

İştirakî

Derleme Dizisi*

“BU HUKUK”LA NE YAPILIR?

Onur Şahinkaya



Kanunlar ve Mahkeme Kararları Ne Diyor? [3-4]

Covid-19 Aşısı Yaptırmaya Mecbur muyuz? [5-6]

***Devlet Aşı Yapmak Üzere Fiziki Zorlama Dışında
Tedbirlere Başvurabilir mi? [7-8]***

Maske Takmaya Mecbur Muyuz? [9-10]

***Sokağa Çıkma Yasakları / İşyeri Kapatma
Uygulamaları Hukuka Uygun mu? [11-13]***

***HES Kodu Zorunlulukları, Evlerde Mevlit/
Doğum Günü/Taziye Yasakları Neyin Habercisi? [14-16]***

“Bu Hukuk”la Ne Yapılır? [17-18]



istirakiblog



istiraki.blogspot.com



istiraki@gmail.com

2020 yılı Mart ayından bu yana Türkiye’de etkisini gösterdiği söylenen Sars-Cov-2 salgını gerekçesiyle

pek çok yeni uygulamayla karşılaşmaktayız. Genelgeler, günlük yaşantıyı etkisi altına almış durumda. Halkın sokakta yürürken yüzüne maske takıp takmadığından, esnafın dükkânına müşteri alıp alamayacağına kadar pek çok önemli meselede hukukun ne dediği unutulmuş vaziyette. Hukukçular ilk unutanlardan oldu.

Yeni çıkarılan idarî bir karara derhâl uyulması talep ediliyor ve çoğu zaman uzman hukukçular dâhi bu kararlara ulaşamıyorlar. Yurttaşlar, neye uyup neden sakınacaklarını haberleri okuyarak öğrenmeye çalışıyorlar. Bilmemenin ise mazereti yok. Sokağa çıkma yasakları, para cezaları, hapis tehditleri, yol kontrolleri hayatın bir parçası hâline geldi. Keyfilik, uygulamaya hâkim olmuş görünüyor.

Buna karşın, dükkânını açamadığı için geçinemeyen esnaf, *“bir gün takmayın, başka bir gün mutlaka takın”* denilen maskeyi para vererek alan vatandaş, ömrünün son günlerini bir odada geçirmeye mahkûm edilmiş yaşlılar, derdiyle baş başa kalmış durumda.

Peki hukuk ne diyor?

Bu derlemede kanunlara, sözleşmelere, mahkeme kararlarına, Anayasa’ya bakacağız; haklarımızı hatırlamaya, hukukî imkânlarımızı gözden geçirmeye çalışacağız.

“Terörle mücadele” konseptinin beşiğinde güçlenen polis devleti, pandemi bahanesiyle hayal edemeyeceği imkânlarla ulaştı.

Diğer yandan insan bedeninin metalaşması süreci tarihsel sınırlarına yaklaşmakta. Salgınla birlikte hız alan ekonomik gelişmeler neticesinde çalışma hakkı, hareket özgürlüğü, hatta yaşam hakkı giderek silikleşmekte.

Serleşmeye/köleleşmeye karşı koyanların safında yer alanlar için eldeki imkânları gözden geçirmeye, güncel gelişmelere ve ihtimalle dikkat çekmeye çalıştık.

Derde ve öfkeye selâm ile...

Derde ve öfkeye selâm ile...

Kanunlar ve Mahkeme Kararları Ne Diyor?



Yazı dizimizin bu ilk makalesinde güncel aşı konusunu ele alacağız. Mevcut yasal düzenlemeler ve mahkeme kararlarına göre devletin vatandaşı aşı olmaya zorlayıp zorlayamayacağına bakacağız.

Hukukta zorlama, çeşitli biçimde gerçekleşebilir. Aşı meselesinde, kişinin polis vasıtasıyla tutulup bir merkeze götürülerek aşılması, aşı yaptırmayana hapis veya para cezası uygulanması, belli hakları kullanmaktan mahrum bırakılması gibi yaptırımlar gündeme gelebilir.

Bu yazıda, idarenin kişiyi aşlamak için fiziken zorlaması ihtimalini ele alacağız. Konuyu ilgilendiren iki temel kural bulunuyor:

1- Temel hak ve özgürlüklere (burada vücut dokunulmazlığı) müdahale ancak kanunla yapılır. (Anayasa.m.13) İdare, bu konularda ancak kanun hükmünü uygulamak için ve kanunu izin verdiği alanlarda yönetmelik gibi ikincil mevzuat üretebilir. Bir temel hak ve özgürlük konusunda Cumhurbaşkanı da kararname çıkaramaz. (Anayasa.m.104/17)

2- Her türlü tıbbi müdahalenin rızaya dayalı olması, temel kuraldır. Doktorlar, her türlü tıbbi uygulama için kişinin, kişi küçükse velisinin rızasını almak zorundadır. (11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 70 ve Hasta Hakları Yönetmeliği.m.5/1/d, m.22 vd.) Hatta aksi davranış sergileyenlere idari para cezası verilmesi düzenlenmiştir. Kişinin vücuduna kanunsuz müdahale, aynı zamanda yaralama suçlarını meydana getirecektir. (Türk Ceza Kanunu.m.86 vd.)

24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesinde sayılan "Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nıfası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması" hastalıklarından birine maruz kalanlar açısından aynı Kanun'un 72/2. maddesiyle serum ve aşı uygulanması kuralı getirilmiştir.

Yukarıdaki temel kuralları hatırlayacak olursak, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesinde Covid-19 hastalığı sayılmamış olduğundan ve bu hastalıkla ilgili başkaca bir kanunî düzenleme de olmadığından kanunilik şartı sağlanmadığı için, kişinin rızası dışında zorla aşılması mümkün değildir. Aksine davranış sergileyen polis, sağlık görevlisi, hekim vb. kişiler idari para cezası ve yaralama suçlaması ile muhatap olacaklardır.

Konu mahkeme kararlarına geçmiş, en sonunda Anayasa Mahkemesi'nin de önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi de Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. Maddesinde sayılan hastalıklar dışında kişileri aşlamaya mecbur etmenin hak ihlali olduğuna hükmetmiştir. (Anayasa Mahkemesi'nin 11.11.2015 tarih ve 2013/1789 Başvuru Numaralı kararı) Bu karar, Covid-19 hastalığı için uygulanan aşılar için de geçerlidir.[1]

Özetleyecek olursak, kişi ister Covid-19 aşısına güvenmediği ya da dini/siyasi/felsefi inançları elvermediği için bu aşığı yaptırmak istemezse, devlet o kişiyi aşı olmaya fiziken zorlayamayacaktır. Aksi hâlde kişinin vücut dokunulmazlığı ihlal edilmiş olacak ve uygulayıcılar suçlu konuma düşeceklerdir.

Bu gibi bir uygulama ile muhatap olan kişi, şu yollardan birine veya birkaçına aynı anda başvurabilir:

1- Cumhuriyet savcılığına/polis merkezine suç duyurusunda bulunmak veya doğrudan 155 hattını aramak,

2- Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurarak haksız müdahalenin engellenmesini talep etmek,

3- İl/İlçe Sağlık Müdürlüklerine dilekçe vermek,

4- Anayasa Mahkemesi'ne tedbir talepli başvuru yapmak (Tedbir talebi faksla da yapılabilir: 0312 463 74 00, tedbir başvuruları mesai günleri saat 16.00'ya kadar gelmiş ise aynı gün veya 16.00'dan sonra gelmişse bir sonraki gün karara bağlanır.)

Buraya kadar mevcut yasal ve yargısal durumu gördük. Eldeki yasaların köhnemiş oldukları da fark edilmiştir. Peki yeni bir kanunî düzenleme gelirse veya yeni kanun olsun olmasın idare, fiziken zorlama dışında yollara başvurursa, bu konularda hukuk ne diyor?

Gelecek yazımızda mevcut durum ve gelecekteki ihtimallere göre, işçilerin, sağlık çalışanlarının, eğitim emekçilerinin durumunu ele alarak devam edeceğiz.

Onur Şahinkaya
12 Ocak 2021

Dipnotlar

[1] "TC Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı", 11 Kasım 2015, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1789>

[2] "Bireysel Başvuru Tedbir Taleplerinin Değerlendirilmesindeki İlkeler", 3 Nisan 2019, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/bireysel-basvuru-tedbir-taleplerinin-degerlendirilmesindeki-ilkeler/>

II

Covid-19 Aşısı Yaptırmaya Mecbur muyuz?



İşçiler ve sağlıkçılar, toplum sağlığı, ülkenin ekonomik refahı gerekçeleriyle aşı olmaya zorlanabilir mi?

Yazı dizimizin bu ikinci makalesinde güncel aşı konusunu ele alamaya devam ediyoruz. Geçen yazıda, mevcut yasal düzenlemeler karşısında, kişilerin Covid-19 aşısı olmaya fiziken zorlanamayacağını görmüştük. Güncel hastalıklar için aşılınmayı zorunlu tutan bir yasanın mevcut olmaması, Anayasa Mahkemesi'ni bu sonuca götürmüştü.

Aşılama işleminin başladığı bugünlerde, aşının önce kimlere yapılacağı sıklıkla gündeme geliyor. Risk grubunda olmaları ve sağlık hizmet sunumunun ayakta kalması gerekçeleri ile sağlıkçıların adı sık sık geçmekte. Yine ekonominin normale dönmesi ve işyeri güvenliği gibi gerekçelerle işçilerin aşılınması, aşı olmayan işçilerin işten atılması tartışmalarına rastlanıyor.[1]

Bu iki örnek grubun durumunu ele alırsak çok da uzatmadan benzer diğer gruplar için de hukuki bir çerçeve çizebiliriz.

Geçen yazıda bahsettiğimiz temel ilkeleri akılda tutarak, bu noktada Türkiye'nin de taraf olduğu önemli bir sözleşmeden bahsetmemiz gerekiyor. 1997 yılında imzaya açılan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi[2]) Türkiye tarafından 03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı kanunla kabul edildi. Bu sözleşme, konumuzla ilgili temel ilkeleri ortaya koymakta.

Bu temel ilkelerden söz etmeden önce, Biyotıp Sözleşmesi'nin iç hukuka etkisini özetleyelim. Biyotıp Sözleşmesi'nin kabul edilmesinden aylar

sonra, Anayasa'nın 90. maddesinin sonuna eklenen bir cümle ile kanunların, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle çelişmesi halinde uluslararası sözleşmenin uygulanacağı kabul edildi. Bu sözleşmeler hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasında da bulunulamaz. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerin ihlali doğrudan Anayasa'nın da ihlalini teşkil edecektir. Böylelikle Biyotıp Sözleşmesi'nin iç hukukta oldukça güçlü bir konumda olduğunu gördükten sonra Sözleşme'nin hükümlerinden bahsetmeye başlayabiliriz.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 2. maddesi oldukça liberal bir dille kaleme alınmış, "İnsanın öncelliği" başlığını taşıyor, maddeye göre: "İnsanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır." Sözleşmenin 5. maddesi tıbbi müdahalenin, aydınlatılmış ve özgür iradeyle vermiş rızaya dayalı olmasını şart koşmaktadır. İşte bu rıza şartı, "kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" gerekçeleriyle ortadan kaldırılabilecektir. Bu gerekçelerden birisiyle rızayı ortadan kaldıran işlem, kanun vasıtasıyla yapılmalıdır. Ayrıca kısıtlayıcı işlemler "demokratik bir toplumda gerekli" (m.26) olmalıdır.

Örneğin, suç mahallinde bulunan kan izinin, şüphelinin kanı ile karşılaştırılması için, kanuni bir düzenlemeye göre (CMK.m.75) şüphelinin rızası olmaksızın yani zorla kan örneği alınırsa Sözleşme ihlal edilmiş olmayacaktır (suçun önlenmesi). Ancak ekonomik refah tedbirleri gerekçesiyle, açık kanuni düzenleme olsa dahi, zorla tıbbi müdahalede bulunulamayacaktır. Dolayısıyla hiç kimse, iş yerlerinin açılması, piyasanın normale dönmesi vb. gerekçelerle zorunlu aşıya tabi tutulamayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan "ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, ahlak" gerekçeleri bilinçli olarak Biyotıp Sözleşmesi'ne alınmamıştır. Dolayısıyla bu gerekçeyle örneğin fabrika çalışanlarına veya hizmet sektöründeki emekçilere aşı zorunluluğu getirilemez.

Peki, Covid-19 hastalığı veya ileride ortaya çıkacak başka hastalıklar için kanuni düzenleme yapılması halinde "kamu sağlığının korunması" gerekçesiyle, örneğin sağlıkçılara, aşı zorunluluğu getirilebilir mi?

Sorunun cevabını doğru biçimde verebilmek için Biyotıp Sözleşmesi'nde geçen "demokratik bir

toplumda gereklilik kavramına açıklama getirmek gerekir. “*Demokratik bir toplum*”dan kastedilen “*çoğulcu, toleranslı ve açık fikirli*” bir toplumsal ortamdır (Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2014 tarih ve 2013/1461 Başvuru No’lu kararı Paragraf.92).[3] En azından hukukun vaadi budur. Bu göre, en başta otoritenin hikmetinden sual edilebilmesi ön şarttır. Kararlar alınırken halkın konuya ilişkin verileri bilmesi, fikrini söyleyebilmesi, etkili olması gerekir. Örneğin, Covid-19 hastalığının varlığı veya etkisi konusunda gerçek verilere erişimin açık olduğu; bu verilerin ve alınan tedbirlerin gerekliliğinin korkusuzca tartışılabilirdiği; fikirlerinden dolayı kimsenin linç edilmediği topluma demokratik toplum deniyor. İşte bu toplum şartlarında bir sosyal ihtiyaç ortaya çıkmış ise “*gerekli*” bir kısıtlamadan söz edebilmekteyiz. Halktan temel bilgilerin gizlendiği, tartışma ortamının bastırıldığı, tek yanlı haber bombardımanı yapılmış bir ortamda açığa çıkarılmış “toplumsal ihtiyaca” dayanarak kişilerin haklarının kısıtlanması, hukuki bir işlem olarak değerlendirilemez. Kişiler, ihtiyacın varlığının aksini savunabilir.

Devletin “*kamu sağlığının korunması*” gerekçesine dayanabilmesi için yakın ve ciddi bir tehdidin varlığı şarttır. İşte bu yakın ve ciddi tehlikenin varlığı, devletlerin veya Dünya Sağlık Örgütü gibi yapıların tek taraflı kabulüne bağlanamaz. Özetle “*demokratik bir toplumda gereklilik*” şartının sağlanması için, serbest tartışma ortamında halkta bir kanaat oluşmalıdır.

Ana akım kabullere zıt fikirler beyan eden hekimlerin medyadan aforoz edilmesi, bir kısım hekimin soruşturma geçirmesi, sağlıklı veriye ulaşılamaması “*demokratik bir toplumda gereklilik*” şartının yerine getirilemediğinin işaretleri olacaktır. Ancak bu genel gözlemlerin yetmeyeceğini belirtelim, zira aşı konusunda AİHM ve Anayasa Mahkemesi, kanunilik şartı sağlandıktan sonra, demokratik bir toplumda kamu sağlığının korunması gerekliliğinin ortaya çıkıp çıkmadığını denetleme eğiliminde değildiler. (Mahkeme’nin örnek yorumları için Bkz: Anayasa Mahkemesi’nin 23.03.2016 tarih ve 2013/7246 Başvuru Nolu kararı Paragraf.58[4], Anayasa Mahkemesi’nin 27.11.2017 tarih ve 2014/5629 Başvuru Nolu kararı Paragraf.33[5], Anayasa Mahkemesi’nin 29.06.2016 tarih ve 2014/4074 Başvuru Nolu kararı Paragraf.73, 94[6]) Yine bu durumda, örneğin dini veya siyasi inançları gereği aşıya

karşı çıkanlara zorla aşı yapılmasının “ölçülü, orantılı” olduğunun kabul edilmesi sürpriz olmayacaktır.

Dolayısıyla, gerek Covid-19 gerekse gelecekte yüzleşilecek hastalıkların varlığı, tehdit boyutu veya tedbirlerin amaca hizmet edip etmediği veya tedbirin (örneğin aşının) güvenilirliği konusunda tereddüdü olan kişi ve grupların kamusal bir tartışma yürütmeye gayret etmeleri, veri temininde ısrarcı olmaları, hatta yasal yollara müracaat etmeleri (örneğin ısrarlı bilgi edinme başvuruları[7], gerekirse veri temin etmek için idari davalar açmaları), konu ile ilgili fikirlerini beyan ettikleri için ceza davaları ile yüzleşenlerin davalarını takip etmeleri, bugün doğrudan sonuç alıcı olmasa dahi ileride hukukun alacağı şekil açısından önem arz etmektedir.

Bu yazıyla birlikte, kanuni düzenleme olması veya olmaması hallerinde, fiziki zorlama ihtimallerini, bu arada işçilerin ve sağlıkçıların durumunu özetlemiş olduk.

Aşı meselesini bağlayacağımız üçüncü yazımızda, fiziki zorlama ihtimalleri dışında, işten atma, toplu ulaşım kabul etmeme, kamu binalarına sokmama, sınava almama gibi ihtimalleri değerlendireceğiz.

Onur Şahinkaya
25 Ocak 2021

Dipnotlar

[1] Yaşar Özer, “Patronlar Covid-19 Aşısını Zorunlu Tutabilir mi?”, 9 Aralık 2020, <https://www.sozcu.com.tr/2020/ekonomi/patronlar-covid-19-asisini-zorunlu-tutabilir-mi-6159925/> Elvan Kılıç, “Koronavirüste Son Gündem”, 6 Ocak 2021, <https://www.hurriyet.com.tr/aile/yazarlar/elvan-kilic/koronaviruste-son-gundem-is-yerinde-asi-zorunlulugu-41703152> Oya Armutcu, “Aşığı Reddeden İşinden Atılabilir mi?”, 28 Aralık 2020, <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/oya-armutcu/asiyi-reddeden-isinden-atilabilir-mi-41699754> “ABD’de Şirketler Covid-19 Aşısı Olmayanları İşten Çıkarabilir”, 8 Aralık 2020, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55228283>

[2] “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi” 3 Aralık 2003, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>

[3] <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1461?KelimeAra%5B%5D=ya&page=704>

[4] <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/7246?KelimeAra%5B%5D=kamu+sa%C4%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%C4%B1n+koru%5B%5D>

[5] <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5629?KelimeAra%5B%5D=kamu+sa%C4%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%C4%B1n+koru%5B%5D>

[6] <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4077?KelimeAra%5B%5D=kamu+sa%C4%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1n%C4%B1n+koru%5B%5D>

[7] TC Sağlık Bakanlığı, <https://www.saglik.gov.tr/TR,11574/bilgi-edinme.html>

III

Devlet Aşı Yapmak Üzere Fiziki Zorlama Dışında Tedbirlere Başvurabilir mi?



Yazı dizimizin bu üçüncü makalesinde güncel aşı konusunu ele alamaya devam ediyoruz. Geçen iki yazıda, mevcut yasal düzenlemeler karşısında, kişilerin Covid-19 aşısı olmaya fiziken zorlanamayacağını, yeni yasa yapılması hâlinde dahi “ekonomik gerekçelerle” fiziki aşı dayatmasına gidilemeyeceğini ancak Covid-19 hastalığını açıkça düzenleyen yasa ile ve “genel sağlık gerekçesiyle” fiziki aşı zorlamasının gündeme gelebileceğini görmüştük.

Şehir içi ve şehirlerarası otobüs yolculuğu, adliye binaları girişleri gibi alanlarda HES kodu edinme ve ibraz zorunluluğu, bir süredir yürürlükte. HES kodu adı altında kişi bazlı bir algoritma, kişinin sakıncalı olup olmadığını belirlemekte. Bu koda tanımlanmış olan veriler, Sağlık Bakanlığı'nın tek yanlı ve herhangi bir denetime tabi olmayan takdirine tabidir. Bir süre sonra bu koda aşı şartının tanımlanması hâlinde, günlük hayatı ilgilendiren pek çok faaliyet, doğrudan aşı yaptırma şartına tabi kılınmış olacaktır. Bir diğer ihtimal, hizmet bazında aşı belgesi ibrazının istenilmesidir.

Temel ilkeyi bir kere daha hatırlatarak, günlük insani etkinliklere ilişkin hukuki detaylara geçebiliriz. Dolaylı bir aşı zorlaması, yani belli hizmetlerden yararlanmanın engellenmesi veya temel haklardan bir kısmının kullanılmasının kısıtlanması için de “açık yasal” düzenleme şarttır, zira her türlü temel hakka müdahalede “kanunilik” temel şarttır (Anayasa.m.13). Açık yasal bir düzenlemeye dayanmayan müdahalelere (HES kodu engeli, yönetmelik, yönerge, Hıfzıssıhha Kurulu kararı vb.) karşı, bu işlemler idare hukuku terimiyle ifade edilecek olursa “sebep yönünden sakat” olacağı için, idare mahkemeleri nezdinde (ülke genelinde uygulamada olan işlemlere karşı Danıştay'da -

2575 sk.m.24 vd.) yürütmenin durdurulması ve iptal talep edilebilir. Ayrıca bu işlemlerden doğan maddi manevi zararlardan devlet sorumlu olacaktır. Dava merci yine idare mahkemeleridir. (2577 sk.m.12)

Kanunilik şartını takip eden şartlar, müdahale edilen haklara göre bazı değişiklikler gösterebilmekle birlikte Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre: Anayasa'nın ilgili maddelerinde sınırlama sebebinin yazılı olması şarttır. Diğer bir şart, bir önceki yazıda ele alındığı için bu yazıda tekrar dönmeyeceğimiz demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluktur. Bir diğer unsur ise müdahalenin ölçülü olmasıdır.

Aşı yaptırmayanların eğitim kurumlarına kabul edilmeme ihtimalini ele alalım.[1] Eğitim ve Öğretim Hakkı, Anayasa'nın 42. maddesinde düzenlenmektedir. Maddede yer konu ile ilgili hükümler: “Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz... Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez.” şeklindedir. Bu hükümlerin yanında, eğitim ve öğretim hakkının kısıtlanabileceği herhangi bir sınırlama sebebi getirilmemiştir. Buna göre aşı yaptırılmamasının eğitim ve öğretime engel hâline getirilmesi Anayasa'nın 13. ve 42. maddelerine aykırı olacaktır.[2]

Aynı ilkeye seyahat hakkı üzerinden değinirsek konu iyice açığa kavuşacaktır. Seyahat özgürlüğü, Anayasa'nın 23. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde, seyahat özgürlüğünün ancak “suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek” için kısıtlanabileceğini düzenlemiştir. Bu gerekçe dışında, genel sağlık vb. gerekçelerle kişilerin, örneğin aşı olmadıkları için toplu taşıma araçlarını kullanmalarına bir engel getirilemez; getirilen engel hukuksuz olduğundan dava yolu ile iptali mümkündür. Bu engelden doğan zararlardan da işlemi dayatan idare sorumlu olacaktır. Ayrıca kişiler, Anayasal haklarını kullandıkları için ceza kanunu önünde suçlu konuma da düşmeyeceklerdir. (Türk Ceza Kanunu.m.26/1: “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.”)[3] Ya da kendisini otobüsten indirmeye çalışan polis memuruna direnen kişi, görevli memura mukavemet suçunu (Türk Ceza Kanunu.m.265) da işlememiş olacaktır, zira bu suçun oluşması için memurun Anayasa'ya/kanuna uygun bir görev ifa etmesi temel şarttır.[4]

Şimdi kısaca “ölçülülük” şartını ele alalım. Temel bir hak kısıtlanırken devletin ölçülü davranması,

özetle, hakkın kullanımının imkânsız hâle getirilmemesi ya da aşırı derecede zorlaştırılmamasıdır.[5] Yaygınlığı ve tehlikeliliğine ilişkin temel verilere halkın ulaşmadığı bir hastalığa ilişkin; güvenilirliği ve etkinliği şüpheli bir aşırı gerek bu nedenlerle gerekse de inançları nedeni ile reddeden kişinin toplu taşımadan men edilmesinin veya eğitim kurumlarına sokulmamasının ölçüsüz bir uygulama olacağı şüphesizdir. Söz gelimi politik inancı gereği aşı olmayı reddeden ve seyahat hakkını kullanmak isteyen bir kişinin inanç/ifade özgürlüğü ve seyahat özgürlüğü ile toplumun sağlık menfaatinin karşı karşıya geldiği dahi ile sürülemez, zira bir tarafta hakkın kullanımına getirilen somut ve gerçek bir engelleme mevcutken diğer tarafta, soyut bir ihtimalin yine ihtimale dayalı bir metotla engellenmesi girişimi mevcut olacaktır. Bu manzara karşısında menfaat dengesinin kurulduğu, diğer bir ifadeyle, ölçülü davranıldığı söylenemez.

Kamu binalarına girişlerin engellenmesi gibi engeller de yukarıdaki ilkeler çerçevesinde ele alınabilir. Yukarıda işlemlerin iptali, tazminat ve ceza uygulamaları ile ilgili yaptığımız izahat, verdiğimiz mevzuat hükümleri ve mahkeme kararları benzer konular için de geçerlidir.

Son olarak işçilerin durumunu ele alalım. Aşı tartışması, iş hukuku anlamında oldukça detaylı başlıklara kapı aralamaktadır. Biz burada genel bir çerçeve çizebileceğiz. İşçinin iş sözleşmesinin, sağlık nedeniyle, patron tarafından ihbar süresi beklenilmeksizin feshedilebilmesinin şartları İş Kanunu'nun 25/1/I maddesinde düzenlenmiştir. Burada düzenlenen hâller, işçinin somut olarak hastalığa yakalanması hâllerini düzenlediğinden, aşı gibi hastalık önleyici uygulamalar bu kapsama girmez. Bu noktada akla gelebilecek bir diğer hüküm, 25/II/1 maddesinde yer alan: "İşçinin kendi isteği veya savaşı yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi" hâlidir. İşçinin Covid-19 aşısı yaptırmak istememesi, bu kapsamda tazminatsız fesih nedeni olarak değerlendirilebilir mi? İşçilerin iş sağlığı ve güvenliği açısından yükümlülükleri 6331 sayılı Kanunu'nun 19. maddesinde sayılmış olup aşı olmak gibi önleyici bir uygulamaya rıza göstermek bu hâller arasında yer almamaktadır. Diğer yandan işverenin iş yerinde koyduğu kurallar, hukuk düzeninde hiyerarşik olarak en altta yer alan iş hukuku kaynakları olduklarından[6] iş kanunlarında yeri olmayan bir dayatma, işverenin talimatıyla da zorunlu

tutulamaz. Bu açıklamaların pratikte iki ana sonucu olacaktır: Aşı olmayı reddettiği için işten atılan işçi, kıdem tazminatı (en az bir yıllık çalışma şartını sağlamışsa) ve ihbar tazminatlarına hak kazanacaktır. Diğer yandan fesih, geçersiz bir nedene dayandığı için, kanundaki diğer şartlar da varsa, iş mahkemesine müracaat eden işçinin işe iadesine karar verilecektir.

Böylelikle aşı meselesini bitirmiş olduk. Bir sonraki yazıda, maske zorunluluğu ve sonuçları ile devam edeceğiz.

Onur Şahinkaya
30 Ocak 2021

Dipnotlar

[1] Eğitimde güncel bir aşı zorlaması için Bkz. New York'ta bulunan Cornell Üniversitesi uygulaması: <https://health.cornell.edu/resources/especially-for/students-of-color/compliance-testing-flu-vaccine-requirements>

[2] Anayasa'nın açık hükmüne rağmen, yazının sınırını aşacağı için, bu yazıda girilemeyecek hukuki gerekçelerle eğitim ve öğretim hakkına çeşitli idari sınırlamalar getirilmektedir. Konumuz ile ilgili 26.07.2014 tarih ve 29072 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği.m.18/4: "Bulaşıcı bir hastalık nedeniyle okula devam edemeyen çocuklar, sakınca olmadığına ilişkin sağlık kuruluşlarından alınacak rapor ile kuruma devam edebilirler." hükmü ancak test zorunluluğu için gerekçe yapılabilir, aşı için hukuki dayanak teşkil etmez.

[3] Bugünlerde Covid-19 tedbirleri kapsamında çokça dillendirilen TCK.m.195'de yer alan "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." hükmünden dolayı bir kişiye ceza verilebilmesi için kişinin hastalığa yakalanmış olması şarttır. Hasta olma ihtimali cezalandırılmaz. Karantina ihlali ise ancak "ölmüş kimsenin bulunduğu yer"de söz konusu olur. Maddenin detaylı analizi ve eleştiriler için Bkz. Recep Kahraman, Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK md 195), İstanbul Hukuk Mecmuası, 2020/78 (2), 737-767: "Yetkili makamlar tarafından alınan tedbirler, bulaşıcı hastalığın yapısı, türü, yaygınlığı gibi faktörlere göre belirlenmektedir. Bu durumda kanunilik ilkesine aykırı olarak suçun maddi konusu idarenin düzenleyici işlemleriyle kararlaştırılmaktadır... Kanunilik ilkesi ve onun alt unsurlarından belirlilik ilkesi gereği, çağdaş ceza hukukunda bu tür normlar tercih edilmemelidir... Karantina tedbirleri, düzenleyici işlemler aracılığıyla yerine getirildiği için suç, idarenin düzenleyici işlemine uyulmamasıdır. Bu nedenle düzenleyici işlemin hukuka uygun olmaması, sakat olması hâlinde alınan tedbirlere uymamak suç teşkil etmez."(s.747)

[4] Yargıtay 4. Ceza Dairesi 08.06.2011 tarih, 2009/10254 E., 2011/8079 K.

[5] Anayasa Mahkemesi'nin 12.01.2021 tarih ve 2017/39367 Başvuru Numaralı Kararı, Paragraf.37.

[6] Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, 8. Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2017, s.134.

IV

Maske Takmaya Mecbur muyuz?



Maske Cezaları Nasıl İptal Ettirilir?

Yazı dizimizin bu dördüncü makalesinde açık ve kapalı alanlarda maske takma zorunluluğunu ele alacağız. Salgın olayının başından itibaren maske, büyük bir keyfi idare örneği haline geldi. Ana akım medyada bir süre maske takmanın gereksizliği üzerine bilim insanları konuşuruldu; bir süre sonra tam aksi istikamette yayın bombardımanı başlatıldı. İlerleyen zamanda maske zorunluluğu, tüm ülkeye ve dünyanın çoğu yerinde görülmemiş biçimde sokaklara yayıldı.

08.09.2020 tarihli İçişleri Bakanlığı açıklamasıyla ev dışında, açık kapalı tüm alanlarda maske takma zorunluluğu getirildiği ilan edilmiştir.[1] Bu duyuruda 81 İl Valiliği'ne maske takma zorunluluğu getiren bir genelge gönderildiği bildirilmektedir. Bu genelgenin metni yayımlanmamıştır. Çeşitli İl Hıfzıssıhha Kurulu kararlarından Genelge'nin ancak tarih ve numarasına ulaşmak mümkün olmaktadır. İl Hıfzıssıhha Kurulları, Genelge'nin gönderildiği gün ya da bir sonraki gün Genelge'yle verilen talimatı, Kurul kararı olarak yayımlamışlardır.[2] Neticede yurt genelinde maske takma zorunluluğu uygulamaya konmuş; bu zorunluluk gerekçesi ile polisi veya mülki amir kararları ile idari para cezaları kesilmiş; bir kısım vatandaş hakkında görevi yaptırılmamak için direnme ve TCK.m.195 dolayısıyla ceza soruşturmaları başlatılmıştır. İstanbul'da Genelge öncesinde İl Hıfzıssıhha Kurulu kararı ile açık ve kapalı alanlarda maske takma zorunluluğu getirilmişti.[3] İdarenin temel çalışma ilkelerini ve maske cezalarının hukuki dayanaklarını özetledikten sonra, alınan kararların, kesilen cezaların ve suçlamaların hukuka uygun olup olmadıklarını değerlendirmek mümkün olacak.

İdarenin işleyişinde yetkisizlik esastır; diğer bir ifadeyle her bir idari organ, ancak Anayasa ve kanunlarla açıkça kendisine verilmiş bir yetkiyi

kullanabilir (Anayasa.m.123).[4] Bir idari işlem yetkisiz idare tarafından tesis edilmişse, bu idari işlem yetki yönünden sakat olacak; idare mahkemeleri ve Danıştay'dan iptali istenebilecektir. Ayrıca yetki yönünden sakat işlemlere dayanarak tesis edilen para cezası vb. işlemler de hukuka aykırı olacaktır.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 282. maddesi "Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, iki yüz elli Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir." şeklindedir. Bu kanunda "maske takmama" şeklinde bir yasak düzenlenmediğine göre İl Hıfzıssıhha Kurulları tarafından maske takma zorunluluğu getirilmesi kanuni dayanaktan yoksundur.[5] Yazı dizisinin önceki makalelerinde detaylandırdığımız üzere, temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalenin açık kanuni düzenlemeye dayanması şart olduğundan, esasen tüm zorunlu maske kararları ve bu karara dayanarak kesilen cezalar, idare hukuku terimleri ile "sebeup ve yetki yönünden sakat" olmakla hukuka aykırıdır ve iptal edilmelidirler.

Zorlama bir yorumla İl Hıfzıssıhha Kurulları'nın maske takma zorunluluğu getirebileceklerini kabul etsek dahi bu yetkiye, yazının girişimde özetlendiği üzere İçişleri Bakanlığı tarafından daha baştan açık ve keyfi biçimde tecavüz edilmiştir. Bu durumda İçişleri Bakanlığı'nın Genelgesi, yok hükmündedir. İl Hıfzıssıhha Kurulları'nın yok hükmündeki bir Genelge'ye dayanarak (daha doğrusu görünüşte bir işlemle Genelge'yi kendi kararı gibi yayımlaması şeklinde) tesis ettiği işlem de hukuka aykırı olacaktır. Diğer yandan Genelge metnine ulaşamadığından, temel bir hakka müdahale eden kuralın açık, itiraz yollarını düzenlemiş ve ulaşılabilir olması zorunluluğundan dolayı cezalar hukuka aykırı olacaktır.[6]

Mevzuat ve kararlardan sokaktaki uygulamaya döndüğümüzde, iş daha da vahimleşir. Esasen maske cezaları sokakta polis tarafından kesilmekte[7], bu ceza kararlarına "tespit tutanağı" adı verilmekte, karar, mülki amire onaylatılarak şekil tamamlanmaya çalışılmaktadır.[8] Mülki amirler, yukarıdaki açıklamalara göre, maske takma zorunluluğu hukuka aykırı olduğundan idari para cezası kesemezler. Kesebileceklerini kabul etsek dahi uygulama, bir tutanağa onay kaşesi

basılmasından ibarettir. Bu şekilde mülki amirin, olayı, cezanın gerekliliğini, varsa itiraz şerhini, kişilerin haklarının ölçüsüz biçimde kısıtlanıp kısıtlanmadığını, cezanın miktarını denetleyip takdir ettiğinden bahsedilemez. Dolayısıyla mülki amirin yetkisine polis tarafından tecavüz edilmiş olmaktadır.

Yukarıdaki açıklamaların bir sonucu da cezaların kanuniliği ve belirliliği ilkelerinin ihlalinin ortaya çıkması durumudur. Bu ifadelerle özetle, kişilerin hangi fiillerinden dolayı ne gibi bir yaptırım ile karşılaşabileceklerini bilebilmeleri ve keyfi bir yaptırımla karşılaşmamaları anlatılmak istenilmektedir. Uygulamada bu ilkelere atıf yaparak maske cezalarını iptal eden sulh ceza hâkimlikleri vardır.[9]

Maske takmama gerekçesiyle kesilen idari para cezalarına karşı, kararın tebliğinden veya tefhiminden itibaren 15 gün içerisinde sulh ceza hâkimliğine başvuruda bulunulması gerekmektedir. Aksi takdirde, para cezası kesinleşecektir. Sulh ceza hâkimliğine, bir dilekçeden iki nüsha halinde ücretsiz olarak başvurulur.

Uygulamada karşılaşılan bir diğer hukuka aykırılık da idari para cezasını tebliğ edilmeden hızlıca, vergi daireleri kanalı ile icra takibine geçilmesidir. Kesinleşmeyen idari para cezası için takip yapılamayacağından[10], bu şekilde gönderilen ödeme emirlerine karşı 15 gün içerisinde idare mahkemesine başvuru yapılarak iptali sağlanabilir. Ancak başvuru kendiliğinden haczi engellemeyecektir. İdare mahkemesinden iptal yanında yürütmenin durdurulması kararı verilmesi de istenilmelidir.

Ölçülülük, gereklilik, hak dengesi, kurula uymamanın cezai yaptırımı gibi daha önceki yazılarda değinilmiş ve örneklenmiş başlıklar, bu yazı için de geçerlidir. Seyahat ve eğitim hakkı gibi temel hakların kısıtlanması ve sonuçları ile ilgili olarak bu yazılara bakılabilir.

Sonraki yazıda sokağa çıkma yasakları ve iş yeri kapatma zorlamaları ile devam edeceğiz.

Onur Şahinkaya
6 Şubat 2021

Dipnotlar

[1] "81 İl Valiliğine", 8 Eylül 2020, <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi-08-09-20>

[2] Örneğin Konya İl Hıfzıssıhha Kurulu'nun 08.09.2020 tarih ve 98 nolu kararı, https://www.gidatarim.edu.tr/uploads/2020/09/14/Konya_Yl_H_YfsYzsYhha_KararlarY_-_08.09.2020.pdf

Antalya İl Hıfzıssıhha Kurulu'nun 09.09.2020 tarih ve 2020/81 nolu kararı, <http://www.antalya.gov.tr/il-umumi-hifzissihha-kurulu-202081-karari>

[3] İstanbul İl Hıfzıssıhha Meclisi'nin 17.06.2020 tarih ve 59 nolu kararı, <http://www.istanbul.gov.tr/kurumlar/istanbul.gov.tr/PDF/IL-Hifzissihha-Meclis-Karari-No-59.pdf>

[4] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 20.11.2012 tarih, 2008/2358E. ve 2012/2133K. sayılı kararı, <https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20130710094304.pdf>; "Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ise "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." hükmü yer almaktadır. Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine vücut vermektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin açık bir biçimde kanunla düzenlenmesini gerektirir.", Anayasa Mahkemesi'nin 08.11.2012 tarih, 2012/27E. ve 2012/173K. sayılı kararı. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/03/20130328-9.htm>

[5] Alınabilecek tedbirler 72. maddede sıralanmıştır, bu tedbirler de Covid-19 hastalığı için alınmaz, zira m.57'de sayılı hastalıklardan birisi değildir. Bu konuya önceki yazılarda detay ile değinildi.

[6] AİHM, Ekin Derneği v. Fransa, Parag.44, Başvuru No:39288/98.

[7] Bu gerekçeye dayalı olarak iptal edilen maske cezaları mevcuttur, ör: Adana 6. Sulh Ceza Hakimliği'nin 25.06.2020 tarih, 2020/2751D. İş nolu kararı.

[8] 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu.m.294: "Bu Kanunda yazılı olan idari para cezaları mahalli mülki amir tarafından verilir."

[9] Ankara 6. Sulh Ceza Hakimliği'nin 09.12.2020 tarih, 2020/7641D. İş, 2020/7641K. nolu kararı. <https://www.mediafire.com/file/56ihad3bzmr98av/maske+iptali.jpg/file>

[10] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 13.11.2008 tarih ve YD. İtiraz No: 2008/939, <https://www.calismatoplum.org/yaragitay-karari/idari-para-cezasinin-kesinlesmeden-tahsil-edilemeyecegi>

Sokağa Çıkma Yasakları/

İşyeri Kapatma Uygulamaları Hukuka Uygun mu?



Bu Yaptırımlardan Doğan Zararlar Nasıl Tazmin Edilir?

Yazı dizisinin bu beşinci makalesinde, sokağa çıkma yasakları ve işyeri kapatma/faaliyet kısıtlama uygulamalarını ele alacağız. Geçen yazıda, maske takma zorunluluğunun nasıl keyfi bir idari karar alma ve uygulama sürecine dönüştüğünü görmüştük. Sokağın ve çalışma hayatının denetimine gelince, keyfiliği aşan, salgın koşullarını kötüye kullanmaya varan bir manzara ile karşılaşmaktayız.

Örnek olsun: Yol kontrol noktaları, özellikle son beş yıldır, büyük şehirlerin belli caddelerinde ve 1990'lardaki gibi bazı şehir giriş çıkışlarında giderek muhkim mevkiler hâlini almaktadır. İsrail, bu tür uygulamanın rutinleşerek sistemleştiği, ileri bir emsaldir. Bilebildiğimiz kadarıyla, Türkiye'de bu noktaları resmileştiren ilk metinlerden[1] birisi, Diyarbakır İl Hıfzıssıhha Kurulu'nun 08.04.2020 tarihli basın duyurusu ile ilan edilen karardır.[2] Bu kararla birçok ilçede araç ve yaya kontrol noktaları kurulmuştur. Benzeri bir Kurul kararına batı illerinde rastlanılmamıştır. Hâlbuki uygulamanın dayanağı, il/ülke/kıta sınır tanımayan "pandemidir". Yine bir süredir madenci eylemleri ile gündeme gelen Ermenek'te Valilik, salgın bahanesi ile işçilerin sokak eylemlerini yasaklamıştır. Uç bir örnek olarak Sarkuysan işçilerinin başına gelenler gösterilebilir. "Kocaeli/Gebze'de bulunan Sarkuysan Fabrikası'nda hastalığa yakalanan işçilerin tespit edilmesi üzerine Birleşik Metal İş Sendikası üyesi işçiler, 6331 sayılı İş Sağlığı ve İş Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesine göre 01.04.2020'de iş bıraktılar. Patron tarafında işçilere çalışma baskısı yapıldığı iddiaları

basına yansdı. Kocaeli Valiliği, 02.04.2020 tarihinde İl İdaresi Kanunu 11. maddesine göre "açık ve kapalı yer toplantıları, her türlü bilimsel, kültürel, sanatsal ve benzeri toplantı ve aktiviteler, gösteri yürüyüşü, basın açıklaması, açlık grevi, oturma eylemi, stant açma, imza kampanyası, çadır kurma, meşale yakma, el ilanı/bildiri, broşür dağıtma, iş bırakma, protesto eylemi vb. türdeki eylem/etkinlikleri" yasakladığını duyurdu. Pek çok tepki yükseldi. Gelen tepkiler üzerine Kocaeli Emniyet Müdürlüğü, 03.04.2020 tarihinde, 'iş bırakma' ibaresinin sehven yazıldığını duyurdu. Kocaeli Valiliği, internet sitesindeki açıklamasından bu ifadeyi çıkardı."[3] Görüldüğü üzere idare, yeri geldiğinde çalışmayı, yeri geldiğinde çalışmamayı yasaklamıştır.

Salgın bağlamında sokağın idaresi meselesinde öne çıkan konu, şüphesiz sokağa çıkma yasakları oldu. Çeşitli yaş grupları için zaman içinde göre farklılık göstererek uygulanagelen sokağa çıkma yasaklarında son noktada, istisna gruplar dışında, hafta sonu ve ayrıca hafta içi 19:00'dan sonra sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir. 65 yaş üstü ve 20 yaş altı için ek yasaklar da getirilmiştir. Bu yasaklar, İçişleri Bakanlığı'nın rutin olarak yayımlanmamış, ulaşım kanalı belli olmayan, basın açıklamasında bahsi geçen bir genelgesiyle konmuştur.[4] Sokağa çıkma yasağı, "kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına" açık bir müdahaledir. Bu hak, kişinin fizikî hareket serbestisini ifade eder. Somutlaşması için şöyle örnekleylebiliriz: Kişinin ellerinin kelepçelenip bir yere gitmesinin engellenmesi, nezarethaneye konması, bir polis otosunda tutulması, yani hareketinin belli bir yoğunluğun üstünde sınırlandırılması hâlinde "kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına" yönelmiş müdahale söz konusudur. Sokağa çıkma yasakları da bu kapsamda ele alınmaktadır.[5] Evde kalmanın belli bir sürekliliğe ulaşması, belirleyici kriterdir.[6]

Peki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale edilmesinin sonuçları nelerdir?

Bir hakka müdahale, peşinen hak ihlali doğurmaz, önceki yazılarda da değinildiği üzere müdahale bir teste tabi tutulur. Bu testten geçemeyen müdahaleler hukuka aykırı sayılır. Kişinin fiziki hareket serbestisine müdahale edildiğinde, müdahalenin kanuni (açık, anlaşılabilir, öngörülebilir, güvenceler sağlayan) dayanağı olup olmadığına, meşru bir amaca yönelip yönelmediğine (Anayasa'nın 19. maddesinde sayılan müdahale gerekçelerine),

ölçülü (elverişli, zorunlu, orantılı) uygulanıp uygulanmadığına bakılır. Bu kriteri somut sokağa çıkma yasaklarına uygulayalım:

1. Kanuni dayanak: Mevcut sokağa çıkma yasağın uygulamasının kanuni dayanağı yoktur. Mevcut yasak, bir genelgeye dayanmaktadır. Genelge metnine de ancak bir kaymakamlığın yayımlaması üzerine, tesadüfen ulaşılabilmektedir.[7] Kişinin temel bir hakkı olan sokağa çıkabilmesinin engellenmesi, ancak kanunla mümkün olacağından (Anayasa m.13) bu hâli ile uygulama tümüyle hukuka aykırıdır.[8] Yani uygulama, ilk hukukî teste yolda kalmaktadır.

2. Meşru amaç: Esasen temel bir hakka yapılan müdahale açık bir kanun hükmüne dayanmıyorsa, artık diğer şartlara göre değerlendirme yapmaya gerek yoktur. Bir an kanuni dayanak olduğunu düşünsek dahi “19. maddesinde ise hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslah için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının bir istisnası olarak sayılmaktadır. Ancak bu maddenin hastalık yayabilecek kişiler için uygulanabilir nitelikte olduğu görülmektedir. Her ne kadar mevcut hastalığın özellikleri sebebiyle ülkedeki herkes “hastalık yayabilecek kişi” olarak kabul edilebilirse de maddede bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahat bahsedilmektedir. Hâliyle, 19. maddenin öngördüğü bu istisna, hasta olup olmadığı belli olmaksızın belli yaş aralığında olan veya belli şehirlerde ikamet eden kişilerin sokağa çıkmasını kısıtlamanın sebebi olamaz.”[9]

3. Ölçülü uygulama: Sokağa çıkma yasaklarının kanuni dayanağının olduğu, meşru amaca yöneldiği kabul edilse dahi, uygulama ölçülü değildir. Günlerce eve kapanma, yaşlıların toplum dışına itilmesi, ulaşım kısıtlaması vb. uygulamalar, insan fizyolojisinde ve psikolojisinde önemli etkilere yol açan ağır tedbirlerdir. (Bkz. Anayasa m.17) Uygulamanın beklenen faydadan ziyade zarar getirip getirmediği, serbestçe tartışılmamaktadır. Serbest tartışma ve veri ulaşımının mümkün olmadığı koşullarda, demokratik bir toplumda zorunluluk/gereklilik şartının sağlanması mümkün olmayacaktır. (Bkz. Yazı Dizisinin II. makalesi) Haklar arasında denge gözetilmediği açıktır.

Yukarıdaki test ölçütlerinin yanında, idare hukuku bağlamında “yetki unsuru” açısından da kısa bir açıklama yapmak faydalı olacaktır. Yukarıda değindiğimiz üzere, sokağa çıkma yasakları esasen İçişleri Bakanlığı Genelgesi’ne dayanmaktadır. Bu Genelge üzerine İl Hıfzıssıhha Kurulları, o şehre özgü bir değerlendirme yapmaksızın, Genelge metninde geçen ifadeleri, Kurul kararı olarak yayımlamışlardır. Kanunda görevleri arasında sayılmamış olsa da (m.27) bir an Kurulların sokağa çıkma yasağı kararı alma yetkisi olduğu kabul edilse dahi, bu yetkiye İçişleri Bakanlığı tarafından tecavüz edilmiştir. Açık yetki tecavüzünün idare hukukundaki yaptırımı, “yokluktur”.

Diğer bir can yakıcı konu, lokanta, kafe ve sair işyerlerinin hizmet vermelerinin kısmen veya tamamen engellenmesidir. Yukarıda sokağa çıkma yasakları ve daha önceki yazılarımızda ele aldığımız konular bağlamında yaptığımız açıklamaların çoğu bu konuda da geçerlidir. İşyerlerinin faaliyetlerinin durdurulması mülkiyet hakkı (Anayasa m.35, AİHS Ek 1 No’lu Protokol) ve çalışma özgürlüğü (Anayasa m.48 vd.) kapsamında incelenmelidir. “Mülkiyet hakkı”[10] denilince akla, salt menkul/gayrimenkul mallar üzerindeki haklar değil; kişilerin gelirleri üzerindeki hakları, ruhsata bağlı çalışma hakları, ruhsatla verilmiş çalışma imkânının başka bir işlemle ortadan kaldırılması da gelmelidir.[11] Özetleyecek olursak, mevcut çalışma yasakları kanuni dayanaktan yoksun[12], meşru amaç açısından muğlak ve ölçüsüzdür. Diğer yandan, idari işlemlerin “objektif uygulanma” ilkesine de ters bir durum doğmuştur. AVM, otel, turistik restoranlar vb. mekânlarla, sözgelimi mahalle halkına hizmet veren küçük sermayeli lokantalara eşit bir uygulamadan söz edilemez.

Peki tüm bu hukuka aykırılıkların sonuçları nelerdir:

Gerek sokağa çıkma yasaklarını ihlal eden gerekse de kısıtlamalara uymayan işyeri sahibi ve müşterilere kesilen idari para cezaları, hukuksuzdur. Sulh ceza hâkimliklerine müracaat hâlinde iptalleri gerekir (Bkz. Yazı dizisinin IV. makalesi),

TCK.m.195 veya sair ceza hükümlerine göre suç doğmaz (Bkz. Yazı dizisinin III. makalesi),

Gerçek veya tüzel kişiler, uğradıkları tüm maddi ve manevi zararların tazminini Devlet'ten talep edebilirler. Bunun için öncelikle zararın tazimini için ilgili il valiliğine yazılı bir müracaatta bulunmak gereklidir. Bu müracaat üzerine, talep reddedilirse 60 gün içerisinde idare mahkemesine tam yargı davası açılmalıdır. İdare hiç cevap vermezse, başvuru tarihinden itibaren 60 gün beklendikten sonra, 60 gün içinde idare mahkemesinde tam yargı davası açmak gerekmektedir. (2577 sayılı İYUK.m.7 vd. ile özellikle 12. Maddesi – verilen bu usuli bilgi özet mahiyetindedir, istisna hâller mevcuttur).

Ele aldığımız konular oldukça günceldir ve egemen siyasi gücün otoritesini tesis etmesinin de bir görünümünü arz ederler. Dolayısıyla, başvurulacak hukuki yollardan hızlı ve tutarlı bir sonuç almak, tabiri caiz ise, “bir dilekçe vermekle” çoğu zaman mümkün olmayabilir. Rutin bir hukuki süreçten bahsetmediğimiz ortadadır. Bu hâlde, kamuoyu oluşturmak ve ısrarlı takip şattır. İdari başvuru, dava, üst mahkemelere müracaat ve nihayetinde Anayasa Mahkemesi ve AİHM müracaatlarının yıllara yayılan zahmeti göze alınmalıdır. (Bkz. 4 no'lu dipnotta işaret edilen AİHM kararı, 55. Paragraf.) Bir “hak arama” ve “keyfiliğe karşı durma ve mümkün mertebe set çekme” bilinci/motivasyonu harekete geçilmediği hâlde, çoğu zaman elde kalan, hayal kırıklığı olacaktır. Örgütlenme ve dayanışma, yani dert ortaklığı, hukuki sahada da başarının temelidir. Hukuk, en nihayetinde siyasal gücü takip etmiştir, edecektir; Anayasa Mahkemesi'nin, bizzat kendi kararlarına dayanılarak yıllarca avukatlara uygulanmış olan, başörtüsü yasağına ilişkin değerlendirmesi ile bitirelim:

“Temel bir hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin süreklilik kazanarak ulaşılabilir ve öngörülebilir hâle gelmesi, müdahalenin dayanağı olan kamu gücü işlemi bir ‘kanun’ hâline getirmez. Aksi bir düşüncenin kabulü, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kamu gücü işleminden veya eyleminden kaynaklanan hak ihlallerinin ‘kanuni’ dayanaklarının olduğunun kabul edilmesi anlamına gelecektir.”[13]

Bir sonraki yazıda, HES Kodu zorunluluğu, kişisel verilerin korunması hakkı ve konut dokunulmazlığı konularıyla devam edeceğiz.

Onur Şahinkaya
13 Şubat 2021

Dipnotlar

[1] Aynı günlerde 2361 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararının 1. maddesiyle Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Yönetmeliği'ne, “Jandarma asayiş noktası” ifadeleri yerleştirilmiştir, 04.04.2020 tarih ve 31089 sayılı Resmî Gazete. Yani teknik manada tıbbi/geçici değil, kalıcı siyasi/idari bir düzenlemeyle muhatabız.

[2] Diyarbakır Valiliği, “İl Hıfzısıhha Kurulu Ek Kararları”, 8 Nisan 2020, <http://www.diyarbakir.gov.tr/08042020-basin-duyurusu-diyarbakir-il-hifzısıhha-kurulu-kararlari>

[3] Onur Şahinkaya, *Önleyici Yakalama ve Durdurma*, 12 Levha Yayıncılık, 2020, İstanbul, s.124.

[4] İçişleri Bakanlığı, “Yeni Kısıtlama ve Tedbirler Genelgesi”, 1 Aralık 2020, <https://www.icisleri.gov.tr/koronavirus-ile-mucadele-kapsaminda-sokaga-cikma-kisitlamalari---yeni-kisitlama-ve-tedbirler-genelgesi>

[5] AİHM, Ömer Elçi v. Türkiye, 63129/15, Paragraf.55.

[6] Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2020 tarih ve 2017/32052 Başvuru Numaralı kararı, Paragraf.76, <https://www.anayasa.gov.tr/media/7171/2017-32052.pdf>

[7] İçişleri Bakanlığı, “Sokağa Çıkma Kısıtlamaları, 30 Kasım 2020, http://www.suluova.gov.tr/kurumlar/suluova.gov.tr/HABER/coronavirus-toplantisi/sokaga-cikma-kisit/20076_Sokag%CC%86a-%CC%A7ikma-Kisitlamalari.pdf

[8] 2015/2016 yıllarında Hendek Olayları kapsamında sıklıkla tartışılan sokağa çıkma yasaklarına, o dönem dayanak olarak, 7145 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesi gösterilmişti. Bu maddede açıkça sokağa çıkma yasağı düzenlenmemekteydi. Uygulama, Venedik Komisyonu eleştirilerine ve AİHM incelemesine konu olmuş; bu gelişmeler üzerine 2018'de Kanun hükmü değiştirilmiş vali yetkileri artırılmış ancak yeni hâlinde de sokağa çıkma yasağı koyma yetkisi açıkça düzenlenmemiştir. Bu yetki, mevzuatta açıkça 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nda düzenlenmektedir (m.11) Devlet'in, olağanüstü hâl ilan edilmeyen dönemde, kanuna dayanmadan sokağa çıkma yasağı uygulamakta ısrar etmesi hukuk politikası anlamında ayrıca ele alınması gereken bir fenomendir. Başka bir yazıda Agamben'in konuya ilişkin izahatına değinmeyi planlıyoruz. Hıfzısıhha Kanunu'nun 72. maddesinin sokağa çıkma yasağına dayanak olduğu ileri sürülmeğe de: 1- Bu hükümde sokağa çıkma yasağı koyma yetkisi veren bir ifade yoktur, 2- bu hüküm, 57. maddede sayılan çoğu artık görülmeyen hastalıklarla ilgili olarak yetki vermektedir.

[9] Volkan Aslan, *COVID-19 Salgını Sebebiyle Uygulanan Sokağa Çıkma Kısıtlamalarının 1982 Anayasası'na Uygunluğu*, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2020, 78 (2), 809-835, s. 816.

[10] Anayasa Mahkemesi'nin 01.02.2017 tarih ve 2014/11441 Başvuru Nolu kararı, Paragraf.60, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/11441?BasvuruAdi=MAHMUT+DURAN+VE+D%C4%B0C4%9EERLER%C4%B0>

[11] Anayasa Mahkemesi'nin 28.11.2018 tarih ve 2015/12306 Başvuru Nolu kararı, Paragraf.30, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/12306>

[12] “Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt, kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleyle ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir (Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44; Ford Motor Company, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49; Necmiye Çiftçi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).”, Anayasa Mahkemesi'nin 28.11.2018 tarih ve 2015/12306 Başvuru No'lu kararı, Paragraf.47.

[13] Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2014 tarih ve 2014/256 Başvuru No'lu Kararı, Paragraf.96, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/256>

VI

HES Kodu Zorunlulukları, Evlerde Mevlit/Doğum Günü/Taziye Yasakları Neyin Habercisi?



Günümüzde hukukun “kişisi” maddi menfaatlerine, bu “kişinin” hakları da özel hayatına sıkışıp kalmıştır. Marks’ın “Çözülmüş bir toplumun pasif bir yaratığı... böylece tabii bir şey”[1] olarak bahsettiği varoluş biçimi, nispi bir gerilemenin eseridir.

Yazı dizisinin bundan önceki makalelerinde temel aldığımız insan hakları hukuku, 2. Dünya Savaşı sonrasının konseptidir. 1929 ekonomik buhranı ile kesintiye uğrayan ilk liberal dalga yeni bir formatıdır. Bir yerde Sovyetler gerçeğine karşı kapitalizmin tedbir hamlesi, bir yerde denge durumudur. Bu hukuki zemin, yakın zamana kadar gelişim göstermişse de 70’lerden itibaren ciddi saldırılara muhatap olmuş; 2000’li yıllardan sonra parçalanmaya yüz tutmuştur. Süreç şüphesiz maddi temellidir.

Polis devletinin yeniden yükselişi, çeşitli tehditlerle (terör, uyuşturucu vb.) mücadele/savaş söylemi altında siyasal alanın ezilmesi, bürokratik icra aygıtının genişlemesi bugün liberal hukukun “kişinin” kalkanını yani “hukuk devletini” elinden alarak onu devletler ve şirketlerle baş başa bırakmaktadır. Bu vaziyet, içinden geçilen kapsamlı sürecin temel dinamiklerinden birisidir. Kapitalizmin yeni bir evresine girilip girilmediği tartışmaları beraberinde gelmektedir.

“Burada ‘birey’ kelimesi önemli, çünkü birey, kapitalizmin yeni (ama bir o kadar da eski) sınırına denk düşüyor. Sömürgecilik ve neoliberalizm formu almış, küresel kapitalizmin eski yapıları, halkları sömüren milletler eliyle

sömürürler. Gelgelelim gelişmiş veri toplama, kayıt ve gözetleme teknolojisi ile mümkün kılınan bu yeni sistemde her bir birey, temelde birer ‘kâr madeni’ne dönüştürülür.”[2]

Kişinin adı, plaka numarası, okuduğu gazete, günlük iş güzergâhı, çocuklarının yaşı vb. verilerin metalaşmasını bu çerçevede ele almak gerek. Bu metalaşma sürecinin bir yanında üretim araçlarının gelişmesi, dijitalleşme yer alırken, diğer bir yanında bürokratik hâkimiyet ve klasik insan hakları hukukunun giderek işlevsizleşmesi vardır. Pandemi, bu zemin üzerine zuhur etmiştir.

Yaşlıların eve hapsedilmesinde ve sokakta belli saatlerde yalıtılarak teşhir edilmelerindeki hoyratlığın, apartman kapılarına bina yöneticileri tarafından asılan covidli listelerindeki pervasızlığın, yakınında hasta tespit edilenlerin otobüsten indirilmesindeki rahatlığın bir günde oluşmadığı açıktır. Biz ne zamandır, çeşitli “savaşların” ikna edici tehditleri altında, burjuva devletlere teslim olmaya yaklaşmıştık.

Ancak rezilliğin de bir sınırı var; bu sınırı sömürünün yaşamla biyolojik yaşamla bağdaşmayan oranı ve toplum halinde yaşama geçişi çiziyor. İnsan cinsi, verili toplumsal etkinliklerini sürdürebilmesi için belli ölçüde değer elde etmeye mecburdur. Diğer yandan toplumsal yaşam, bizim cinsimize, utanma, yadsıma, örgütlenme gibi temel değerleri bahşediyor. Hukukun ikili işlevi bu noktada ortaya çıkıyor. Bir hak alanı nasıl ortaya çıkmış olursa olsun, neticede toplumsal yaşamın çatışmaları içinde az ya da çok özerkleşme potansiyeli kazanmaktadır. Yazı dizisinin üzerine oturduğu zemin, hukukun bu işlevidir:



Çaycumah esnaf “maskesiz girilebilir” yazısı sebebiyle 15 gün kapatma cezası aldı.[3]

İşte bu işlevin en güncel görünümünden birisini “kişisel verilerimiz” teşkil etmektedir.

Gerçek kişilerin (devlet, şirket, vakıf vb. tüzel kişi dışındaki kişilerin, insanların) kişisel verileri, 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) koruması altındadır.[4] Kanun, yukarıda özetlediğimiz geçiş dönemine güzel bir örnektir. Yeni bir insan hakları hukuku sahaya çıkıp etki gösterirken (bu örnekte AB'nin ekonomik regülasyonları itici güçtür) aynı anda aşınmaya da başlamaktadır. Meseleye bu açıdan ve biraz daha yakından bakalım.

Kişisel verilerimiz, ancak diğer koşulların yanında *"İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma; İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme."* şartları ile kaydedilebilirler.(m.4/1/ç, d) *"Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanın planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir."*(m.6/3) Özetlediğimiz hükümlerin cezai yaptırımları mevcuttur.(TCK.m.134 vd.) Bu hükümlerin cezalandırıcı etkisi 2012, 2014 ve 2016 yıllarında artırılmış, etki alanı da genişlemiştir. Ceza hukukunun yanında, KVKK'nın ihlali halinde uygulanan idari para cezaları günlük hayatta etkinliğini artırmaktadır. Örnek olsun: Son dönemde, apartman veya site girişlerine burada oturan covidlilerin isim listesini asmak vb. kabahatleri işleyen yöneticiler hakkında Kişisel Verilerin Korunması Kurulu'na müracaat[5] halinde 2021 yılı için[6] somut durumun ağırlığına göre 29.503 TL ile 1.966.862 TL arasında bir para cezası verilecektir.[7] Bu cezalar kabahat işleyen kamu görevlilerine de kesilebilir. (KVKK.m.18/3)

Bu kural ve yaptırımlardan yola çıkarsak, şimdilik covidle ilgili olmak üzere, insanların hastalık bilgilerini, yakınlarında yaşayanların hastalık bilgilerini hiçbir yasa ve kurala bağlı kalmaksızın HES Kodu denen bir sisteme süresi belirsiz biçimde kaydederek, kamu binası girişindeki özel güvenlik görevlisinden, otobüs şoförüne kadar ifşa etmenin KVKK'ya uyarlı olmadığı açıktır. Uygulama bu yönde ilerlerse, örneğin aşu olup olmama gibi kriterlerin de bu koda tanımlanacağı beklenmelidir. Ciddi bir mücadele sahası oluşmuştur.

Yukarıdaki hüküm ve örneklere bakınca, halkın eline önemli bir silah geçmiş gibi görünüyor.[8] Ancak bu silahın etkisi her meselede aynı değildir. Yakın tarihte Anayasa Mahkemesi, polise sanal ortamı 24 saat gözetim altında tutma ve fişleme yetkisi veren olağanüstü hâl dönemi düzenlemesini, kişisel verilerin korunma kurallarına da aykırı olduğu için iptal etmişti.[9] Bu iptal kararı üzerine, önce İçişleri Bakanı medya önünde rahatsızlığını beyan ederek Anayasa Mahkemesi Başkanı'nı aradığını söyledi. Sonra, bu karar verilmemiş gibi uygulama tam gaz devam etti.[10] Her gün pek çok kişi hakkında internet ortamında fişleme, kayıt ve bunlara dayalı olarak soruşturma işlemleri devam ediyor.

Yazının girişinde, hak ve özgürlüklerin giderek kişisel alana daraldığından bahsetmiştik. Konut, toplum üzerinde giderek artan devlet gözetiminden kaçılabilen son sığınaklardandır. Kişilerin hanelerine kolluğun girebilmesi, yardım çağrısı gibi istisnalar dışında, hâlâ suç soruşturmasının varlığı ve yazılı emir şartına bağlıdır. Sokakta icra edilen üst aramalarındaki aynı güvenceler ise güvenlik görevlilerinin can güvenliğini gerekçe yapan pek çok istisnai düzenleme ile sulandırılmıştır. (Bkz. PVSK.m.4/A, Yakalama Yönetmeliği.m.27) Pandemi bahanesi, özel hayatın belki de son kalesi olan "evin" kapısını polise aralamıştır. Bartın İl Hıfzıssıhha Kurulu'nun kararını[11] ele alalım: *"Sosyal izolasyonun temini, fiziki mesafenin korunması ve hastalığın yayılım hızının kontrol altında tutulması amacıyla İlimiz genelinde aile ve akraba ziyaretlerinin (kanuni bakım mükellefiyeti hariç) ve hane ziyaretlerinin yasaklanması"*na[12] aykırı davranışın yaptırımını nedir? İdari para cezalarını bir yana koyalım. Pandemi yasaklarına aykırılık hallerinde *"Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma"* başlıklı TCK'nun 195. maddesinden yasal işlem başlatıldığı vakadır. (Bu suçun oluşmayacağı ile ilgili: Bkz. Yazı dizisinin III. makalesi) Peki evde toplanmak suçsa bu suç nasıl tespit edilecek ve engellenecektir? *"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."* (CMK.m.116) Misafirliğe gidildiği taziye için toplanıldığı konusunda *"makul şüphe"* (misafirliğe gidildiği konusunda objektif bir gözlemciyi tatmin edecek emare ve bilgilerin varlığı[13]: Örneğin evden dışarıya sohbet sesi gelmesi.) yeterli olacaktır. Bugün Türkiye'nin herhangi bir sokağında, yoldan geçen herhangi

bir polisin[14] bir telsiz emri ile[15] herhangi bir evi basmasının zemini oluşturmuştur.

Özetle, bir eşikte olduğumuzu idrak etmeliyiz.

Yazı dizisinin son yazısında bu idrakin/idraksizliğin neticeleri üzerinde durmaya çalışacağız.

Onur Şahinkaya

20.02.2021

Dipnotlar

[1] Karl Marks, *Yahudi Meselesi* (Çeviren: Niyazi Berkes), 1. Bası, Sol Yayınları, Ankara, 1968., s.41.

[2] Nina Illingworth, "Neofeodalizm, 14 Kasım 2019, <https://istiraki.blogspot.com/2020/12/neofeodalizm.html>

[3] "Genelge Beni Bağlamaz", 05.01.2021, <https://www.sozcu.com.tr/2021/gundem/genelge-beni-baglamaz-deyip-24-kez-ceza-uyjen-esnafa-bir-sok-daha-6198309/>

[4] 6698 sk.m.1: "Bu Kanunun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir."

[5] <https://www.kvkk.gov.tr/>

[6] 28.11.2020 tarih ve 31318 sayılı Resmî Gazete.

[7] Sağlık verisinin ifşasına ilişkin 2019 yılında verilmiş 125.000TL'lik para cezası örneği için Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 09/12/2019 tarih ve 2019/372 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6663/2019-372>

[8] Kanunun ile hakları korunanlar gerçek kişilerken (insanlar), yaptırımların muhatabı ise şirket, yönetici, kamu görevlisi gibi güç sahipleridir. (KVKK.m.1 ve 3/d)

[9] Anayasa Mahkemesi'nin 19.02.2020 tarih ve 2018/91 E., 2020/10 K. sayılı kararı, **LINK KOYULAMADI**

[10] "Anayasa Mahkemesi (AYM), şubat ayında polise verilen sanal takip yetkisini anayasaya aykırı bularak iptal etmişti. AYM'nin bu kararıyla polis, herhangi bir mahkeme kararı olmadan internet ortamında bir suç işlendiği iddiasıyla internet abonelerine ait kimlik bilgilerine ulaşmak için araştırma yapamayacak, bu yönde erişim sağlayıcılardan veya internet sitelerinden bilgi talebinde bulunmayacaktı. Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yaptığı açıklamada şunlar kaydedildi: 'Bazı sosyal medya platformlarında "Korona Virüsü (COVID-19) ile ilgili olarak ülkemizde de salgının görüldüğü ile ilgili" yapılan paylaşımlara ilişkin olarak aşağıdaki açıklamanın yapılmasına gerek duyulmuştur; Korona Virüsü (COVID-19) ile ilgili olarak ülkemizde de salgının görüldüğüne dair gerçek dışı görüntü ve ses dosyalarını sahte hesaplar üzerinden yayarak kamuoyunu endişeye düşüren korku ve paniğe sevk eden paylaşımlar tespit edilmiştir. Bu şekilde halkı korkutma amaçlı paylaşımlarda bulunan şahıslar hakkında gerekli çalışmalar başlatılmış olup en kısa süre içerisinde adli mercilere sevk sağlanacaktır", <https://www.indyrturk.com/node/143176/siyaset/emniyet-ten-koronavir%C3%BCs-%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fmas%C4%B1-aym-ge%C3%A7en-ay-polisin-sanal-takip-yetkisini>

[11] 04.11.2020 tarih ve 72 nolu kararının 4. maddesi, <https://bartism.saglik.gov.tr/Eklenti/119353/0/04112020-tarihli-72-nolu-hifzissihha-kararidocx.docx>

[12] Kurul 01.12.2020 tarihinde insafa gelerek komşu, akraba ziyareti yasağını gevşeterek cenaze sonrası topluca Kuran-ı Kerim okunması ve taziye merasimlerinin yasaklanması ile yetinmiştir.

[13] Anayasa Mahkemesi'nin 23.12.2015 tarih, 2014/195E. ve 2015/116K. Sayılı kararı, Paragraf.53, **LINK KOYULAMADI**

[14] "Polis, görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde, hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmaksızın, bir suçla karşılaştığında suça el koymak, önlemek, sanık ve suç delillerini tesbit, muhafaza ve yetkili zabıtaya teslim etmekle görevli ve yetkilidir." (PVSK.m.Ek Madde 4)

[15] "İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için ... Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez." (PVSK.m.2/son)

VII

Bu “Hukuk”la Ne Yapılır?



“*Quare silete iuristae in munere vestro?*” Hukukçular neden onları ilgilendiren konularda sessiz?” Agamben bu soruyu meşhur *Olağanüstü Hal* kitabının girişine koyduktan sonra covid salgınının ardından tekrar sormak zorunda kaldı.

Bir önceki yazıyı takip edecek olursak, cari suskunluk bir günün eseri değil. İkinci Dünya Savaşı sonrasında paradigması ne zamandır aşınıyordu. Sorunun daha eskiye, liberal hukukun inşasına kadar giden bir boyutunun olduğu da muhakkak. Usuli güvencelerin ortaya çıkması, bu çerçevede kişinin bedeninin zapt edilmesi durumunda, olmazsa olmaz bir güvence haline gelen hâkim denetimi (*habeas corpus*), kişinin siyasal var oluşu (*citoyen*) ile değil çıplak bedeni (*corpus*) üzerine inşa edilmişti.[1] Kişinin özgürlüğünün ortadan kaldırılmasına itiraz etme hakkının somuttaki karşılığı bedenin hâkim önüne çıkarılması; zamanla, ancak bu amaçla bedenin zapt edilebilmesi olarak şekillendi (AİHS.m.5/1/c).

Özgürlük ve güvenlik hakkının bu dar kalıbını çatlatan, işçi sınıfının ve tarihin bir döneminde ona yakınlık gösteren orta sınıfların ekonomik/siyasal mücadeleleriydi. Toplumsal hayatta hukukun ikili yapısına daha önce değinmiştik.

İnişli çıkışlı bir yolun ardından, insan bedeni bugün, hâkimin (teoride ve yasada tarafsız, bağımsız, dokunulmazlığa sahip, verdiği kararlar herkesi bağlayan) hâkimiyet alanından çıkıp doktor ve polisin (teoride ve yasada taraflı/sadık, bağımlı, idarenin emri altındaki memurun) hâkimiyet alanına girmek üzeredir.[2]

Bu süreç tarihseldir. Liberal olmayanlar açısından şaşılacak bir şey yok. Şaşılacak olan, uzun bir geçmişe ve mücadele geleneğine sahip sol/ilerici/devrimci adı her neyse, hukuk çevrelerinin pandemi sürecine koşulsuz ve hızlı

uyumudur. Sokağa çıkma yasakları, maske zorlamaları, HES Kodu uygulamaları, zorunlu ücretsiz izin düzenlemelerinin bu denli sükunetle karşılanacağı kimin aklına gelirdi?

İşin bir tarafında can korkusu varken; diğer tarafında tarihin bu döneminde orta sınıfların işçi sınıfıyla ülfetini kesip büyük burjuvaziye yanaşmış olmasının da payı yadsınamaz. Hukukçular bugün, özgürlük adına itiraz etmeyip sözde can güvenliği adına susuyor daha fazla kapanma talep ediyorlarsa; her gün daha fazla kapılarına gelen kargo işçileriyle değil, onları işçi sıfatından çıkarıp çıplak bir bedene dönüştürerek limitsiz bir sömürünün nesnesi haline getirmekte olan patronlarıyla ortaklaşmaktadırlar.

Pandemi salt bir güvenlik politikasının değil, iktisadi bir eşğin de üzerine geldi. Azalan kâr oranları, uzun süreli durgunluk, sektörel dönüşüm ihtiyacı, bir müdahaleye ihtiyaç doğurmuştu. Sanayi sektöründe yoğunlaşan teknoloji kullanımı, milyonlarca işçiyi hizmet sektörüne iterken, hizmet sektörünün içinde de işçiyi sözde girişimci/paydaş haline getirme görüntüsü altında, işçinin asgari ücret, fazla mesai, kıdem tazminatı, iş kazası tazminatı vb. tüm haklarını elinden alınmaktadır.[3] Geriye hedef baskıları, kira ve kredi borçları, para cezaları kalmaktadır. Ken Loach'ın “*Sorry We Missed You*” (2019 yapımı) filmi ibretliktir; işçi bedeninin itildiği hapsin mükemmel bir resmidir. Emek piyasasının esnekleşmesi de son 20 yılda sermayenin ana gündemlerindedir.[4] Asgari ücretin üçte biri oranında zorlu ücretsiz izin ödemesi modeli, yeni dönemin ücret/fiyat/değer ilişkisini anlamak açısından önemli bir ipucudur. İşçiyi eve kapatıp çağrıldığı zaman çalışması, bir pandemi istisnası olarak tasarlanmamıştır. Bu vaziyetin yeni ekonomik düzendeki yerini anlamaya gayret etmek gerek.

Bugün Fransa'da, İngiltere'de, ABD'de, taşıma işçileri, ulaştırma işçileri ve benzerleri büyük bir hukuk mücadelesi vermekteler: “İşçi kalma mücadelesi”. İşçi olduklarını tespit ettirebilmek için Yüksek Mahkemelere kadar taşınan kavgalara girişmişlerdir.[5] Hakeza yasama meclislerinde de.

Bu ve benzeri meseleler Türkiye'de de etkisini gösterdiğinde (aplikasyon bazlı iş başı motorlu kuryelik vb. örnekleri görünmeye başlamıştır), her istediğinde süratle kapısına bırakılan güvenli pakete kaderini bağlamış hukukçunun tutumu ne olacaktır?

Yazı dizisi boyunca yasadan, Anayasa'dan, içtihattan, insan haklarından bahsediyoruz. Çaycupalı esnaf, ekmeğini müdafaa için kapısına içtihat/yasa maddesi asıyorsa; içeride yemek yiyen vatandaş PVSK'ya atıfla polisten kimlik sorarak, yazılı gerekçe isteyerek direniyorsa[6], halka müzahir hukukçunun görevi, bunlardan bahsetmektir. Yoksa kâğıt üstünde kalanlardan bahsetmeye teşebbüs etmezdik.

Her bir hak arayışı, neticesinden bağımsız olarak kazanımdır; zulme çekilen bir sınırdır.

Mesele esasen bugünün değil, yarının meselesidir. İdrak, bugünden ziyade yarınımız için gereklidir. Hedef, mevzi kurmak olmalıdır. Mevzi, savunmadan ziyade saldırıya hazırlık yapısıdır.

Türkiye özelinde bakacak olursak, büyük bir insan hakları hukukçuluğu, hak savunuculuğu, devrimci avukatlık pratiği birikimi mevcuttur. Ancak hazıra dağ dayanmaz. Tarih akmakta, sınıfsal çelişkiler boyutlanmaktadır. Yeni dönemde hukukçular, kavganın yeni koşullarına duyarsız kalır, tercihlerini işçi sınıfından yana yapmazlarsa, birikimin tükeneceği açıktır; maalesef işaretler mevcuttur.

Kavga dipte derinde sürmektedir, sürecektir; hukukçular dâhil olur veya olmaz.

Onur Şahinkaya
01.03.2021

Dipnotlar

[1] Giorgio Agamben, *Kutsal İnsan: Egemen İktidar ve Çıplak Hayat* (Çeviren: İsmail Türkmen), 1. Bası, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001, s.162 vd.

[2] Yazının sınırı müsaade etmediği için değinemediğimiz 2018 tarihli AİHM, Büyük Daire, S., V. ve A. v. Danimarka Kararı (Başvuru No: 35553/12, 36678/12 ve 36711/12.) ciddi bir milattır.

[3] Alex N. Press, "Silikon Vadisi ve İşçi Hareketi", 2 Şubat 2021, <https://istiraki.blogspot.com/2021/02/silikon-vadisi-ve-isci-hareketi.html>

[4] "Onaylanan uluslararası sözleşme sayısı artırılmış, ancak bu sözleşmelerin iç mevzuata yansıtılması konusunda olduğu gibi, işgücü piyasasında esnekliği artıracak ve yaygınlaşmaya başlayan yeni çalışma biçimlerini düzenleyecek mevzuatı geliştirme çalışmalarını da yeterli düzeyde gerçekleştirilememiştir... Çalışma hayatı mevzuatını Avrupa Birliği'ne (AB) uyum ve Uluslararası Çalışma Teşkilatı (ILO) normları doğrultusunda yenilemek, işgücü piyasasında esnekliği artırmak ve yeni çalışma biçimlerini düzenlemek esastır. İstihdamın geliştirilmesine yönelik olarak verimlilik düşürülmeden yasal çalışma sürelerini kısaltacak ve esnek zamanlı çalışma türlerine imkân tanıyacak çalışmalar başlatılacaktır." Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996-2000), s.14, s.54; ayrıca 2014 yılından beri yayımlanmakta olan Ulusal İstihdam Strateji Belgeleri ve Eylem Planları ile 2023'e kadar olanlar için Bkz: http://www.sp.gov.tr/upload/xSPTemelBelge/files/MzrVo+Ulusal_Istihdam_Stratejisi_ve_Eylem_Plani.pdf

[5] İngiltere'de işçi olduğunu tespit ettiren eski UBER çalışanlarını sevinci ve gözyaşları örnek olsun: Channel4 News, "Uber Drivers", 19 Şubat 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=X8o9O2yiPSI>, (Videoyu benimle paylaşan değerli ve duyarlı hukukçu Emel arkadaşımıza teşekkürlerimi sunarım.)

[6] Gzt, "Restoranında Müşteriye Yemek Yediren İşyeri Sahibi", 29 Aralık 2020, <https://twitter.com/gztcom/status/1343925279794864128?s=03>

*Yazılar istiraki.blogspot.com'dan derlenmiştir.