

SALGIN HASTALIKLAR VE SALGIN HASTALIKLAR ÖZELİNDE SAĞLIK HAKKINA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN BAKİŞ AÇISI İLE ULUSAL MEVZUATIN COVID-19 ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

**EVALUATION OF NATIONAL LEGISLATION IN COVID-19
FROM THE PERSPECTIVE OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS ON THE RIGHT TO HEALTH
IN PARTICULAR ON EPIDEMICS AND EPIDEMICS**

Dilaver NİŞANCI*

Özet: Salgın, bir enfeksiyon hastalığının belirli bir toplumda, bölgede veya mevsimde beklenen normal sıklığından net biçimde fazla olarak görülmesi olup bu hastalıklar, tarihin her döneminde toplumların sosyal, kültürel, siyasal, bilimsel, ekonomik ve askeri yapılarını etkileyecek nitelikte sonuçlar üretmiştir. Hastalık kavramının gündeme gelmesi pek tabiidir ki sağlık hakkını da beraberinde getirecektir. Sağlık hakkı; temel bir insan hakkı olup kişinin sağlığının korunması ve geliştirilmesini sağlayan haklar olarak tanımlanabilir. AİHM, sağlık hakkıyla ilgili sorunları, AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan haklar bağlamında değerlendirmiştir ki yaşam hakkı, işkence-insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, ayrımcılık yasağı bu haklar arasında sayılabilir. Türk Anayasası da 17'nci maddesi ile yaşam hakkını ve 56'ncı maddesi ile de sağlık hakkını güvence altına almaktadır. Yaşanan pandemi karşısında bireylerin yaşam hakkı ve sağlık hakkı başta olmak üzere temel haklarının korunması noktasında devletlerin çeşitli tür ve seviyelerde tedbirler almaları kaçınılmazdır. Hukuk devletinin var olduğu bir sistemde alınan bütün kararların, yapılan tüm işlemlerin hukuki bir gerekçeye oturtulması gereklidir. Ne yazık ki hali hazırda alınan önlemlerin çoğu bu kıstasları taşımayan, kanunilik unsurunu göz ardı eden düzenlemelerle ve özellikle de genelgelerle oluşturulmaktadır. Türk hukukunda salgın hastalıklara yönelik esaslar, dağınık halde bulunmakta olup buna yönelik hükümler taşıyan başlıca mevzuat; Anayasa, Olağanüstü Hal Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve İl İdaresi Kanunu olarak sayılabilir.

* Yrd. Doç. Dr., Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Girne, KKTC, dilaver.nisanci@final.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0427-432X, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.08.2020, Kabul Tarihi: 09.08.2020

Anahtar Kelimeler: COVID-19, Salgın Hastalık, Pandemi, Sağlık Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Abstract: Plague of a disease in a given population, region or season is to be seen as clearly more than the expected normal frequency; these diseases throughout history, societies social, cultural, political, scientific, economic and military structures that affect results it has produced. The concept of disease is hardly subject to the agenda, which will bring about the right to health. The right to health is a fundamental human right and can be defined as the rights that enable the protection and development of one's health. These rights include the right to life, the Prohibition of torture, inhuman and degrading treatment, freedom and security of persons, the right to a fair trial, the right to respect for private and family life, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression, freedom of assembly and association, and non-discrimination. The Turkish Constitution guarantees the right to life with Article 17 and the right to health with Article 56. In the face of the pandemic, it is inevitable that states will take measures at various levels and types to protect the fundamental rights of individuals, especially the right to life and health. In a system where the state of law exists, all decisions taken and all actions taken must be based on a legal justification. Unfortunately, most of the measures already taken are created by regulations that do not meet these criteria, and especially circulars that ignore the legality element. The principles of epidemic diseases in Turkish law are scattered and the main legislation carrying provisions for them can be considered as the Constitution, the Emergency Law, the Public Hygiene Law, the Turkish Penal Code and the Provincial Administration Law.

Keywords: COVID-19, Epidemic Disease, Pandemic, Right to Health, European Court of Human Rights

GİRİŞ

2019'un Aralık ayında gündemi, yaşamı ve gelecekle ilgili beklentilerimizi değiştiren yeni bir salgınla tanıştık: Yeni Koronavirüs (COVID-19) olarak adlandırılan bu yeni salgın, Aralık 2019'da Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkan ve solunum yolu belirtileri (ateş, öksürük, nefes darlığı) gelişen bir grup hastada yapılan araştırmalar sonucunda 13 Ocak 2020'de tanımlanan bir virüstü. Salgın, başlangıçta bu bölgedeki deniz ürünleri ve hayvan pazarında bulunanlarda tespit edilmişti. Daha sonra insandan insana bulaşarak Wuhan başta olmak üzere Hubei eyaletindeki diğer şehirlere ve Çin Halk Cumhuriyeti'nin diğer eyaletlerine ve diğer dünya ülkelerine yayılmış olup¹ Dünya Sağlık

¹ "Q&A on Coronaviruses (COVID-19)" (World Health Organization, 23 March

Örgütü tarafından² 12 Mart 2020 tarihinde pandemi olarak kabul edilmiştir. Bu büyük felaket, 19 Ağustos 2020 tarihi itibarıyla 216 ülkede 22.471.259 vakada tespit edilmiş ve 787.676 kişinin ölümüne yol açmıştır ki³ bu rakamlar sürekli olarak büyümektedir. Aşısı da bulunabilmiş değildir. 11 Mart 2020 tarihinde söz konusu virüsün ilk defa görüldüğü açıklanan Türkiye’de 19 Ağustos 2020 tarihi itibarıyla devletin rakamlarına göre tanı konulan hasta sayısı 253.108, bu hastalıktan ölen kişi sayısı ise 6.039’dur.⁴

Koronavirüsler (CoV), 21’inci yüzyılda keşfedilmiş olup tüm dünyada yaygın olan virüslerdir. Yaşadığımız bu salgın da koronavirüslerin neden olduğu ilk salgın değildir. 2002 yılında Çin’in Guandong eyaletinde ortaya çıkıp bütün dünyayı tehdit eden bu enfeksiyon, bir yıl içinde 30 ülkeye yayılarak, aralarında sağlık çalışanlarının da bulunduğu 8373 kişide hastalığa ve 774 kişinin ölümüne yol açmıştı. Yüksek mortalite ile seyreden ağır zoonotik pnömoni tablosuyla tüm dünyayı tehdit eden bu hastalığa “*Severe Acute Respiratory Syndrome*” (SARS) adı verilmişti.⁵

Koronavirüslerin insanlarla olan macerası bu kadarla da kalmamış; on yıl sonra, yeni bir koronavirus, daha korkutucu bir senaryo ile sahneye çıkmıştır. 2012 yılının Haziran ayında, Suudi Arabistan’da pnömoni ve böbrek yetmezliği ile kaybedilen bir viral pnömoni ol-

2020) <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses> E.T. 23.03.2020.

² Uğur Samancı, “Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi” (2016) 18, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 62-64, 83-84.

Kurucu anlaşması 22 Temmuz 1946’da 61 devlet tarafından imzalanmak suretiyle oluşturulan Dünya Sağlık Örgütü’ne Türkiye 9 Haziran 1947 tarih ve 5062 sayılı Kanun’la dâhil olmuştur. Birleşmiş Milletler’in sağlık alanında faaliyet gösteren uzmanlık kurumu olan Örgütün amacı, herkesin mümkün olan en yüksek sağlık düzeyine ulaşmasıdır. Örgütün kurumsal yapısı, sağlık alanında üye devletlerde ortaya çıkabilecek sorunların yakından izlenmesini olanaklı kılacak şekilde tasarlanmıştır. Dünya Sağlık Örgütü’nün tasarrufları üye devletler için mutlak bağlayıcılık vasfı taşımasa da önemli bir referans niteliğindedir.

³ “Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak Situation” (World Health Organization, 20 August 2020)

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> E.T. 20.08.2020.

⁴ <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/> E.T. 20.08.2020.

⁵ Seza İnal, “Middle East Respiratory Syndrome-Coronavirus (MERSCoV) Infection” (2016), *The Medical Journal of Okmeydani Training and Research Hospital* 37-38 <http://www.okmeydanitipdergisi.org/jvi.asp?pdire=okmeydanitip&plng=tur&un=OTD-38258&look4=> E.T. 28.03.2020.

gusunda yeni bir koronavirus tespit edildiği bildirilmiş olup bu virüs Katar'da ve Ürdün'de de rapor edilmiştir. Kısa sürede Arap Yarımadası'nda ortaya çıkan bu gizemli ve ölümcül viral pnömoni salgınından sorumlu olan bu yeni koronavirüse Türkçede "*Ortadoğu solunum yetmezliği sendromu koronavirüsü*" olarak dile getirilebilen, "*Middle East Respiratory Syndrome Coronavirus*" (MERS-CoV) adı verilmiştir.⁶

I. SALGIN TERİMİ, DÜNYANIN YAŞADIĞI BAŞLICA SALGIN FELAKETLERİ VE TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN SALGIN HASTALIKLARLA MÜCADELESİ

Salgın, bir enfeksiyon hastalığının belirli bir toplumda, bölgede veya mevsimde beklenen normal sıklığından net biçimde fazla olarak görülmesidir.⁷ Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde de salgın, "*Bir hastalığın veya başka bir durumun yaygınlaşması ve birçok kimseye birden bulaşması*" olarak tanımlanmaktadır.⁸ Salgınlarda vaka sayıları çeşitli etkenlere bağlı olarak değişmekte olup enfeksiyona yol açan etkenin tipi, bulaştırma gücü, bu etkenin enfeksiyon oluşturduğu toplumun özellikleri bu bağlamda sayılabilir. Hastalıklar toplum içerisinde standart olarak kabul edilen oranlar dâhilinde ise "*endemik*", bu standardın üzerinde ise "*hiper endemik*", salgının birden fazla ülke veya kıtaları içerecek şekilde yaygınlaşması ise "*pandemi*" olarak adlandırılmaktadır. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü de pandemiyi, "*dünyada eşzamanlı olarak çok yaygın bir şekilde çok fazla sayıda insanı tehdit eden bulaşıcı hastalıklara verilen isim*" olarak tanımlamakta ve bir hastalığın pandemi olabilmesi için üç kriterin mevcut olması gerektiğini ifade etmektedir.⁹ Yeni bir virüs olması, insanlara kolayca geçebilmesi ve insandan insana kolay ve sürekli bir şekilde bulaşması.

⁶ ibid 38.

⁷ Mustafa Hacımustafaoğlu, "Enfeksiyon Hastalıkları Pratiğinde Salgın Tanımlanması" (24 November 2018) <http://www.cocukenfeksiyondergisi.org/upload/documents/2018-04/2018-12-4-172-173.pdf> E.T. 23.03.2020.

⁸ "Güncel Türkçe Sözlük" <https://sozluk.gov.tr/> E.T. 23.03.2020

⁹ "Pandemi Nedir, Ülkeleri Nasıl Etkiler? - Dünya Sağlık Örgütü Koronavirüsü Pandemi İlan Etti" (12 March 2020) <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51614548> E.T. 23.03.2020.

Salgın hastalıklar, tarihin her döneminde toplumların sosyal, kültürel, siyasal, bilimsel, ekonomik ve askeri yapılarını etkileyecek nitelikte sonuçlar üretmiş felaketler olup veba, çiçek, sıtma, tifüs, frengi, grip, dizanteri, tifo, kolera bunların başlıcalarıdır.¹⁰

Tarihte yaşanmış ve günümüzde yaşamaya devam eden salgınlara ve tahmini ölüm sayılarına kısaca bakacak olursak: Atina Veba Salgını (M.Ö. 430-427) 1.000 ölüm, Jüstinyen Veba Salgını (541-542) on milyonlarca ölüm, Kara Veba (1346-1350) 50 milyon ölüm, Amerika yerlilerinin salgın hastalıkları (1492-1900) 1,5 milyon ölüm, Büyük Londra Vebası (1665-1666) 100.000 ölüm, Birinci Kolera Pandemisi (1817-1823) 110.000 ölüm, İkinci Kolera Pandemisi (1829-1849) 200.000 ölüm, Tifüs Epidemisi (1847) 20.000 ölüm, Dördüncü Kolera Pandemisi (1860-1879) 705.000 ölüm, Beşinci Kolera Pandemisi (1881-1896) 990.000 ölüm, Rus Gribi (1889-1890) 1 milyon ölüm, Modern Veba (1894-1903) 10 milyon ölüm, Altıncı Kolera Pandemisi (1899-1923) 1,5 milyon ölüm, İspanyol Gribi (1918-1920) 20 milyon ölüm, Asya Gribi (1957-1958) 2 milyon ölüm, HIV/ AIDS (1960'tan günümüze) 40 milyon ölüm, Yedinci Kolera Pandemisi (1961'den günümüze) 570.000 ölüm, Hong Kong Gribi (1968-1969) 1 milyon ölüm, SARS Salgını (2002-2003) 774 ölüm, Domuz Gribi (2009) 284.000 ölüm, Batı Afrika Menenjit Salgını (2009-2010) 1.210 ölüm, Haiti Kolera Epidemisi (2011-2017) 6.700 ölüm, Kongo Kızamık Epidemisi (2011'den günümüze) 4.600 ölüm, Batı Afrika Ebola Epidemisi (2014'ten günümüze) 4.900 ölüm. Görüldüğü üzere insanlık tarihi salgın hastalıklar konusunda sürekli felaketler yaşamış olup görünen odur ki yaşamaya da devam edecektir.¹¹

Cumhuriyetin kuruluşundan hemen önce Osmanlı Devleti'nin geçirdiği 1'inci Dünya Savaşı ve ardından da Kurtuluş Savaşı nedeniyle Türkiye'nin içinde bulunduğu durum salgın hastalıkların artışına sebep olmuş olup 1920'li yıllarda Anadolu'da 3 milyon trahomlu ve nüfusun yarısında da sıtma hastalığı mevcuttu.¹² Genç Cumhuriyetin

¹⁰ Engin Kurt, "Savaşların Sonuçlarını Etkileyen Salgın Hastalıklar" (2010) 18, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, 113-119.

¹¹ Erhan Uysal, "Sırada Virüs Salgınları mı Var?" (Kocaeli Barış Gazetesi, 31 January 2020) <https://www.kocaelibarisgazetesi.com/sirada-virus-salginlari-mi-var-makale,61577.html> E.T. 24.03.2020.

¹² Hilal Özkaya, "Fight against Contagious Diseases during the Period of the Republic" (2016) 20, *Türkiye Aile Hekimliği Dergisi*, 77.

Adnan Adıvar'dan sonraki ikinci Sağlık Bakanı olan Refik Saydam, bakanlığı döneminde bulaşıcı hastalıklarla mücadele ve halk sağlığı konularında öncülük yapmış; sıtma, verem ve trahom ile mücadele etmiştir. 17 Mayıs 1928'de Umumi Hıfzıssıhha Kurumu Kurulmasına Dair Kanun çıkarılmış, Hıfzıssıhha Kurumu oluşturulmuştur. 24.04.1930 tarihinde kabul edilen ve halen yürürlükte olan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, halk sağlığını korumaya yönelik kapsamlı ilk kanundur.¹³

Cumhuriyetin kurulduğu yıllarda sıtma ve verem en yaygın hastalıklardı. Bunlarla savaşmaya yönelik olarak İstanbul'da ilk verem savaş dispenseri, Büyükkada ve Heybeliada Sanatoryumları açılmıştır. Behçet Uz, Tevfik Sağlam gibi isimler veremle savaşta etkin rol üstlenmişlerdir.¹⁴ Öte yandan Cumhuriyetin ilk yıllarında Denizli ve Ankara başta olmak üzere nüfusun %90'ına kadar varan oranda sıtma görülen yerler mevcuttu. Toplumun sıtmadan korunması için yasal düzenlemeler gerektiği gerçeğinden hareketle 26 Nisan 1926 tarihinde 826 sayılı Sıtma Kanunu çıkarılmış, eksik görülen bazı hususlar ise 13 Mayıs 1926 tarihli 839 sayılı Sıtma Kanunu ile düzenlenmiştir. 826 ve 839 sayılı Kanunların amacı sıtmanın tamamen ülkeden çıkarılmasıydı ki bu sıtmalı hastaların kanlarının tedavi edilmesi, mikrop yayan anofellerin üremesinin engellenmesi ve bataklıkların kurutulması ile sağlanabilecekti.¹⁵ 1928'de Adana'da Sıtma Enstitüsü kurulmuş ve asker ve sivil tüm doktorlar burada eğitim görmüştür. Daha sonra Adana dışında başka enstitüler de açılmak suretiyle bunların sayısı 11'e çıkarılmıştır. Hastalığa yönelik ilaçların üretimi, temini ve halka dağıtımı amacıyla 6 Haziran 1935 tarihinde 2767 sayılı Sıtma ve Frengi İlaçları Hakkında Kanun kabul edilmiştir.¹⁶ Yürütülen amansız mücadele ile 1940 yılına gelindiğinde sıtmalı oranı %11'e kadar düşürülmüş, 1946 yılında da 4871 sayılı Sıtma Savaş Kanunu yürürlüğe girmiştir.¹⁷

Dünya genelinde çok büyük oranda ölümlere neden olan bir diğer bulaşıcı hastalık da çiçek hastalığı olup Türkiye'de aşılama hizmetle-

¹³ ibid 78.

¹⁴ ibid 79.

¹⁵ Söhrab Mustafayev, "Cumhuriyet Döneminde Sıtma İle Mücadele ve Yasal Düzenlemeler (1923-1946)" (2019) 6, *Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi*, 1118-1121.

¹⁶ ibid 1122-1124.

¹⁷ Özkaya, 79-80.

rinin rutin olarak verilmesine 1930 yılında başlanmış, 1950-1960 yılları arasında toplam 14.431.000 çiçek aşılması yapılmış ve 1957 yılından sonra çiçek vakası görülmemiştir. Görüldüğü üzere Cumhuriyetin ilk yıllarında ülke genelini tehdit eden salgın hastalıklarla mücadele çok etkin olarak yürütülmüş ve dünyaya örnek olacak sonuçlar da alınmıştır.¹⁸

II. SALGIN HASTALIKLAR ÖZELİNDE İNSAN HAKLARI DÜZLEMİNDE SAĞLIK HAKKI KAVRAMI, AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE DÜZENLENİŞİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN BAKIŞ AÇISI

Sağlık, sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik halidir. İlk defa İngiliz yazar ve hukuk adamı Thomas More tarafından Ütopya adlı eserinde değinilen sağlık hakkı, kişinin sağlığının korunması ve geliştirilmesini sağlayan haklar olarak tanımlanabilir ki bu durumda sağlık hakkı, mevcut sağlık sisteminde kişinin hasta olmadan önceki süreçte sağlığının korunması ve her kişiye nitelikli, eşit tıbbi bakım ve tedaviye ulaşabilme imkânının sağlanması anlamına gelmektedir.¹⁹

Sağlık hakkı, sağlıklı olma hakkı şeklinde anlaşılamaz; bu hak kimi hak ve hürriyetleri içerir ki bunlar; (1) Sağlığını ve vücudunu kontrol ettirme hakkı, (2) İşkenceden uzak olma, rızası dışında tıbbi tedavi ve deneylere tabi olmama hakkı gibi müdahaleden uzak olma hakkı, (3) En yüksek düzeyde sağlığa erişebilmede eşitlik fırsatını sunan sağlık sistemine sahip olma hakkı.²⁰

Sağlık hakkı, ulusal ve uluslararası hukuk belgelerinde geleneksel olarak sosyal haklar arasında düzenlenmekte ve sosyal haklar için ön-görülen korumadan yararlanmaktadır. Bu haklar, kişilere isteme hakkı veren, devlete de mali kaynakları ölçüsünde yerine getirebileceği pozitif yükümlülükler yükleyen haklar olarak kabul edilmektedir.²¹ Geleneksel sosyal hak görüşü etkisiyle nasıl ki sağlık hakkı Birleşmiş

¹⁸ ibid 82-83.

¹⁹ Kâmil Alptekin, "Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme" (2004) 12, *Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History*, 134,136.

²⁰ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku* 2. baskı (Seçkin Yayıncılık, 2009) 295.

²¹ Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı -1" (2016) 3, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 169.

Milletler sisteminde Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de düzenlenmiş ise²² Avrupa Konseyi sisteminde de Avrupa Sosyal Şartı’nda yer almıştır.^{23 24} Oysaki sağlık hakları, sosyal haklar içinde değerlendirilemeyecek kadar çok yönlü haklar içermekte olan temel bir insan hakkı olup sağlık ve insan hakları disiplinleri arasındaki diyalog sayesinde anlam kazanabilecek, insan haklarına sahip olabilmek için önce sağlık hakkına sahip olmak gerekecektir.²⁵ Bu düşünce, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde “*insan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı*” olarak formüle edilmiştir.

Uluslararası, bölgesel ve ulusal insan hakları hukuku dikkate alındığında, sağlık hakkının kapsamına giren haklar şu şekilde sıralanabilir: (1) Elde edilebilir en yüksek sağlık standardı hakkı (ki bunun

²² Muharrem Balcı/Gülden Sönmez, Örnekli-Açıklamalı-Karşılaştırmalı Temel Belgelerde İnsan Hakları (Danışman Yayınları, 2001) 112.

Sağlık Standardı Hakkı (Madde 12): 1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin erişilebilir en yüksek bedensel ve ruhsal sağlık standardından yararlanma hakkını tanır.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerce bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek üzere yapılacak girişimler:

a) Ölü doğum oranı ve çocuk ölümlerinin azaltılması ve çocuğun sağlıklı gelişmesi için önlemler alınması,
b) Çevre ve endüstri sağlığının her bakımdan iyileştirilmesi,
c) Salgın ve yöresel hastalıklarla, meslek hastalıkları ve öteki hastalıkların önlenmesi, sağaltımı ve denetlenmesi,
d) Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve bakım sağlayacak koşulların yaratılması için gerekli olan önlemleri içerir.

Türkiye bu Sözleşmeyi 04.06.2003 tarih ve 4867 sayılı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylamıştır.

²³ ibid 379-380.

Sağlığın Korunması Hakkı (Madde 11): Sağlığın korunması hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere Sözleşmeci Taraflar ya doğrudan ya da kamusal ya da özel kuruluşlarla iş birliği içinde, öteki önlemlerin yanı sıra,

1. Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak,
2. Sağlığı geliştirmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluğu artırmak üzere danışsal ve eğitsel kolaylıklar sağlamak,
3. Salgın hastalıklarla yöresel başka hastalıkları olabildiğince önlemek, Üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı üstlenir.

Türkiye bu Sözleşmeyi 27.06.2006 tarih ve 5547 sayılı Avrupa Sosyal Şartının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylamıştır.

²⁴ Gülnur Erdoğan, “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı” (2008) 77, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 123. “AIHS, birinci kuşak haklar olarak kabul edilen sosyal ve ekonomik hakları ise Avrupa Sosyal Şartı koruma altına almıştır”.

²⁵ Karakul, 171,173.

gerçekleştirilebilmesi sağlık hizmetlerinin elverişli, ulaşılabilir, kabul edilebilir ve belirli bir kalitede olmasını zorunlu kılar), (2) Analık, çocuk ve üreme sağlığı hakkı, (3) Sağlıklı, doğal ve çalışılabilir çevre hakkı, (4) Hastalıkları önleme, tedavi ve kontrol hakkı, (5) Sağlık imkân ve fırsatları, mal ve hizmetleri hakkı.²⁶

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sağladığı temel hak koruması, bireylerin özgürlük alanlarını devletin müdahalesine karşı korumakla sınırlı olmayıp devletlerin pozitif tedbirler almak suretiyle bu hakları kullanılabilir hale getirmesi ve güvence altına alması da gerekmektedir.²⁷ Nitekim gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve gerekse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "*pozitif yükümlülükler*" kavramını geliştirmişlerdir.²⁸ İfade etmek gerekir ki, AİHM'nin bu yaklaşımı uluslararası insan hakları hukukunun genel yaklaşımıdır ve bölgesel başka enstrümanlar tarafından da benimsenmiştir, Inter Amerikan Sözleşmesi de buna örnek olarak gösterilebilir.²⁹

Pozitif yükümlülükler kavramı müelliflerce farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Nitekim Harris, O'Boyle ve Warbrick, sosyal gerçeklikte insan haklarının etkinliğini sağlamak, temel hakların üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilmesini önlemek ve haklardan etkili şekilde yararlanabilmek için devlet tarafından alınması gereken önlemler şeklinde bir tanım getirirken; Schutter, uyulmaması halinde yalnızca başvurunun veya küçük bir grubun değil, aynı zamanda geniş bir kesimin, hatta bütün toplumun etkileneceği her türlü yükümlülük şeklinde bir sonuca ulaşmaktadır.³⁰

AİHM, pozitif yükümlülük kavramına yönelik olarak bir tanım vermemekte, temel bir hakkın kapsamı dâhilinde yapılacak her tür-

²⁶ Kalabalık, 297-299.

²⁷ Durmuş Tezcan/M.Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu 2. baskı (Seçkin Yayıncılık, 2004) 205.

²⁸ Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler" (2010) 7, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 112. <https://www.uidergisi.com.tr/yazilar/avrupa-insan-haklari-sozlesmesinin-yasamin-ve-sagligin-korunmasi-ile-ilgili-olarak-taraf-devletlere-yukledigi-pozitif-yukumlulukler> E.T. 20.08.2020.

²⁹ Kemal Şahin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı" (2013) 19, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 77-78.

³⁰ Metin, 113.

l  talebi pozitif yükümlülük olarak değerlendirmektedir. Bu yükümlülük iç hukukta mevcut olmasa da Sözleşme bağlamında mevcuttur ve her Şeyden önce devletin yaşam hakkına yönelik her türlü tehdide karşı yasal ve idari bütün düzenlemeleri gerçekleŐtirmesi anlamına gelmektedir.³¹ Literatürde pek çok yazar da pozitif yükümlülükleri AİHM'nin yaklaŐımına paralel olarak algılamakta ve bireylerin savunma hakları dışında yer alan ve devlete karşı ileri sürülebilecek isteme hakları olarak kabul etmektedirler. Hal böyle olunca da kavram, çok farklı Şekillerde karŐımıza çıkabilmektedir.³²

AİHM, devletin pozitif yükümlülüklerinin hukuki temelini Sözleşme maddelerinin hakları tanıyan hükümlerinde bulmuŐ; Sözleşme'nin insan haklarına saygı yükümlülüğünü getiren 1'inci maddesini ve etkili bir hukuk yoluna baŐvurma hakkı getiren 13'üncü maddesini pozitif yükümlülüğü güçlendirici bir zemin olarak kullanmıŐtır.³³

AİHM, AİHS'yi yaşayan bir belge olarak nitelemekte; oluşturduğu içtihatlarda Sözleşme'nin amacını dikkate almak suretiyle insan haklarının etkin olarak korunmasını sağlayacak Şekilde maddeleri yorumlamaktadır. Mahkeme, vermiş olduğu kararlarda yeni haklar yaratmamakta, zaman içinde deęiŐen koŐullara uygun olarak mevcut hakların kapsamını geniŐletmektedir. AİHM, mükerrer olarak Belçika Dil Hakları Davası'ndan beri belirttiği üzere, toplumun genel menfaatinin korunması ile temel insan haklarına saygı arasında bir denge bulmaya çalıŐmaktadır ki bu yönteme "*adil denge*" adı verilmektedir.³⁴

Burada amaç, Sözleşme kapsamındaki hakların bireyler tarafından etkin Şekilde kullanılmasını garanti altına almaktır.³⁵ Nitekim Assanidz /Gürcistan kararı bunu çok açık Şekilde ifade etmektedir:³⁶

³¹ Budayeva ve Diğerleri/Rusya [2008] AİHM 15343/02. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-119358 E.T. 20.08.2020>.

³² Metin, 114.

³³ ibid 118.

³⁴ Jean François/Akandji Kombe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları No.7,  ev. Heval  ınar, Abdülcelil Kaya (Avrupa Konseyi, 2008) 18-19 http://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019112811pozitif_yukumluluk.pdf E.T. 20.08.2020.

³⁵ ibid 6.

³⁶ Assanidz /Gürcistan [2004] AİHM 71503/01. <http://hudoc.echr.coe.int/>

Sözleşme sadece Yüksek Sözleşmeci Devletleri Sözleşme'nin somutlaştırdığı insan hak ve özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlü kılmamaktadır; ayrıca sonuç olarak, bu hak ve özgürlüklerin kullanımının güvence altına alınması için bu makamların herhangi bir ihlali ilk aşamada engellemesi veya bunlara karşı hukuk yolu oluşturması gerekmektedir. Devletin yüksek makamları altlarından Sözleşme'nin yerine getirilmesini isteme görevine sahiptirler ve bu konuda bunu güvence altına alamama ehliyetsizliğinin arkasına sığınamazlar.

AİHM, Sözleşme'ye ilişkin yorumlarında, Sözleşme'de yer alan çoğu güvencenin devletin keyfi müdahalelerine karşı bireyi koruma amacı taşıdığını belirtmekle birlikte her geçen gün Sözleşme'deki hakların etkili şekilde korunmasını sağlamak için klâsik özgürlük haklarından pozitif yükümlülükler de çıkarmaktadır. Mahkeme bu konuda özellikle 2, 3, 8, 10 ve 11'inci maddelerin pozitif yükümlülükler içerdiğini belirtmektedir.³⁷

Yukarıdaki paragraflarda da ifade edildiği üzere esas itibarıyla AİHS, devletin müdahalelerine karşı bireyleri koruyacak özgürlükleri içermektedir. Sözleşme'de yaşamın ve sağlığın korunması ile ilgili olarak ilk planda göz önünde tutulacak iki norm bulunmaktadır. Bunlar yaşama hakkını güvence altına alan 2'nci madde ve özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8'inci maddedir. Yaşamın ve sağlığın korunması söz konusu olduğunda bu iki maddedeki özgürlük haklarının göz önünde tutulması gerekir. Bu haklara yönelik müdahaleler devlet organlarından gelebileceği gibi devlet dışı organlardan veya devletin ihmaliinden de doğabilmektedir.

AİHM önüne gelen davalarda sağlık hakkıyla ilgili sorunları, AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan haklar bağlamında değerlendirmiştir ki; yaşam hakkı, işkence-insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, ayrımcılık yasağı bu haklar arasında sayılabilir. Bu yaklaşım AİHM' nin sağlık hakkının hangi yönüyle ilgilendiğini tam olarak ortaya koymaktan uzaktır.³⁸

tur?i=001-61875 E.T. 20.08.2020.

³⁷ Metin, 120.

³⁸ Karakul, 174.

AİHM'ye göre, AİHS'nin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşam hakkı, taraf devletlere bir taraftan bir kimsenin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermekten kaçınma yükümlülüğünü yüklerken diğer taraftan da yargı yetkisi altındaki kişilerin yaşamını korumak için uygun önlemler almasını gerektirmektedir. Bu yükümlülük, devletlerin yasaları düzenlerken ve uygulamaları alması gereken önlemlere ek olarak getirilen bir yükümlülük olup en önemli sonucu devletlerin şahısların hayatına zarar verici fiilleri suç olarak kabul edecek ceza yasalarını çıkarmaları gerekliliğidir.³⁹ Devletin yaşamı koruma yükümlülüğü, ister kamusal olsun ister özel olsun yaşama hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyete uygulanabilecek şekilde yorumlanmalıdır ki yaşamı tehlikeye atabilecek riskleri bir listeyle sınırlandırmak da mümkün değildir. Ancak bunları sınıflandırmak istersek; ilk grubu yaşama yönelik şiddet eylemleri oluşturur. İkinci grubu devletin tehlikeli faaliyetleri, üçüncü grubu ise doğal afetler oluşturmaktadır. Son olarak da bireyin sağlığı için ihtiyaç duyduğu sağlık hizmetlerine erişim sorunları ve bu hizmetlerin verilme tarzı ile teşhis ve tedavi alanında gerçekleşen çeşitli düzeydeki ihmaller söz konusu olabilir.⁴⁰

AİHM bu yükümlülüğü, modern toplumlarda güvenliği sağlamanın zorluğu, insan davranışlarının her zaman önceden tahmin edilemeyeceği, öncelikler ve kaynaklar arasından yapılması gereken seçimlerin de göz önünde bulundurulmak suretiyle yetkili makamların üzerine imkânsız ya da orantısız bir yük bindirilemeyeceği biçiminde yorumlamaktadır.⁴¹ AİHM'nin Türkiye'ye karşı 10.10.2000 tarihli Akkoç kararında⁴² da vurgulandığı üzere eğer kamusal makamlar, bir veya birden fazla kişinin yaşamına yönelik tehlikenin varlığını biliyorlarsa veya bilmeleri gerekiyorsa, buna rağmen kendilerinden beklenebilecek makul tedbirleri almamışlarsa ancak bu takdirde ta-

³⁹ Gilles Dutertre, *Extraits clés de jurisprudence: cour européenne des droits de l'homme* (Ed de Conseil de l'Europe, 2003) 26-27.

⁴⁰ Osman Doğru, *Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 5* (Conseil de l'Europe, 2018), 131-132.

⁴¹ Osman/Birleşik Krallık [1998] AİHM 23452/94. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58257 E.T. 20.08.2020>.

⁴² Akkoç/Türkiye [2000] AİHM 22947/93, 22948/93. file:///C:/Users/drtil/Downloads/CASE%20OF%20AKKOC%20v.%20TURKEY%20-%20 [Turkish%20 Translation] %20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf E.T. 20.08.2020.

raf devletlerin sorumluluğu söz konusudur.⁴³ Diğer taraftan alınacak önlemlerin Sözleşme'nin diğer maddelerinin ihlalini doğurmaması da gerekmektedir. Enhorn/İsveç davası⁴⁴, eşcinsel olan başvuranın HIV pozitif olduğunun tespit edilmesinin ardından, bölge sağlık görevlisi tarafından kendisine verilen muayene randevularına icabet etmemesi üzerine, Bulaşıcı Hastalıklar Kanunu doğrultusunda, idare mahkemesi kararıyla her seferinde altı ayı geçmemek üzere toplam yedi yıl süren ve başvuranın her seferinde firar etmesi nedeniyle fiilen bir buçuk yıl uygulanan hastanede zorunlu izolasyon tedbiriyle ilgilidir. AİHM'ye göre HIV virüsünün kamu sağlığı ve güvenliği yönünden tehlikeli olduğu tartışmasız olmakla birlikte, daha hafif tedbirler uygulanması mümkünken, başvuranın kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının virüsün yayılmasını önlemek için son çare olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Mahkeme'ye göre somut dava koşullarında başvuranın HIV virüsünü yaymasını engelleyici diğer önlemler araştırılmadan, zorunlu izolasyona tabi tutulması son çare olarak kabul edilemez. Diğer yandan AİHM, toplam yedi yıl süren ve fiilen bir buçuk yıl başvuranın iradesi dışında hastanede tutulması şeklinde uygulanan zorunlu izolasyonun, HIV virüsünün yayılmasının önlenmesi amacı ile başvuranın kişi özgürlüğünün korunması arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozduğu kanaatiyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁵

İstanbul'da Ümraniye çöplüğünün patlaması sonucu hayatını kaybeden kişilerin yaşam hakkına ilişkin Öneriyıldız/Türkiye davasında⁴⁶ Mahkeme, tehlike doğuran faaliyetler sonucu kişilerin ölümünü ve devletin yaşamı koruma yükümlülüğü konusunu ele almıştır. Bu davada başvuru, şehir çöplüğünde metan patlamasından mütevellit kayma neticesinde evinin yıkıldığını ve aile üyelerinden dokuz kişinin öldüğünü, çöpün patlayabileceğine ilişkin mevcut raporlara karşın devletin gerekli tedbirleri almadığını ve bunun sonucunda yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, vermiş olduğu

⁴³ Tezcan/Erdem/Sancakdar, 208-209.

⁴⁴ Enhorn/İsveç [2005] AİHM 56529/00. <https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2014/04/Enhorn-v.-Sweden.pdf> E.T. 20.08.2020.

⁴⁵ Karakul, 186-187.

⁴⁶ Öneriyıldız/Türkiye [2004] AİHM 48939/99. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-162089> E.T. 20.08.2020.

kararda, 2'nci maddenin yalnızca devleti temsil eden kişilerin kuvvet kullanması sonucunda meydana gelen ölümleri kapsamadığını aynı zamanda devletlere, topraklarında yaşayan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli önlemleri almaya yönelik pozitif bir yükümlülük yüklediğini vurgulamıştır ki bu yükümlülük her şeyden önce, devletin yaşama hakkını tehdit eden durumlara karşı etkin bir caydırma mekanizması oluşturacak yasal ve idari çerçeveyi oluşturmasını gerektirmektedir. Mahkemeye göre, yetkililer dikkatlerine sunulan tehlikeyi ortadan kaldırmak için pozitif ödevlerinin gerektirdiği tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır. Bu tehlike ölümcül hale gelmeden önce Ümraniye çöplüğüne gaz tahliye sistemlerinin yerleştirilmesi etkin bir önlem olabilirdi. Bu şekilde bir önlem Türk Anayasası'nın 65'inci maddesine aykırı bir şekilde kaynakların aşırı kullanımını teşkil etmeyeceği gibi hükümetin iddia ettiği siyasal sorunlara da yol açmazdı. Bu Türk hukukuna aykırı olmayacağı gibi hükümetin Mahkemenin önünde dile getirdiği insani kaygıların da daha iyi bir göstergesi olurdu.⁴⁷

Mahkemeye göre Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan devletin pozitif yükümlülüğü, halk sağlığı alanında da uygulanır. Bu yükümlülük devlet hastanelerini kapsadığı gibi özel hastaneleri de kapsamına alır ve bu kurumların hastalarının yaşam haklarını korumak için tedbirler almasını gerektirir. Kuşkusuz ki bu tedbirlerin denetlenmesi devletlerin etkili bir bağımsız adli sistem kurmalarını da zorunlu kılar.⁴⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi zorunlu aşı konusunu Sözleşme'deki vücut bütünlüğünü de kapsayan özel yaşam kapsamında görmektedir. AİHM'ye göre, zorunlu aşı küçük çaplı da olsa kişinin vücut ve psikolojik bütünlüğüne bir müdahaledir ve bu tarz müdahalelerin öncelikle kanun ile düzenlenmiş olması gerekmektedir. Kanuni düzenlemenin yokluğu halinde müdahale doğrudan insan haklarına aykırı hale gelmektedir. Kanuni düzenlemenin varlığı halinde de AİHM, zorunlu aşının, sağlığın korunması amacını gütmesi ve demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olması şartlarını aramaktadır. Salgın bir hastalıkla mücadele amaçlı zorunlu aşı, AİHM içtihadında, kamu

⁴⁷ Durmuş Tezcan/M. Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/R. Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı 5. baskı (Seçkin Yayıncılık, 2014) 116-119.

⁴⁸ ibid 124.

sağlığının korunması meşru amacı kapsamında ele alınmıştır.⁴⁹ AİHM, zorunlu aşı uygulamasına yönelik olarak incelediği Solomakhin/Ukrayna davasında⁵⁰ zorunlu aşı uygulamasının başvuranın özel hayatına müdahale oluşturmakla birlikte kanunda öngörülmuş olduğunu ve sağlığın korunması amacıyla gerçekleştirildiğini tespit etmiştir. AİHM'ye göre zorunlu aşı uygulaması kamu sağlığı mülahazalarından ve bölgede salgın hastalıkların yayılmasının önüne geçme zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Diğer yandan yapılan aşının gerçekten başvuranın sağlık durumunu olumsuz yönde etkilediğine dair hiçbir somut kanıt da sunulmamıştır. AİHM, somut olayda Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵¹

Zorunlu aşı uygulamasına yönelik olarak Anayasa Mahkemesi de Halime Sare Aysal kararında⁵², Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci ikinci ve fıkralarında *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz"* şeklinde ifade olunan *"Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı"* hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Söz konusu başvuru, velayet altında bulunan başvurucuya bebeklik dönemi aşılarının uygulanması ebeveyn tarafından kabul edilmediği hâlde bu hususta Mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle maddî ve manevî varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali iddiasına ilişkindir. Yüksek Mahkeme; *"Mahkemece ele alınan ve kanunilik şartını sağladığı tespit edilen müdahaleler açısından genel olarak, söz konusu uygulamanın bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru amaç nazara alınarak yapılan dengelemede, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında kamu sağlığının korunması şeklindeki menfaate üstünlük tanındığı ve söz konusu müdahalelerin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediğine hükmedildiği*

⁴⁹ Olgun Akbulut, "COVID-19'a Karşı Türkiye'de Zorunlu Aşı Mümkün mü?" <https://www.istanpol.org/post/covid-19-a-kar%C5%9F%C4%B1-t%C3%BCrkiye-de-zorunlu-a%C5%9F%C4%B1-m%C3%BCmk%C3%BCn-m%C3%BC> E.T. 08.08.2020.

⁵⁰ Solomakhin/Ukrayna [2012] AİHM 24429/03.

file:///C:/Users/drtil/Downloads/001-109565.pdf E.T.20.08.2020.

⁵¹ Karakul, 187-188.

⁵² Halime Sare Aysal [2015] AYM 2013/1789. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-1789.pdf> E.T. 21.08.2020.

görülmektedir” demek suretiyle yukarıda ifade olunan Solomakhin/ Ukrayna davasına atıfta bulunmakta ve *“kamu sağlığının korunmasının ve bireyin vücut bütünlüğünün korunmasının karşı karşıya geldiği hallerde kamu sağlığının korunmasına üstünlük verilmesi gerektiğini”* ifade etmektedir. Ancak bu müdahalenin gerçekleşebilmesi için idari otoritelerin hareket tarzlarının kanunda düzenlenmesi yani *“kanunilik”* şartının sağlanması gerekmektedir ki Yüksek Mahkeme ihlal kararını da zaten bu sebeple vermiştir: Söz konusu başvuruya konu olayda, idari makamların dayanakları kanunilik unsurunu sağlamamaktadır. Bir başka söyleyişle; idarenin ifade ettiği mevzuat, başvurucuya yapılan uygulamaya cevaz vermemektedir.

AIHM, sağlıkla ilgili konularda kamuoyunu bilgilendirme hakkına taraf devletlerce yapılan müdahaleleri AIHS’nin 10’uncu maddesinde güvenceye alınan ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir.

Sağlıkla ilgili kişisel verilerin gizliliğinin korunması, özel hayata saygı hakkının önemli unsurlarından birini oluşturmaktadır. AIHM de sağlık verileri dâhil olmak üzere kişisel verilerin korunmasını, özel ve aile hayatına saygı hakkından yararlanmanın önemli bir gereği olarak kabul etmektedir. AIHM Panteleyenکو/Ukrayna davasında,⁵³ başvuranın akıl sağlığı hakkında kullanılan ifadeler nedeniyle hukuk mahkemesinde açtığı hakaret davasında, ilk derece mahkemesinin psikiyatri hastanesinden başvuranın sağlık durumu ve kendisine uygulanan tıbbi tedavi ile ilgili gizli bilgileri temin ederek aleni duruşmada açıklamasını, dava koşullarında gereksiz ve ayrıca ulusal mevzuata aykırı olduğu gerekçesiyle AIHS’nin 8’inci maddesine aykırı bulmuştur.

AIHS’ye taraf devletlerin, Sözleşme’nin 3’üncü maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri çerçevesinde, kendi gözetim ve sorumluluğu altında olan tutuklu ve hükümlülerin insan onuruna yaraşır koşullarda tutulmalarını sağlamakla mükellef olduğu kabul edilmektedir. Buna paralel olarak da onların sağlık ve iyilikleri gerekli tıbbi yardım sağlanarak yeterince güvence altına alınmalıdır. Tutuklu ve hükümlülerin somut dava koşullarında yeterli sağlık ve tedavi imkânlarından

⁵³ Panteleyenکو/Ukrayna [2006] AIHM 11901/02. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-3281 E.T. 20.08.2020>.

yararlanamaması, AİHM tarafından genelde AİHS'nin 3'üncü maddesi çerçevesinde insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağına aykırı bulunmaktadır.⁵⁴ Mouisel/Fransa davasında⁵⁵ kanser hastası olan hükümlünün yeterli tıbbi tedavi görememesi ve hastalığının ilerlemesine rağmen cezasının infazının sürdürülmesinin yanı sıra hükümlüye kemoterapi esnasında kelepçe takılması; V.D./Romanya davasında⁵⁶ ağzında hemen hemen hiç diş olmayan hükümlüye sosyal sigorta tarafından karşılanmadığı ve yeterli maddi gücü bulunmadığı halde dental protez tedavisi sağlanmaması bu maddenin ihlaline yönelik olarak verilen kararlardan bazılarıdır. Gözaltında bulunan, tutuklu ve hükümlü hastaların yeterli sağlık ve tedavi imkânlarından yararlanamaması sonucunda hayatını kaybetmesi durumunda ise Mahkeme yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edileceğini kabul etmektedir. Diğer yandan fiziksel veya ruhsal rahatsızlıkları olan şahısların gözaltında, tutukevi veya cezaevinde intihar olayları da taraf devletlerin AİHS'nin 2'nci ve 3'üncü maddeleri kapsamında sorumluluklarını doğurabilmektedir.⁵⁷ Bunun yanında Keenan/Birleşik Krallık davasında⁵⁸ AİHM, 2'inci ve 3'üncü maddelerin yanında etkili başvuru hakkını düzenleyen 13'üncü maddenin de ihlal edildiğini tespit etmiştir. Ciddi bir saldırı nedeniyle hapis cezasına çarptırılmış Mark Keenan hapis cezası öncesinde akıl hastalığı geçirmiş olup cezaevinde kendine zarar verme tehdidi de dâhil olmak üzere akıl hastalığı belirtileri sergilemiştir. Hapishanedeki hastane binası sonrasında normal bir hücrede geçirdiği sürenin ardından kendisini aklen rahatsız hale getirdiğini iddia ettiği ilaç değişikliğinden sonra iki cezaevi personeline saldırmıştır. Bu saldırı nedeniyle, daha sonra bir hücreye konulmuş ve Keenan burada kendini asmıştır. Soruşturma neticesinde ölüm nedeninin asılma sonucu boğulma olduğu teyit edilmiş fakat bu prosedürde ölümün daha geniş nedenlerini tespit etme veya ölüm ile ilgili sorumluluğun paylaş-

⁵⁴ Karakul, 200–201.

⁵⁵ Mouisel/Fransa [2002] AİHM 67263/01. <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-60732> E.T. 20.08.2020.

⁵⁶ VD/Romanya [2010] AİHM 7078/02. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-150815> E.T. 20.08.2020.

⁵⁷ Çoşelav/Türkiye [2012] AİHM 1413/07. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-113767> E.T. 20.08.2020.

⁵⁸ Keenan/Birleşik Krallık [2001] AİHM 27229/95. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59365> E.T. 20.08.2020.

tırılması yoluna gidilmemiştir.⁵⁹ Diğer taraftan, devletin gözetimi altında bulunan kimselere uygulanacak zorunlu tıbbi tedbirler de sorun arz edebilir. 11.07.2006 tarihli Jalloh/Almanya kararı⁶⁰ buna örnek olarak verilebilir. Sierra Leone vatandaşı olan başvuru Abu Bakah Jalloh, iki ufak plastik torbayı para ile değiştirmek üzere ağzından çıkarırken polisler tarafından görülünce Almanya'da yakalanmıştır, bu sırada da başvuru diğer bir plastik torbayı yutmuştur. Savcının emrine istinaden başvurucuya plastik torbayı çıkarmasını sağlayacak kusturucu bir ilaç verilmiştir. Jalloh ilacı almayı reddedince de burnundan zorla verilmiş ve bunun sonucunda da başvuru içerisinde kokain bulunan poşeti kusmuştur. Başvuru, kusmasına yol açan maddelerin kendisine verilmesinin ve yargılamada kendisine karşı kullanılan delilin 3, 6 ve 8'inci maddeleri ihlal ettiğini öne sürmüştür. Mahkeme yasak olmamakla birlikte, zora dayalı tıbbi müdahalenin sıkı bir denetime tabi olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, Alman mercilerinin başvuru iradesi hilafına, fiziksel ve zihinsel bütünlüğü bakımından ağır bir müdahaleye maruz bıraktıklarını tespit etmiştir. Daha hafif müdahaleyi gerektiren yöntemlerle yine de elde edebilecekleri delile ulaşmak için onu kusmak zorunda bırakmışlardır. Bu önlem başvuru küçük düşürecek duygular uyandırmaya elverişlidir ayrıca başvurucuya hem fiziksel hem de zihinsel eza verecek şekilde uygulanmıştır. Bu bakımdan 3'üncü madde anlamında insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele söz konusudur.⁶¹

AİHM, devletin pozitif edim yükümlülüğünün sınırsız ve ölçsüz bir sorumluluk olmadığını özellikle vurgulamakta olup her bir olayda kamusal makamların karşı karşıya bulundukları önceliklerin belirlenmesinde ve kaynakların kullanılmasındaki operasyonel tercihlerin neler olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Devletin koruma yükümlülüğünün sınırlarının nereye kadar uzandığı sorusuna en iyi cevabı belki de *van Kück/Almanya* davası⁶² ile vermek mümkündür. AİHM, transseksüel eğilimli bir kişinin geçirdiği cinsiyet değişikliği ameliyatı

⁵⁹ Korff Douwe, Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap 4. baskı (Beta Basım Yayın, 2003) 74.

⁶⁰ Jalloh/Almanya [2006] AİHM 54810/00. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76307 E.T. 20.08.2020>.

⁶¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, 159-160.

⁶² van Kück/Almanya [2003] AİHM 35968/97. <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61142 E.T. 20.08.2020>.

masraflarının özel sağlık sigortası tarafından ödenmesini sağlama konusunda devletin yükümlülüğü bulunduğu karar vermiştir.⁶³

III. SAĞLIK HAKKI GENELİNDE SALGIN HASTALIKLARA YÖNELİK ULUSAL MEVZUATIMIZ VE COVID-19 KAPSAMINDAKİ DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Buraya kadar yazdıklarımızdan anlaşılacağı üzere yaşam hakkı diğer tüm hakların özünü oluşturmakta olup sağlık hakkı da yaşam hakkı ile kaynaşmış durumdadır. Sağlıklı olmak yaşam hakkının vazgeçilmez bir uzantısıdır. Nitekim AİHS'nin 2'nci maddesindeki yaşam hakkı düzenlemesine paralel olarak 1982 Anayasamız da 17'nci maddesinin ilk üç fıkrasında, *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz"* demek suretiyle yaşam hakkını güvenceye alırken; Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması başlığını taşıyan 56'ncı maddesinde de *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir"* demek suretiyle sağlık hakkını düzenlemektedir. Bir kez daha ifade etmek gerekirse; sağlık hakkı Anayasa'da güvence altına alınan yaşam ve vücut bütünlüğü hakkıyla sıkı bir bağlantı içindedir. Buna ilişkin olarak da devlet, sağlık hakkını ihlal etmemeli, başkalarının bu hakkı ihlal etmesini önlemeli ve sağlık hakkından herkesi yararlandırmak için gerekli çalışmaları yapmalıdır.⁶⁴

⁶³ Metin, 129.

⁶⁴ Bayram Metin, "Right to Health" (2017) 4, Health Care Academician Journal 46, 47. http://www.stuncer.com/wp-content/uploads/2018/06/2017_4_1_Bask%C4%B1.pdf E.T. 20.08.2020.

Görüldüğü üzere salgın hastalıklar, yaşam hakkı ve sağlık hakkı ile yakinen ilişkilidir ve bu nedenle de gerek uluslararası düzlemde gerekse de ulusal sınırlar dâhilinde benzer düzenlemelerle salgın hastalıklara karşı korunma yolları oluşturulmaya çalışılmaktadır. Dünyayı sarsan ve ülkemizde de yaşamın durmasına neden olan salgın hastalıklar ve bunların özelinde COVID-19 pandemisine karşı devlet, ulusal üstü ve Anayasal bir hak olan yaşam ve sağlık hakkını koruyabilmek için kamu ve birey sağlığı alanında birtakım tedbirler almakta ve bu tedbirlere her geçen gün de yenileri de eklenmekte ya da pandeminin seyrine bağlı olarak bazılarını son verilmektedir. Bu tedbirlerden şu ana kadar gerçekleşen belli başlıları şunlardır: Okullarda eğitime ara verilmesi ve çevrimiçi eğitime geçilmesi; 20 yaş altı ve 65 yaş üzeri nüfusun sokağa çıkmasının yasaklanması; yurtdışına gidiş gelişlerin yasaklanması; sınır kapılarının kapatılması; uçak ve otobüs seferlerinin kısıtlanması; 30 büyükşehir ve ilave olarak Zonguldak ilini kapsayacak şekilde 31 şehre giriş çıkışların yasaklanması; yine bu 31 şehirde geçerli olmak üzere hafta sonları sokağa çıkma yasağının uygulanması; bazı işyerlerinin kapatılması ya da sınırlı olarak faaliyette bulunmaları; maske takma zorunluluğu; bireylerin birbirinden belirli mesafeler dâhilinde bir araya gelmelerinin ve toplu halde gerçekleştirilen dini ve sosyal nitelikli birtakım faaliyetlerin yasaklanması; ivedi haller dışında duruşmaların geçici olarak ertelenmesi. Kuşkusuz ki alınan tedbirler bunlarla sınırlı olmayıp iş hayatına, ekonomik hayata yönelik de pek çok tedbir alınmış olup alınmaya da devam edilmektedir. Hiç şüphe yok ki pandemi sonunda ne ülkemiz ne de dünyamız aynı olacaktır.

Yaşanan pandemi karşısında bireylerin yaşam hakkı ve sağlık hakkı başta olmak üzere temel haklarının korunması noktasında devletlerin çeşitli tür ve seviyelerde tedbirler almaları kaçınılmazdır. Diğer yandan bu tedbirlerin aynı zamanda başka Anayasal hak ve özgürlüklere müdahale niteliği de yadsınamaz bir gerçektir.

Hukuk devletinin var olduğu bir sistemde alınan bütün kararların, yapılan tüm işlemlerin hukuki bir gerekçeye oturtulması gereklidir. Bu gerekçenin çatısı hukukun üstünlüğüdür. Çatının altında ise keyfilik yasağı, belirlilik, öngörülebilirlik, insan haklarına saygılı olma unsurları vardır. Ne yazık ki hali hazırda alınan önlemlerin çoğu bu kıstasları taşımayan, kanunilik unsurunu göz ardı eden düzenlemelerle ve

özellikle de genelgelerle oluşturulmaktadır. Biçimsel olarak bir dayanak olarak sunulan metinlere, İl İdaresi Kanunu madde 11/c, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu madde 27 ve 72 ile 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 361'inci maddesi buna örnek olarak verilebilir ki, bu metinler gerçekte getirmiş oldukları önlemler açısından yeterli değildir.⁶⁵ Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili en spesifik hüküm, 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'dir ki burada Sağlık Bakanlığı'na *"Halk sağlığını korumak ve geliştirmek, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele etmek" ve "bulaşıcı, hastalıkları izleme, surveyans, 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"* yetkisi verilmektedir. Ancak bu bir kanun hükmü olmayıp Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'dir ve Anayasa'nın 104'üncü maddesi gereğince de Cumhurbaşkanı Kararnameleri ile kişisel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler yapılamaz, bunun kanunla düzenlenmesi gerekir. Bu durumda Anayasa'ya aykırı olan ve Anayasa Mahkemesi'nin muhtelif kararları ile Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade ettiği böylesi bir uygulama, hukuk devletinin varlığının inkâr edilmesidir.⁶⁶

Getirilen düzenlemeler ile ilgili bu kısa bilgi sonrasında hukukumuzda salgın hastalıklara yönelik olarak mevcut olan başlıca düzenlemelere göz atmamız uygun olacaktır. Bunlar; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun ilgili hükümleri, Anayasa'nın 119'uncu maddesi, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun ilgili maddeleri ve Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği'dir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma başlığını taşıyan 195'inci maddesi *"Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* şeklindedir. Madde gerekçesinde *"Maddede, bulaşıcı hastalıklara*

⁶⁵ Tolga Şirin, "Kanun Devletini Bile Arar Olduk" (Medya ve Hukuk Çalışmaları Derneği, 10 April 2020) <https://www.mlsaturkey.com/tr/anayasa-hukukcusu-tolga-sirin-kanun-devletini-bile-arar-olduk/> E.T.15.04.2020.

⁶⁶ ibid.

yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş bulunan kimselerin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uyulmaması, suç olarak tanımlanmıştır. Böylece kamu sağlığının korunması amacı güdülmektedir” şeklinde bir açıklamaya yer verildiği görülmektedir. Söz konusu maddede “yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymama” cezalandırılmaktadır; bu tedbirin ne olduğunu, dolayısıyla da yasaklanan fiilin ne olduğunu belirleyecek olan “yetkili makamlardır”. Netice olarak TCK m. 195’de düzenlenen suç tipinin fiil unsurunun madde metninde tanımlanmaması nedeniyle “belirlilik ilkesi” ne aykırılık bulunduğu, fiilin içeriğinin tanımlanması işleminin idari makamlara bırakılması nedeniyle de “idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratamaması ilkesi” ne aykırılık bulunduğu söylenmelidir.⁶⁷ Söz konusu suç kasten işlenebilir, taksirle işlenmeye uygun değildir. Suçun maddi unsurunun gerçekleşebilmesi için “bulaşıcı hastalık” olarak tanımlanmış bir hastalığın varlığı, bu hastalığa yakalandığı tıbben tespit edilmiş veya bulaşıcı hastalıktan ölmüş kimselerin bulunması, hasta olan ya da ölen bu kimselerin bulunduğu yerle ilgili yetkili makam tarafından usulüne uygun alınmış karantina tedbirinin varlığı, failin de karantina altına alınmaya dair tedbiri ihlal etmesi gerekir. Kişilerin bulaşıcı hastalık taşıdığı iddiasıyla ya da risk grubuna girdiğinden bahisle 195’inci maddenin uygulanması söz konusu değildir ki aksinin kabulü kanunilik ilkesinin ihlal edilmesi anlamına gelecektir.^{68 69} Madde uyarınca kişilerle ilgili tedbirler ve karantina söz konusu olup hayvan hastalıkları nedeniyle konan tedbirlere aykırılık madde kapsamı dışındadır ki hastalığa yakalanan kişinin de suçun faili olabileceği aşıkârdır.⁷⁰

Görüleceği üzere aykırı davranılan tedbir, kişiler hakkında değil bulunulan “yer” hakkında alınmaktadır. Bu itibarla, medyada gözlemlediğimiz kadarıyla havaalanına iniş yaptıktan sonra hastalık riski

⁶⁷ R. Murat Önok, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)” (2020) 9, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 157-159.

⁶⁸ Ersan Şen, “Olağanüstü Hal Uygulamaları” (Hukuki Haber) <https://www.hukukihaber.net/olaganustu-hal-uygulamaları-makale,7580.html> E.T. 20.04.2020.

⁶⁹ Seydi Kaymaz, “Salgın hastalıklarla mücadelede mevzuatımız yeterli değildir” (Independent Türkçe, 23 March 2020) <https://www.indyturk.com/node/150986/t%C3%BCrkiyeden-sesler/salg%C4%B1n-hastal%C4%B1klarla-m%C3%BCcadelede-mevzuat%C4%B1m%C4%B1z-yeterli-de%C4%9Fildir> E.T. 20.05.2020.

⁷⁰ İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu C. 3* (Malkoç Yayıncılık, 2013) 3232.

nedeniyle otobüsle toplu olarak karantinaya götürülen kişilerden birisinin otobüsten indirilmesi ve başka yere götürülmesi durumunda madde hükmü uygulanamayacaktır zira burada aslında karantinaya götürülmek üzere alıkonan kişi hakkında bir tedbir kararı vardır. Otobüsü tedbir alınan yer olarak düşündüğümüzde de söz konusu kişinin hasta olup olmadığının bilinmemesi nedeniyle madde hükmü yine uygulama alanı bulamayacaktır.⁷¹

Yine Türk Ceza Kanunu'nun Halk Arasında Korku ve Panik Yaratmak Amacıyla Tehdit başlığını taşıyan 213'üncü maddesi "*Halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak amacıyla hayat, sağlık, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımından alenen tehditte bulunan kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun silahla işlenmesi halinde, verilecek ceza, kullanılan silahın niteliğine göre yarı oranına kadar artırılabilir*" şeklindedir. Madde gerekçesine göre, "*Madde ile ülkenin belli bir bölgesinde yaşayan halkın hayat, sağlık, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımından tehdit edilmesi, suç haline getirilmiştir. Suçun oluşması için belirli kişi veya kişilerin değil fakat gayri muayyen kişilerden oluşan kitlelerin tehdide muhatap olması aranır. Tehdidin halkın hayatı, sağlığı, vücut veya cinsel dokunulmazlık ya da malvarlığı bakımından bir korku, endişe veya panik meydana getirmek amacıyla yapılmış olması gereklidir. Endişe, korku ve panik kelimeleri halkta meydana gelecek telaş halinin değişik derecelerde olabileceğini ifade amacıyla kullanılmıştır. Suçun oluşması bakımından bu hallerin fiilen gerçekleşmiş olması aranmaz. Tehdidin objektif olarak böyle bir hale sebebiyet verebilecek nitelikte olması yeterlidir*".

Toplumdaki belli kişilerin değil, belirsiz kişilerin, bir bölge halkının genişçe bir kesiminin, halkın yani gayrimuayyen kişilerden oluşan bir kitlenin maddede sayılan amaçlarla ve biçimlerle tehdit edilmesi 213'üncü madde ile suç haline getirilmiştir.⁷² Türk Ceza Kanunu'ndaki bu suçun oluşabilmesi için; failde, halk arasında endişe, korku ve panik çıkarma saiki bulunmalı ve hayat, sağlık, vücut, cinsel dokunulmazlık veya malvarlığı bakımından aleni bir tehdidin varlığı söz konusu olmalıdır. Ancak somut olarak bu hallerin gerçekleşmesi aranmayacaktır.

⁷¹ Önok, 163.

⁷² Malkoç, 3563.

Görüleceği üzere; maddede özel kasıtlı işlenebilen bir suç hali düzenlenmektedir. Başka kasıtlarla işlenen eylemlerle bu suç oluşmayacaktır. Taksirle de işlenemeyecektir. Suçun konusunu; hayat, sağlık, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık ve malvarlığı hakları oluşturmaktadır. Alenen tehditten anlaşılması gerekenin ise birçok kimsenin fiili öğrenmesi veya öğrenebilme olanağının var olması olduğu öğretide kabul görmektedir.⁷³

Suçun silahla işlenmesi halinde, kullanılan silahın niteliğine göre ceza yarı oranına kadar artırılabilir. Konumuz sağlık olduğuna göre akla şu şekilde bir soru gelebilir: Fail; tehlikeli bulaşıcı hastalık yayan şırınga ile ya da hastalıklı birisinin vücudundan alınan sıvı ile insanları alenen tehdit ettiğinde hakkında bu madde uygulanacak mıdır? TCK m. 6/1.f’de “silah” kavramı tanımlanmış olup; maddenin 4’üncü alt bendinde “saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler” ve 5’inci alt bendinde de “Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler” silah sayılır. Buna göre “şırınga” ve biyolojik madde olması itibarıyla “vücut sıvısı” silah sayılabilir. Bu durumda söz konusu şırınga ya da vücut sıvısı ile TCK m. 213/2’deki tehdit suçunu işleyen kimselerin cezası arttırılacaktır.

Türk Ceza Kanunu düzenlemesi dâhilinde TCK’nın 218’inci maddesi 213-217’nci maddeler için ortak bir ağırlatıcı düzenleme getirmektedir ki bu da sayılan maddelerdeki suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halidir ki bu durumda uygulanacak ceza yine yarı oranına kadar arttırılacaktır. Basın ve yayın yolu deyimi ise TCK m. 6/1.g’de “her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu durumda 213’üncü maddedeki suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda ceza arttırılacaktır. Bu itibarla özellikle sosyal medya üzerinden çıkan her haber ve açıklamanın değil; halkta hem endişe, korku ve panik yaratma kastını içeren hem de alenen tehdit unsuru taşıyan haber ve açıklamaların TCK m.213 kapsamında suç sayılacağı gözden uzak tutulmamalıdır.⁷⁴

⁷³ ibid 3563-3564.

⁷⁴ Şen.

Türk Ceza Kanunu'nun konumuzla alakalı olarak inceleyeceğimiz diğer hükümleri ise 237'nci maddede düzenlenen Fiyatları Etkileme, 238'inci maddede düzenlenen Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma ve 240'ıncı maddede düzenlenen Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma suçlarıdır. Olağanüstü hallerin ve bu bağlamda salgın hastalıkların yaşandığı dönemlerde bu suçların işlenmesinde artış görülmesi de son derece doğaldır.

Türk Ceza Kanunu'nun Fiyatları Etkileme başlığını taşıyan 237'inci maddesi, "İşçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek bir şekilde ve bu maksatla yalan haber veya havadis yayan veya sair hileli yollara başvuran kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir. Fiil sonucu besin veya malların değerleri veya işçi ücretleri artıp eksildiği takdirde ceza üçte biri oranında artırılır. Fail, ruhsatlı simsar veya borsa tellalı ise ceza ayrıca sekizde bir oranında artırılır" şeklindedir.

Maddeden anlaşılması gereken zor zamanların getirdiği sıkıntılardan istifade ederek işçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinde pozitif ya da negatif oynamaların gerçekleştirilmesidir ki bu da yalan haber veya havadis ya da hileli başka yollarla yapılacaktır. Birtakım malların salgın hastalıklara iyi geldiği, hastalığı yok ettiği, vücudun bağışıklık sistemini güçlendirdiği ifade edilerek çıkarılan yalan veya abartılı haberler ile bunlara bağlı olarak bu malların fiyatlarının aşırı şekilde yükseltilmesi, bulunmaması ve sonrasında da fahiş fiyatla satılması bu bağlamdadır. Aynı durum bedeli mukabili alınan hizmetlerle ilgili olarak da yaşanabilir. Çözülmesi gereken sorun da yaşanan zor zamanlardan istifade etmek için birtakım hareketleri bilinçli olarak gerçekleştirenlere engel olunması, bunların durdurulması ve elbette ki cezalandırılmasıdır.

Türk Ceza Kanunu'nun 237'inci maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için; yalan haber yapma, havadis yayma ya da hileli hareketlerde bulunma fiillerinin gerçekleştirilmesi gerekir. Görüldüğü üzere söz konusu suç seçimlik hareketli bir suçtur; suçu işleyen kimse, maddede sayılan hareketlerden bir tanesini yapması yeterlidir, diğer taraftan maddenin ifadesinden bu hareketlerin sayılanlarla sınırlı olmadığı artış ya da eksilişi sağlayan spekülatif hareketlerin bu bağlamda değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır. Suçun işlenmesi için

saik yani özel kast da gerekmektedir, fail besin, mal ya da hizmetlerin fiyatlarında oynama düşüncesiyle hareket etmelidir. Madde gerekçesinde “kıymetli evrakın fiyatlarını etkileme hususunun Sermaye Piyasası Kanunu’nun ilgili hükümleri gereğince cezalandırıldığı ve bu itibarla ayrıca hüküm düzenlenmemiştir” ifadesine yer verildiğinden, kıymetli evrak veya benzerlerinin maddede düzenlenen mal kavramı içerisine girmediği kabul olunmalıdır.⁷⁵ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 107’nci maddesinin işleme dayalı manipülasyon olarak adlandırılan ilk fıkrasına göre “Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz” ve bilgiye dayalı manipülasyon ya da finansal bilgi manipülasyonu olarak da adlandırılan ikinci fıkrasına göre de “Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar”. Görüldüğü üzere, Sermaye Piyasası Kanunu m. 107 sermaye piyasası araçlarını koruma altına alırken, TCK m. 237 ise sermaye piyasası araçları dışında kalan işçi ücretleri veya besin veya malların değerlerini korumaktadır.⁷⁶

237’nci madde düzenlemesi dâhilinde, söz konusu malların taşınır ya da taşınmaz mal olması mümkündür. Besin kavramı ile beslenmeye elverişli her türlü madde kastedilirken sadece yiyecekler değil içecekler de bu kapsamda ele alınmalı ancak ilaçlar besin niteliği taşımadıklarından dolayı madde kapsamında değerlendirilmemelidir.⁷⁷ Kanımızca, paraların bu kapsam içerisinde değil Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri doğrultusunda ele alınması gerekir.⁷⁸

⁷⁵ Malkoç, 3803.

⁷⁶ Çetin Arslan/Candidate Didar Özdemir, “Fiyatları Etkileme Suçu” <http://avekon.org/papers/1220.pdf> E.T. 06.08.2020

⁷⁷ İbid.

⁷⁸ Aksi görüş Arslan/Özdemir.

Failin fiili sonrasında beklenen gerçekleşmiş ve besin veya malların değerleri ya da işçi ücretleri artmış ya da eksilmiŝse ceza 1/3 oranında artırılacak; fail, ruhsatlı simsar veya borsa tellalı olduğu takdirde de cezası 1/8 oranında ayrıca artırılacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 238'inci maddesi Kamuya Gerekli Ŗeylerin Yokluğuna Neden Olma suçunu düzenlemiş olup madde düzenlemesi *“Taahhüt ettiği işi yerine getirmeyerek, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir”* şeklindedir.

Maddeden anlaşılması gereken suç failinin her Ŗeyden önce taahhüt ettiği bir işi olması hususudur. Fail kanun ya da sözleşme gereğince üstlendiği bu işi haklı mazereti olmaksızın yerine getirmemeli ve bu hareketi de kamu kuruluşlarının faaliyetlerinin veya kamusal hizmetlerin ya da genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu olan eşya veya besinlerin yokluğuna ya da önemli ölçüde azalmasına neden olmalıdır. Söz konusu suçun faili 1-3 yıl arası hapis ve 1000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Görüldüğu üzere; suçun oluşması için hem maddede yazılı hareketler gerçekleştirilecek hem de *“zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkması veya önemli ölçüde azalması”* sonuçları fiilen meydana gelmelidir. Önemli ölçüde azalma ibaresinden, kısmen mevcut olmakla birlikte ihtiyacı karşılamakta sıkıntı doğması veya ihtiyacı karşılayacak miktarların altına düşmesi anlaşılmalıdır.⁷⁹

Eşyadan taşınır Ŗeylerin, besinlerden ise yiyecek, beslenme ve içecek gereksinimlerini karşılamaya yarayacak diğer maddelerin ifade edilmek istendiği bilinmelidir. Zorunlu eşya ve besinler kavramından, normal ihtiyacın ötesinde, hizmet veya önlemenin önemli derecede aksamasına yol açılması anlaşılmalıdır. Aksamanın, yokluğun, azalmanın belirli bir bölge veya yerlerde gerçekleşmesi de yeterli olup, tüm bölgede veya yurttan ortaya çıkması aranmayacaktır.⁸⁰

Madde metninde açık olmamakla beraber hem gerekçedeki ifadeler ve hem de işin esas gereğince taahhüdün resmi dairelere karşı ol-

⁷⁹ Malkoç, 3805.

⁸⁰ ibid 3806.

ması gerektiği, sözleşme kişiler arasında ise ve madde kapsamındaki şeylerin yokluğuna ya da önemli derecede azalmasına yol açmış ise TCK 240'ıncı maddenin uygulama alanına gireceği düşüncesi bizce de mantıklı görünmektedir.⁸¹

Türk Ceza Kanunu'nun Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma suçu düzenleyen 240'ıncı maddesi "*Belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınarak kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" hükmünü haizdir.

Madde mucibince; kendisinde var olan ve ticaretini yaptığı bir mal veya hizmeti bedeli karşılığında satmaktan kaçınan ve bu hareketiyle kamu için acil bir ihtiyacın doğmasına sebep olan kişi bu suçun failidir ve 6 ay-2 yıl arası hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Suç faili bakımından özgü suç niteliğindedir.⁸² Söz konusu suç ancak kasten işlenebilecektir.⁸³

Satıştan kaçınmak tabirinden anlaşılması gereken; satıcının elinde olan malın satışa sunulmaması, satın almak isteyenlere bir bahane ile verilmemesi, alıcıların görüp anlamayacakları yer ve konumlarda tutulmasıdır. Elde bulunmadığının açıklanması, malın kaçırılması, satılmış gibi gösterilmesi de bu anlamdadır. Maddede satımdan kaçınmanın ne biçimde olabileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hareketin gerçekleştirilme şekli bakımından sınır getirmek mümkün değildir. Öte yandan fail malı, almak isteyenlere vermemek için ederinin üzerinde fahiş bir fiyat ile sunarsa bu durumun da failin kastına göre satmaktan kaçınma olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir.⁸⁴ TCK m. 240'da düzenlenmiş bulunan suçun maddi unsurunun hareket kısmını oluşturan diğer bir durum ise belli bir hizmeti satmaktan kaçınmaktır. Hizmeti satmak kavramı, hizmeti sunmak olarak anlaşılmalıdır. Fail, hizmeti ilgililerin faydalanması için sunmaktan kaçınırsa bu durumda TCK m. 240'da düzenlenmiş suçun işlenmesi söz konusu olabilecektir.⁸⁵ Haklı olmayan, hukuka

⁸¹ Aynı düşüncede Malkoç, 3806.

⁸² Özlem Yenerer Çakmut, "Türk Ceza Yasası'nda Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu (TCK m.240)" (2019) 25/2, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 624, 629.

⁸³ Şen.

⁸⁴ Çakmut, 631.

⁸⁵ ibid 631.

aykırı hareketler sonunda kamu için acil bir ihtiyaç ortaya çıkmalıdır ki bundan anlaşılması gereken de satılmayan mala karşı anormal bir talep doğması, yapılmayan veya aksatılan hizmetin çeşitli sosyal, tıbbi tehlike ve zararlara yol açmasıdır.⁸⁶ Söz konusu sonuçların ortaya çıkıp çıkmadığı hususu bu konudaki objektif tespitlerin yapılmasını gerekli kılacaktır. Netice olarak da objektif cezalandırma şartı içeren bu suçta teşebbüs söz konusu olamayacaktır.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, belirli durumlarda, mülki amirler olan vali ve kaymakama huzur ve güvenliğin sağlanması için önemli yetkiler tanımaktadır. Nitekim Kanun'un 11/C maddesi "*İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindendir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır. 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 sınırlandırabilir; 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*" demek suretiyle valiyi olağanüstü yetkilerle donatmaktadır. Benzer yetkiler aynı Kanun'un 32/B ve Ç maddeleri gereğince ilçe sınırları içerisinde de kaymakama tanınmaktadır.

Vali ve kaymakamlara tanınan bu yetkiler; kamu düzeni veya güvenliği gerekçeleriyle kişi hak ve özgürlüklerine önemli kısıtlamalar getirmekle beraber COVID-19 gibi tüm Dünyayı sarsan bir genel tehlike durumunda yeterli oldukları da söylenmez. Diğer taraftan böyle bir salgın, kamu düzeni veya güvenliği ile alakalı görülüp bir takım kısıtlamaların getirilmesi vali ve kaymakamların yetkisinde mi kabul edilmelidir yoksa işin içerisine sağlık profesyonelliğini de dâhil etmek suretiyle başka birileri ya da kurumlar mı yetkilendirilmelidir ya da zaten yetkili midirler?

5442 sayılı Kanun'un 11 ve 32'nci maddeleri uyarınca alınacak tedbirlere uymayanlara karşı uygulanacak yaptırımların adresi de

⁸⁶ Malkoç, 3810.

Kanun'un 66'ncı maddesinde gösterilmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu tedbirler usulüne uygun olarak alınmalı ve yine usulüne uygun olarak ilan olunmalıdır. İşte bu tedbirlere uymayanların cezası ise 66'ncı maddenin yollamasıyla Kabahatler Kanunu'nun 32'nci maddesidir. Maddede yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayanlara idari para cezası verileceği hüküm altına alınmış olup 2020 yılı için bu rakam 392 TL'dir. 66'ncı maddenin son cümlesinde ise toplumsal olayların baş göstermesi durumunda; alınan ve ilan olunan tedbirlere aykırı davranış sergileyenlerin 3 ay ile 1 yıl arasında hapisle cezalandırılacağı ifade olunmaktadır. Düzenlemeyi bu şekilde ortaya koyduktan sonra, 11 ve 32'nci madde gereğince alınabilecek tedbirlere bakacak olunursa; bunların genel sağlığın korunması amacıyla değil genel güvenliğin sağlanması amacıyla alınabilecek tedbirler olduğu görülecektir. Bu durumda mülki amirlerin salgın hastalıkların önlenmesi amacıyla alacağı karar ve vereceği emirlere aykırı hareket edenlerin Kanun'un 66'ncı madde yollamasıyla Kabahatler Kanunu'nun 32'nci maddesi uyarınca cezalandırılması da söz konusu olmayacaktır. Salgın hastalıklar konusunda tedbir alma yetkisi bulunmayan vali ve kaymakamların, alamayacakları bu tedbirlere uymayanları cezalandırabilmeleri mümkün değildir. Salgın hastalıkların genel güvenliği bozabileceği ve bu nedenle de vali ve kaymakamların bu yetkiyi kullanabilecekleri akla gelebilirse de bu durum Kanun'un amacına aykırı ve aşırı zorlayıcı bir tavır olacaktır.⁸⁷

Çalışmamız dâhilinde inceleyeceğimiz bir diğer mevzuat oldukça eski olup tamamı yenilenmesi gereken bir düzenleme niteliğinde olan 1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'dur. Kanun'un "Memleket dâhilinde sâri ve salgın hastalıklarla mücadele" başlığını taşıyan 57'nci maddesinden; maddede sayılan hastalıklarla mücadele edilmek üzere Kanun'un çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar söz konusu maddede COVID-19 geçmese de ki zaten sürekli yenilenen salgınlar karşısında hastalık adı verebilmenin imkânsız olduğu; salgın, hastalık tabirlerinin yeterli olacağı aşikârdır. Kaldı ki Kanun'un 64'üncü maddesi "57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı

⁸⁷ Kaymaz.

mecburi olduğunu neşrî ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedbirin kâffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekâleti salahiyyettardır” demek suretiyle benzer türden farklı hastalıkların ortaya çıkması halinde de yine Sağlık Bakanlığı’nı yetkili kılmaktadır.⁸⁸ Kanun’un söz konusu hükümleri, eski de olsa yetersiz de olsa, yaşadığımız pandemi sürecinde uygulanması gereken mevzuatın 1593 sayılı Kanun olduğunu göstermektedir

1593 sayılı Kanun’un maddeleri incelendiğinde; yaşadığımız süreçte İçişleri Bakanlığı ya da vali veya kaymakamlıklarla alınan birtakım tedbirlerin bu makamlarla değil de başka makamlarla alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Kanun’un 27, 64, 65, 66, 69 ve 77’nci maddeleri göz önünde bulundurulduğunda; salgın hastalıkta işyerlerinin kapatılması, insanların dışarı çıkmaları veya hastalardan uzak durmaları, karantina gibi karar ve tedbirlerle ilgili olarak bu maddelerin tatbik edileceği; işyeri kapatmaları ile tedbir amaçlı sokağa çıkma yasaklarının ise İçişleri Bakanlığı tarafından değil, Sağlık Bakanlığı’nın kontrolünde il ve ilçelerin hıfzıssıhha kurullarının alacağı kararlarla mümkün olabileceği görülebilmektedir.⁸⁹

Kanun’un 64’üncü maddesinde, sâri ve salgın hastalıkların tespiti yetkinin Sağlık Bakanlığı’nda olduğu; 65, 66, 69 ve 77’nci maddelerinde sâri ve salgın hastalıklara karşı gerekli tedbirlerin alınması konusunda Sağlık Bakanlığı ile il ve ilçelerde halk sağlığı ile ilgili kurulların görevli kılındığı görülmektedir. Bu husus 1593 sayılı Kanun dayanak alınmak suretiyle çıkarılan Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği’nin 5, 6, 8, 9, 10 ve 26’nci maddelerinde de açıkça ifade olunmaktadır. Diğer taraftan 65 yaş ve üstündekilerin ve 20 yaş ve altındakilerin sokağa çıkmalarını yasaklamanın hukuki dayanağını da 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu m.11/C ve 32/B-Ç değil, 1593 sayılı Kanun’un 64, 69 ve 77’nci maddelerinin teşkil edebileceği aşîkârdır.⁹⁰

⁸⁸ Tolga Şirin, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Hukuksal Mücadeleye Anayasal Bir Giriş” 22 https://www.academia.edu/42611036/TEHL%C4%B0KEL%C4%B0_Salgın_Hastalıklarla_Hukuksal_M%C3%9ccadeleye_Anayasal_B%C4%B0R_G%C4%B0R%C4%B0%C5%9E E.T.15.04.2020.

⁸⁹ Şen.

⁹⁰ Şen.

1593 sayılı Kanun ve 5442 sayılı Kanun birlikte değerlendirildiğinde; Sağlık Bakanlığı ile il ve ilçelerde görevli hıfzıssıhha kurullarının, il ve ilçe sağlık müdürlerinin ve vali ve kaymakamların salgın hastalıkların önüne geçilmesi ve ortadan kaldırılması ile yükümlü oldukları ve bu yükümlülüğün 1593 sayılı Kanun'dan doğduğu; salgın hastalık nedeniyle kamu düzeni, huzuru ve güvenliği bakımından istenmeyen hadiselerin ortaya çıkmasının önlenmesi ve hukuka aykırı davranışların yok edilmesi amacını taşıyan düzenlemelerin ise 5442 sayılı Kanun'da düzenlendiği görülmektedir.

1593 sayılı Kanun'a aykırı hareket edilmesi, yasaklara uyulmaması halinde; ihlal edilen fiilin ayrıca suç oluşturmaması kaydıyla Kanun'un 282'nci maddesi gereğince idari para cezası uygulanacaktır. Yine Kanun'un 303'üncü maddesi gereğince yasağın ihlaline yönelik tutanakların Sağlık Bakanlığı'na bağlı tabipler ve sağlık memurlarınca düzenlenmesi gerektiği görülmektedir. Bu tutanak dâhilinde para cezası verme yetkisi ise aynı Kanun'un 294/2'nci maddesine göre vali ve kaymakamlara tanınmıştır. Uygulamada sokağa çıkma yasağını ihlal edenlere tutanak düzenlenmesinin Sağlık Bakanlığı dâhilinde tabip ve sağlık memurlarına tanınmasının ne kadar uygulanabilir olduğu tartışma konusu olabileceksin de Kanun'un amir hükmü bu şekildedir.

Anayasamızın "Olağanüstü hâl yönetimi" başlıklı 119'uncu maddesi Cumhurbaşkanının yurdun tamamında veya bir bölgesinde altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hâl ilan edebileceğini ifade etmektedir. Bu madde dâhilinde, olağanüstü hâl ilan edilebilecek durumların birisi de tehlikeli salgın hastalıkların ortaya çıkması durumudur.

Anayasa'nın 119'uncu maddesi doğrultusunda 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu da 3'üncü maddesinde "Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinden birinin veya birden fazlasının görülmesi durumunda ve Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde..." Cumhurbaşkanınca olağanüstü hal ilan edilebileceğini söylemektedir.

Olağanüstü halin ilan edilmesi durumunda 2935 sayılı Kanun yürürlüğe girecek ve bu Kanun dâhilinde alınabilecek tedbirler de uygulama imkânı kazanabilecektir. Bu tedbirlerin neler olduğu Kanun'un

5-11'inci maddelerinde ortaya konmaktadır. 5-9'uncu maddeler tabi afet ve tehlikeli salgın hastalıklarda alınacak tedbirleri, 10'uncu madde ağır ekonomik bunalım hallerinde alınacak tedbirleri, 11'inci madde de şiddet hareketlerinde alınacak tedbirleri düzenlemektedir. Görüldüğü üzere Kanun üçlü bir ayrıma gitmiş, konumuz dâhilinde salgın hastalıklarla ilgili tedbirleri 5-9'uncu maddelerinde ifade etmiştir.

Tehlikeli salgın hastalıklarda alınacak tedbirler, Kanun'un 9'uncu maddesinde, *"Bölgenin belirli yerlerinde yerleşimi yasaklamak, belirli yerleşim yerlerine girişi ve buralardan çıkışı sınırlamak, belli yerleşim yerlerini boşaltmak veya başka yerlere nakletmek; resmi ve özel her derecedeki öğretim ve eğitim kurumlarında öğrenime ara vermek ve öğrenci yurtlarını süreli veya süresiz olarak kapatmak; gazino, lokanta, birahane, meyhane, lokal, taverna, diskotek, bar, dansing, sinema, tiyatro ve benzeri eğlence yerleri ile kulüp ve sair oyun salonlarını, otel, motel, kamping, tatil köyü ve benzeri konaklama tesislerini denetlemek ve bunların açılma ve kapanma zamanını tayin etmek, sınırlamak, gerektiğinde kapatmak ve bu yerleri olağanüstü halin icaplarına göre kullanmak; bölgede olağanüstü hal hizmetlerinin yürütülmesi ile görevli personelin yıllık izinlerini sınırlamak veya kaldırmak; bölge sınırları içerisindeki tüm haberleşme araç ve gereçlerinden yararlanmak ve gerektiğinde bu amaçla geçici olarak bunlara el koymak; tehlike arz eden binaları yıkmak; sağlığı tehdit ettiği tespit olunan taşınır ve taşınmaz mallar ile sağlığa zararlı gıda maddelerini ve mahsullerini imha etmek; belli gıda maddeleri ile hayvan ve hayvan yemi ve hayvan ürünlerinin bölge dışına çıkarılmasını veya bölgeye sokulmalarını kontrol etmek, sınırlamak veya gerektiğinde yasaklamak; gerekli görülen zaruri ihtiyaç maddelerinin dağıtımını düzenlemek; 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 el koymak, kontrol etmek ve bu malları satıştan kaçınan, saklayan, kaçırان, fazla fiyatla satan, imalatını durduran veya yavaşlatanlar hakkında fiilin işleniş şekli veya niteliği de nazara alınarak işyeri bulunduğu mahal için hayati önem taşıdığı takdirde işyerini kapatmak; kara, deniz ve hava trafik düzenine ilişkin tedbirleri almak, ulaştırma araçlarının bölgeye giriş ve çıkışlarını kayıtlamak veya yasaklamak"* şeklinde sayılmaktadır. Maddede belirli yerlerden gi-

riş çıkışları yasaklamak, belirli yerleri kapatmak, eğitim öğretime ara vermek gibi son derece önemli tedbirler söz konusu olmasına karşın sokağa çıkma yasağının bulunmadığı görülmektedir.

2935 sayılı Kanun sokağa çıkma yasağı ile ilgili düzenlemeyi, “Şiddet hareketlerinde alınacak tedbirler” başlığını taşıyan 11’inci maddesinde “Sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak” şeklinde ifade etmektedir. Bir diğer söyleyişle Kanun, sokağa çıkma yasağını, tehlikeli salgın hastalıklara karşı alınacak önlemler arasında değil, şiddet hareketlerinde alınacak önlemler arasında düzenlemektedir. Bunun için de “Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde...” (2935/3.b) olağanüstü hal ilan edilmelidir.⁹¹ Görülebileceği üzere sokağa çıkma yasağının hukuki gerekçesi 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu ya da 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu olmadığı gibi 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu’nun tehlikeli salgın hastalıklara ilişkin maddeleri de değildir. Bu kısıtlama ancak 11’inci madde söz konusu olduğunda devreye girebilecektir. Yapılması gerekenin tehlikeli salgın hastalık sebebiyle olağanüstü hâl ilan edilmesi, Anayasa’nın 119/6 maddesi gereğince Cumhurbaşkanı Kararnamesi çıkarılması ve bu kararname ile 2935 sayılı Kanun’un 11’inci maddesine atıfla sokağa çıkma yasağının uygulanması olabileceği düşünülebilirse de⁹² 11’inci maddenin şiddet hareketlerine yönelik olarak alınacak tedbirleri düzenlediği düşünüldüğünde bunun yine de zoraki ancak mevcut mevzuat dâhilinde mecburi bir hal tarzı olabileceği meydandadır.

SONUÇ

Salgın hastalıklar, sağlık hakkı ve daha da ötesinde yaşam hakkıyla bağlantılı bir kavram olup ülkemizde bununla ilgili mevzuatın temeli durumundaki Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun pek çok açıdan yetersiz kaldığı görülmektedir. Kanun’daki eksiklikler içinde ilk bakışta dikkat çeken, zorunlu karantina/sokağa çıkma yasakları ile zorunlu aşı konularındadır. Öte yandan, kimlerin, hangi koşullarda, hangi hastalıklar ile ilgili olarak, hangi mekân ve periyodik izleme ve azami sürelerde özgürlüklerinin sınırlandırılabilceği veya bunlardan

⁹¹ Şen.

⁹² ibid.

yoksun kalabilecekleri ile zorla götürme koşulları konusunda kapsamlı bir hükme ihtiyaç bulunmaktadır. Diğer taraftan Kanun'da sayılan hastalıklar güncel değildir, her ne kadar Kanun, hastalıkları sayma yanında yeni hastalıklara yönelik tedbirleri alma yükümlülüğünü Sağlık Bakanlığı'na vermiş olsa da hastalıkları sayma usulünden vazgeçip meselenin dinamizmine uygun olarak bu konuda yetkiyi Bakanlığa bırakmak uygun olacaktır. Tüm bu söylenenler ışığında bizce doğru olanı Kanun'u tamamen yenilemektir.

Her ne kadar olağanüstü hâl ilanı en son çare olarak düşünülmesi gereken bir husus olsa da ihtiyaç duyulması durumunda Olağanüstü Hal Kanunu, Anayasa'nın kendisine biçtiği rolü karşılamaktan çok uzaktır. Olağanüstü halin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasa'nın 15'inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağını veya nasıl durdurulacağını, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağını, kamu görevlilerine ne gibi yetkiler verileceğini, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağını ve olağanüstü yönetim usullerini düzenlemesi gereken bu Kanun, çok az hüküm içermektedir. Kanun'daki 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.

Salgın hastalık durumunda alınması gereken tedbirlerin, kimler tarafından, hangi sürelerle, hangi koruyucularla ve hangi denetimlere tabi olarak yerine getirileceği konusu belirgin değildir. Yetkilerin bazıları Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda, bazıları İl Özel İdaresi Kanunu'nda, bazıları da Olağanüstü Hal Kanunu'nda yer almaktadır ki, dağınık olan bu hükümlerin giderilmesi, uygulamanın netleştirilmesi gereklidir.

Tehlikeli salgın hastalıklarla mücadele konusundaki mevzuat öylesine belirsiz, çelişkili ve geneldir ki bu sorun Cumhurbaşkanı karar-nameleri ve genelgeler gibi normlar hiyerarşisinde alt sıralarda yer alan normlarla çözülmeye çalışılmaktadır. Mücadelenin duruma göre kişisel ve siyasal haklara müdahale edilmesini gerektirdiği dikkate alındığında bu denli önemli bir yetkinin kararnamelerle, genelgelerle düzenlenmesi Anayasa'ya ve hukuk devleti ilkelerine uygun olmayıp, yapılacak her türlü düzenlemenin kanunla ortaya konması gerekliliği son derece açıktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Balcı Muharrem/Sönmez Güliden, Örnekli-Açıklamalı-Karşılaştırmalı Temel Belgelerde İnsan Hakları (Danışman Yayınları, 2001)
- Doğru Osman, Yaşama Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 5 (Conseil de l'Europe, 2018)
- Dutertre Gilles, Extraits clés de jurisprudence: cour européenne des droits de l'homme (Ed de Conseil de l'Europe, 2003)
- François Jean/Kombe Akandji, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Haklarının Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları No.7, Çev. Heval Çınar, Abdülcelil Kaya (Avrupa Konseyi, 2008) http://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019112811pozitif_yukumluluk.pdf
- Kalabalık Halil, İnsan Hakları Hukuku 2. baskı (Seçkin Yayıncılık, 2009)
- Korff Douwe, Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap 4. baskı (Beta Basım Yayım, 2003)
- Malkoç İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu C. 3 (Malkoç Yayıncılık, 2013)
- Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sancakdar Oğuz, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu 2. baskı (Seçkin Yayıncılık, 2004)
- Tezcan Durmuş/Erdem M. Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı 5. baskı (Seçkin Yayıncılık, 2014)

Makaleler

- Alptekin Kâmil, "Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme" (2004) 12, *Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History*
- Bayram Metin, "Right to Health" (2017) 4, *Health Care Academician Journal* http://www.stuncer.com/wp-content/uploads/2018/06/2017_4_1_Bask%C4%B1.pdf E.T. 20.08.2020.
- Çakmut Özlem Yenerer, "Türk Ceza Yasası'nda Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu (TCK m.240)" (2019) 25/2, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*
- Erdoğan Gülnur, "Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı" (2008) 77, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*
- Hacımustafaoğlu Mustafa, "Enfeksiyon Hastalıkları Pratiğinde Salgın Tanımlanması" (24 November 2018) <http://www.cocukenfeksiyondergisi.org/upload/documents/2018-04/2018-12-4-172-173.pdf>
- İnal Seza, "Middle East Respiratory Syndrome-Coronavirus (MERS-CoV) Infection" (2016) *The Medical Journal of Okmeydanı Training and Research Hospital* <http://www.okmeydanitipdergisi.org/jvi.asp?pdire=okmeydanitip&plng=tur&un=OTD-38258&look4=>
- Karakul Selman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı -1" (2016) 3, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*
- Kurt Engin, "Savaşların Sonuçlarını Etkileyen Salgın Hastalıklar" (2010) 18, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*

- Metin Yüksel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler" (2010) 7, *Uluslararası İlişkiler Dergisi* <https://www.uidergisi.com.tr/yazilar/avrupa-insan-haklari-sozlesmesinin-yasamin-ve-sagligin-korunmasi-ile-ilgili-olarak-taraf-devletlere-yukledigi-pozitif-yukumlulukler>
- Mustafayev Söhrab, "Cumhuriyet Döneminde Sıtma ile Mücadele ve Yasal Düzenlemeler (1923-1946)" (2019) 6, *Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi*
- Önok R. Murat, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)" (2020) 9, *Anayasa Hukuku Dergisi*
- Özkaya Hilal, "Fight against Contagious Diseases during the Period of the Republic" (2016) 20, *Türkiye Aile Hekimliği Dergisi*
- Samancı Uğur, "Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi" (2016) 18, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*
- Şahin Kemal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı" (2013) 19, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*

İnternet Kaynakları

- Akbulut Olgun, "COVID-19'a Karşı Türkiye'de Zorunlu Aşı Mümkün mü?" <https://www.istanpol.org/post/covid-19-a-kar%C5%9F%C4%B1-t%C3%BCrkiye-de-zorunlu-a%C5%9F%C4%B1-m%C3%BCmk%C3%BCn-m%C3%BC>
- Arslan Çetin/Candidate Didar Özdemir, "Fiyatları Etkileme Suçu" <http://avekon.org/papers/1220.pdf>
- Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>
- <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51614548> "Pandemi Nedir, Ülkeleri Nasıl Etkiler? - Dünya Sağlık Örgütü Koronavirüsü Pandemi İlan Etti" (12 March 2020)
- <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/>
- <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>
- <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses>
- Kaymaz Seydi, "Salgın hastalıklarla mücadelede mevzuatımız yeterli değildir" (Independent *Türkçe*, 23 March 2020) <https://www.indyturk.com/node/150986/t%C3%BCrkiyeden-sesler/salg%C4%B1n-hastal%C4%B1klarla-m%C3%BCcadelede-mevzuat%C4%B1m%C4%B1z-yeterli-de%C4%9Fildir>
- Şen Ersan, "Olağanüstü Hal Uygulamaları" (Hukuki Haber) <https://www.hukukihaber.net/olaganustu-hal-uygulamalari-makale,7580.html>
- Şirin Tolga, "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Hukuksal Mücadeleye Anayasal Bir Giriş" https://www.academia.edu/42611036/Tehl%C4%B0kel%C4%B0_Salgın_Hastalıklarla_Hukuksal_M%C3%9Ccadeleye_Anayasal_B%C4%B0r_G%C4%B0r%C4%B0%C5%9e
- Şirin Tolga, "Kanun Devletini Bile Arar Olduk" (Medya ve Hukuk Çalışmaları Derneği, 10 April 2020) <https://www.mlsaturkey.com/tr/anayasa-hukukcusu-tolga-sirin-kanun-devletini-bile-arar-olduk/>

Uysal Erhan, "Sırada Virüs Salgınları Mı Var?" (Kocaeli Barış Gazetesi, 31 January 2020) <https://www.kocaelibarisgazetesi.com/sirada-virus-salginlari-mi-var-makale,61577.html>

Mahkeme Kararları

Halime Sare Aysal [2015] AYM 2013/1789 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-1789.pdf>

Akkoç/Türkiye [2000] AİHM 22947/93, 22948/93 file:///C:/Users/drdil/Downloads/CASE%20OF%20AKKOC%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf

Assanidzé/Gürcistan [2004] AİHM 71503/01

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61875>

Budayeva ve Diğerleri/Rusya [2008] AİHM 15343/02

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-119358>

Çoşelav/Türkiye [2012] AİHM 1413/07

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-113767>

Enhorn/İsveç [2005] AİHM 56529/00

<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2014/04/Enhorn-v.-Sweden.pdf>

Jalloh/Almanya [2006] AİHM 54810/00

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76307>

Keenan/Birleşik Krallık [2001] AİHM 27229/95

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59365>

Mouisel/Fransa [2002] AİHM 67263/01

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-60732>

Osman/Birleşik Krallık [1998] AİHM 23452/94

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58257>

Öneryıldız/Türkiye [2004] AİHM 48939/99

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-162089>

Panteleyenکو/Ukrayna [2006] AİHM 11901/02

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-3281>

Solomakhin/Ukrayna [2012] AİHM 24429/03

file:///C:/Users/drdil/Downloads/001-109565.pdf

van Kück/Almanya [2003] AİHM 35968/97

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61142>

VD/Romanya [2010] AİHM 7078/02

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-150815>