumak ve geliştirmek, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele etmek,

¹¹⁸ Halime Sare Aysal başvurusu, § 66. Olası bir düzenlemede çocukların ve akıl hastalarının durumunun da mutlaka dikkate alınması gerekir. Bu konuda özellikle bkz. Muhammed Ali Bayram Başvurusu, op. cit. Ayrıca 03.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanun ile uygun bulunarak Onay Kanunu 20.04.2004 tarihinde yürürlüğe giren Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi) md. 5, 6 ve 8.

¹¹⁹ Halime Sare Aysal başvurusu, § 73.

(c) Bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıkla ve kanser ile anne, çocuk, ergen, yaşlı ve engelli gibi risk gruplarıyla ilgili olarak izleme, sürveyans, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmak, bununla ilgili verilerin toplanmasını sağlamak, belirlenen hedefler doğrultusunda plan ve programlar hazırlamak, uygulamaya koymak, denetlenmesini sağlamak, değerlendirmek, gerekli önlemleri almak, bu konuda politika ve düzenlemelerin oluşturulması için Bakanlığa teklifte bulunmak,

Bu yetersizlik, öncelikle, düzenlemenin bir kanun hükmünde kararname olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre bir temel hak ve özgürlük KHK ile sınırlandırılmaz; ayrıca Anayasa'nın (mülga) 91'inci maddesine göre "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17'nci maddenin de yer aldığı birinci bölümde yer alan bir temel hak KHK ile düzenlenemez. Dolayısıyla bu hükmün KHK'de olması dahi başlı başına bir sorundu. Bu gerçeğe rağmen neredeyse hüküm, KHK'ler ile aynı konu sınırlamasına tabi bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmiştir. Mahkeme kararına rağmen bile isteye Anayasa'ya aykırı adım atılması kabul edilebilir değildir.

Söz konusu düzenlemenin bir kanunda yer alması durumunda kanunun kalitesi itibarıyla yeterli olup olmayacağı ise net yanıtlanmamıştır. Dolayısıyla bu hükmün, daha da ayrıntılı kılınarak ve öngörülebilir hâle getirilerek bir kanun hükmüne dönüştürülmesi gerekir.

Yasama organının bu ihmeline rağmen, rıza hilafına aşı uygulamasını doğuran yasal boşluk olsa olsa Anayasa'nın doğrudan uygulanması yoluyla "tıbbi zorunluluk hâline" gönderme yapılarak doldurulabilir. Zira Mahkeme'ye göre "hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı, ancak müdahalede bulunulmaması durumunda telafisi güç zararların doğacağı" durumları kapsamaktadır. Tehlikeli salgın hastalık koşullarında zorunlu aşı uygulaması, aksi durumun böylesi bir telafisi güç zarar yaratacağı düşüncesiyle haklı çıkarılabilir.¹²⁰ Fakat bu noktada da terazinin bir tarafına aşının yan etkilerini ve diğer tarafına hastalığın halk sağlığı için tehlike düzeyi ile böylesi bir zorlamanın zorunluluk düzeyi ve

¹²⁰ Tehlikeli salgın hastalık koşullarında aşından sakınan kişilerin geri dönlmez risk yaratması karşısında risk altındaki bir kişinin yapacağı bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) yoluyla Mahkeme'nin tedbir ve yasama organına çağrı kararı vermesi olasılık dâhilinde sayılmalıdır.

aşının başarı olasılığı konmalıdır. Bireysel iradenin tamamen dışlanması önem taşıyor fakat bu noktada bilimsel verilerin, dengelemenin kalbinde yer aldığı unutulmamalıdır.

b. Aile Yaşamına Saygı Hakkı

Tehlikeli salgın hastalık koşullarında kişilerin karşı karşıya oldukları izolasyon koşulları, özellikle sosyal ilişkilerinde kısıtlamalara yol açabilir. Bu, özellikle de aile yaşamına saygı hakkına dönük bir müdahale oluşturduğunda ağır sonuçlara neden olabilir. Örneğin bir kişinin karantina altında tutulmaya zorlanması durumunda, eğer bu süre çok uzarsa, bakmakla yükümlü olduğu çocuklarının durumu yaşamsal önem kazanır.¹²¹ Benzer şekilde, mahpus durumda olan kişilerin yakınlarıyla görüşmelerine dönük kategorik yasaklar da bazı ihlallere neden olabilir. Bu nedenle İtalya örneğinde olduğu gibi böyle durumdaki kişilere (mahpuslar dahil) e-mail yoluyla iletişim kurma, Skype gibi programlarla görüşme yaptırma gibi olanaklar sağlanmalıdır. Bunlar, tutuklu kişilerin avukatlarıyla görüşme hakları bağlamında adil yargılanma hakkının gerekleri yönünden de önem taşıyan, uygulaması denenmiş ve kolay tedbirlerdir.

c. Kişisel Verilerin Korunması

Tehlikeli salgın hastalıkların baş göstermesi, hasta, hastalık taşıyıcısı veya hastalık kuşkusu bulunan kişilerin denetim altında tutulmasını gerektirir. Bu durum, özellikle gelişen internet teknolojileriyle birlikte kişilerin cep telefonları yoluyla buldukları yer bilgisinin belli bir sistemde toplanıp izlenmesi şeklinde bir uygulamaya kapı aralamıştır. Ayrıca bazı ülkelerde yine cep telefonu uygulamaları yoluyla hasta verilerinin toplanması ve bu yolla salgının coğrafi ve sayısal yönden yayılma kapsamı belli veriler anonim kılınarak tespit edilmektedir. Öte yandan böyle zamanlarda, kişilerin seyahat ettiği ülkelerin resmî makamlara bildirilmesi yükümlülüğü vb. türden ek yükümlülükler, ölçülülük koşuluna uyulması kaydıyla getirilebilmektedir.¹²²

¹²¹ Bkz. Koimov v. Rusya, op. cit.

¹²² Bu konularda sık sorulan sorulara yanıt veren bir rehber için bkz. European Data Protection Board, "Statement on the Processing of Personal Data in the context of the COVID-19 Outbreak", <https://tinyurl.com/v6hd7mu>

Genel sağlığın korunması amacı için meşru sayılabilecek bu tedbirlerin özel yaşama saygı hakkına bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Temel hakka keyfi şekilde müdahale edilmemesi ve anılan verilerin keyfi şekilde kullanılmaması için bu konuda oldukça ayrıntılı yasal bir mevzuata gereksinim duyulmaktadır. Bu bağlamda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza etme gibi temel ilkeler ile işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde ise söz konusu kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesine dönük bazı hükümlere yer vermektedir. Tehlikeli hastalıklarla mücadelede Kanun'un, aydınlatma yükümlülüğü, gizlilik, veri minimizasyonu gibi kişisel verilerin korunması için hassas noktalara dikkat edilerek uygulanması durumunda ihlal sonucu ortaya çıkmayabilir. Fakat aksi durumlarda örneğin özellikle çalışma hayatında, gerekmediği hâlde hastalanan ekip çalışanın hastalık durumu vb. bilgilerinin diğer çalışanlarla paylaşılması vb. türden uygulamaların bazı sorunlara yol açabileceği akılda tutulmalıdır.¹²³

Hastalanmış kişilerin ve hatta temas kurmuş kişilerin (potansiyel hastaların) cep telefonlarındaki konum bilgilerinin kullanılması, bunların anonimleştirilmesi ve gerekli güvencelerin bulunması koşuluyla mümkün olabilir.¹²⁴ Bu konunun mevzuatta spesifik hâle getirilmesi önerilir.

ç. Çalışma Yaşamı

Anayasa Mahkemesine göre özel yaşama saygı hakkının bir diğer yönü de kişinin kendisini çalışma yaşamında gerçekleştirmesidir.¹²⁵ Bu özgürlük, 1982 Anayasası'nın 48'inci maddesinde de "çalışma ve söz-

¹²³ Bu konuda temel eser olarak bkz. Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, (Ankara: Turhan Yay., 2010).

¹²⁴ Uygulamanın etkililiği adına Anayasa Mahkemesinin bu konudaki ilkesel kararı için bkz. AYM, E. 2016/125, K. 2017/143, T. 28.09.2017. Bu konuda Almanya'daki güncel tartışma için bkz. Sebastian Bretthauer, "Datenschutz versus Katastrophenschutz Standortdaten als Mittel zur Bekämpfung der Corona-Pandemie", Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/datenschutz-versus-katastrophenschutz/>

¹²⁵ İçtihatlar için bkz. Arslan Öncü, ss. 73-75.

leşme hürriyeti” başlığı altında düzenlenmiş bir konudur.¹²⁶ Özel yaşama saygı hakkının özel bir görünümü olan çalışma özgürlüğü aynı maddede sözleşme özgürlüğü ile birlikte düzenlenmiştir. Buna göre:

“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 76’ncı maddesi bu özgürlüğe dönük bir müdahale öngörmüştür. Bu hüküm, günümüzün Türkçesiyle ifade edecek olursak şu şekildedir:

“Çevresinde bulunanlara bulaşıcı ve salgın hastalıklardan birini geçirmeye araç olduğu kesin olan kimseler, geçici olarak ve bu ortadan kalkıncaya kadar meslek sanatlarının uygulanmasından hıfzıssıhha meclisleri kararıyla yasaklanır.”¹²⁷

Genel olarak özel yaşama saygı hakkına, özel olarak işin niteliğine bağlı olarak çalışma veya özel girişim özgürlüğüne dönük bir müdahale oluşturan bu hüküm, hasta olduğundan kuşkulanan kişiler için değil, bulaşıcı hasta veya bulaşıcı hastalığı başkalarına geçireceği (taşıyıcı) kesin (!) olan kişilerle ilgilidir. Dolayısıyla bu hükme dayanarak, bazı sektörlerde (örn. eğlence sektöründe vb.) genel çalışma yasağı, yani genel işyeri kapatma tedbiri getirilemez. Çünkü hüküm tekil durumlarla ilgilidir. Böylesi bir yasağın tekil durumlara uygulanması için ise “Enhorn kriterleri”nin uygulanması, yani bir sağlık raporunun alınması ve bu müdahalenin son çare olarak uygulanması gerekir. Hükümde yer alan “kesin” ifadesi bu kriterlerin karşılığı olarak kavranabilir. Öte yandan böyle bir müdahaleyle karşılaşan kişilerden, ihtiyaç duyanların geçinme giderlerinin ödenecek olması (md. 83) da hakkın özünü koruyacak ve müdahalenin ölçülü olmasını sağlayacak bir faktördür. Bu bağlamda aksi yönde bir çıkarım, olsa olsa hükümde geçen “kimseler” ifadesinin “tüzel kişileri” kapsayacak düzeyde geniş algılanmasıyla mümkün olur.

¹²⁶ Anayasa’nın 55’inci maddesi işsizliğe karşı bir anlam taşımakta ve bu nedenle sosyal bir hak olarak çalışma hakkını düzenlemektedir.

¹²⁷ “Etrafında bulunanlara sari ve salgın hastalıklardan birini nakle vasıta olduğu muhakkak olan kimseler muvakkaten ve bu zail oluncaya kadar meslek san’atlarının icrasından hıfzıssıhha meclisleri kararıyla menolunur.”

Bundan başka, Kanun'un 127'nci maddesi uyarınca bulaşıcı hastalığı olduğu belgelenenler, alınacak bir raporla hastalıklarının iyileştiği belgeleninceye kadar gıda üretim ve satış yerleri ve toplu tüketim yerleri ile insan bedenine temasın söz konusu olduğu temizlik hizmetlerine yönelik sanatların uygulandığı iş yerlerinde çalışamaz ve çalıştırılmazlar.¹²⁸ Çalışanlar hastalıkları konusunda işverene bilgi vermekle yükümlü kılınmıştır. Dahası bu iş yerlerinden kaynaklı bulaşmalarda da iş yeri sahiplerine ve işletenlere tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Az önce söylenenler bu bağlamda da aynen geçerlidir.

Burada özellikle altının çizilmesi gereken nokta, Kanun'un çalışma hayatına dönük sosyal devlet ilkesinin gerektirdiği hükümleri yeterince içermiyor olmasıdır. Kanun'da kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektörde başta hamileler, yasal süt izni kullananlar, engelliler, yaşlılar ve hatta ebeveynler gibi hassas kategorideki kişiler olmak üzere çalışanların, tehlikeli salgın hastalık riski altında çalışma koşullarına (örn. nöbetleşme vb. tedbirler) ve gerektiğinde ücretli izin haklarına dair net ve zorlayıcı bir hüküm yoktur.¹²⁹ Mevzuatta, hastalık ve mazeret izinlerinin yıllık ücretli izin hakkından mahsup edilmesi gibi istismara açık durumlara ve salgın riskinden dolayı işe gidemeyen çalışanların işten çıkarılması gibi uygulamalara karşı emeği koruyucu hükümler de bulunmamaktadır. Bu eskiklikler o dönem için normaldir çünkü söz konusu norm, sosyal devlet ilkesinin tam oturmadığı bir zamanda çıkarılmıştır fakat bugün için kabul edilebilir değildir, zira sosyal devlet ilkesini tahrip etmektedir. Bilinmelidir ki gelir kaybı ve işsizlik, ciddi halk sağlığı sorunu yaratabilir ve istisnai koşullarda toplumu tehlikeli salgın hastalıklara daha açık hâle getirebilir. Kanun'da böyle durumlar için çalışma ödeneği ve işsizlik sigorta fonuna ilişkin düzenlemelere yer verilmeli, karantina uygulaması da hastalık hâli sayılmalıdır. Büyük halk sağlığı sorunlarının öncelikle yoksulları etkilediği dikkate alınarak dar gelir

¹²⁸ Uygulamada meclis kararları Umumi Hıfzıssıhha Kanunu md. 27 ve 72 ile İl İdaresi Kanunu'nun md. 11/c hükmüne dayanarak alınmaktadır. Örn. bkz. <http://www.elazig.gov.tr/il-hifzissihha-meclis-karari>

¹²⁹ Diğer kanunlarda bu konuda bazı hükümler bulunmaktadır. Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu'nda (md. 54) hastalık izinlerinin yıllık izinden sayılamayacağına ilişkin açık hüküm vardır. Keza 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, tüm sektörlerde geçerli ve tehlike halinde işveren tarafından alınması gerekli tedbirlere ve yapılması gereken risk değerlendirmesine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

grubundaki kesimlere dönük eğitim ve bilinçlendirme politikasını önceliklendirecek hükümler eklenmelidir. Bütün bunlar, Anayasa'nın devlete "çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri" alma yükümlülüğü getiren (AY, md. 49), ücretli izin hakkına yer veren ve "küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar" diyen (AY, md. 50) hükümlerinin de bir gereğidir. Söz konusu sınırlama özel teşebbüslere dönük bir sınırlama getirirse de özel teşebbüslerin "sosyal amaçlara uygun yürümesi" (AY, md. 48/2) bir zorunluluktur.

3. Konut Dokunulmazlığı

Anayasa'nın 21'inci maddesine göre kimsenin konutuna dokunulamaz. Bu güvence konuta zorla girme yasağını da içermektedir. Daha önce ifade edildiği gibi bu yasağın istisnalarından biri, genel sağlığın korunmasıdır. Anayasa, genel sağlığı koruma amacıyla da olsa bir kişinin evine girilmesini, usulüne uygun bir hâkim kararına bağlı kılmaktadır. Eğer gecikmesinde sakınca bulunan bir durum varsa, kanunun yetkili kıldığı merci de böyle bir karar verebilir ama bu kararın (i) yazılı olması, (ii) yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerekir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 67'nci maddesiyle, bulaşıcı ve salgın hastalıklar hakkında inceleme yapan hekimin, bu incelemeyi kolaylaştırmak üzere hastanın yanına (evine) girmekle, hastalığı (duruma göre evin diğer sakinlerini de) muayene etmekle, hastalığın ortaya çıkışı ve seyrine ilişkin açıklama ve bilgi talebinde bulunmakla yetkilendirilmiştir. Söz konusu hüküm, genel sağlığın korunması gibi meşru bir amaçla getirilmiş görünse de hâkim kararına yer verilmemiştir. Öte yandan, bir an için bulaşıcı ve salgın hastalıkların "gecikmesinde sakınca bulunan bir durum" yarattığı varsayılrsa bile bu durum ne yazılılık ne de yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onaylaması kurallarına tabi kılınmıştır. Bu eksiklik, Anayasa'nın net dili karşısında sorundur.¹³⁰

Anayasa'da konut dokunulmazlığıyla ilgili maddede, aramalar sırasında bulunan eşyalara el konulması da düzenlenmiştir. Bu hüküm, suç kuşkusuyla yapılan aramalarla ilgili görünmektedir. Umumi Hıfzıssıhha

¹³⁰ Bu durumda Anayasa'nın doğrudan uygulanması yoluyla sorun giderilebilir.

Kanunu'nda doğrudan bu noktayla ilgili olmasa da ister konuta girilmesiyle ister diğer koşullarla gerçekleşmiş olsun, hastalığın yayılmasına neden olabilecek bir eşyanın temizlenmesiyle sakınca ve zararları giderilemiyorsa, bu eşyanın taşınmasına; eğer söz konusu olan bir taşıma aracıysa ilaçla temizlik ve dezenfeksiyona tabi tutulmadan trafiğe çıkarılmasına engel olunabileceği (md. 77) düzenlenmiştir. Bu müdahalenin de özel yaşama saygı hakkı ve/veya mülkiyet hakkı ile ilişkili sayılabilmesi mümkündür.

Konut dokunulmazlığıyla ilgili bir diğer hüküm de Kanun'un 86'ncı maddesinde yer alır. Yine, mülkiyet hakkına (AY, md. 35) da değen bir yönü olan söz konusu hüküm, içinde bulaşıcı ve salgın hastalıklardan biri çıkan binalar ile bitişik binaların sahiplerini, hastalığın ortadan kaldırılmasına hizmet ve yayılmasına engel olmak üzere sağlık memurlarının gösterecekleri sıhhi engelleri düzeltmeye mecbur tutmuştur. Düzenleme bununla kalmamış; yükümlü kişilerin, bunu yerine getirmemesi durumunda Hükûmetçe veya belediyece yapılacak masrafların tahsil edileceğini de öngörmüştür. İlk fıkrası meşru nitelik taşıyan bu hükmün son fıkrası, kurumu sosyal devlet ilkesinin gereklerinden uzaklaştırmaktadır.

Son olarak konut dokunulmazlığı kapsamında olmasa da bir sosyal hak olarak konut hakkının (AY, md. 57), kişiyi "salgın hastalıklardan korumaya elverişli konut hakkını" içerdiği¹³¹ akılda tutulmalıdır. Bu bağlamda, tehlikeli salgın hastalık koşullarında en kırılgan kişilerden olan evsizlerin durumuna özgü bir düzenleme eksikliğinin altını çizebiliriz.

4. Seyahat Özgürlüğü

Seyahat özgürlüğü (AY, md. 23) ile kişi özgürlüğü (AY, md. 19) arasında bir nitelik farkı olmadığı, aralarında bir yoğunluk farkı olduğu söylenmişti. Bu bakımdan kişinin hareket özgürlüğüne dönük müdahaleler bakımından kişinin konutta tutulması ile sosyal yaşamın mevcut olduğu bir tesiste tutulması arasında fark olabilir.¹³² Bu gibi durumlarda daha önce birden çok kez söylendiği üzere, somut olayın koşullarına gö-

¹³¹ Uyar, s. 146, § 8(d).

¹³² Örneğin bir askerin hücre cezası alması özgürlük hakkına dönük bir müdahale iken çarşı iznine çıkmasına izin verilmemesi bu düzeyde yoğunluk taşımaz. Karş. Engel ve diğerleri v. Hollanda, ECtHR, 5100/71 et al., 08.06.1976.

re değerlendirme yapılacaktır.¹³³ Bu bakımdan özgürlük ve güvenlik hakkına dönük tedbirler, eğer çok katı değilse meselenin seyahat özgürlüğü kapsamında ele alınmasını gerektirebilir.¹³⁴ Kişinin oldukça geniş ve olağan gündelik yaşamının rutinlerinin büyük bir kısmını sürdürebildiği bir ortamda kişi özgürlüğüne değil seyahat özgürlüğüne müdahale edildiği kabul edilecektir. Bu konuda önceki başlıklarda bazı açıklamalar yapılmıştı, burada tekrar edilmesine gerek yoktur.

Bu başlıkta üzerinde durulması gereken konu, olağan zamanlarda karantina ile sokağa çıkma yasağının kanuni dayanağı olabilir. Uygulamada COVID salgını sırasında OHÂL ilanı olmamasına rağmen 65 yaşın üstündeki kişiler ve 20 yaş altındaki kişiler ile kronik rahatsızlığı olan kişiler için sokağa çıkma yasağı tedbiri getirilmiştir.

Bu tedbirin dayanaklarından biri olarak İl İdaresi Kanunu (md. 11/c) gösterilmiştir. Geçmişte (örn. 2015 yılından sonra Güneydoğu ille- rinde) olağan zamanda baş gösteren şiddet olayları karşısında da İl İdaresi Kanunu'nun md. 11/c hükmü uyarınca sokağa çıkma yasakları ilan edilmişti.¹³⁵ O zaman da ifade ettiğimiz gibi “İl sınırları içinde huzur ve

¹³³ De Tommaso v. İtalya, ECtHR, 43395/09, 23.02.2017, § 80.

¹³⁴ Bu özgürlük konusunda Türkçede bkz. Selin Esen, Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü, (Ankara: Yetkin Yay., 2014).

¹³⁵ Tolga Şirin, “Eine Ausgangssperre ohne Ausnahmestand?” Anayasa Hukuku Dergisi, 4(7), 2015, s. 28-34. Aynı yönde 2016 tarihli Venedik Komisyonu raporu için bkz. <https://tihv.org.tr/venedik-komisyonu-sokaga-cikma-yasaklarinin-yasal-olmadigini-acikladi/> Orijinal metin için bkz. Opinion on the Legal Framework Governing Curfews, CDL-AD(2016)010, 842/2016, 13.06.2016.

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)010-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)010-e) Kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Ece Göztepe, “Ein Paradigmenwechsel für den Sicherheitsstaat. Die Praxis des Ausnahmestandes im Südosten der Türkei”, Matthias Lemke (ed.), Ausnahmestand: Theoriegeschichte – Anwendungen – Perspektiven, (Wiesbaden: Springer, 2017), s. 105-129. Bu hüküm, daha önceden şiddet olayları olmaksızın aşırı kayıtlamalar için kullanılmaktaydı. Örneğin 2014'ten bir karar şu şekildeydi: “25.11.2013 günü il merkezi ve 26.11.2013 günü Milas ilçesinde gerçekleştirilen kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin devam edeceği, bu ve benzeri eylemlerin kamu düzenini ve kamu güvenliğini, başkalarının hak ve özgürlüklerini olumsuz yönde etkileyeceği, Sayın Başbakanımızın ilimizi ziyaretleri esnasında provokatif, kanuna aykırı eylemlerin önüne geçilmesi ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla 29.11.2013-02.12.2013 tarihleri dâhil olmak üzere belirtilen günler arasında il genelinde (ilçeler dâhil) yapılmak istenen her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşleri, basın açıklamaları, çadır kurma, stant açma ve benzeri türdeki tüm etkinliklerle belirtilen amaçlar doğrultusunda yapılacak toplu seyahatler

güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindenir” şeklindeki geniş bir düzenlemeye dayanarak böyle bir tedbire başvurmak “kanunun kalitesi” uyarınca mümkün değildi. Olağan zamanlarda temel hakları tamamen durdurmak düzeyinde bir tedbire başvurulamazdı. Bu eleştirilerden sonra ilgili maddeye aşağıdaki gibi bir hüküm eklenmiş olması, bu müdahalenin hukuksal dayanak sağlamadığının da zımni bir kabulü anlamına geliyordu:

Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlayabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir.

Getirilen yeni hüküm, genel sağlığın korunması veya bulaşıcı hastalıkların önlenmesi gibi bir nedene yer vermediğinden tehlikeli salgın hastalık durumları için hâlâ uygulama bulamaz. Çünkü genel sağlık kavramı, önceki sayfalarda “Özel Sınırlama Nedeni Öngörülmesi Gerekebilecek Diğer Hak ve Özgürlükler” başlığı altında ifade edildiği gibi, kamu düzeni ve güvenliği kavramlarından farklıdır.

Bu hüküm, lafzen “sınırlama” kavramına yer vermişse de kategorik nitelikteki sokağa çıkma yasakları birer durdurma olabilir ve olağan zamanlarda temel haklara dönük durdurma tedbiri uygulanamaz. Kategorik olarak evden çıkma yasağı düzeyinde bir müdahale varken seyahat özgürlüğünün hâlâ durmadığı düşünülüyorsa bu, söz konusu özgürlüğün salondan mutfığa gitme özgürlüğüne indirgenmediği anlamına gelir. Bu bakımdan söz konusu yetki belli saatlerde evden çıkmama, belli mesafelerden uzağa gitmeme, birtakım prosedürlere tabi olma, belli mahallelerden dışarı çıkmama vb. türden tedbirlerin ötesinde bir anlam taşımamalıdır.

milli güvenlik, kamu düzeni, kamu esenliğinin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla 5442 Sayılı İl İdareleri Kanunu'nun 11/A ve 11/C maddeleri ve 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 17. ve 19. maddeleri gereğince, valilik makamının 28.11.2013 tarih ve 3011 sayılı kararıyla yasaklanmıştır.”, 29 Kasım 2013 tarihli basın.

Uygulamada sokağa çıkma yasağı için kullanılan bir diğer hukuksal dayanak da Umumi Hıfzıssıhha Kanunu olmaktadır. COVID-19 salgını sırasındaki anılan yasak için bu Kanun'un 27 ve 72'nci maddelerine gönderme yapılmıştır. Bunlardan 27'nci maddeye göre “Umumi hıfzıssıhha meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin ıslahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faideleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler.” Bu düzenleme de tıpkı il idaresi kanunu gibi çok geneldir. Hukuksal belirliliği içermediği gibi yürütmeye yasama yetkisinin devri düzeyinde geniş yetki tanımıştır. Zira idarenin yetkisizliği kural, yetkisi istisnadır ve bu istisnaların açıkça düzenlenmesi gerekir. Düzenleme ayrıntılı hâle getirilmedikçe istisna dar yorumlanır.

72'nci maddeye göre ise “Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı” ve “Dahilinde sari ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi” mümkündür. Fakat söz konusu düzenleme de iki nedenle bu tedbirin dayanağı olamaz. Öncelikle ilgili madde, bu tedbirlerin uygulanabileceği hastalıkları 57'nci maddede sayılan hastalıklarla sınırlamıştır. COVID-19 hastalığı ise sayılanların arasında yoktur. Daha önce değinildiği gibi Anayasa Mahkemesi, 64'üncü madde hükmüne rağmen bunu *numerus clausus* olarak algılama eğilimindedir.¹³⁶ İkinci olarak, bu düzenlemeler hastalar, hasta olduğundan şüphelenilenler ve hastalığı genel olarak yaydığı bilimsel inceleme ile tespit edilen kişiler için uygulanabilir. Başka bir deyişle bu hüküm, genel nitelikteki önleyici tedbir almak için yeterli değildir.

Bu türden tartışmalar Avrupa ülkelerinde de yaşanmaktadır. Örneğin Alman öğretisinde “idare, gereken her türlü tedbiri alır” vb. türden genel hükümlerle sokağa çıkma yasağına gitmenin riskleri tartışılmakta-

¹³⁶ Bu konuda, Mahkemenin dilinin farklı yorumlara açık ve belirsiz kaldığını yeniden hazırlamak gerekiyor.

dır.¹³⁷ Ortak kanı, Avusturya'da olduğu gibi bir “Corona-19 Kanunu” çıkarılması olmuştur. Unutulmamalıdır ki karantinalar ve sokağa çıkma yasakları bireylerin hareket özgürlüğünü etkiler ve nasıl uygulandıklarına bağlı olarak, özgürlükten keyfi olarak yoksun kalmaları anlamına gelebilir. Gıda, hijyen malzemeleri ve sağlık gibi temel ihtiyaçlar başta olmak üzere birçok insan hakkına erişimde; bireyler işe gidemediklerinden işlerinde ve maaşlarında olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu tür tedbirler, sağlık hizmetleri ile yiyecek ve diğer malzemeleri satın almak için yeterli kaynaklara sahip olmayan, yoksulluk içinde yaşayan insanları orantısız etkileyebilir. Bu nedenle zorunlu olmadıkça bu çareye başvurulmamalı, eğer başvurulacaksa da bu bütünlüklü bir kanunun eşitlikçi ve güvenli hükümlerine dayanarak gerçekleştirilmelidir. Bu, keyfiliği önler, şeffaflığı sağlar, salgınla etkili mücadele getirir. Uygulamada süregelen günübürlük genelgelerle sorunları spontane çözme alışkanlığı terk edilmelidir.

5. Toplanma Özgürlüğü

Anayasa'nın 34'üncü maddesine göre herkes, önceden izin almadan, silahlı ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı (...) genel sağlığın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Buna örnek olarak Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 77'nci maddesi gösterilebilir. Söz konusu hükme göre bulaşıcı ve salgın hastalıklardan birinin hüküm sürdüğü veya tehdit ettiği yerlerde Sağlık Bakanlığı'nın onayıyla bütün genel yerlerde gerçekleşecek toplanmalar ertelenebilir veya yasaklanabilir.

Anılan düzenleme, toplanma türleri (açık veya kapalı yer toplantıları) arasında bir ayrıma gitmemiştir. Dolayısıyla sadece gösteri amaçlı ve açık toplantıları değil, belli bir konuyla ilgili bilimsel, sanatsal veya siyasal toplanmaları da kapsamaktadır. Bu yasakların, 2911 sayılı Kanun'un getirdiği yasaklara nazaran özel nitelik taşıdığını kabul etmek gerekir. Bunun normatif sonucu, normal şartlarda valilik veya İçişleri

¹³⁷ Örnek olarak bkz. Anika Klafki, "Corona-Pandemie: Ausgangssperre bald auch in Deutschland?", Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht, <https://juwiss.de/27-2020>
Anika Klafki ve Andrea Kießling "Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks: Germany", Verfassungsblog, <https://tinyurl.com/vllgkf2>

bakanlığı tarafından kullanılacak bu yetkinin, konu bulaşıcı ve salgın hastalıklarla ilişkili olduğu hâllerde Sağlık Bakanlığı'nın onayına tâbi olmasıdır.

Birleşmiş Milletler bünyesinde çalışan özel raportörler, toplanma özgürlüğünün OHÂL koşullarında bile yasaklanmaması gerektiğini söylesen de¹³⁸ özellikle bulaşıcı hastalıkların böylesi toplanmalar yoluyla hızla yayılabileceği ve toplanmaların halk sağlığı açısından tehdit oluşturabileceği gerçeği söz konusu sınırlandırmaların marjını genişletmektedir. Toplantı özgürlüğü, gerekli koşullar varsa, toplantıya katılanların sağlığını korumak amacıyla dahi sınırlandırılabilir.¹³⁹ Ancak yine de yasaklama yerine erteleme ifadesine yer verilmesi ve risk varlığını koruduğu müddetçe belli periyotlarla erteleme tedbirine başvurulması, sonuçları itibarıyla olmasa da ilkesel olarak ölçülülüğün bir gereğidir. Zira tehlikeli salgın hastalık, muhalefetin susturulmasının bahanesi olamaz. Toplu olmasa da tekil anlamıyla ifade özgürlüğü böyle dönemlerde büyük önem taşır. Böylesi kamusal bir meselede toplumun bilgi edinme hakkı ve gerektiğinde görüşlerini (eldeki imkânlar dahilinde) serbestçe ileri sürmeleri ve bu konudaki hükümet politikalarına dönük eleştirilerini dile getirebilmeleri demokratik toplum düzeninin bir gereğidir. Fakat uygulamalar göstermektedir ki böyle dönemlerde bir gazetecinin sunduğu bilgiler, “halk arasında paniğe yol açtığı” gerekçesiyle kolaylıkla sansüre uğrayabilmekte ve basın mensuplarına yaptırımlar uygulanmaktadır.¹⁴⁰ Salgın hastalık koşullarda kamuoyunun “bekçi köpeği” olan basın, doğru bilgileri sunmakla yükümlü olduğundan belli bir sorumluluk altında olsa da¹⁴¹, hakikati aktardığı için halkı paniğe sürüklediği gerekçesiyle yaptı-

¹³⁸ BM “Terörizmle Mücadele Sırasında İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması” özel raportörü Martin Scheinen’in 2006 tarihli raporunda (A/61/267, § 53) ve BM “Barışçıl Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü” özel raportörü Maina Kiai’nin 2012 tarihli raporunda (A/HRC/20/27, § 21) toplanma özgürlüğünün istisnai durumlarda bile durdurmadan ziyade sınırlamaya tabi olabileceğini ifade edilmektedir. Sırasıyla bkz. <https://tinyurl.com/so8xtdo>, <https://tinyurl.com/vzqk2bz>

¹³⁹ Bkz. Cisse v. Fransa, ECtHR, 1346/99, 09.04.2002.

¹⁴⁰ COVID-19 bağlamında bu gerçeğe dikkat çeken ifade özgürlüğü örgütleri Avrupa kurumlarına bu konuda bir mektup göndermişlerdir. Bkz. <https://tinyurl.com/s6cx42a> Panik yaratmak, bağnazlık yaymak, hastalık konusunda yalan yanlış bilgi yaymak gibi konularda bazı yaptırımların uygulanması gerekebilir.

¹⁴¹ Radio France ve diğerleri v. Fransa, ECtHR, 53984/00, 30.03.2004.

rima tabi tutulamaz.¹⁴² Hükûmet böyle zamanlarda kamuoyuna doğru bilgilendirme yapmakla yükümlüdür. Bu nedenle Hükûmet, sosyal izolasyon koşullarında başta sosyal medya alanındaki ifadelerle dönük olmak üzere siyasal eleştirilere ve bilgi aktarımlarına cezai yaptırımlar uygulamak yerine kamusal bilgiyi şeffaflaştırma eğiliminde olmalıdır.¹⁴³

Son olarak, genel sağlığın korunması vb. türden bir sınırlama nedenine yer verilmemişse de bu hükmün, özellikle toplu ibadet özgürlüğüne dönük yasaklamalar için de uygulanabileceğini kabul etmek gerekir.¹⁴⁴ Zira ibadetin toplu yapılmayıp tekil olarak yapılmaya zorlanması, salgın hastalık riskinin ağırlığı karşısında, bu hakkın özüne de dokunmayan ölçülü ve meşru bir sınırlandırmadır. Benzer çıkarım, toplu spor müsabakaları, hatta düğün ve cenaze törenleri için de yapılabilir.¹⁴⁵ Yani toplanma ifadesinin bu bağlamdaki anlamı olağan anlamına nazaran daha geniş olmak durumundadır. Fakat toplama özgürlüğü, dernek ve sendika kurma hakkı gibi mahiyetleri gereği ancak birden fazla kişi tarafından toplu olarak kullanılacak kolektif özgürlüklerin hepsi aynı kefeyle konulamaz.¹⁴⁶ Örneğin bir araya gelme gibi pratik oluşmadıkça sendikal hak kullanımlarına vb. örgütlenme özgürlüğü biçimlerine özgü bir sınırlandırma getirilemez. Kuşkusuz bu, salgınla mücadele bağlamında çok özel durumlarda ve sınırlı sektörlerde, (örn. sağlık veya gıda dağıtımını gibi kritik alanlarda) “toplumun zarardan korunması” (AY, md. 54) adına durumun gerektirdiği ölçüyü aşmamak kaydıyla bazı grev yasaklarını dışlamaz.¹⁴⁷ Ancak bu durumlarda bile fabrikasyon bir yaklaşımın değil, terzi dikimi bir yaklaşımın benimsenmesi esastır.

¹⁴² Bkz. Fatullayev v. Azerbaycan, ECtHR, 40984/07, 22.04.2010, § 122.

¹⁴³ Bu konuda bkz. Savva Terentyev v. Rusya, ECtHR, 10692/09, 28.02.2018.

¹⁴⁴ Güney Kore’de 2020 yılındaki COVID-19 salgının yayılmasındaki en önemli faktörlerden biri hasta kişilerin toplu ibadet amacıyla kilise ziyareti olmuştur. Bu konuda bkz. 15 Mart 2020 tarihli basın.

¹⁴⁵ Evlenme konusunda geciktirme tedbirleri için bkz. Frasik v. Polonya, ECtHR, 22933/02, 05.01.2010. Cenazelere yakınların katılmasına izin verilmemesiyle ilgili olarak bkz. Sabanchiyeva ve diğerleri v. Rusya, ECtHR, 38450/05, 06.06.2013.

¹⁴⁶ İbrahim Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1989), s. 33.

¹⁴⁷ Bkz. Federation of Offshore Workers’ Trade Unions and Others v. Norveç, ECtHR, 38190/97, 27.06.2002.

Buraya kadar sayılan bütün tedbirler, hastalıklarla yurt içinde mücadele için geçerli olsa da, hastalığın yurt dışından girişi hâlinde veya olağanüstü hâllerde de uygulanabilir durumdadır. Fakat öyle bazı tedbirler vardır ki sadece olağanüstü hâllerde uygulama bulabilir. Bu tedbirler ise Olağanüstü Hal Kanunu'nun canlanmasını gerektirir.

V. Olağanüstü Hâllerde Tehlikeli Salgın Hastalık: Olağanüstü Hal Kanunu

Olağan rejimler, her zaman için tehlikeli salgın hastalıklarla mücadelede yeterli olmayabilir ve ülkenin bir kısmında veya tamamında olağanüstü hâl ilan edilebilir. Gerçi İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında Devletin “emsali olmayan istisnai bir kriz” ile karşılaşması durumunda temel haklara -olağan zamanlarda dahi- daha kapsamlı müdahale edilebileceğini söylemekle belli bir marj tanımış gibidir.¹⁴⁸ Buna karşın tehlikenin ağırlığına göre bu tedbirler yeterli olmayabilir.

Daha önce aktarıldığı gibi Anayasa'nın 119'uncu maddesi bu olasılığı düzenlemiştir. Bu hüküm emredici değildir. Yani ülkede tehlikeli salgın hastalığın baş göstermesi, mutlaka OHÂL ilanını zorunlu kılmaz. Bu bir takdir meselesidir. Bu takdir öncelikle Cumhurbaşkanıya aittir. Fakat Anayasa (md. 119/2 ve 3) OHÂL ilanı kararının, verildiği gün Resmî Gazete'de yayımlanmasını ve aynı gün TBMM onayına sunulmasını; TBMM'nin tatilde ise derhal toplantıya çağırılmasını ve bu kararın onaylanmasına veya gerekli görüldüğü takdirde süresinin değiştirilmesine ya da tamamen kaldırılmasına karar vermesini öngörmüştür. Başka bir deyişle söz konusu takdir, yasama organı ile de paylaştırılmıştır. Bu yönde bir takdirin, Anayasa'nın 15'inci maddesi uyarınca BM ve Avrupa Konseyi genel sekreterliklerine de iletilmesi gerekir.¹⁴⁹ Bu iletimden sonra BM İnsan Hakları Komitesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, önüne gelen başvurularda bu takdirin “gerçekten ulusun varlığını tehdit eden bir durum olup olmadığı” yönünden yargısal denetimini yapabilir.¹⁵⁰ Ulusal hukuktaki uygulama, bu türden bir takdirin yargısal dene-

¹⁴⁸ Koufaki ve Adedy v. Yunanistan, ECtHR, 57665/12, 07.05.2013, § 37. Sosyal devlet ilkesiyle uyumsuz bu sorunlu kararı, mülkiyet hakkının kendine has özellikleriyle kavramak gerekir.

¹⁴⁹ Madde, milletlerarası yükümlülükler gönderme yapar.

¹⁵⁰ Örneğin 1967 yılında Yunanistan'da gerçekleşen darbeden sonra Albaylar Cuntası'nın ülkedeki komünizm tehdidiyle mücadele amaçlı yaptığı yükümlülük azaltma bildirimi, böyle bir tehdidin ülkede yükümlülük azaltmayı gerekli kılabileceği düzeyde

time tabi olmayacağı yönündedir.¹⁵¹ Öğretide de benzer görüşler egemendir.¹⁵² İlke açısından bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Uluslararası yargısal denetime tabi olabilen bir kararın, ulusal mahkemelerden sakınılması tutarlı değildir. Ayrıca, bir kararın Anayasa'nın öngördüğü koşullara uyup uymadığının denetimi de yerindelik denetimi sayılmaz.¹⁵³ Yargı organlarının denetim yetkileri çok geniş olmasa da, bir OHÂL ilanının anayasaya karşı hile mi yoksa gerçekten de ulusun varlığına dönük bir tehdide karşı mı olduğu *prima face* sınıanabilir. Bu denetim, görüntüde parlamento kararı niteliği kazanmış böyle bir kararın, maddi anlamda kanun veya eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde sayılması yoluyla mümkün olabileceği gibi, iptal davası gibi nesnel davalardan ziyade özellikle bireysel başvuru usulünde olduğu gibi tekil duruma özgü incelemeler sırasında objektif durum belirlemesi yapmak yoluyla da gerçekleşebilir. Anayasa Mahkemesi, 2016 yılındaki OHÂL ilanından sonraki bireysel başvurularda böylesi bir incelemeye girmiştir.¹⁵⁴

bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. David Harris/Michael O'Boyle/Edward Bates/Carla Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 2014), ss. 829 vd.; Heike Krieger, "Notstand", Rainer Grote/Thilo Marauhn (Ed.), *EMRK/GG: Konkordanzkommentar*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006), ss. 384 vd.; William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, (Oxford: Oxford University Press, 2015), ss. 592 vd.

¹⁵¹ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E. 1970/419, K. 1970/444, T. 03.07.1970. Eleştirisi için bkz. Kazım Yenice, "Sıkıyönetim İlan Kararı ve Yargısal Denetimi Sorunu", *Danıştay Dergisi*, C. 1, S. 2, 1971, ss. 18-35.

¹⁵² Örn. bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yay., 2019), s. 370. Aynı yönde bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, (Bursa: Ekin Yay, 2019), s. 392. Aksi yönde bkz. Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Yay, 2019), s. 308.

¹⁵³ Bu denetim, çok genişletilmemelidir fakat istisnai dönemlerin kapısını aralamak adına girilen istismlara karşı mutlaka saklı tutulmalıdır. Bu, diğer başkaca kararlar için de geçerlidir. Örneğin bir savaş ilanı kararının, Başlangıç'taki "yurtta sulh cihanda sulh" ilkesi ile Anayasa'nın 91'inci maddesindeki uluslararası hukukun meşru saydığı türden (yani saldırı savaşı yasağına uygunluk) yönünden incelenmesi pekâlâ mümkündür. Bu konuda bkz. Ahmet Mert Duygun, "Karşılaştırmalı Hukukta Pasifist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, S. 14, 2018, ss. 423-457. Tolga Şirin, "Anayasa ve Saldırı Savaşı Yasağı", <https://www.tolgasirin.com/post/saldirisavasi>

¹⁵⁴ İctihatlar ve değerlendirme için bkz. Fazıl Sağlam, "Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü", *Anayasa Hukuku Dergisi*, S. 13, 2018, s. 73 vd.

A. OHÂL İlanının Anayasal Sonuçları: “İstisna Rejiminin Uyanışı”

Yeni nesil tehlikeli salgın hastalıklar, terör saldırılarına benzer. Virüsler aniden vurmakta ve kitlesel ölümlere neden olmaktadır; öngörülebilirlikleri terör saldırılarına nazaran bazen daha düşük olabileceği için hazırlıksız yakalanmak mümkündür.¹⁵⁵ Bu özgün nitelikleri toplumun varlığına çok daha büyük bir tehdit yaratır.¹⁵⁶ Dolayısıyla bu türden hastalıkların (önceki sayfalarda ifade edildiği gibi endemi düzeyini aşan hastalıkların) kural olarak OHÂL ilanını gerektirebileceğini kabul etmek gerekir. Ancak OHÂL’in tıpkı kemoterapi tedavisinde olduğu gibi son çare olarak başvurulması gereken bir yol olduğu akılda tutulmalıdır.

OHÂL cumhurbaşkanı tarafından en fazla altı ay için ilan edilir. Bu ilan, aynı gün Resmî Gazete’de yayımlanır ve TBMM’nin onayına sunulur. TBMM tatilde ise derhal toplantıya çağrılır ve gerekli onama, sürede değişiklik yapma veya kaldırma kararı verir. Bu süre Cumhurbaşkanının talebiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından her defasında en fazla dörder aylık sürelerle uzatılabilir.

Bu yola bir defa girildiğinde ise bazı sonuçlar ortaya çıkar. Cumhurbaşkanının OHÂL ilan etmesinin sonuçları, anayasal düzeyde düzenlenmiştir. Dağılık maddelerde yer alan bu sonuçlar (1) temel hak ve özgürlükleri durdurma rejimini devreye sokmak, (2) yurttaşlara getirilen ek yükümlülükler, (3) Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleme alanında genişleme ve (4) yargısal denetimde daralma şeklinde dörde ayrılır.

1. Temel Hak ve Özgürlükleri Durdurma Rejiminin Devreye Girmesi

OHÂL ilanının ilk sonucu temel hak ve özgürlüklerin durdurulabilmesidir. Bu sonuç, zorunlu değildir. Yani öğretilerde kimi yazarların imâ ettiklerinin aksine OHÂL ilanı, Anayasa’nın 13’üncü maddesinin *yerine* 15’inci maddesini uygulanabilir hâle getirmez. Böyle bir ilan 13’üncü

¹⁵⁵ Covid-19 salgınının sürpriz olmadığını kaydetmek gerekiyor. Almanya’da Robert Koch Enstitüsü, 2012 yılında yayımladığı bir risk analizi raporunda bu olasılığı tespit etmiş bulunuyor. Bkz. Risikoanalyse Bevölkerungsschutz Bund, Pandemie durch Virus „Modi-SARS“, 17/12051, 10.12.2012. https://www.eifelzeitung.de/wp-content/uploads/2020/03/Pandemie_durch_Virus.pdf

¹⁵⁶ Nikiforuk, s. 49.

maddenin yanında 15'inci maddenin de uygulanabilir olmasını sağlar. Anayasa Mahkemesinin pek yerinde bir yaklaşımla benimsediği gibi, böyle dönemlerde önce Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki kriterler yönünden bir sınama yapılır eğer bir ihlal sonucuna ulaşıyorsa, mesele ayrıca bir de 15'inci madde yönünden ele alınır.

Bu bağlamda 15'inci maddede yer alan kriterlerin içinde, diğer kriterlerin hepsini birden kapsayan “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemek” koşulu yaşamsal önemdedir. Anayasa hukuku literatüründe çokça göz ardı edildiği izlenen bu yükümlülük, OHÂL dönemindeki temel hak müdahalelerinin de “kanuni” olmasını gerektirdiği gibi “sert çekirdek alan” (AY, md. 15/2) güvencesini de genişletir.

a. Kanunilik

Anayasa'nın 15'inci maddesinde 13'üncü maddenin aksine temel hak müdahalesinin “ancak kanunla” yapılması gerektiğine ilişkin bir hüküm yoktur. Bu boşluktan hareketle öğretilerde, böylesi dönemlerde kanuna dayanmadan, başka norm ve işlemlerle de temel hak ve özgürlüklerin durdurulabileceği gibi bir sonuca ulaşılmaktadır. Bu çıkarım yerinde değildir. Zira Anayasa'nın 119'uncu maddesinin 5'inci fıkrası aynen şu şekildedir:

“Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir.”

Buna göre OHÂL'deki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ve durdurulmasının esasları kanunla düzenlenecektir. Bu kanun OHÂL Kanunu'dur. Anayasa'nın sözüne dayanan bu çıkarım, tarihsel olarak da doğrulanmaktadır. Anayasa'nın hazırlık çalışmaları sırasında Anayasa Komisyonu başkanı Orhan Aldıkaçtı da bu hükmün Olağanüstü Hal Kanunu'nun konmasını dolaylı suretle emrettiğini ve çıkarılacak kararnamelerin bu OHÂL Kanununa uygun olarak çıkarılabileceğini açıkça ifade etmiş ve bunun zapta geçmesini önemseydiğini dile getirmiştir.¹⁵⁷

Bu sonucu, uluslararası hukuka uygun yorum (sistemik yorum) da desteklemektedir. BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin 1984 yılında

¹⁵⁷ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 03.09.1982, s. 511.

çıkardığı Siracusa ilkelerinde de OHÂL koşullarında dahi müdahalelerin kanuniliğine gönderme yapmıştır.¹⁵⁸

Son olarak, eğer OHÂL ilanının sert çekirdek alanı ihlal etmemek kaydıyla her türlü normla her türlü işlemi yapmaya kapı aralayacağını kabul edecek olursak böyle bir rejimin özel olarak getirilmesinin, istisna durumlarda bile anayasallığın korunması amacıyla örtüşmeyeceği sonucuna ulaşırız. Oysa OHÂL rejimi tıpkı kemoterapi tedavisinde olduğu gibi kansere karşı dikkatli bir müdahale rejimidir. Bu rejim kanseri her

¹⁵⁸ Bu dönemlerde dahi “iyi niyet” ve “temel hakları sınırlandıran hükümlerin dar yorumlanması” ve “hukukun üstünlüğüne saygı” ilkelerinin göz ardı edilmemesi gerektiğinin vurgulandığını görmekteyiz. Bunların arasında özellikle hukukun üstünlüğüne (rule of law) saygı ilkesi, daha önce de ifade edildiği gibi kanunilik ilkesinin çıkış noktası olmaktadır. Öte yandan BM İnsan Hakları Komitesi’nin Olağanüstü Hal’de “yükümlülük azaltılması ile ilgili 4’üncü maddesine ilişkin olarak 2001 yılında yayımladığı 29 no.lu Genel Yorumu’nda da konuyla ilgili şu belirlemeler yapılmaktadır: “Sözleşme’deki yükümlülükleri azaltan tedbirler, istisnaî ve geçici olmalıdır. Bir devlet, 4’üncü maddeye dayanmadan önce, iki temel şart gerçekleşmelidir: Olağanüstü durum, ulusun yaşamını tehdit etmeli ve olağanüstü durumun varlığı resmen ilan edilmiş olmalıdır. İkinci şart, en çok ihtiyaç duyulan anlarda kanunilik ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin korunması açısından önemlidir. Sonuçları Sözleşme’den doğan yükümlülüklerde azaltmaya neden olacak olağanüstü durum ilanlarında Devletler, olağanüstü durum ilanı ve olağanüstü durumlarda kullanılan yetkileri düzenleyen anayasa hükümleri ve diğer kanun hükümleri çerçevesinde hareket etmelidir. Komite, belirtilen düzenlemelerin 4’üncü madde ile uyumlu olup olmadığını denetleme görevine sahiptir. Komite’nin bu görevini yerine getirebilmesi için taraf devletler, 40’ıncı madde çerçevesinde sundukları raporlarda, olağanüstü durumlarda kullanılan yetkilere ilişkin kanun ve uygulamalarla ilgili yeterli ve kesin bilgi verilmelidir. Bu Genel Yorum’da da görüldüğü gibi kanunilik ilkesi olağanüstü durumlarda da geçerlidir. Anayasa’nın 15’inci maddesinin öngördüğü milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler bunu gerektirmektedir. Ancak bu bağlamda işaret edilen kanuniliğin, her türlü tedbirin şekli anlamda kanuna dayanması anlamına gelecek şekilde anlaşılması gerektiğinin altı çizilmelidir; çünkü, aşağıda da üzerinde durulacağı gibi ne İHAM ne de BM İHK, taraf devletlere “kanun” sözcüğüne şekli bir anlam vermelerini zorlamaktadır. Common law ve kıta Avrupası sistemlerinin, hatta İslam hukukunun geçerli olduğu farklı ülkelerin ulusüstü denetimini içeren bu sistemlerde kanun kavramına maddi bir anlam verilmektedir. Ayrıntısına aşağıda girileceği gibi maddi yaklaşım, ulaşılabilir ve öngörülebilir olan ve keyfiliğe karşı güvenceler içeren hukuk düzenlemelerini gerekli kılmaktadır. Bkz. United Nations, Economic and Social Council, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985).

Bkz. <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/siracusaprinciples.html>

türlü araçla kesip atma rejimi değildir. Dolayısıyla amaçsal yorum da kanunilik ilkesine uyulmasını gerektirir. Sonuç itibarıyla dört yorum kuralının yolu da kanunilik ilkesine çıkmaktadır. Bu nedenle tehlikeli salgın hastalıklara karşı OHÂL döneminde alınabilecek tedbirlerin OHÂL Kanunu çerçevesinde kavranması bir zorunluluktur.

Eğer böyle bir zorunluluk kabul edilmeyecekse bile, OHAL Kanunu'nun esaslı noktaları düzenlemesinin gerekli olduğunu, bunun yapılması durumunda istisnai nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine başvurma olasılığının daralacağını söyleyebiliriz. Bu, anayasanın kural-istisna dengesinin bir gereğidir.

b. Ölçülülük

Ölçülülük, öncelikle hukuk devleti prensibinden türeyen bir ilkedir. Bir hukuk devleti her koşulda ölçülü davranmak durumundadır. Tehlikeli salgın hastalıklarla mücadele edilmesi adına olası bir olağanüstü hâl ilanında dahi bu ilkenin korunması gerekir. Bu bağlamda olağan rejimin dışına taşan tedbirlerin OHÂL ilanı nedeniyle mutlaka ilişkili olması; ayrıca gereklilik, elverişlilik ve orantılılık ölçütlerine riayet edilmesi gerekir.¹⁵⁹ Tehlikeli salgın hastalıkla mücadele amacıyla ilan edilen bir OHÂL döneminde, bununla ilgisi olmayan (15 Temmuz döneminden sonraki OHÂL sürecinde araçlara “kar lastiği” takılmasıyla ilgili düzenlemelerin OHÂL KHK'si ile yapılması örneğinde görüldüğü gibi) yönelimlere girmek veya ilgili olsa da ölçüyü kaçırmak anayasal düzeni korumak için çıkılan yolda bu düzeni içten kemirmek anlamına gelir. Bu nedenle OHÂL tedbirlerini gereksiz yere ve gerekse bile elverişsiz araçlarla, elverişli araçlar bulunsa bile orantısız olarak kullanmamak önem taşır.

Ölçülülük bağlamında özellikle altı çizilmesi gereken yön, sosyal haklarla bağlantılı olabilir. Ölçülülük konusundaki yaygın eğilim bu ilkeyi negatif anlamıyla kavramak yönündedir. Öğretide genellikle verilen örnekler, ölçüsüzlük yasağının kamu gücünün yapması gerekenden fazlasını yapmasına ilişkin yönüyle ilgilidir. Almanca literatürde bu örneklerle denk düşen kavram “aşırılık yasağı” (*Übermaßverbot*) biçiminde ifade edilir. Oysa bir de bunun tersi söz konusudur. Kamu gücünün yapması gerekenden daha azını yapması de tersten bir aşırılık yaratabilir.

¹⁵⁹ Bu konuda bkz. Sağlık, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, s. 114 vd.

Özellikle sosyal haklar bağlamında bu aşırılık yasağı *Untermaßverbot* olarak ifade edilir.¹⁶⁰ Ölçülülüğün bu anlamı, 1982 Anayasasının 65’inci maddesinde yer alan “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek *malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde* yerine getirir” hükmü açısından da geçerlidir. Buna göre devletin, mali kaynaklarının yeterliliğine gönderme yaparak geriye çekilebilme yetkisinin “bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikler uyarınca” sınırını oluşturan sert bir çekirdek alan bulunmaktadır. BM Ekonomik ve Sosyal Haklar Komitesinin “çekirdek yükümlülük” (*core obligation*) dediği bu alandan daha geriye çekilemez.¹⁶¹ Bu bakımdan devletin tehlikeli salgın hastalıklarla mücadelesinde işsizliği önlemek, çalışanların korunmasını sağlamak, dezavantajlı kesimlerin besinlerini ve barınmalarını sağlamak gibi noktalarda mali yetersizliklerini bahane etmesinin de bir “ölçüsü” bulunmaktadır.

c. Sert Çekirdek Alan Güvencesi

Anayasa’nın 15’inci maddesinin 2’nci fıkrası temel hak ve özgürlüklerin durdurulduğu zamanlarda dahi korunması gereken sert çekirdek alan getirmiştir. İlgili fıkra bu hakları şöyle sayar:

“(...) Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Öğretide sert çekirdek alan bunlarla sınırlı kabul görmektedir.¹⁶² Gelgelelim “milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler” bu sert çekirdek alanı genişletir. Örneğin BM Medeni ve Siyasal Haklar Söz-

¹⁶⁰ Lars Peter Störring, *Das Untermaßverbot in der Diskussion: Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur*, (Berlin: Duncker&Humblot, 2009).

¹⁶¹ Bu konuda Bertil Emrah Oder, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2008, s. 199-233. Ayrıca bkz. İzzet Mert Ertan, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı*, (İstanbul: Legal Yay., 2012).

¹⁶² Türkiye’de bu konudaki literatür nispeten geniştir. Çok sayıda eser içinde monografi olarak bkz. Selin Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, (Ankara: Adalet Yay., 2008).

leşmesi kulluk ve kölelik yasağı, borç nedeniyle hapis yasağı ile genel olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü de bu kapsama alır. İnsan Hakları Sözleşmesi de BM MSHS’de olduğu gibi kanunsuz ceza olmaz ilkesini dahil eder. Öte yandan ölüm cezası yasağı için de böylesi bir mutlaklık vardır.

| Anayasa’nın Öngördüğü Sert Çekirdek Haklar | MSHS veya İHAS’ın Öngördüğü Ek Sert Çekirdek Haklar |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Maddi ve manevi varlığın bütünlüğü, <ul style="list-style-type: none"> ▪ Din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamama ve bunlardan dolayı suçlanamama ilkesi ▪ Suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi ▪ Masumiyet karinesi | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Ayrımcılık yasağı ▪ Kulluk ve kölelik yasağı ▪ Borç nedeniyle hapis yasağı ▪ Kanunsuz ceza olmaz ilkesi ▪ Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ▪ Ölüm cezası yasağı |

Bunların dışında içtihat ve genel yorumlar yoluyla türetilen bazı haklar vardır. Soykırım yasağı, keyfi olarak tutulmama hakkı, hâkim önüne çıkarılma hakkı, avukatlık mesleğini icra edebilme hakkı bunlardan bazılarıdır.

Tehlikeli salgın hastalıklar yönünden özellikle önem taşıyan haklar ayrımcılık yasağı ile maddi ve manevi varlığın bütünlüğüne dokunulmamasıdır. Salgın dönemlerinde özellikle göçmen, sığınmacı ve mültecilere dönük ayrımcılığın yaygınlaştığı bilinmektedir. Bu nedenle bu yasağa böylesi dönemlerde hassas şekilde uyulması gerekir. Öyle ki bazı etnik grupların, salgının ortaya çıktığı ülkelerle ilişkilendirilmesi ve bu temelde nefret söylemine muhatap olmaları az rastlanan bir durum değildir. Buna ve benzeri toplumsal damgalama biçimlerine karşı etkili şekilde mücadele edilmelidir.

Eşitlik ilkesi eğer maddi eşitlik olarak kavranacak olursa, böyle durumlarda dezavantajlı kesimlerin özel olarak korunması gerekecektir. Bu bakımdan kadınların, çocukların, mahpusların, sığınmacı ve mülteci-

lerin, yoksulların ve evsizlerin ek olarak korunması gerekir.¹⁶³ Kadınlar ve çocukların özellikle sosyal izolasyon koşullarında ev içi şiddete maruz kalabileceği bilinmeli, salgınların hapisanelerde hızla yayılabileceği, ayrıca mahpusların aileleriyle görüşmeleri için (online olanaklar, elektronik posta) gibi imkânlarla sahip olması gerekeceği akıllarda tutulmalıdır. Sığınmacı ve mültecilerin tutuldukları yerlerdeki koşullarının düzeltilmesi ve hukuksal işlemlerinde ve gönderilmesi gereken ülkelere gönderilmelerinde hızlandırılmaya gidilmesi de bir başka gereklilik olacaktır. Yoksullar açısından da ücretsiz sanitasyon, su, besin vb. olanakların sağlanması, evsiz kişiler için korunaklı alanların sağlanması gibi sosyal yükümlülüklerin tamamı eşitlik hakkıyla bağlantılı olarak kavranmalıdır.

Maddi ve manevi varlığın bütünlüğü yönünden ise özellikle karantina vb. türden tedbirler bağlamında kişilerin tutulma koşullarının insanlık dışı muamele düzeyine ulaşmaması önem taşıyacaktır. Diğer taraftan, zorunlu tıbbi müdahalelerde bulunulabilmesi mümkün olmakla birlikte, bu bağlamda olağan rejimdeki sınırların ötesine geçilmesi olağanüstü dönemde dahi mümkün değildir. Örneğin kişinin sağlığına zarar vereceği açıkça bilinen bir aşının toplumsal yarara atıfla rıza hilafına uygulanmaya zorlanması mümkün olamaz. Kişilerin rızası olmayan bilimsel deneylere zorlanması da mümkün değildir. Zira insan onuru, istisna durumlarında bile sadece sayısal fayda hesabına indirgenebilecek bir konu değildir.

2. Yurttışlara Getirilen Yükümlülüklerde Genişleme

Anayasanın 119'uncu maddesinin 5'inci fıkrası olağanüstü hâllerde vatandaşlar için para, mal ve çalışma yükümlülükleri getirilebileceğini söylemektedir. Angarya yasağının düzenlendiği 18'inci maddede de buna koşut olarak olağanüstü hâllerde vatandaşlardan istenecek hizmetlerin zorla çalıştırma sayılmayacağı ifade edilmiştir.¹⁶⁴ Bu madde önemlidir, zira ilerleyen sayfalarda görüleceği gibi OHÂL Kanununun tehlike-

¹⁶³ Bu konularda idare dağınk hükümlerde yetkilendirilmiştir. Örn. İl İdaresi Kanunu md. 10/b uyarınca "Vali, ceza ve tevkif evlerinin muhafazasını ve Cumhuriyet savcısıyle birlikte hükümlü ve tutukluların sağlık şartlarını gözetim ve denetimi altında bulundurur."

¹⁶⁴ Benzer yönde bir yükümlülük İş Kanunu md. 43'te de düzenlenmektedir.

li salgın hastalıklarla bağlantılı madde sıralaması tamamen bu hükme göre kaleme alınmıştır.¹⁶⁵

3. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Düzenleme Alanında Genişleme

Olağan zamanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.” biçiminde bir yasak öngörülmüştür. Bu yasak uyarınca Anayasa’daki kişi hak ve ödevleri (md 17-40) ile siyasi hak ve ödevlerin (md. 66-74) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlemesi mümkün değildir. Hatta öğretilerde kabul gören bir görüşe göre “ekonomik ve sosyal haklar ve ödevler” bölümünde yer almakla birlikte devlete pozitif yükümlülük getirmeyen haklar (örn. grev hakkı, sendika hakkı) yönünden de böylesi bir yasak söz konusudur.¹⁶⁶ İşte Anayasa’nın 119’uncu maddesinin 6’ncı fıkrası olağanüstü hâllerde bu yasağın kalktığını öngörmektedir.

Yani OHÂL ilanı ile birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri eliyle her türlü hak ve özgürlük düzenlenebilir. Bu noktada söz konusu kuralın verdiği yetkinin temel hak ve özgürlükleri “sınırlama” olmadığını altını çizmek gerekir. OHÂL dönemlerinde dahi temel hak ve özgürlüklerin “ancak kanunla” sınırlandırılması (md. 13) kuralı geçerlidir. Zira düzenleme ile sınırlama farklı kavramlardır.¹⁶⁷

Öğretilerde, Almanca’daki “düzenleme” (*Regelung*) ile “sınırlandırma” (*Beschränkung*) kavramlarının arasındaki farkın üzerinde duran Detlef Merten’e göre “sınırlandırma” (*Beschränkung*) bir hakkın dışsal yönden, yani dış dünyadaki diğer faktörler uyarınca kayıtlıdır. Yazar, düzenleme kavramının daha çok hakkın koruma alanının ne ol-

¹⁶⁵ Anayasanın 19’uncu maddesinde “yakalanan veya tutuklanan kişilerin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır” biçimindeki hükmünün OHÂL dönemleri için uzatıldığı görülmektedir. Tam olarak bir yükümlülük olarak ele alınamayacak bu konu OHÂL Kanunu’nda düzenlenmemiştir (md. 19/5).

¹⁶⁶ Fazıl Sağlam, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, Anayasa Yargısı, C. 1, 1984, s. 268.

¹⁶⁷ Ibid. Ayrıca bkz. Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, s. 17.

duğu sorusuna açıklık getiren normlar için kullanılabilceği düşüncesindedir. Bu bakımdan “düzenleme”nin “sınırlandırma” kavramına en çok yaklaştığı yer, özel sınırlandırma nedeni bulunmayan hakların koruma alanının belirlenmesi sırasında gerçekleşmektedir. Çünkü bu hakların koruma alanının belirlenmesi, hakkın Anayasa’da yazılı olmayan zımni sınırlarının da dikkate alınmasını gerektirmektedir. Ancak bu durumda dahi düzenleme kavramı ile sınırlama kavramı eş anlamlı değildir.¹⁶⁸ Öyle ki; bu gerçek, Anayasa Mahkemesi tarafından da şu sözlerle ortaya konmuştur:

“Anayasa bu hakkın sadece düzenlenmesi görevini yasa koyucuya vermiş olduğundan yapılacak düzenleme, kamu hizmeti gereklerinin zorunlu kıldığı sınırlamalar dışında, hakkın gereği gibi kullanılmasına olanak sağlayacak ortamın ve koşulların belirtilmesinden ibaret kalmaktadır.”¹⁶⁹

Yani özel sınırlama nedeni bulunmayan hallerde düzenlemeler, hakkın kapsamını belirlerken kaçınılmaz olarak içkin sınırları da ortaya koyuyor olabilir. Gelgelelim böyle bir durumda kanun, olmayan bir sınır getirmemekte, yani kurucu bir işlev görmemekte; zaten hakkın koruma alanının nereye kadar gittiğini ortaya koymakta, yani bildirici bir işlev görmektedir. Tüm bu nedenlerle, “düzenleme” ile “sınırlama” kavramları aynı anlamda görülemez. Türkçe öğretilerde de çok sayıda yazarın, farklı gerekçelerle kabul ettiği gibi: Her sınırlama bir düzenlemedir ama her düzenleme bir sınırlama değildir.¹⁷⁰ Dolayısıyla, temel hak ve özgürlüklere dönük bir müdahale söz konusu olduğunda, bunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle değil, kanunla yapıp yapılmadığı denetlenmelidir. Bu bakımdan örneğin 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 361’inci maddesinde Sağlık Bakanlığına verilen yetkiler, OHÂL döne-

¹⁶⁸ Detlef Merten, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Detlef Merten/Hand-Jürgen Papier (Hrsg.), (Heidelberg: C.F. Müller, 2009), s. 201-208.

¹⁶⁹ AYM, E. 1969/29, K. 1969/64, T. 11.01.1969.

¹⁷⁰ Bu görüşler için Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, (Ankara: AÜSBF Yay., 1982), s. 24 vd. ve oradaki atıflar. Ayrıca bkz. Oktay Uygun, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, (İstanbul: Kazancı, 1992), s. 114. Düzenleme ve sınırlama ayrımı bağlamında AYM’nin dolaylı belirlemeleri için bkz. AYM, E. 2014/88, K. 2015/68, T. 13.07.2015, § 65.

minde dahi bir kişinin zorunlu aşıya tabi olmasının dayanağı sayılamayacaktır. Bu konunun mutlaka bir kanunda düzenlenmesi gerekir.

4. Yargısal Denetimde Daralma

Olağanüstü hâl, kamu gücünün yetkilerini arttırsa da bu işlemleri denetleyen yargı organlarının bazı yetkilerinde daralma meydana getirmektedir. Bu daralma üç alandadır: (1) Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri, (2) yürütmeyi durdurma kararları ve (3) fiili daralmalar.

a. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Anayasa'nın 148'inci maddesine göre olağanüstü hâllerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz. Bu yasak geçmişte OHÂL KHK'leri için de geçerliydi.

Anayasa Mahkemesi çok yerinde bir yaklaşımla bu sorunu maddi yönden ele almaktaydı. Mahkeme, kararnameyle yapılan müdahalenin OHÂL'ın ilan edildiği mekânın veya zamanın dışına taşıdığı durumlarda bunun OHÂL müdahalesi olmadığını tespit etmekte, biçimsel olarak OHÂL KHK'si gibi görünen bu tür düzenlemelerin maddi anlamda bir olağan KHK olduğunu söyleyerek inceleme yapmaktaydı.¹⁷¹ Bu yaklaşım İnsan Hakları Mahkemesinin mekâna ve zamana dönük yorumlarıyla koşuttu.

Anayasa Mahkemesi, bu yaklaşımını 2016 yılında verdiği kararlar ile değiştirdi. Anayasa'nın lafzına gönderme yapan Mahkeme OHÂL KHK'lerini incelemedi. Anayasa'nın, OHÂL KHK'lerinin yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulmasını öngörmesinden dolayı (md. 121/3) bu konudaki siyasi denetimin meclise verildiğini düşünen Mahkeme, kendi denetim yetkisinin Meclisin bu kararnameleri bir kanuna dönüştürmesi durumunda ortaya çıkacağını söyledi.¹⁷²

Mahkemenin bu yaklaşımı *prima face* tutarlı görünse de TBMM'nin bu kararnameleri incelememesi ve kanuna dönüştürmekte ihmale düşmesi durumunda açık veriyordu. Yasama organının ihmalleri-

¹⁷¹ AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, T. 03.07.1991; AYM, E. 1992/30, K. 1992/36, T. 26.05.1992; AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, T. 22.05.2003.

¹⁷² AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, T. 12.20.2016.

nin (yani eylemsizliğinin) Anayasa'ya aykırılığını incelemeyen Mahkeme, TBMM İçtüzüğü'ndeki "ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karara bağlanır" (md. 128/1) kuralının yerine getirilmemesini de "eylemli içtüzük değişikliği" olarak görme eğilimi göstermiyordu. Hâl böyle olunca Anayasa'nın TBMM'ye verdiği işlev belirsizdi.

Başka bir deyişle TBMM'nin eylemsizlik yoluyla gerçekleştirdiği fiili anayasa değişikliği yaptırımsız kalıyordu. Mahkeme bu yeni yaklaşımadaki açığı, OHÁL KHK'lerinin temel haklara etkilerini incelediği bireysel başvuruları esastan inceleyerek kapatmaya çalışsa da bu konudaki açık varlığını sürdürüyordu.¹⁷³

2017 yılında yapılan anayasa değişikliği ile bu açık nispeten kapatıldı. Buna göre:

"Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar."¹⁷⁴

b. Yürütmeyi Durdurma Kararları

Yürütmeyi durdurma, idarenin yetkisini hukuka aykırı şekilde kullanması iddiasına dayanan bir iptal davasında, davacı tarafın talebi üzerine, yapılan idari işlemin yürütülmesini dava sonuna kadar askıya alan, onun uygulanmasını durduran geçici nitelikte bir karardır. Anayasa'nın 125'inci maddesinin 6'ncı fıkrasına göre "Kanun, olağanüstü hallerde, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabilir. Bu hükmün Anayasa Mahkemesinin geniş anlamda yürürlüğü durdurma kararı niteliğindeki "geçici tedbir kararı" verme yetkisine bir etkisi olmamalıdır. Yasak, düzenlendiği yer itibarıyla idari yargıyla ilgili

¹⁷³ AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 12.10.2016, §§ 12-23. Anayasa şikâyeti bağlamında ilkesel belirleme için bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusu, AYM, 2016/22169, 20.06.2017, § 180.

¹⁷⁴ Yürürlükten kalkar ifadesi bu tarihten önceki sonuçlar yönünden bazı tartışmaları beraberinde getirebilir. Bu hukuksal kurumun zaman yönünden etkisi etraflı şekilde tartışılmalıdır.

görülmektedir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin geçici tedbir yetkisi en çok böylesi zamanlarda anlam bulmaktadır. Bu yetkinin OHÂL döneminde kaldırılması eşyanın tabiatına aykırıdır. Aksi hâlde ilgili hukuk yolu etkili olmaktan çıkacak ve AYM başvuruları doğrudan inceleyecektir. Öte yandan yürütmeyi durdurma kararlarının verilmesinin özellikle sert çekirdek haklar (özellikle maddi ve manevi bütünlükle ilgili olarak) söz konusu olduğu durumlarda yasaklanamayacağı kabul edilmelidir.

c. Fiili Daralmalar

Olağanüstü hâl ilanının yargısal denetim alanında Anayasa'da yazılı olmayan bir de fiili sonuçları vardır. Bu fiili sonuçların tehlikeli salgın hastalıklarla ilgili yönü yaygın karantina uygulamalarıdır. Bir davaya taraf olacak kişiler ile hâkim ve savcıların sokağa çıkamadığı, ağır hastalık geçirdiği hatta kitlesel ölümlerin ortaya çıktığı zamanlarda yargısal sürecin sağlıklı işlemesi mümkün değildir. Başvuru sürelerinin gerektiği gibi işlemesi mümkün olmadığı gibi, bir duruşmanın yapılması için gerekli olan koşulların gerçekleşmesi de olanaksız hâle gelebilir. Bu gibi fiili daralmalar akılda tutulmalıdır.

B. OHÂL İlanının Kanuni Sonuçları: “OHÂL Kanunu'nun Uyanışı”

Hatırlanacak olursa Anayasa'nın, olağanüstü hâl ilan edilmesi hâlinde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile temel hak ve özgürlüklerin 15'inci madde kapsamında sınırlanma ve durdurma esaslarının OHÂL Kanunu ile düzenlenmesini öngördüğünü söylemiştik. 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden yaklaşık bir yıl sonra 27 Ekim 1983 tarihinde yayımlanan 2935 sayılı Kanun bu boşluğu doldurmak üzere çıkarılmıştır. Kanun'un amacı, Anayasa'da sayılan OHÂL koşullarında “olağanüstü hâl ilan edilmesi ve usulleriyle olağanüstü hallerde uygulanacak hükümleri belirlemektir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bundan anlaşılması gereken ilk şey bu Kanun'un, Anayasa'nın öngördüğü kanun olduğudur. İkinci olarak Kanun, OHÂL dışında uygulanamayacaktır. Başka bir deyişle bu kanun, olağan dönemlerde hâlâ varlık gösterse de uykuya dalar.

OHÂL Kanunu, tehlikeli salgın hastalıkları, tıpkı Anayasa'da olduğu gibi, “tabii afetler” nedeniyle olağanüstü hâl ilanıyla bütünsel

şekilde ele almış ve her iki durum için de ortak hükümlere (md. 5-9) yer vermiştir.

1. Yurttaşlara Getirilen Ek Yükümlülükler

Anayasa, OHÂL koşullarında vatandaşlara olağan zamanlardan farklı olarak ek para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin getirilmesine olanak tanımakta fakat bunun çerçevesinin kanunla çizilmesini öngörmektedir. Aslında önceki sayfalarda bunun olağan zamanlar için de mümkün olduğu ve fakat bu konuda mevzuatta eksiklerin bulunduğu kaydedilmişti.

Kanun'ın konuyla ilgili hükmüne (md. 5) bakıldığında iki nokta dikkat çekmektedir. İlk olarak, Anayasa'da OHÂL nedenleri arasında bir ayırım yapılmamış olmasına rağmen OHÂL Kanunu (md. 5) bu ek yükümlülükleri sadece "tabii afet ve tehlikeli salgın hastalık" nedenine göndermeyle sınırlı olarak düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, kanunda değişiklik yapılmadıkça ağır ekonomik bunalım ve şiddet hareketlerine bağlı OHÂL ilan edildiğinde, vatandaşlara böylesi yükümlülükler getirilemeyecektir. İkinci olarak, OHÂL Kanunu (md. 5) söz konusu yükümlülüklerin her üçü için de genel bir ön koşul getirmiştir. Söz konusu yükümlülükler üç amaçla getirilebilir:

- (1) Felakete uğrayanların kurtarılması,
- (2) Meydana gelen hasar ve zararın telafisi için ihtiyaç duyulup hemen sağlanamayan para, taşınır ve taşınmaz malların temin edilmesi,
- (3) Meydana gelen hasar ve zararın telafisi için gerekli işlerin yapılması.

Şu hâlde toparlarsak, sadece tabii afet ve tehlikeli salgın hastalık durumlarında para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirilebilir ve böyle bir durumda bile söz konusu yükümlülükler sayılan nedenlerin dışında bir amaç taşıyamaz.

Anayasa anılan yükümlülükleri vatandaşlar için öngörmüş olmasına rağmen Kanun'da böyle bir daraltma yoktur. Kanunun lafzına göre yabancılar için de böyle yükümlülükler getirilebilmiş gibi görünse de metnin Anayasa'ya uygun yorumlanmasında yarar bulunur. Buna göre yabancılar için böyle bir yükümlülük getirilemez. Oysa bu gibi hâllerde özellikle yabancı sermayeye bazı yaptırımların getirilmesi zorunlu olabilir, bu nedenle Anayasa'da değişiklik yapılması önerilir.

Bu genel çerçeveye dikkat çektikten sonra konuyu her bir yükümlülük yönünden ele alabiliriz.

a. Para Yükümlülüğü

Anayasa'nın md. 119/5 ve OHÂL Kanunu'nun md. 5 hükmü para yükümlülüğünden bahsetse de bu yükümlülüğün anlamına ilişkin herhangi bir belirleme içermemektedir. Anılan hükümler soyut olarak, yurttaşlardan para alınması veya maaşlarında kesinti yapılması gibi ögeler içeriyor gibidir. Gelgelelim OHÂL Kanunu md. 6 bu konuyu somutlaştırmış ve söz konusu yükümlülüğün bu denli geniş olmadığını ortaya koymuştur. Bu maddeye göre para yükümlülüğün muhatabı bütün yurttaşlar değil kredi kuruluşlarıdır. Kredi kuruluşu kavramı, Türkiye'de faaliyet gösteren ve kredi sağlayan banka, finansman şirketi ve benzeri kredi kullandırmaya yetkili diğer kuruluşları anlatır. Devlet, ihtiyaç oluştuğunda bu kuruluşlardan para sağlayabilir. Fakat bunun da bir ölçüsü vardır. Harcamalar öncelikle kamu kaynakları ile yardımlardan sağlanacak, buna rağmen karşılama mümkün olmadığında böyle bir tedbire başvurulacaktır. Bu olasılıkta bile kredi kuruluşlarının hizmet ve faaliyetlerinin aksatılmaması gözetilecektir.

b. Mal Yükümlülüğü

Mal yükümlülüğü, para yükümlülüğünden çok daha önem taşıyan kritik bir yükümlüktür. Tehlikeli salgın hastalık durumunda bazı malların bulunamaması söz konusudur; örneğin tıbbi alet edevattaki eksiklikler gibi gereksinimlerin acilen çözülmesi gerekebilir. Bunlar, Devletin parayla dahi kolaylıkla almasının mümkün olmadığı mallar olabilir. Bu malların hangileri olduğu sınırlı olarak sayılmamıştır. Kanun (md. 7), arazi, arsa, bina, tesis, araç, gereç, yiyecek, ilaç ve tıbbi malzeme örneklerini saymışsa da “ve diğer maddeler” ifadesine yer vererek el konulabileceklerin *numerus clausus* olmadığını ortaya koymuştur. Öte yandan, para yükümlülüğünden farklı olarak bu yükümlülük kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin hepsi için getirilmiştir. Söz konusu yükümlülüğün ölçülü olması için ise Kanun (md. 7/2) öncelikle OHÂL bölgesindeki “genel ve katma bütçeli dairelere, kamu iktisadi devlet teşekkülleri ve kuruluşları ile bunlara bağlı müesseselere ve mahalli idarelere” başvurulmasını; bölgedeki gerçek kişiler ile özel kuruluşlara bunlardan karşılamanın mümkün olmadığı durumlarda başvurulacağını ön-

görmüştür. Bu durumda imkân ve kaynakların dikkate alınması da ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak düzenlenmiştir.

OHÂL Kanunu'nun anılan hükmünün yanı sıra 9'uncu maddesinde de ayrıca bir el koyma hükmüne yer verilmiştir. Maddenin (e) bendine göre "bölge sınırları içerisindeki tüm haberleşme araç ve gereçlerinden yararlanmak ve gerektiğinde bu amaçla geçici olarak bunlara el koymak" mümkündür. Bu hükmün ayrıca düzenlenmesinin nedeni, büyük ihtimalle söz konusu müdahalenin sadece mülkiyet hakkına değil, aynı zamanda haberleşme özgürlüğüne de etki ediyor olmasıdır.

Mallara el koymanın mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği açıktır. Anayasa, olağan zamanlar için böylesi bir sınırlandırma nedenine yer vermemişse de OHÂL koşullarında, ölçülü olmak kaydıyla bu türden tedbirler mümkün olabilir. Bu çerçevede Kanun'un 9'uncu maddesinin mülkiyet hakkına ilişkin olarak kamu gücüne çok daha geniş bir yetkiler silsilesi düzenlediğini görüyoruz:

"(...) f) Tehlike arz eden binaları yıkmak; sağlığı tehdit ettiği tespit olunan taşınır ve taşınmaz mallar ile sağlığa zararlı gıda maddelerini ve mahsullerini imha etmek,

g) Belli gıda maddeleri ile hayvan ve hayvan yemi ve hayvan ürünlerinin bölge dışına çıkarılmasını veya bölgeye sokulmalarını kontrol etmek, sınırlamak veya gerektiğinde yasaklamak,

h) Gerekli görülen zaruri ihtiyaç maddelerinin dağıtımını düzenlemek,

i) Halkın beslenmesi, ısınması, temizliği ve aydınlanması için gerekli gıda madde ve eşyalarla her türlü yakıtın, sağlığın korunmasında, tedavide ve tıpta kullanılan ilaç, kimyevi madde, alet ve diğer şeylerin, inşaat, sanayi, ulaşım ve tarımda kullanılan eşya ve maddelerin, kamu için gerekli diğer mal, eşya, araç, gereç ve her türlü maddelerin imali, satımı, dağıtımı, depolanması ve ticareti konularında gerekli tedbirleri almak, bu yerlere gerektiğinde elkoymak, kontrol etmek ve bu malları satıştan kaçınan, saklayan, kaçırılan, fazla fiyatla satan, imalatını durduran veya yavaşlatanlar hakkında fiilin işleniş şekli veya niteliği de nazara alınarak işyeri bulunduğu mahal için hayati önem taşımadığı takdirde işyerini kapatmak, (...)"

c. Çalışma Yükümlülüğü

Kamu gücünün parasının ve/veya malının olması tehlikeli salgın hastalıklarda ortaya çıkacak acil sorunların çözümü için yeterli olmayabilir. Özellikle bazı üretimlerin yapılması veya bazı hizmetlerin sağlanması için bir takım bina, fabrika veya araçların zorla kullanılması, bunlarda çalışmaya zorlanacak kişiler bulunmadıkça bir anlam taşımaz. Kanun (md. 8) bu boşluğu tamamlamak için zorla çalışma yükümlülüğünü öngörmüştür. Bu yükümlülüğe tabi kılınacak kişiler; (i) 18-60 yaş arasında olanlar ve (ii) OHÂL bölgesine bulunma koşullarının her ikisini de taşıyacak olanlardır. Bu koşulları taşıyan kişiler kendilerine verilecek işleri yapmakla yükümlüdürler.

Kanun (md. 8) bu hükümle Anayasa'nın 18'inci maddesine yer alan angarya yasağındaki yükümlülüklerden ayrılmıştır. Fakat BM MSHS md. 4'te ifade edildiği gibi OHÂL koşullarında bile bu yükümlülüklerin kulluk ve kölelik düzeyinde olmaması gerekir. OHÂL Kanunu bu gerçeği dikkate alarak görevlendirmelerde iş mevzuatının çalıştırma yasağına ilişkin hükümleri ile kişilerin yaş, cinsiyet, sağlık, meslek, meşguliyet ve sosyal durumları ile bakıma muhtaç yakınlarının göz önünde bulundurulması gerektiğini öngörmüştür. Ayrıca, görev ve hizmetlerin aksatılmaması ve yükümlülüklerin mesleki faaliyetler göz önünde tutularak yapılması yönündeki hüküm de anayasal güvencelerin pekiştirilmesine dönüktür.¹⁷⁵ Bu, sosyal devlet ilkesinin de bir gereği olarak algılanmalıdır.

Bu hükümlerin yanı sıra, olağan kanunlardan sapılan ögelere de yer verilmiştir. Çalışma saatlerinde işlerin niteliğine ve ihtiyaç derecesine göre arttırma yapılması, İş Kanunu'na nazaran özel hüküm getirilmesi buna örnektir. Ayrıca, Hafta Tatili Kanunu, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun, Öğle Dinlenmesi Kanunu gibi kanunlar ise açıkça isimleri zikredilmek suretiyle kısmen veya tamamen uygulanamaz kanunlar arasında sayılmıştır.

Kanun'un 9'uncu maddesinin (d bendinin) hükmünde ise buna ek olarak kamu personelinin çalışması bağlamında izin hakkına dönük ayrıca bir sınırlama/durdurma koşulu öngörülmüştür:

¹⁷⁵ Kanun'a göre işçi ihtiyaçlarının karşılanmasında ve kuruluşlar arasındaki işçi naklinde, İş ve İşçi Bulma Kurumu teşkilatından yararlanılacaktır.

“Bölgede olağanüstü hal hizmetlerinin yürütülmesi ile görevli personelin yıllık izinlerini sınırlamak veya kaldırmak.”

Bu sayılanların hepsinin angarya yasağından (md. 18) sapma olduğunu kabul etmek zorundayız.

Bu noktada zorla çalıştırmanın bazı hâllerde olağan zamanlarda da mümkün olabileceğini akılda tutmak gerekmektedir. Anayasa'nın 18'inci maddesinde göre ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının zorla çalıştırma sayılmayacağı ifade edilmiştir. Toplumun yaşamını veya huzurunu tehdit eden olağanüstü bir durum veya bir felaket halinde yüklenen bir hizmetin Sözleşme yönünden de zorla çalıştırma sayılmadığı bilinmelidir. Kişinin zaten yapageldiği bir işten çok uzak olmadıkça, haksızlık ve ölçsüzlük içermeyen ödevler gerekli güvencelerin sağlanması koşuluyla getirilebilir.¹⁷⁶ Bu salgının tespitiyle ilgili olabileceği gibi tıbbi çalışanlara belli süre istifa yasağı veya ek mesai getirilmesi gibi yönler taşıyabilir.¹⁷⁷ Fakat böylesi durumlarda sosyal hakların tanınması sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Anılan türden ödevlerin OHAL Kanunu dışında olağan dönemlere özgü kanunlarda düzenlenmemiş olmaması bir eksiklik olarak ifade edilebilir.¹⁷⁸

2. Seyahat Özgürlüğü: Sokağa Çıkma Yasağı Mümkün mü?

Anayasa'nın 19'uncu maddesi uyarınca olağan zamanlarda bulaşıcı hastalık yayma riski olan bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması mümkünken, OHAL koşullarında genel sokağa çıkma yasakları ve karantina uygulamalarına başvurmak olanaklıdır. Bu noktada işin ilginç yanı OHAL Kanunu'nda sokağa çıkma yasaklarının sadece şiddet hareketlerine bağlı OHAL ilanı (md. 11/a) için düzenlenmiş olmasıdır. Kanun'un 11'inci maddesinin (a) bendi, “sokağa çıkmayı sınırlamak ve yasaklamak” yetkisini tabii afet ve tehlikeli salgın hastalık durumunda

¹⁷⁶ Bu konularda bkz. Erkan Duymaz, “Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme”, Legal Hukuk Dergisi, C. 11, S. 123, 2013, s. 67-104.

¹⁷⁷ Karş. S. v. Almanya, ECtHR, 9686 / 82, 04.10.1984. Böyle bir tedbirin mutlaka kanunla öngörülmesi ve kanuna dayalı kararın mutlaka Resmî Gazete'de yayımlanması gerekir. Türkiye'de bu konuda sorunlar yaşanmıştır.

¹⁷⁸ Örneğin hekimlerin belli bir süre boyunca istifalarının kabul edilmemesi şeklinde bir uygulamanın mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekir.

alınacak tedbirlere ek olarak saymıştır. Bunun mefhum-i muhalifinden, anılan yetkinin tabii afet ve tehlikeli salgın hastalık durumu için mevcut olmadığıdır. Bu çok önemli bir boşluktur ve bu ihmal, ivedilikle giderilmelidir.

OHÂL Kanunu, tabii afet ve tehlikeli salgın hastalık koşullarına bağlı OHÂL’de getirilecek yurttaş yükümlülüklerine yer verdikten sonra böylesi durumlarda hangi hak ve özgürlüklerin durdurulacağına ilişkin hükümlere 9’uncu maddede yer vermiştir. Bu maddede öngörülen ilk ek sınırlama ve durdurma, seyahat özgürlüğüyle ilgilidir. Maddenin (a) bendine göre “bölgenin belirli yerlerinde yerleşimi yasaklamak, belirli yerleşim yerlerine girişi ve buralardan çıkışı sınırlamak, belli yerleşim yerlerini boşaltmak veya başka yerlere nakletmek” ve (j) bendine göre ise “kara, deniz ve hava trafik düzenine ilişkin tedbirleri almak, ulaştırma araçlarının bölgeye giriş ve çıkışlarını kayıtlamak veya yasaklamak” mümkündür. Ancak sayılanlardan genel sokağa çıkma yasağı yetkisi düzeyinde bir yetki çıkarılamamaktadır. Bu noktada da eksiklik vardır.

3. Eğitim Özgürlüğü: Eğitime Ara Verme

Eğitim ve öğrenim hakkı Anayasa’nın 42’nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede kimsenin, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı ve bu faaliyetlerin her ne suretle olursa olsun engellenemeyeceği ifade edilmiştir. Anayasa bu hakka dönük herhangi bir sınırlama nedenine yer vermemiştir. Bir an için bu bağlamda içkin sınırlama öğretisinin geçerli olacağı düşünülse bile öğrencilerin ucu açık bir süre boyunca okullara gitmesine engel olacak türden bir karar, amaç ne kadar meşru sayılırsa sayılsın kanunilik ilkesi yönünden sorunlar içerebilir. Dahası bu tasarrufun olağan zamanlardaki sınırlama rejiminin ötesine geçebileceği göz ardı edilemez. Zira “Resmi ve özel her derecedeki öğretim ve eğitim kurumlarında öğrenime ara vermek ve öğrenci yurtlarını süreli veya süresiz olarak kapatmak” şeklindeki yetkinin OHÂL Kanunu’nda (md. 9/b) düzenlenmiş olması da bu kuşkuyu doğrulamaktadır. Eğitime evde devam edilmesi ve alternatif tedbirlere gidilmesi belli bir yere kadar “sınırlama” sayılabilir fakat eğitime bir sömestr ve/veya daha fazla süreyle ara verilmesi “durdurma” anlamına gelebilir çünkü olağan zaman sınırlamalarının ötesinde bir tedbirdir.

Bu durum, 2020 yılındaki COVID-19 salgını sırasında yaşanmıştır. Tüm yurttaki eğitime ara verilmiştir. Bu ara vermenin dayanağı Resmî Gazete’de yayımlanmamıştır. Bu konudaki bilgiler, resmî kurumların

internet sitesinde yayımlanmış ve bu bilgilendirmede, ara vermenin Cumhurbaşkanı kararıyla gerçekleştiği ifade edilmiştir.¹⁷⁹ Bu uygulama sorunludur. Cumhurbaşkanı kararlarıyla düzenleyici işlem yapılamaz.¹⁸⁰ Dahası, bunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olması olasılığında dahi sorun varlığını korur. Çünkü Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle eğitim hakkına dönük bir sınırlandırma ve/veya durdurma gerçekleştirilemez. Durdurma düzeyinde bir tedbir OHÂL ilan edilmedikçe kanun yoluyla dahi yapılamaz.

Sonuç itibarıyla olağan zamanlarda eğitim hakkına dönük böylesi bir müdahale, Anayasa'ya aykırı olmuştur. Mevzuatta bu konuda da daha önce ifade edilenlere benzer şekilde, “kanunun kalitesi” bağlamında keyfiliğe karşı güvence boşluğu vardır.

Son olarak, eğitimin olmazsa olmaz parçalarından biri de sınavlardır. Öğrencilerin toplu hâlde girdikleri bu sınavlara dönük müdahalelerin de eğitim hakkının bir parçası olduğunun ve özellikle ÖSYM tarafından yapılan sınavların koşullarına ilişkin olarak ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik gerektiren kanunilik ilkesinin önemle altını çizmek gerekir. Bu konuda ulusal mevzuat, idareye fazla takdir tanıdığı için eleştirilmektedir.¹⁸¹ Bu konuda eleştirileri giderecek bir düzenleme gereklidir.

4. Özel Yaşama Saygı Hakkı: Sosyal Hayatın Belli Alanlarını Durdurma

Özel yaşama saygı hakkı, kişilerin dış dünya ile temasını, kendisini gerçekleştirmesi için sosyalleşme hakkını da içerir. Öte yandan çeşitli sosyal mekânlar, birer çalışma alanıdır. Çalışma yaşamı, özel yaşama saygı hakkının bir uzantısıdır. OHÂL Kanunu, özel yaşama saygı hakkının bu iki boyutu da içeren yönlerine dönük müdahaleler öngörmüştür. Tehlikeli salgın hastalık veya tabii afet durumlarında madde 9(c) hükmünde yer alan şu yetki canlanmaktadır:

“(...) c) Gazino, lokanta, birahane, meyhane, lokal, taverna, disko-tek, bar, dansing, sinema, tiyatro ve benzeri eğlence yerleri ile kulüp ve sair oyun salonlarını, otel, motel, kamping, tatil köyü ve benzeri konak-

¹⁷⁹ Bu konuda bkz. <https://tinyurl.com/vl8by6g>

¹⁸⁰ Özen Ülgen ve Tolga Şirin, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkanı Kararnamesi”, Güncel Hukuk, Sayı 170, Mart-Nisan 2018, ss.30-32.

¹⁸¹ Bkz. Mürsel Eren v. Türkiye, ECtHR, 60856/00, 07.02.2006.

lama tesislerini denetlemek ve bunların açılma ve kapanma zamanını tayin etmek, sınırlamak, gerektiğinde kapatmak ve bu yerleri olağanüstü halin icaplarına göre kullanmak, (...)”

Duruma göre olağan dönemlerde de uygulanabilecek olan ve bu nedenle kanunla ayrıca düzenlenmesi gereken bu tedbirlerin belli bir süreyi aşması durumunda hakka müdahale teşkil edebileceği akılda tutulmalıdır.¹⁸² Girişimcilerin haklı beklentilerinin kaybı, müşteri kitlelerindeki düşüş veya ellerinde bulunan stokların bozulması vb. türden sorunlar, bu tür yasaklar karşısında devlete tazminat yükümlülüğü getirebilir.¹⁸³

Ayrıca daha önce değinildiği gibi gerektiği durumlarda haberleşme araçlarına sınırlama getirmek ve/veya bu araçlara el koymak da doğrudan özel yaşama saygı hakkına olmasa da onun kesişeni olan haberleşme özgürlüğüne dönük bir müdahaledir.

Değerlendirme ve Sonuç

Öncelikle tehlike, salgın, hastalık gibi kavramları çözümlediğimiz, karşılaştırmalı anayasa hukuku ve tarihsel verilere değindiğimiz bu makalede buraya kadar yazılanları toparlayacak olursak ulaştığımız sonuç, Türkiye'nin mevzuat itibarıyla tehlikeli salgın hastalıklar konusunda, birçok ülke gibi hazırlıksız olduğudur. Bu hazırlıksızlık, tehlikeli salgın hastalıklara karşı mücadelede özellikle kanunilik ilkesinin göz ardı edilmesine yol açmaktadır. Salgınla mücadelenin herkesin oydığı meşru yönü, kanuniliğin kolaylıkla göz ardı edilmesine yol açıyor olabilir. Oysa amaç aracı haklı çıkarmaz. Makalenin bir yerinde Nikiforuk'tan alıntıyla, tehlikeli salgın hastalıkları terör saldırılarına benzetmiştik. Burada Anayasa Mahkemesinin bir kararında “terörle etkin mücadele, terörizmin yıkmak istediği demokratik hukuk devletinin temel ilkelerini koruyarak yapabilir”¹⁸⁴ belirlemesini hatırlatabilir ve aynı belirlemenin tehlikeli salgın hastalıklarla mücadele için geçerli olduğunu ifade edebiliriz.

¹⁸² Mutlaka bkz. Burak Gemalmaz, Mülkiyet Hakkı, (Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018).

¹⁸³ Bu konuda karşı. Andrews v. Birleşik Krallık, ECtHR, no. 37657/97, 26.09.2000. Bu durumun idare hukuku yönünden kusursuz sorumluluk bağlamında da tartışılabilir bir mesele olduğu vurgulanmalıdır. Ayrıca bkz. Turgut Tan, “Yasama Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Nevzat Torosluya Armağan, C. II, (Ankara: A.Ü. Yay., 2015), s. 1060-1069.

¹⁸⁴ Zübeyde Fusun Üstel başvurusu, 2018/17635, 26.07.2019, § 105.

Tehlikeli salgın hastalıklarla kanunilik ilkesine dayanmadan mücadele etmek, ilk bakışta haklı çıkarılabilir görünse de bu, derinlemesine düşünüldüğünde keyfiliğin hâkim kılınması, şeffaflık ve eşitlik ilkelerinin göz ardı edilmesi gibi risklere kapı aralar. Başka bir deyişle tehlikeli salgın hastalıklarla mücadelenin sadece yürütmenin takdirine bırakılması, paradoksal şekilde bu mücadeleye ket vurabilir. Dahası bu sorun, hastalığın defedilmesinden sonraki süreçlere de sirayet edebilir. Zira denetimsiz ve keyfi iktidarlar, en az salgın hastalıklar kadar tehlikelidir. Salgınlar, belki halkın sonunu getirebilir ama siyasi iktidarın sınırsız yetkisi ve güç sarhoşluğu da bundan eksik kalmaz. İktidar daha çok iktidar arzusunu tetikler ve bu arzu sarmalı, çok yönlü toplumsal felaketlerin habercisidir.¹⁸⁵

Türkiye’de tehlikeli salgın hastalıklarla mücadeleye ilişkin mevzuattaki boşluk, bu mücadelenin Cumhurbaşkanlığı tasarrufları ve genelgeler vb. türden işlemlerle sürdürülmesine yol açmıştır. Bu bağlamda ortaya çıkan geniş takdir alanı, yürütme organının OHAL ilan etmeksizin OHÂL yetkilerini kullanması gibi ilginç ve tehlikeli bir sonuç yaratmıştır. 2016 yılında ilan edilen OHAL’in aşırı geniş ve AYM kararlarıyla denetimsiz uygulaması, yani bu kurumun yıpratılması, kamuoyunda yeni bir OHÂL ilanından çekinilmesine yol açmaktadır. Ancak meselenin diğer tarafında da *de facto* OHÂL uygulamaları ve istisna hâlinin norm hâline getirilip süreklileştirilmesi durmaktadır. Bu ikilemi çözecek anahatar, tehlikeli salgın hastalıklar vb. türden istisnai durumlar için olağan dönem mevzuatının oldukça kapsamlı ve sistemli hâle getirilmesidir. Bu yapılırken Anayasa’nın temel haklara ilişkin hükümlerinin akılda tutulması ve 13 ve 15’inci maddeleri arasındaki bölüşüme uygun olarak OHÂL Kanunu’nda da güncelleme yapılması gerekir.

Anayasa, tehlikeli salgın hastalıklar konusunda azımsanmayacak hükümler içerse de mevzuat değişikliği ihtiyacı acildir. Bu gerçek, makalenin neredeyse her başlığının altında ifade edildi. Fakat bu değişiklik önerilerini -zaten uzun olan bu makaleyi daha da uzatmamak adına- on altı başlıkta toplanabilir:

¹⁸⁵ Bu konuda özellikle Macaristan’daki gelişmeler bunun ilk habercilerindendir. Bkz. Kim Lane Scheppele, “Orban’s Emergency”, Verfassungsblog, 29.03.2020. <https://verfassungsblog.de/orbans-emergency/>

1. Anayasa’da genel sınırlandırma nedenleri kaldırıldığı için “genel sağlığın korunması” nedeninin yer almadığı bazı hak ve özgürlükler bakımından sınırlamaların meşru amacı yönünden birtakım sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bu sorun, yorum yoluyla belli ölçüde aşılabiliyorsa da açık bir düzenlemeye yer verilmesi netlik sağlayabilir. Bunun için Anayasa’nın sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması başlıklı 56’ncı maddesine, temel hak ve özgürlüklerin tehlikeli salgın hastalıkların önlenmesi amacıyla sınırlandırılabilmesine dair bir hüküm eklenmesi önerilir.

2. Anayasal açıdan bir diğer sorun da serbest seçim hakkıyla bağlantılı görünmektedir. Tehlikeli salgın hastalık koşullarında seçim yapılması risk taşıyabilir. Bu riski gidermek için seçimlerin ertelenmesi ise Anayasa’nın mevcut metnine aykırıdır. Bu sorunun aşılması için Anayasa’ya, tehlikeli salgın hastalık nedeniyle seçimlerin sağlıklı şekilde yapılmasına olanak tanınmadığı durumlarda seçimlerin makul bir süreyle ertelenebileceği hükmü eklenmelidir. Seçim gibi demokrasinin can damarı olan bir konuda istismar olmaması için böyle bir erteleme kararını TBMM’deki siyasi partilerin nitelikli çoğunluğu şartına bağlamak ek güvence sağlayacaktır.

3. Tehlikeli salgın hastalığın kabul edilebilir sınırlarda seyrettiği koşullarda seçimlerin yapılması durumunda ise izole edilen yurttaşların oy hakkı konusunda sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bunun için “seyyar sandık” uygulamasının kapsamını değiştirecek kanun değişikliğine gidilmesi gerekmektedir.

4. Tehlikeli salgın hastalıklar, TBMM’nin toplanamaması gibi sorunlara yol açabilir. Bu sorunun aşılması için TBMM İctüzüğü’ne elektronik iletişim araçları ve telekonferans gibi teknolojik araçları da göz önünde tutarak yeni bir hüküm eklenmelidir. Anayasa’da yer alan mücbir sebep hükmü dar yorumlanmalı, bu koşullarda dahi TBMM’nin sürekliliği esas kalmalıdır.

5. Kanun düzeyinde ise “sağlık hizmetlerinin anayasası” olarak ifade edilen 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun pek çok açıdan yetersiz kaldığı görülmektedir. 1924 Anayasası döneminde hazırlanan bu kanunun hükümlerinin hem anlaşılabilirliğinde hem de Anayasa ile uyumunda sorunlar bulunmaktadır. Makul olan bu kanunu en baştan yenilemektir.

Kanun’daki eksiklikler içinde ilk bakışta dikkat çeken can alıcı sorunlar, zorunlu karantina/sokağa çıkma yasakları ile zorunlu aşı konula-

rındadır. Öte yandan, Kanun'da sayılan hastalıklar güncel değildir. Çok sayıda çapraz atıftan kaynaklı belirsizlik bulunmakta, hükümler arasında tutarsızlıklar oluşmaktadır. Anayasa Mahkemesinin de bu tutarsızlığı derinleştiren kararlarıyla birlikte bu açık epeyce görünür olmuştur. Kimlerin, hangi koşullarda, hangi hastalıklar ile ilgili olarak, hangi mekân ve periyodik izleme ve azami sürelerde özgürlüklerinin sınırlandırılacağı veya bunlardan yoksun kalabilecekleri ile zorla götürme koşulları konusunda kapsamlı bir hükme ihtiyaç bulunmaktadır. Keza hastalıkları sayma usulünden vazgeçip, meselenin dinamizmine uygun olarak bu konuda yetkiyi Bakanlığa bırakmak uygun olacaktır.

6. Zorunlu aşı konusunda Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararların gereği yapılmamıştır. Mahkeme, bu konuda, kanunlardaki az önce değinilen türden genel ifadeleri yetersiz görmüş, ayrıca Sağlık Bakanlığı'na bu konuda yetki veren KHK'yi de vücut bütünlüğüne müdahalelerin ancak kanunla yapılabileceği kuralı karşısında Anayasa'ya aykırı saymıştır. Yasama organının hâlâ bu konuda yeterli ayrıntıyı içeren bir kanun çıkarmaması, yürütmenin ise KHK'de yer alan hükmü aynen Cumhurbaşkanlığı kararnamesine eklemesi büyük bir ihmaldir. Ayrıca makalede tablolandırıldığı üzere Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda tehlikeli salgın hastalıklarla ilgili olarak aşı yapılacak kişiler ve koşullar konusunda eksiklik ve tutarsızlıklar bulunmaktadır. Halk sağlığı yönünden aciliyet gerektiren bu sorunun ivedilikle çözülmesi gerekmektedir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, yurda girişlerde de kimlere, nasıl aşı yapılacağı, hastaların ve şüphe kriterlerinin kimler tarafından ve nasıl belirleneceği, bu belirleme yapıldığında kişilerin ne kadar sürelerle nerede tutulacağına ve bu kişilerin yakınlarıyla nasıl iletişim kuracaklarına, ayrıca besin vb. hakları ile tazminat koşulları dair yeterli ve tutarlı hükümler içermemektedir. Bu konunun özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

7. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'ndaki henüz hasta olmayan kişilerle ilgili olarak bu bağlamda uygulanacak önleyici tedbirler konusunda mevcut hükümler (özellikle md. 27, 57, 64, 72) ihtiyacı karşılamayabilir. Bu sorun, özellikle kısmî sokağa çıkma yasağı bağlamında görünür olmaktadır. Yürütmenin kamuoyundaki iddialarının aksine İl İdaresi Kanunu (md. 11/c) hükmü dahi genel nitelikteki lafzı uyarınca bu eksiği giderememektedir. Zira hüküm eksik ve geneldir.

Öte yandan böylesi koşullarda kadınlar ve çocukların özellikle sosyal izolasyon koşullarında ev içi şiddete maruz kalmaması, salgınla-

rın hızla yayılabileceği hapishanelerdeki mahpusların korunması ve aileleriyle uygun imkânların (online olanaklar, elektronik posta) sağlanabilmesi; sığınmacı ve mültecilerin tutuldukları yerlerdeki koşullarının düzeltilmesi, hukuksal işlemlerinde ve gönderilmesi gereken ülkelere gönderilmelerinde hızlanma sağlanabilmesi; yoksullar açısından da ücretsiz sanitasyon, su, besin vb. olanakların sunulabilmesi için daha ayrıntılı hükümlere yer verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, böylesi zamanlarda işsizlik ve maaş sorunlarının ortaya çıkma ihtimaline binaen ücretsiz izin, fon yönetimi ve sosyal güvenlik hükümlerine ilişkin sosyal devlet ilkesinin gerektirdiği ayrıntılı bir mevzuata ihtiyaç olduğu açıktır. Böylesi ayrıntılı bir mevzuat gerekliliği ortadayken “idare gerekenleri yapar” türünden genel hükümlerin, yetersiz olduğu ve Anayasa Mahkemesinin kabul ettiği “esaslılık teorisi”ne uyumsuzluk yarattığı açıktır.

8. İzolasyon koşullarındaki kişilerin ve mahpusların aileleriyle teması önem taşıyan bir konudur. Karantina altındaki kişilerin bakmakla yükümlü olduğu kişilerle olan ilişkilerinin sosyal devlet ilkesi ışığında ele alınması gerekmektedir, öte yandan hareket serbestisi sorunu taşıyacak herkesin (özellikle mahpusların) e-mail ve telekonferans yoluyla yakınlarıyla görüşmesini sağlayacak, icabında bu usulü avukatla görüşmeye teşmil edecek düzenlemelere ihtiyaç vardır.

9. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, konuta zorla girme ve muayeneler konusunda Anayasa'nın emredici hükümlerini karşılamamaktadır. Bu konuda Anayasa'nın lafzına uygun değişiklikler yapılmalıdır.

10. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'ndaki yasaklara uyulmaması durumunda uygulanacak cezai yaptırımlar belirsiz ve/veya hafiftir. TCK'deki ceza yaptırımları çok sınırlı sayıda kişiye ve duruma özgüdür. İdari para cezaları ise yeterli caydırıcılığı içermemektedir. Kanun'un 2008 yılından önceki hâli de dikkate alınarak bu konuda bir reforma girilmelidir.

11. Teknolojik gelişmeler, tehlikeli salgın hastalıklarla ilgili bazı kişisel verilerin kullanılması (örn. hastaların cep telefonu konum bilgilerinin kullanılması, hasta kişilerin temas ettiği bölgelerin tespit edilmesi gibi) olanaklarına imkân tanımıştır. Salgınla mücadelede önem taşıyan bu yetkilerin, Anayasa'ya uygun bir hak ihlali olmadan kullanımı için bu konuda özellikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda değişikliğe gidilebilir.

12. Tehlikeli salgın hastalık koşullarında gerekli hâle gelebilecek olan ibadethanelerin ibadete kapatılması; düğün ve cenazeler için top-

lanma yasakları; yargılama süreçlerinde duruşmaların kapalı, duruşmasız veya alternatif usullerle yapılması; kişilerin seyahat ettiği yerleri bildirme yükümlülüğü getirilmesi din ve vicdan özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, özel yaşama saygı hakkı gibi haklara dönük müdahalelerdir. Bu tür müdahalelerin genelge ve kararnamelerle yapılmaması için anılan durumlara ilişkin esaslı noktaları düzenleyen bir kanun hükmüne ihtiyaç bulunmaktadır.

13. Olağanüstü Hâl Kanunu, Anayasa'nın kendisine biçtiği rolü karşılamaktan uzaktır. Olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15'inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağını veya nasıl durdurulacağını, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağını, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceğini, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağını ve olağanüstü yönetim usullerini düzenlemesi gereken bu Kanun, çok az hüküm içermektedir. Oysa OHÂL koşulları, sadece ilan nedenleri yönünden değil, her hak için ayrıca yeni hükümleri gerekli kılmaktadır. Hukuk güvenliğinin gereği olarak bu mevzuatın en baştan yenilenmesi gerekir. OHAL Kanunu'nda sayılan yetkilerin bir kısmı (örn. eğitim hakkına müdahaleler, zorla çalıştırma sayılmayacak bazı durumlar) daha düşük düzeyde de olsa olağan dönemlerde de kullanılabilirler. Bu nedenle bu konudaki yetkilerin temel haklara etkisi daha yumuşak olanları olağan dönem mevzuatına kaydırılmalıdır.

14. OHAL Kanunu'ndaki en göze çarpan sorun, sokağa çıkma yasağı ve bu yöndeki sınırlamaları şiddet hareketleriyle sınırlı olarak düzenlemiş olması, tehlikeli salgın hastalık nedeni için bu tedbire yer vermemiş olmasıdır. Bu büyük bir çelişkidir ve ivedilikle giderilmelidir.

15. Eğitime ara verme ve bazı mekânları kapatma gibi tedbirlerin münhasıran OHAL Kanunu'nda düzenlenmiş olması, eğitim özgürlüğü ile özel girişim vb. haklara dönük bu türden müdahalelerin sadece OHÂL süreçlerinde mümkün olacağı gibi bir anlama yol açmaktadır. Açıkça OHAL için düzenlenen yetkinin uygulamada olağan zamanlarda Cumhurbaşkanlığı kararı, genelge vb. türden normlarla alınması, kanunilik ilkesine aykırı olduğu gibi sistemin tutarlılığını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Anayasa'nın 13 ve 15'inci maddeleri arasındaki bölüşüme uygun olarak bu alanlarda durdurma düzeyine ulaşmayan sınırlamaların Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda düzenlenmesi gerekir. Öte yandan

bu düzenlemede, ÖSYM tarafından gerçekleştirilecek merkezi sınavlar için de öngörülebilirliği sağlayacak hükümlere yer verilmelidir.

Tehlikeli salgın hastalıklarla mücadele konusundaki mevzuat öylesine belirsiz, çelişkili ve geneldir ki bu sorun Cumhurbaşkanı kararları ve genelgeler gibi normlar hiyerarşisinde alt sıralarda yer alan normlarla çözülmeye çalışılmaktadır. Bir kısmı Resmî Gazete’de dahi yayımlanmayan bu normlar, ulaşılabilirlik ve dolayısıyla belirlilik sorunu yaratmaktadır. Kanundaki eksiklikler bu normları haklı çıkarmamaktadır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

AGAMBEN, Giorgio, İstisna Hâli, Kemal Atakay (çev.), (İstanbul: Ayrıntı Yay., 2018).

AGAMBEN, Giorgio, “Lo Stato D’eccezione Provocato da Un’emergenza Immotivata”, Il Manifesto, 26.02.2020.

AKÇAM, Zeki, Dil ve Folklor Malzemesi Olarak Ser’iye Sicilleri, (İstanbul: Hiperlink Yay., 2016).

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, Özel Yaşama Saygı Hakkı, (Ankara: Avrupa Konseyi, 2019).

ASLAN, Betül, Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Özel Gelişme Hakkı, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2009).

AYDIN, Erdem, “Tanzimat ve Osmanlı Sağlık Hizmetleri”, IV. Türk Tıp Tarihi Kongresi Bildirileri, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay., 2003).

AYDIN, Erdem, “19. Yüzyılda Osmanlı Sağlık Teşkilatlanması”, OTAM, S. 15, 2004.

BECK, Ulrich, Risk Toplumu: Başka Bir Modernliğe Doğru, Bülent Doğan (çev.), (İstanbul: İthaki Yay., 2014).

BEIGBEDER, Yves, The World Health Organization: Achievements and Failures, (NY: Routledge, 2018).

BENHABİB, Seyla, Ötekilerin Hakları - Yabancılar, Yerliler, Vatanadaşlar, Berna Akkıyal (çev.), (İstanbul: İletişim Yay., 2018).

BERGER, Stephen, COVID-19, MERS and SARS: Global Status, (California: GIDEON, 2020).

COOPE, John E./Norman Sartorius, *A Companion to the Classification of Mental Disorders*, (Oxford: Oxford University Press, 2013).

“Coronavirus: Boris Johnson postpones May local elections amid Covid-19 outbreak”, *Independent*, 14.03.2020.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 03.09.1982.

DAWOOD, Fatimah S. et. al., “Estimated Global Mortality Associated with the First 12 Months of 2009 Pandemic Influenza A H1N1 Virus Circulation: A Modelling Study”, *Lancet Infect Disease*, Vol. 12(9), 2012.

DIJK, Pieter van/Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak (ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (Mortsel: Intersentia, 2018).

DÖKMECİ, İsmet /A. Handan Dökmeci, *Büyük Tıp Sözlüğü*, (İstanbul: Nobel Yay., 2014).

DUYGUN, Ahmet Mert, “Karşılaştırmalı Hukukta Pasifist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, S. 14, 2018.

DUYMAZ, Erkan, “Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 123, 2013.

ERTAN, İzzet Mert, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı*, (İstanbul: Legal Yay., 2012).

ESEN, Selin, *Anayasa Hukuku Açısından Dolaşım Özgürlüğü*, (Ankara: Yetkin Yay., 2014).

ESEN, Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye' de Olağanüstü Hal Rejimi*, (Ankara: Adalet Yay., 2008).

FELIX, Dagmar, *Einheit der Rechtsordnung: zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 1998).

“France Holds Local Elections Despite COVID-19 Outbreak Fears”, *Time*, 15.03.2020.

GAMMON, Keri, “Pandemics and Pandemonium: Constitutional Jurisdiction Over Public Health”, *Dalhousie Journal of Legal Studies*, Vol. 15, 2006.

GEMALMAZ, Burak, *Mülkiyet Hakkı*, (Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018).

GIDDENS, Anthony, *Elimizden Kaçıp Giden Dünya*, (İstanbul: Alfa Yay., 2000).

GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, (Bursa: Ekin Yay, 2019).

GÖZLER, Kemal, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 19, 2002.

HARRIS, David/Michael O’Boyle/Edward Bates/Carla Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Oxford: Oxford University Press, 2014).

KABOĞLU, İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, (İstanbul: Legal Yay., 2019).

KABOĞLU, İbrahim, *Kolektif Özgürlükler*, (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1989).

KABOĞLU, İbrahim, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/4.

KARA, Mithat, “Anayasa Mahkemesi’nin Zorunlu Aşıya Yaklaşımı”, *Anayasa Mahkemesi’nin Zorunlu Aşı Kararı Konferansı (22 Aralık 2016)*, (İzmir: İzmir Tabip Odası Yayınları, Nisan 2017).

KASAPOĞLU TURHAN, Mine, “İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması”, *Hacettepe HFD*, 9(1), 2019.

KELLY, Helalty, “The Classical Definition of A Pandemic is Not Elusive”, *Bulletin of the World Health Organization*, S. 89, 2011.

KÖYBAŞI, Serkan, “Yeni Bir Anayasal Hak Öznesi Olarak Hayvan – I”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6, S. 13, 2018.

KÖYBAŞI, Serkan, “Yeni Bir Anayasal Hak Öznesi Olarak Hayvan – II”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 17, S. 14, 2018.

KRIEGER, Heike, “Notstand”, *EMRK/GG: Konkordanzkommentar*, Rainer Grote/Thilo Marauhn (ed.), (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006).

KÜZECİ, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, (Ankara: Turhan Yay., 2010).

LAST, John M., *A Dictionary of Epidemiology*, (New York: Oxford University Press; 2001).

LAVRYSEN, Laurens, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights* (Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, 2016).

MERTEN, Detlef, “Freizügigkeit”, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa: Grundrechte in Deutschland un Europa, B. IV, Deflet Merten, Hans-Jürgen-Papier (Hrsg.), (Heidelberg: C.F. Müller, 2011).

MERTEN, Detlef, “Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken”, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Detlef Merten/Hand-Jürgen Papier (Hrsg.), (Heidelberg: C.F: Müller, 2009).

MOWBRAY, Alastair, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, (Oxford/Portland/Oregon: Hart Publishing, 2004).

NIKIFORUK, Andrew, Mahşerin Dördüncü Atlısı: Salgın ve Bulaşıcı Hastalıklar Tarihi, Selahattin Erkanlı (çev.), 7. Baskı, (İstanbul: İletişim Yay., 2018).

ODER, Bertil Emrah, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, (İstanbul: Beta Yay., 2010).

ODER, Bertil Emrah, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2008.

ONZIVU, William, “(Re)Invigorating the World Health Organization’s Governance of Health Rights: Repositing an Evolving Legal Mandate, Challenges and Prospects”, African Journal of Legal Studies, Vol. 4(3), 2002.

ORCAN, Necdet Umut, The Legitimate Aim Test in the Case-Law of the European Court of Human Rights, (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2019).

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Yetkin Yay., 2019).

PATTERSON, Amy S., “AIDS/HIV”, Encyclopedia of Human Rights, David P Forsythe (ed.), Vol. 1, (Oxford & New York: Oxford University Press, 2009).

PETERS, Hans, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, (Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1963).

SAĞLAM, Fazıl, “Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü”, Anayasa Hukuku Dergisi, S. 13, 2018.

SAĞLAM, Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, C. 1, 1984.

SAĞLAM, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, (Ankara: AÜSBF Yay., 1982).

SAĞLAM, Fazıl, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, S.1, 2001.

SAĞLAM, Mehmet, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, S.1, 2001.

Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, *Sağlık Hizmetlerinde 50 Yıl*, (Ankara: Ayyıldız Matbaa, 1973).

SARAMAGO, José, Körlük, Işık Ergüden (çev.), (İstanbul: Kırmızı Kedi Yay., 2019).

SEVER, Dilşad Çiğdem, “Sağlık Kamu Hizmetinin Örgütlenmesi ve Özelleştirme Biçimleri”, Özge Yücel ve Gürkan Sert (ed.), *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, (Ankara: Seçkin Yay., 2018).

SCHABAS, William A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, (Oxford: Oxford University Press, 2015).

STÖRRING, Lars Peter, *Das Untermaßverbot in der Diskussion: Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2009).

SWAIN, Ashok, *Understanding Emerging Security Challenges: Threats and Opportunities*, (New York: Routledge, 2013).

ŞİRİN, Tolga, “Eine Ausgangssperre ohne Ausnahmestand?” *Anayasa Hukuku Dergisi*, 4(7), 2015.

ŞİRİN, Tolga, “Gelecek Kuşaklardan Doğanın Haklarına: Bolivya ve Ekvador Anayasaları”, Doğa ve Kent Hakları İçin Siyasal Stratejiler, Fevzi Özlüer ve Aykut Çoban (ed.), (Ankara: Ekoloji Kolektifi Yay., 2016).

ŞİRİN, Tolga, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, (Ankara: Avrupa Konseyi Yay., 2018).

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı – Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla, (İstanbul: Legal Yay., 2012).

TAN, Turgut, “Yasama Faaliyetinden Devletin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Nevzat Torosluya Armağan, C. II, (Ankara: A.Ü. Yay., 2015).

TANÖR, Bülent, İki Anayasa 1961-1982, (İstanbul: Beta Yay., 4. Baskı, 1994).

TANÖR, Bülent/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, (İstanbul: Beta Yay, 2019).

TANURO, Daniel, “Eight Theses on Covid-19”, International Viewpoint, 25.03.2020.

TBMM Zabıt Ceridesi, 17.04.1930.

TEKELİ, İlhan, Cumhuriyetin Belediyecilik Öyküsü, (İstanbul: Tarih Vakfı Yay., 2009).

TÜBA Çevre Komitesi, Türkiye'nin Sağlık Tarihi Bağlamı İçinde 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve Cumhuriyetin Sağlık Sorununa Yaklaşımı, (Ankara: TÜBA Yay., 2010).

UYAR, Lema (der.), Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2006).

UYGUN, Oktay, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, (İstanbul: Kazancı, 1992).

ÜLGEN Özen /Tolga Şirin, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ≠ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Güncel Hukuk, S. 170, Mart-Nisan 2018.

YAŞAYANLAR, İsmail/Burcu Kurt (ed.), Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Salgın Hastalıklar ve Kamu Sağlığı, (İstanbul: Tarih Vakfı Yay., 2017).

YAŞAYANLAR, İsmail, “Osmanlı Devleti'nde Kamu Sağlığının Kurumsallaşmasında Koleranın Etkisi”, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Salgın Hastalıklar ve Kamu Sağlığı, Burcu Kurt ve İsmail Yaşayanlar (ed.), (İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yay., 2017).

YENİCE, Kazım, “Sıkıyönetim İlan Kararı ve Yargısal Denetimi Sorunu”, Danıştay Dergisi, C. 1, S. 2, 1971.

ZULEEG, Manfred, “Ausländer in Deutschland”, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Vol. 83(3/4), 2000.

Çevrim İçi Kaynaklar

Adalet Bakanlığı, T.C. Anayasası'nın İngilizce Çevirisi (<https://tinyurl.com/udqt6ou>)

AGAMBEN, Girogio, "The state of exception provoked by an unmotivated emergency", Position Politics, 26.02.2020. (<https://tinyurl.com/w2pqt17>)

AUORE Gaillet/Maximilian Gerhold, "Etat d'urgence sanitaire Wie Frankreich den Coronavirus bekämpft", Verfassungsblog. (<https://verfassungsblog.de/etat-durgence-sanitaire/>)

Bilkent Üniversitesi İnternet Sitesi Duyuru Sayfası. (<https://tinyurl.com/v18by6g>)

BRETTTHAUER, Sebastian, "Datenschutz versus Katastrophenschutz Standortdaten als Mittel zur Bekämpfung der Corona-Pandemie", Verfassungsblog, (<https://verfassungsblog.de/datenschutz-versus-katastrophenschutz/>)

"Coronavirus COVID-19 Risk Increased to 'Very High' but Containment Still Possible", UN News, (<https://news.un.org/en/story/2020/02/1058331>)

"COVID-19 and Press Freedom: Europe Must Oppose Measures Proposed by Viktor Orbán" Reporters Without Borders, 26.03.2020. (<https://tinyurl.com/s6cx42a>)

Elazığ Valiliği İl Hıfzıssıhha Meclis Kararı, 21.03.2020 (<http://www.elazig.gov.tr/il-hifzissihha-meclis-karari>)

Ermenistan'ın Avrupa Konseyi'ne yaptığı derogasyon bildirim. (<https://rm.coe.int/09000016809cf885>)

Estonya'nın Avrupa Konseyi'ne yaptığı derogasyon bildirim. (<https://rm.coe.int/09000016809cfa87>)

"EU-Parlament stimmt per E-Mail ab", (<https://orf.at/stories/3159172/>)

European Data Protection Board, "Statement on the Processing of Personal Data in the context of the COVID-19 Outbreak", (<https://tinyurl.com/v6hd7mu>)

FRIEHE, Matthias, "Was Heißt Hier Immun? Quarantäne, Bundestagsabgeordnete und die Funktionsfähigkeit des Parlaments", Verfassungsblog, 11.03.2020. (<https://tinyurl.com/vxpgwh5>)

Gürcistan'ın Avrupa Konseyi'ne yaptığı derogasyon bildirimini. (<https://rm.coe.int/09000016809cff20>)

KANADOĞLU, Korkut, “Zorunlu Aşının Anayasallığı”, LexPera Blog, 20.02.2020. (<https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asinin-anayasalligi/>)

KLAFKI Anika/Andrea Kießling, “Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks: Germany”, Verfassungsblog, (<https://tinyurl.com/vllgkf2>)

KLAFKI, Anika, "Corona-Pandemie: Ausgangssperre bald auch in Deutschland?", Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht, (<https://juwiss.de/27-2020>)

Letonya'nın Avrupa Konseyi'ne yaptığı derogasyon bildirimini. (<https://rm.coe.int/09000016809ce9f2>)

LINDNER, Josef Franz, “Wahlen in Zeiten von Corona Zur „Infektionsschutzfestigkeit“ des Wahlrechts”, Verfassungsblog, 13.05.2020. (Çevrimiçi Erişim: <https://tinyurl.com/vewwmz9>)

Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, A/61/267, 16.08.2006. (<https://tinyurl.com/so8xtdo>)

Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, A/HRC/20/27, 21.05.2012 (<https://tinyurl.com/vzqk2bz>)

Romanya'nın Avrupa Konseyi'ne yaptığı derogasyon bildirimini (<https://rm.coe.int/09000016809cee30>)

SCHEPPELE Kim Lane, “Orban's Emergency”, Verfassungsblog, 29.03.2020. (<https://verfassungsblog.de/orbans-emergency/>)

ŞİRİN, Tolga, “Anayasa ve Saldırı Savaşı Yasağı”, (<https://www.tolgasirin.com/post/saldirisavasi>)

TBMM, T.C. Anayasası'nın İngilizce Metni. (<https://tinyurl.com/re99fkw>)

United Nations, Economic and Social Council, Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985). (<http://hrlibrary.umn.edu/instreet/siracusaprinciples.html>)

VEDASCHI, Arianna/Chiara Graziani, “Coronavirus Emergency and Public Law Issues: An Update on the Italian Situation”, Verfassungsblog, 12.03.2020. (<https://tinyurl.com/qrkskfm>)

VEDASCHİ, Arianna/Chiara Graziani, “Coronavirus, Health Emergencies and Public Law Issues”, Verfassungsblog, 06.03.2020. (<https://tinyurl.com/urpmc64>)

“Venedik Komisyonu Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Olmadığını Açıkladı!”, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, 30.06.2016. (<https://tihv.org.tr/venedik-komisyonu-sokaga-cikma-yasaklarinin-yasal-olmadigini-acikladi/>)

Yuval Harari'nin röportajı, CNN Videos. (<https://edition.cnn.com/videos/tv/2020/03/15/yuval-noah-harari-amanpour-cnn-coronavirus.cnn>)

KARARLAR

Anayasa Mahkemesi

Ahmet Çilgin başvurusu, B. No: 2014/18849, 01.12.2014.

Ahmet Temiz başvurusu, B. No: 2013/1822, 20.05.2015.

Aydın Yavuz ve diğerleri başvurusu, B. NO: 2016/22169, 20.06.2017.

Beşir Doğan başvurusu, B. No: 2013/2335, 15.12.2015.

Halime Sare Aysal başvurusu, B. No: 2013/1789, 11.11.2015.

Muhammed Ali Bayram başvurusu, B. No: 2014/4077, 29.06.2016.

Resul Kocatürk başvurusu, B. No: 2016/8080, 26.12.2019.

Sevim Akat Eşki başvurusu, B. No: 2013/2187, 19.12.2013.

Zübeyde Füsün Üstel başvurusu, B. No: 2018/17635, 26.07.2019.

AYM, E. 1969/29, K. 1969/64, T. 11.01.1969.

AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, T. 03.07.1991.

AYM, E. 1992/30, K. 1992/36, T. 26.05.1992.

AYM, E. 2002/143, K. 2004/46, T. 31.03.2004.

AYM, E. 2003/28, K. 2003/42, T. 22.05.2003.

AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, T. 10.03.2011.

AYM, E. 2014/88, K. 2015/68, T. 13.07.2015.

AYM, E. 2016/125, K. 2017/143, T. 28.09.2017.

AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 12.10.2016.

AYM, E. 2016/167, K. 2016/160, T. 12.10.2016.

Danıştay

Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E. 1970/419, K. 1970/444, T. 03.07.1970.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

A. E. v. Polonya, Appl. No: 14480/04, 31.03.2009.

Acamanne ve diğlerleri v. Belçika, Appl. No: 10435/83, 10.12.1984.

Andrews v. Birleşik Krallık, Appl. No: 37657/97, 26.09.2000.

Boffa ve diğlerleri v. San Marino, Appl. No: 26536/95, 15.01.1998.

Cisse v. Fransa, Appl. No: 1346/99, 09.04.2002.

De Tommaso v. İtalya, Appl. No: 43395/09, 23.02.2017.

Engel ve diğlerleri v. Hollanda, Appl. No: 5100/71 et al., 08.06.1976.

Enhorn v. İsveç, Appl. No: 56529/00, 25.01.2005.

Fatullayev v. Azerbaycan, Appl. No: 40984/07, 22.04.2010.

Federation of Offshore Workers' Trade Unions ve diğlerleri v. Norveç, Appl. No: 38190/97, 27.06.2002.

Frasik v. Polonya, Appl. No: 22933/02, 05.01.2010.

Golder v. Birleşik Krallık, Appl. No: 4451/70, 21.02.1975.

Girard v. Fransa, Appl. No: 22590/04, 30.06.2011.

Hriztozov ve Diğlerleri v. Belçika, Appl. No: 47039/11, 13.11.2012.

İletmiş v. Türkiye, Appl. No: 29871/96, 06.12.2005.

Jalloh v. Almanya, Appl. No: 54810/00, 11.07.2006.

Khlebiç v. Ukrayna, Appl. No: 2945/16, 25.07.2017.

Koufaki ve Adedy v. Yunanistan, Appl. No: 57665/12, 07.05.2013.

Kömürcü v. Türkiye, Appl. No: 2769/11, 17.02.2015.

Kuimov v. Rusya, Appl. No: 32147/04, 08.01.2009.

Leyla Şahin v. Türkiye, Appl. No: 44774/98, 10.11.2005,

M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, Appl. No: 30696/09, 21.01.2011.

Marangos v. Kıbrıs, Appl. No: 31106/96, 20.05.1997.

Maskhadova ve diğerleri v. Rusya, Appl. No: 18071/05, 06.06.2013.

Milen Kostov v. Bulgaristan, Appl. No: 40026/07, 03.09.2013.

Mürsel Eren v. Türkiye, Appl. No: 60856/00, 07.02.2006.

Nada v. İsviçre, Appl. No: 10593/08, 12.09.2012.

Patrova v. Letonya, Appl. No: 4605/05, 24.06.2014.

Radio France ve diğerleri v. Fransa, Appl. No: 53984/00, 30.03.2004.

S. v. Almanya, Appl. No: 9686 / 82, 04.10.1984.

Sabanchiyeva ve Diğerleri v. Rusya, Appl. No: 38450/05, 06.06.2013.

Savva Terentyev v. Rusya, Appl. No: 10692/09, 28.02.2018.

Solomakhin v. Ukrayna, Appl. No: 24429/03, 15.03.2012.

Storck v. Almanya, Appl. No: 61603/00, 16.06.2005.

Yehova'nın Şahitleri Moskova ve Diğerleri v. Rusya, Appl. No: 302/02, 10.06.2010.

Federal (Almanya) Anayasa Mahkemesi

BVerfGE 83, 37.