



KAMU SAĞLIĞI VE İSTİMVAL: KORONAVİRÜS SALGINININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ ÇERÇEVESİNDE BİR KAMU SAĞLIĞI KANUNU ÖNERİSİ*

Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER**

Öz

Koronavirüs salgının meydana getirdiği olağanüstü şartlarda salgınla mücadelede idare tarafından ihtiyaç duyulan malzemelerin tedarik edilmesi elzemdir. İdare, olağan dönemde, ihtiyaç duyduğu taşınurları ihale usulü ile akdettiği sözleşmelerle karşılamaktadır. Ancak olağanüstü durumlarda durumun önemi ve ivediliği gereği idare, özel hukuk kişilerinin rızaları olmaksızın taşınır temin etmek zorunda kalabilir. İstimval adı verilen bu yetki, kişilerin Anayasayla güvence altına alınmış başta mülkiyet hakkı ve zorla çalıştırılmama hakkı olmak üzere diğer temel hak ve özgürlüklerini sınırlamaktadır. Bu itibarla, bu usulün hu-kuki rejiminin ve uygulanabilme şartlarının ortaya konulması önem arz etmektedir. Olağanüstü hâl ilan edilmemesine rağmen olağanüstü şartların oluşması halinde istimvalin uygulanabileceği kabul edilmelidir. Nitekim, Türk Hukukunda, olağanüstü hâl ilanına gerek olmaksızın, acil müdahalenin gerektiği durumlarda idareye istimval yetkisi veren kanunlar mevcuttur. Bu açıdan diğer ülkelerdeki düzenlemeler de dikkate alınarak kamu sağlığına dair olağanüstü şartlar ortaya çıkması halinde taşınurlar açısından getirilebilecek yükümlülükleri de düzenleyen yeni bir kamu sağlığı kanunu hazırlanması gerekmektedir.

* 17-19 Aralık 2020 tarihleri arasında düzenlenen Selçuk Hukuk Kongresi I 2020’de sunulan ‘‘Kamu Sağlığı ve İstimval’’ başlıklı bildirinin genişletilmiş halidir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye | Asst. Prof., Yalova University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Yalova, Turkey.

✉ sirri.duger@yalova.edu.tr • ORCID 0000-0002-1132-8138

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: DÜĞER Sırrı, ‘‘Kamu Sağlığı ve İstimval: Koronavirüs Salgınının Düşündürdükleri Çerçevesinde Bir Kamu Sağlığı Kanunu Önerisi’’, *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2625-2653.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Anahtar Kelimeler

Koronavirüs • Kamu Sağlığı • İstimval • Olağanüstü Hal • Olağanüstü Şartlar

PUBLIC HEALTH AND REQUISITION: A PUBLIC HEALTH LAW PROPOSAL IN THE CONTEXT OF THE CORONAVIRUS PANDEMIC

Abstract

In the extraordinary conditions caused by the coronavirus epidemic, it is essential to supply the materials needed by the administration in the fight against the epidemic. In the ordinary period, the Administration meets the movables it needs through contracts concluded by procure-ment procedure. However, in extraordinary situations, due to the im-portance and urgency of the situation, the administration may have to procure movables without the consent of private law persons. This au-thority, called requisition, limits people's fundamental rights and free-doms, which are guaranteed by the constitution, including the right to property and the right not to be forced to work. In this respect, it is im-portant to set forth the legal regime of this procedure and the conditions for its implementation. Although a state of emergency has not been de-clared, it should be accepted that in case of extraordinary conditions, requisition can be applied. As a matter of fact, in Turkish Law, there are laws that authorize the administration to take action in cases where ur-gent intervention is required, without the need for declaration of state of emergency. In this respect, considering the relevant laws in other countries, it is necessary to make a new public health law that regulates the obligations that can be imposed for movables in case of extraordinary conditions regarding public health.

Key Words

Coronavirus • Public Health • Requisition • State of Emergency • Extra ordi-nary Conditions

GİRİŞ

Tehlikeli salgın hastalık gibi olağanüstü durumlarda ihtiyaç duyulan ilaç, aşı ve diğer tıbbi malzemelerinin temin edilmesi kamu sağlığı açısından önem arz etmektedir. Ancak bu gibi durumlarda idare salgınla mücadelede gereksinim duyduğu malları kimi zaman hemen ve yete-rince temin edememe tehlikesiyle karşı karşıya kalabilmektedir. Nite-kim, Korona salgınında ülkemizde bazı tıbbi ürünlerin temininde sıkın-tılar yaşanmıştır.

Bu açıdan, çalışmanın araştırma sorusu Koronavirüs salgınının istivalin uygulanması açısından olağanüstü bir durum teşkil edip etmediği, bu salgın sebebiyle ortaya çıkacak ihtiyaçların istival usulü ile giderilip giderilemeyeceğidir. Çalışmanın hipotezi salgının istivalin uygulanması açısından bir olağanüstü durum oluşturduğudur. Bu durumda ilaç, aşı, koruyucu ekipman vb. gibi tıbbi malzemelerin özel hukuk kişilerinden istival yoluyla temin edilebilmesi mümkündür. Ancak temel mesele bunun kanuna dayanması ve hukuki rejiminin nasıl olacağıdır. Dolayısıyla, çalışmada öncelikle istivalin tanımı ve kapsamı açıklanmış akabinde istivalin normatif dayanakları ve şartları incelenmiştir. Çalışmanın devamında Türk hukukunda kamu sağlığının korunması amacıyla idarenin sahip olduğu istival yetkisine ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur. İleride de Koronavirüs benzeri salgınların olma ihtimali çok yüksek ve normalleşmeye geçilse bile salgının etkisinin devam edecek olması nedeniyle bir kamu sağlığı kanunu ve bu kanunda istivalin nasıl düzenlenmesi gerektiğine dair önerilerimiz de dile getirilmiştir. İstimvale dair değerlendirmelerimiz mal yükümlülüğü getirilmesi kapsamında tutulmuştur.

I. TANIMI VE KAPSAMI

Genel anlamda istival, idarenin; olağanüstü durumlarda, gereksinim duyduğu taşınır malları kamu gücü kullanarak elde etme yetkisi olarak tanımlanmaktadır.¹ Doktrinde AZRAK, istivali “*idarenin olağanüstü ve geçici nitelikte kollektif ihtiyaçların karşılanması amacıyla ve mevzuatta öngörülen usule uygun olarak, fertlere ya bir hizmet ifa etmek ya da taşınmaz malının kullanılmasını, taşınabilir malının da mülkiyetini veya sadece kullanılmasını idareye terk etmek hususunda, yüküm altına sokması*” olarak

¹ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 281, AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 630. Doktrinde, TAN ve GÖZÜBÜYÜK’e göre ise istival, idarenin ihtiyaç duyduğu taşınmaz malların yalnız geçici olarak kullanma hakkını, taşınır malların mülkiyetini ve geçici olarak kullanma hakkını kamu gücünü kullanarak elde etmesidir. Yazarlar İstimvali aynı zamanda “Taşınırın Kamulaştırılması” olarak adlandırmaktadır. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku (Genel Esaslar), C. I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 1016.

tanımlamıştır.² ONAR ise istimvali *İdareye bazı menkullerin mülkiyetini veya istimal ve intifa hakkını gayrimenkullerin de istimal ve intifa hakkını, haklı bir tazminat mukabilinde, iktisap ettiren idarî bir ameliyedir*” şeklinde tanımlamıştır.³ Yapılan tanımlardan hareketle idarenin olağanüstü durumlarda, rayiç bedel karşılığında özel hukuk kişilerine ait taşınurların mülkiyetini ve/veya kullanma hakkını, taşınmazların ise sadece kullanma hakkını elde etmesi ve yine gerçek kişilere bedensel yükümlülükler getirmesi istimval kapsamında kabul edilmektedir.⁴ Taşınır veya taşınmazların kullanım hakkının idareye devredilmesi durumunda olağanüstü hallerin sona ermesi ile mallar malike geri dönmektedir.⁵

II. NORMATİF DAYANAKLAR

A. Anayasal Dayanak

İdarenin olağanüstü durumlarda para, mal ve hizmet temin etme usulü olarak istimval müessesesi gerek 1924 ve 1961 Anayasalarında gerekse 1982 Anayasasında yer almıştır. Öncelikle 1924 Anayasasının 74. maddesi, kamu yararı için ihtiyaç olduğu belirlenen usule göre anlaşılmadıkça ve bedeli peşin olarak verilmedikçe kimsenin malının istimval ve mülkünün de istimlak olunamayacağını düzenlemiştir. Ayrıca olağanüstü durumlarda kanunla getirilecek para ve çalışma yükümlülükleri dışında hiç kimsenin hiçbir fedakarlığa zorlanamayacağı da öngörülmüştür.⁶

² AZRAK, Ali Ülkü, Millileştirme ve idare hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 60.

³ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 3, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966, s. 1574.

⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 630; ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019, s. 436; KUTLU GÜRSEL, Meltem, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin, Ankara, 2012, s. 42. Doktrinde GÜNDAY, GÖZLER/KAPLAN ve ÇAĞLAYAN, istimvalin sadece taşınır malları (mülkiyet ve/veya kullanma hakkı) kapsadığını belirtmektedir. GÜNDAY, s. 281; GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, 2020, s. 641-642; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 708-709.

⁵ ATAKAN, Murat Can, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018; 26(2): 397-441, s.407.

⁶ **1924 Anayasası m. 74:** *Umumi menfaatler için lüzumu usulüne göre anlaşılmadıkça ve mahsus kanunları mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiçbir kimsenin malı istimval ve mülkü istimlak olunamaz. Fevkalade ahvalde kanun mucibince tahmil olunacak nakdi,*

1961 Anayasası, 1924 Anayasasından farklı olarak, doğrudan istimval kavramına yer vermemiş ancak olağanüstü yönetim usullerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 123. maddesinde⁷ olağanüstü hallerde para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirilebileceğini hüküm altına almıştır. Buna göre istimvalin konusu para, mal ve çalışma yükümlülüğü olarak belirlenmiş ve ancak istimvalin olağanüstü hallerde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasa m. 123'te olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Ancak ne var ki, 1961 Anayasası döneminde böyle bir kanun yapılmamıştır.⁸ Yine, 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra da Kamulaştırma Kanunu örneğinde olduğu gibi istimvale özel bir kanun yapılmamıştır.

Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası, istimval müessesesini, 1961 Anayasası'na paralel olarak düzenlemiştir. Doğrudan istimval kavramını kullanmayan 1982 Anayasası'nın 119. maddesinde, olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin Anayasa'nın 15. maddesine uygun bir şekilde kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.⁹ Bu çerçevede Olağanüstü Hal Kanunu'nun (OHAL K.) 5 vd. maddelerinde tehlikeli salgın hastalık sebebiyle getirilebilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri düzenlenmiştir. OHAL K. m. 5'te tehlikeli salgın hastalık sebebiyle ihtiyaç duyulan ve hemen sağlanamayan her türlü taşınmaz mal ve yapılması gereken işlerin, para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirilerek sağlanabileceği ifade edilmiştir.

B. Olağanüstü Hal Kanunu

OHAL K. 'da tehlikeli salgın hastalık sebebiyle OHAL ilan edilmesi halinde salgın sebebiyle ihtiyaç duyulan ve hemen sağlanamayan pa-

ayni sayıu amele müteallik mükellefiyetler müstesna olmak üzere hiçbir kimse hiçbir fedakarlığa icbar edilemez.

⁷ **1961 Anayasası m.123:** "Olağanüstü hallerde vatandaşlar için konulabilecek para, mal ve çalışma yükümleri ile bu hallerin ilânı, yürütülmesi ve kaldırılması ile ilgili usuller kanunla düzenlenir".

⁸ ONAR, Cilt 3, s. 1575.

⁹ **An. m. 119/f. 5:** Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir.

ra, taşınırlar ve yapılması gereken işler için yükümlülük getirilebileceği düzenlenmiştir (OHAL K. m. 5). Kanunun 6. maddesine göre, gerekli harcamalar öncelikle kamu kaynakları ile yardımlardan sağlanacaktır. Bununla birlikte, anılan madde uyarınca acil ve hayati ihtiyaç maddeleri için gerekli para, kamu kaynaklarından zamanında sağlanmadığı takdirde, bölgedeki kredi kuruluşlarının imkanlarından faydalanacaktır. Ayrıca para yükümlülüğünün uygulanmasında kuruluşların faaliyetlerinin aksatılmaması dikkate alınacaktır (OHAL K. m. 6). Mal yükümlülüğü açısından OHAL ilan edilen bölgedeki kamu kurum ve kuruluşlarıyla tüzel ve gerçek kişiler, kendilerinden istenecek veya yükümlülük konulacak arazi, arsa, bina, tesis, araç, gereç, yiyecek, ilaç ve tıbbi malzeme ile giyecek ve diğer maddeleri vermek zorundadır. Bu amaçla öncelikle bölgedeki taşra teşkilatına, mahalli idarelere ve kamu kurumlarına başvurulacağı bu kaynaklardan zamanında ve yeterince karşılanamaması halinde imkân ve kaynakları dikkate alınarak özel hukuk kişilerine yükümlülük getirileceği düzenlenmiştir (OHAL K. m. 7). Çalışma yükümlülüğü de bölgede bulunan 18-60 yaşları arasındaki kişilere getirilebilmektedir. Ayrıca bu yükümlülük getirilirken iş mevzuatının çalışma yasağı ile ilgili hükümleri ile çalıştırılacak kişilerin yaş, cinsiyet, sağlık, meslekleri, meşguliyetleri ve sosyal durumları ile aile ve bakıma muhtaç yakınları göz önünde bulundurulacağı düzenlenmiştir (OHAL K. m. 8).

Her ne kadar OHAL K., olağanüstü ilan edilmesi halinde uygulanabilecek kanun ise de kanunda belirtilen ilkeler diğer olağanüstü durumlar için de yol gösterici niteliktedir. Bu çerçevede ihtiyaçların öncelikle bölgedeki idarelerden, bunun mümkün olmaması halinde ise bölge dışındaki idarelerden karşılanması; bunun da mümkün olmaması halinde özel hukuk kişilerinin rızaları ile karşılanması imkanının kalmaması gerekir. Bu durum, getirilen yükümlülüğün son çare olması ilkesi gereğidir. Ayrıca bölgedeki özel hukuk kişilerinin imkân ve kaynaklarının değerlendirilmesinin öngörülmesi getirilecek yükümlülüğün ölçülülük ilkesine uygun olmasına hizmet edecektir.

C. Diğer Yasal Düzenlemeler

Anayasanın 119. maddesinde olağanüstü hallerde vatandaşlara para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirilebileceği belirtildikten sonra

bu yükümlülüklerin 15. maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceğinin kanunla düzenleneceği hüküm altına almıştır. Nitekim, düzenleme uyarınca OHAL K. yürürlüğe konulmuştur. Ancak 1982 Anayasası'ndan önce çıkarılan Milli Korunma Kanunu ve Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nda istimvale ilişkin hükümler bulunmaktadır.¹⁰

Bununla birlikte, bir olağanüstü hâl ilanı gerekmeksizin meydana gelen afetler ile acil müdahalenin gerektiği kimi durumlarda idareye istimval yetkisi veren diğer düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, 4373 sayılı Taşkın Sulara ve Su Baskınlarına Karşı Korunma Kanunu m. 6 uyarınca, *“Taşkın sularla kenar ve setlerin yıkılma ve yarıлма tehlikesine maruz bulunması veya yakın arazinin su baskınına uğraması gibi hallerde, hadisenin vuku bulduğu mahallin en büyük mülkiye memurunun emriyle tehlike ile karşılaşan köy ve kasabaların 18 yaşını bitirip 50 yaşını doldurmamış bulunan erkekleri, ellerinde bulunan ve yıkıntıları düzeltmeğe yarayacak her türlü alat, edevat ve malzeme ve vasıtalarla tehlike yerine yardıma koşmağa ve gösterilen işlerde çalışmağa mecburdurlar”*. Yine aynı maddenin beşinci fıkrası uyarınca, *“Yardıma giden komşu köy ve kasabalar halkı da ellerinde bulunan alat ve malzeme ve vasıtaları, ameliyatı idare edenlerin emrine vermeğe mecburdurlar”*. Görüldüğü üzere, kanun olağanüstü hâl ilanına gerek olmaksızın sel baskınının etki ve sonuçlarının dikkate alınarak acil müdahalede bulunulması için idareye istimval yetkisi vermiştir.¹¹

Türk hukukunda, olağanüstü hâl ilanı gerekmeksizin kanunda belirtilen ve acil müdahalenin gerektiği durumların gerçekleşmesi halinde idarenin kişilere para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirme yetkisi veren başkaca düzenlemelere örnek olarak, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun (m. 6) ile 6831 sayılı Orman Kanunu (mülga m. 69) verilebilir.¹²

¹⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 630.

¹¹ YAYLA, Türk İdare Hukukuna Göre İstimvalin Rejimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 69.

¹² *“Devletin olağanüstü hallerde kanunların tesbit etmediği bazı tedbirlerin alınmasını zaruri kıldığı, bunun için bütün Anayasaların sıkıyönetim gibi geçici ve istisnai müesseseleri ta-*

III. İSTİMLALİN ŞARTLARI

A. İstisnai Bir Usul Olması

İstimval, idarenin olağan mal ve hizmet edinme usulü değildir. Nitekim Anayasa'nın 119. maddesinde belirtilen nedenlerden dolayı olağanüstü hâl ilan edildiğinde kullanılabilen bir yetki olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, olağanüstü hâl ilan edilmesine gerek olmayan (gerek duyulmayan) fakat aynı zamanda meydana gelen afet veya hut salgın hastalıkla mücadele edilmesi gereken hallerde istimval yoluna başvurulabilir. Buna "istisnailik ilkesi" denir.¹³ İstimvale konu olan taşınır mallar esas itibariyle nihayetsiz bir miktar ve derecede üretilebilir ve çoğaltılabilir. Bu sebeple, idarenin ihtiyaç duyduğu taşınır malları temin etmesi oldukça kolaydır. Yine idare gereksinim duyduğu taşınmaz malları kamulaştırma veyahut acele kamulaştırma yolu¹⁴ ile iktisap edebilmektedir. Keza, kamu hizmetlerini yürütmek için gerekli ve yeterli personeli düzenli olarak istihdam etmektedir. Bu durumda, taşınırların istenildiği zaman ve istenildiği kadar temin edilememesi ancak fevkalâde hallerin bir neticesi olabilir. Yine ihtiyaç duyulan bir taşınmazın derhal işgal edilmesi veya belirli fevkalâde ihtiyaçları karşılamak için işletmelere el konulması ancak olağanüstü durumlarda zorunluluk haline gelebilir.¹⁵ Bununla birlikte, idare, meydana gelen olağanüstü durumun etkilerini ortadan kaldıracak gerekli mala ve personele sahip olma-

nımak suretiyle, kamu emniyet ve nizamının olağanüstü tehlikelere karşı korunması yetkisini, yürütme kuvvetine tanıdığı belirtilmiş, isyan, kargaşalık, harp hali gibi kanunlarımızda sayılanların dışında, iktisadi buhranların da olağanüstü durumları doğurabileceği kabul edilmiştir". Danıştay 3. Dairesi, E.1976/323, K. 1976/336, T.13.05.1976 (legalbank).

¹³ ÖZTUNÇ, Hikmet, İdare Hukukunda İstimvalin Hukuki Rejimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE., 2015, s. 32.

¹⁴ Olağanüstü dönemler dışında acele kamulaştırma yapılması mümkündür. Ancak acele kamulaştırma yapılması için olağanüstü dönem olmasa bile olağanüstü şartların varlığının zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Acele kamulaştırma açısından olağanüstü şartların varlığı, nitelikli bir kamu yararının veya kamu düzeninin bozulması tehlikesinin bulunması ve bunun somut delillerle ortaya konulması halinde kabul edilmektedir. Acele kamulaştırma açısından olağanüstü şartların varlığı, nitelikli bir kamu yararının veya kamu düzeninin bozulması tehlikesinin bulunması ve bunun somut delillerle ortaya konulması halinde kabul edilmektedir. Krş. GÖZLER/KAPLAN, s. 642.

¹⁵ ONAR, s. 1575.

sına rağmen bunları olağanüstü durumun yaşandığı bölgelere zamanında veya ihtiyaç duyulan miktar ve sayıda ulaştıramayabilir.¹⁶

B. Kanuna Dayalı Olması

Hukuk devleti ilkesi gereği, İdare, eylem ve işlemlerini hukukun kendisine tanımuş olduğu sınırlar içerisinde gerçekleştirmek durumundadır. İdare istimval yetkisini kullanırken aynı zamanda kişilerin mülkiyet hakkına ve zorla çalıştırılmama hakkına sınırlama getirmektedir. Anayasa'nın 13. maddesine göre, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*".¹⁷ Buna istinaden Anayasa koyucu, Anayasa'nın 119. maddesine göre vatandaşlara getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesini öngörmüştür. Dolayısıyla, idare kanunun öngörmediği durumlarda istimval yetkisini kullanamaz. Bununla birlikte, 2935 sayılı OHAL K. m. 4'e göre, Cumhurbaşkanını olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Anayasanın 91. maddesindeki kısıtlamalara ve usule bağlı olmaksızın, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilmektedir. Bu kararnameler Resmî Gazete'de yayımlanmak ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulmak zorundadır.

C. Bedelinin Ödenmesi

Kamulaştırmada olduğu gibi istimvalde de idareye intikal eden mülkiyet veya kullanım hakkı mukabilinde bir tazminat verilmesi gerekir. İstimval hükümleri içeren *Millî Müdafaa İhtiyaçları Hakkındaki Kanun* ve *Millî Korunma Kanunu* da bunu belirtmektedir. Kamulaştırmada olduğu gibi istimvalde de bedel idare tarafından takdir edilir. Kanunlarda

¹⁶ ÖZTUNÇ, s. 46.

¹⁷ "Özel mülkiyetteki bir taşınmazın, malikinin rızası olmasa da, kamulaştırma yoluyla, yani zorla, kamu malları arasına geçirilmesi, aslında mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlemdir. Zorla alımın dayanağı olan kamu yararı kayramı, mülkiyetin karşılıksız devrine dayanak tutulamaz. Anayasa'nın 11. maddesinin açık hükmü karşısında temel hakların özüne dokunmak mümkün değildir. Kamu yararına dayanan kamulaştırma işleminde taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesi halinde mülkiyet hakkı paraya çevrilme suretiyle korunmuş olacağından, "öze dokunma" durumu da "sınırlama" niteliğine dönüşmüş olacaktır.". AYM, E.1976/38, K.1976/46, T.12.10.1976, R.G. 20.1.1977-15825.

gösterilen veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak idarî kararlarla kurulan komisyonlar bu bedeli takdir eder. Bu bedelin mahrum kalınan mülkün veya menfaatin tam karşılığını teşkil etmesi de lâzımdır. İstimval, karşılığı ödenmek suretiyle başvurulabilecek bir usul olmakla birlikte bu karşılık, gerçek bir karşılık olmaktan ziyade haklı bir tazminattır.¹⁸ Ancak bu bedel takdiri ile ilgili ihtilâfların mahiyeti nedir? Bunlar hangi mercii tarafından görülecektir? Bedel takdiri hakkındaki kararlar, birer idari işlemdir. Buna göre idari yargının görevli olması gerekir. Ancak istimval, mülkiyet hakkının bütününe veya bir kısmına ilişkin kamulaştırma cinsinden bir işlemdir.¹⁹ Kamulaştırma hakkındaki esaslar ise bedel ihtilâflarının sadece mülkiyet hakkını dolayısıyla özel hukuku ilgilendirdiğinden, bunlara ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi gerektiği ifade edilmektedir.²⁰

IV. KAMU SAĞLIĞI VE KORONAVİRÜS

İdare, kamu düzenini sağlamak ve korumak zorundadır. İdarenin bu faaliyeti, kolluk faaliyetidir. Kamu düzeni, belirli bir zaman dilimi içerisinde bir toplumun siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve toplumun temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünü olarak ifade edilmektedir.²¹ Kamu düzeninin

¹⁸ KAPLAN, Gürsel, “Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayferi Göze’ye Armağan*, Sayı: 2004/1–2, s. 167–188 (2004), <https://www.idare.gen.tr/kaplan-tasinmaz.htm>.

¹⁹ ONAR, s. 1579.

²⁰ ONAR, s. 1579. Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi, eski bir tarihli kararında, istimvalin bedelinden kaynaklanan ihtilâfların adli yargıda görülmesi gerektiğini şu şekilde açıklamıştır: “*Davacılar, tapulu gayrimenkullerinin İkinci Dünya Harbi sırasında 99 uncu Uçaksavar Bataryası tarafından işgal edilip hasar yapıldığını ve 1960 yılı sonbaharında boşaltıldığını ileri sürerek eski hale getirilmesi için gerekli 3.603 liranın tazminini istemişlerdir. İddia ve savunmaya göre, 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu, işgalin hukuki sebebini teşkil etmektedir. Anılan Kanun’un 11 inci maddesinde, bu Kanun’a dayanılarak yapılacak işgallerin şekil ve şartları belirtildikten sonra 17 inci maddesinde askerî kıtaların iskân edildikleri veya konakladıkları gayrimenkullerde sebep oldukları bütün zararlardan Devlet sorumluluğu ve 58 inci maddesinde de uyuşmazlık halinde salahiyyətli mahkemelere başvurulabileceği ve davaların basit muhakeme usulüne tabi olduğu esası kabul edilmiştir. Kanunun bu açık hükmü karşısında mahkemenin görevsizliği söz konusu edilemeyeceğinden, davada adalet mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiştir*”. Bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1961/33, K. 1961/31, RG. 25.11.1961-10941.

²¹ ATAY, s. 330.

dirlik (esenlik), güvenlik ve sağlık olarak üç unsuru olduğu kabul edilmektedir.²² Kamu düzeninin bir unsuru olarak sağlık, toplumun tamamının salgın ve bulaşıcı hastalıklardan korunması anlamındaki kamu sağlığıdır.²³ Kamu sağlığı, bireylerin tek tek sağlığını değil, toplumsal sağlığın korunmasını amaçlar. Kamu düzeninin unsuru olan kamu sağlığının korunması, bir idari kolluk faaliyetidir.²⁴

Koronavirüs salgını ile mücadele için sokağa çıkma kısıtlaması, belirli işletmelerin sınırlı bir şekilde hizmet verebilmesi, eğitim-öğretimin uzaktan yürütülmesi gibi hayatımızı önemli şekilde etkileyen tedbirler alınmaktadır. Salgının yayılmasının önlenmesi için alınan bu tedbirler idari kolluk tedbirleridir. Her ne kadar tehlikeli salgın hastalık sebebiyle olağanüstü ilan edilmese de Koronavirüs salgınının Anayasa 119. maddesinde sayılan olağanüstü hâl sebeplerinden “tehlikeli bulaşıcı hastalık” kavramına dahil olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Koronavirüs salgını ile mücadele için alınan önlemler toplumun tamamını ilgilendiren ve hastalığın ortaya çıkmasını ve yayılmasını engellemek için alınan önlemler olduğundan idarenin sağlık kolluğu faaliyeti olarak kabul edilmelidir.²⁵

V. İSTİMVAL İŞLEMİNİN HUKUKA UYGUNLUğU

A. Anayasa’daki Sınırlama Rejimine Uygunluk Açısından

İstimval ile istisnai, olağanüstü ve geçici nitelikteki kolektif gereksinmelerin karşılanması amaçlanmaktadır. İstimval, seferberlik, doğal afet, kıtlık gibi kamu hizmetlerini belirli bir süre ile ciddi olarak aksatan olağanüstü durumlar nedeniyle giderilmesi imkânsızlaşmış veya çok güçleşmiş olan kolektif ihtiyaçların giderilmesi amacıyla tesis edilen bir idari işlemdir.²⁶ Bu çerçevede Koronavirüs salgını ile mücadelede alınan tedbirlerden bir tanesi de maske takma zorunluluğu getirilmesidir. Bu

²² AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 578.

²³ ÇAğLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 275.

²⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 582.

²⁵ YÜZBAŞIOğLU, Cihan, İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 39.

²⁶ AZRAK, Millileştirme ve İdare Hukuku, s. 60.

durum daha önce karşılaşılmamış derecede olağanüstü nitelikte ve kolektif bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyacı gidermek için özel kişilerin elindeki maske keller istimval edilebilir mi? Maske üreten işletmelerin kullanılmasının geçici olarak idareye geçmesi mümkün müdür?

Olağanüstü Hâl ilan edilmediğinden OHAL K. 'nın ilgili maddelerinin uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle olağan dönemde geçerli olan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Anayasa m. 13'te düzenlenen rejim çerçevesinde hareket edilmek şartıyla olağanüstü durumlarda kişilere mal yükümlülüğü getirilebileceği kanaatindeyiz.²⁷

1982 Anayasası'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı, mutlak bir hak olarak değil fakat kamu yararı açısından sınırlanabilen bir hak olarak düzenlemiştir.²⁸ Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda kamu yararını, özel yarardan üstün tutarak idarenin kamu yararı düşüncesiyle yaptığı işlemlerle mülkiyet hakkına sınırlama getirebilmesinin mümkün olduğuna dikkat çekmiştir. Mülkiyetin kullanımının aynı zamanda kolektif menfaate hizmet etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca mülkiyetin sadece malikle eşya arasındaki bir ilişki olmadığı, bu ilişkinin üç taraflı bir ilişki olduğu ve bu ilişkide sosyal çevrenin de giderek daha fazla önem kazandığı kabul edilmektedir.²⁹

Genel sağlığın korunmasında kamu yararı bulunmaktadır. Anayasanın 35. maddesindeki sınırlama sebebi, Koronavirüs salgını ile mücadele çerçevesinde istimval konusunda kanun koyucuya yetki vermektedir. Ancak bu konuda kanuni dayanak bulunmamaktadır. Kamu sağlığı ile ilgili temel kanun, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'dur. Fakat bu kanunda idareye istimval yetkisi tanınmamıştır. Bu konunun kanunda öngörülmesinin yanında mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ölçülülük, öze dokunmama ve demokratik toplum düzeninin gerekleri şartlarına da uygun olması gerekir.

²⁷ YAYLA, s. 42.

²⁸ **Mülkiyet hakkı Madde 35** – Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

²⁹ AZRAK, Ülkü, "Millileştirme Kavramı Üzerine", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1968, 1.2; 47-58, s. 52.

Buna göre istimval dışında başka bir yolla idarenin kolektif ihtiyacı karşılamasının mümkün olmaması gerekir. İstimvalin karşılığının ödenmesi onun mülkiyet hakkının özüne dokunmamasını sağlamaya hizmet etmektedir.³⁰ Ayrıca istimvalin yargı denetimi altında olması da hem öze dokunmama hem de demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından önem arz etmektedir. İstimval, malikin taşınırının idarenin mülkiyetine geçmesini sağladığından mülkiyetten yoksun bırakmanın bir örneğini oluşturmaktadır. İstimvalde taşınırın karşılığının ödenmesi, yoksun bırakma şeklindeki müdahalenin ölçülülüğü açısından da önem arz etmektedir.³¹

1. Sınırlamanın Kanunla Yapılması

İstimvalin kanunda düzenlenmesi hukuki güvenliğin sağlanması da hizmet edecektir. AYM, acele kamulaştırma ile ilgili verdiği bir kararda acele kamulaştırmanın mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlama niteliğinde olduğunu ancak 2942 sayılı Kanun'da acele kamulaştırma hallerinin düzenlendiğini, petrol faaliyetinde bulunulacak alanlarda acele kamulaştırma yapılmasının da ek, yeni bir istisnai durum olarak kanunda öngörüldüğünü bu şekilde kanunda kapsamı ve şartları ayrıntılı bir şekilde düzenlenen bir konunun hukuki güvenlik ilkesini zedelediğinden bahsedilemeyeceğine karar vermiştir.³² Dolayısıyla öncelikle bu konuda bir kanuni dayanak gerekir. Bu dayanak yapılacak bir kamu

³⁰ ÖRÜCÜ, Esin, "1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 41.3-4: 145-161, s. 160.

³¹ GEMALMAZ, Burak, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, MRK Baskı ve Tanıtım, Ankara, 2018, s. 103.

³² "...Acele kamulaştırmada, mülkiyet hakkı hukuken ortadan kaldırılmamakta birlikte, el koymayla, malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkileri kısıtlanmış olduğundan, bunun, anılan hakka yönelik bir sınırlama niteliğinde olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak bu işlem için 2942 sayılı Kanun'da belirli durumlar öngörülmekte ise de Anayasa'nın 46. maddesinde herhangi bir istisnai hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla petrol faaliyetinde bulunulacak alanlarda acele kamulaştırma yoluna imkân tanınması, 2942 sayılı Kanun'da sayılan durumlara ek, yeni bir istisnai durum olarak öngörülmektedir. Bu şekilde Kanun'da kapsamı ve koşulları ayrıntılı olarak düzenlenen bir hususun hukuki güvenlik ilkesini zedelediği söylenemez." AYM, E. 2013/96 K. 2014/118 T. 3.7.2014, R.G. 21.5.2015-29362.

sağlığı kanunu olabilir. Bazı ülkeler bu dayanağı özel olarak salgınla mücadele etmek için çıkarttıkları kanuna koymuştur.

Kanunilik teminatı alınacak tedbirlerin öngörülebilir olmasına da hizmet edecektir. AYM, yanılıcı özellik taşıdığı için müzede alıkonulan veya müsadere edilen eşya ile ilgili alınan bu tedbirlerin kanunla düzenlenmediğini, dolayısıyla da öngörülebilir bir şekilde uygulanmadığını dikkate alarak kanunilik teminatının sağlanmadığını hüküm altına almıştır.³³

Kanunilik ilkesi gereği Koronavirüs nedeniyle yapılması gerekebilecek istimval, kamu sağlığı kanununda düzenlenmelidir. İstimvalin kanunla öngörülmesinin yanında alınan kararların TBMM'ye sunulması yoluyla yasamanın denetiminin sağlanmalıdır. Salgınla ilgili eleştirilen noktalardan biri de meclisin ve mahkemelerin denetiminin yetersizliğidir. Meclis denetimi ve yargısal denetim yoluyla hesap verilebilirlik sağlanmalıdır. Örneğin Tayvan'da tüm kontrol tedbirleri meclis denetimine tabidir ve mümkün olan en kısa sürede meclise sunulmalıdır.³⁴

2. Ölçülü Olma

Ölçülülük kamu yararının gerekleriyle bireyin temel haklarının korunması gerekleri arasında adil dengenin sağlanması için ulaşılmak istenen amaçla kullanılan araç arasında makul bir ilişki bulunması ola-

³³ "56. Sonuç olarak başvuru konusu olayda anılan Yönetmelik'in 9. Maddesi çerçevesinde şikâyete konu orijinal olmadığı tespit edilen tablonun yanılıcı özellik taşıdığı gerekçesiyle müsaderesine karar verilmiştir. Ancak belirtilen düzenleyici işlemin tek başına müdahalenin kanuniliği unsurunu sağlamayacağı kuşkusuzdur. Hâlbuki Anayasa'nın 35. Maddesinde bir temel hak ve hürriyet olarak düzenlenen mülkiyet hakkının en temel güvencelerinden biri olan müdahalenin kanuna dayalı olması ölçütü, bireyleri kamu makamlarının keyfi ve öngörülemez müdahalelerinden korumayı amaçlamaktadır. Somut olay bakımından ise Yargıtay içtihadına aykırı olarak müzede alıkonulma yerine müsadere kararı verildiği anlaşılmaktadır. Mülkiyet hakkına müdahaleye yol açan yanılıcı özellik taşıyan eşyanın müzede alıkonulması veya müsaderesi gibi tedbirlerin ise kanunla düzenlenmemiş olup öngörülebilir biçimde de uygulanmadığı dikkate alındığında belirtilen kanunilik güvencesinin sağlanmadığı sonucuna varılmıştır. Buna göre mevcut hâliyle somut olay bağlamında başvuruçunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale Anayasa'nın 13. ve 35. Maddelerinde öngörülen kanunilik ölçütünü karşılamamaktadır." Cengiz Turgut, B. No: 2016/7508, 4/7/2019, § 56.

³⁴ GROGAN, Joelle: *Power, Law and the COVID-19 Pandemic – Part I: The Year of Pandemic*, *VerfBlog*, 2021/5/15, <https://verfassungsblog.de/power-law-and-the-covid-19-pandemic-part-i-the-year-of-pandemic/>, DOI: 10.17176/20210515-211106-0.

rak ifade edilebilir.³⁵ Anayasa Mahkemesi, davacının eser üzerindeki mülkiyet hakkına eserin kamuya mal edilmesi şeklinde yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına karar verdiği bir davada ölçülülük ilkesinin şartlarını şöyle açıklamıştır:

“Ancak mülkiyet hakkına sınırlama getirilebilmesi için meşru bir amaca dayanılması yeterli olmayıp Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen diğer güvencelere de uyulması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için gerekli ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardiirilmemesi gerekir.”

Olayda eser, memleket kültürü için önem taşıdığı için Bakanlar Kurulu kararıyla kamuya mal edilmiştir. Eser sahibinin mülkiyet hakkından yoksun bırakılması sonucunu doğuran bu müdahale, ölçülülük ilkesi açısından değerlendirilmiştir. Bakanlar Kuruluna verilen yetki, eserin memleket kültürü için önem taşıması kriterine dayanmaktadır. Bu kriter ise objektif nitelikte olmadığından öngörülen amacın dışına çıkılabilecek şekilde yetki kullanımına imkân vermektedir. Sonuç olarak objektif nitelikte olmayan bir kritere dayalı olarak kamuya mal etme yetkisi kullanmak eser sahibinin hakkına müdahale için elverişli bir araç olarak görülmemiştir.³⁶

³⁵ OĞURLU, Yücel, AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi. Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001, 485-522, s. 512-513.

³⁶ “Yukarıda da ifade edildiği üzere fikir ve sanat eserinin kamuya mal edilmesi kurumlarıyla amaçlanan husus, memleket kültürü için önem taşıyan eserlerin kamusal erişiminde devamlılığı

Sonuç olarak salgın sebebiyle ihtiyaç duyulan ve başka şekilde temin edilmesi mümkün olmayan tıbbi malzemeler, buna imkân veren bir kanuni dayanak olması halinde (Anayasa'nın 13. maddesindeki diğer şartların da sağlanması halinde) istimval edilebilir Bunun için olağanüstü hâl ilan edilmesine gerek yoktur.³⁷

B. İdari İşlem Olarak İstimvalin Hukuka Uygunluğu

1. Yetki

İstimval konusunda yetki, cumhurbaşkanı, bakan veya mülki idare amirlerine verilebilir. Örneğin Milli Korunma Kanunu (MKK)'nda istimval yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmiştir. BK dışındaki makam veya kişilere bu yetkinin verilebilmesi ancak kanun veya BK kararı ile mümkündür.³⁸ Yapılması önerilen kamu sağlığı kanununda idarenin istimval yetkisinin açık bir şekilde öngörülmesi gerekir. Kanunda maske vb. gibi tıbbi malzemelerin idarenin mülkiyetine geçeceği açıkça belirtilmelidir. Salgınla ilgili alınan ve temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran tedbirlerin genelgeler ile alınması hukuka uygun değildir. Temel hak ve hürriyetleri sınırlandırıcı kurallar ancak kanunla konulabilir. Dolayısıyla

sağlamaktır. Dava konusu kural, kamuya sunumunda herhangi bir sorun yaşanmayan eserler üzerindeki hakların da, söz konusu eserlerin memleket kültürü bakımından önemli görülmesi durumunda Bakanlar Kurulunca kamuya mal edilebilmesine imkân tanımaktadır. Mirasçının tasarruflarıyla kamusal erişimi sağlanabilen eserler üzerindeki hakların Bakanlar Kurulu kararıyla kamuya mal edilebilmesi ve bu suretle malikin mülkiyetinden yoksun bırakılabilmesi, değişilen amaca ulaşılması bakımından gerekli bir araç niteliği taşımamaktadır. Öte yandan, Bakanlar Kuruluna tanınan kamuya mal etme yetkisi, memleket kültürü için önem taşıyan eserlerle sınırlandırılmış ise de "memleket kültürü için önem taşıma" kriterinin sübjektif yönünün ağır bastığı gözetildiğinde, kuralın, öngörülen amacın dışına çıkılacak şekilde yetki kullanımına zemin hazırladığı ve bu haliyle amaca ulaşmaya elverişli bir araç temin etmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, mülkiyetlerinden yoksun bırakılan hak sahiplerinin '...münasip bir bedel talep etme hakları...' saklı tutulmak suretiyle kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil bir denge kurulmaya çalışılmış ise de kamuya mal edilen hakların ekonomik değerinin doğrudan hak sahibine ödenmek yerine talep hakkı tanımakla yetinilmesi, Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkı güvenceleriyle bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, dava konusu kuralla fikri mülkiyete getirilen sınırlamanın ölçülü bir müdahale teşkil ettiği söylenemez." AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, T. 14/05/2015, R. G. 11.06.2015-29383.

³⁷ Krş. DORU, Seyit Rasim, "COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 78.2: 769-807, s. 781.

³⁸ YAYLA, s. 112.

istimval yetkisinin kanunla verilmesi gerekir. Kanunda bu yetki, ülke geneli için Cumhurbaşkanına, diğer durumlar içinse mahallin en yüksek mülki idare amirine verilebilir. Ancak bu durum bilimsel bir değerlendirmeyi gerektirdiğinden oluşturulacak bilim kurulunun tavsiyesi üzerine Sınai Mülkiyet Kanunu'nun kamu sağlığı nedeniyle zorunlu patent lisansı verilmesine dair maddesinde öngörüldüğü gibi Sağlık Bakanlığına bu konuda bir teklifte bulunma yetkisi verilebilir. Bu yetkinin olağanüstü durum süresi ile sınırlı olması gerekir.³⁹ Örneğın, Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, yetkinin kullanılma süresini afetin sona ermesinden itibaren 15 gün olarak belirlemiştir.

2. Şekil

İstimvale dair hükümler ihtiva eden bazı kanunlar idari işlemin şekil ve usulü ile ilgili hükümler de ihtiva etmektedir. İlgili kanunda düzenlenen şekil ve usule göre istimval işleminin tesis edilmelidir. Bakanlar Kurulunun MKK gereğince alacağı istimval kararları bir hazırlık safhasına tâbi tutulmuştur. Bakanlar Kurulunca bu konuda alınacak kararları hazırlamak ve bakanlıklar arasındaki iş birliğini sağlamak üzere bir komisyon kurulması öngörülmektedir. Bakanlar Kurulunca istimval konusunda alınacak kararların bu heyet tarafından hazırlanması gerekir. Aksi durumda alınacak kararlar şekil ve usul açısından sakat olacaktır.⁴⁰

İstimval yapılırken istimval edilen malların miktarı, niteliği, karşılığı gibi durumların belirtildiği yazılı ve imzalı belgelerin düzenlenmesi gerekir. Bu belgelerin işleminin gerçekleştirilen kamu görevlileri ile malları istimval edilenler tarafından imzalanması gerekir.⁴¹ Kamu sağlığı olağanüstü durumu nedeniyle istimvale karar verildiğinde de istimval edilecek tıbbi malzemelerin türü, niteliği, miktarı ve diğer özelliklerinin düzenlenecek belge ile belirlenmesi gerekir. Bu belgelerin düzenlenmesine ilişkin kuralların ise bir düzenleyici işlemle belirlenmesi hukuken doğru olacaktır. İşlemlerin yazılı bir şekilde yapılması hak arama hürriyetinin kullanılması açısından da büyük önemi haizdir.

³⁹ YAYLA, s. 121.

⁴⁰ ONAR, s. 1578.

⁴¹ YAYLA, s. 128-129.

Fransa'da Koronavirüs salgını nedeniyle değişiklik yapılan Kamu Sağlığı Kanunu m. L3136'da istimvale tabi maskelerin, kullanılamaz, elden çıkarılamaz veya ihraç edilemez olduğu ve buna aykırı hareket edenlerin altı ay hapis ve 10.000 € 'ya kadar para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bu Kanun, bu taleplerin uygulanmasına yönelik pratik düzenlemeleri içermemektedir. Buna karşılık, bu konuda Fransız Savunma Kanunu'nun hükümler bulunmaktadır. Bu kanunun L.2213-1 ve sonraki maddeleri ile R.2213-1 ve sonraki maddeleri, kanunla öngörülen durumlarda ülkenin ihtiyaçlarını karşılamak için mal ve hizmetlerin istimval edilmesi için geçerlidir. Özellikle, Fransız Savunma Kanunu'nun R.2213-4. maddesi, hizmetin niteliğini, miktarını veya süresini, mal veya hizmet sağlayıcının seçilmesini, istimvalin tarihini ve yerini içermesi gereken bir belge oluşturulmasını öngörmektedir. 13 Mart 2020 Kararnamesi'nin bu unsurlar ile ilgili herhangi bir ayrıntı içermediği ve bu tedbirin ilgili teşebbüsler için uygulanmasında sorunlar yaşanabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca, Fransız Kamu Sağlığı Kanunu'nun L.3131-8. maddesi istimvalin karşılığının ödenmesi konusunda açık olmadığı ve Covid-19 salgını ile mücadeleyi amaçlayan olağanüstü hâl yasası, Fransız Halk Sağlığı Kanunu'nun L.3131-8. maddesine bir cümle ekleyerek belirsizliği ortadan kaldırıldığı ifade edilmektedir. Fransız Savunma Kanunu m. R.2234-1'de öngörülen tazminat, sağlık konularındaki istimval için geçerli olacaktır. Sonuç olarak, sağlık nedenleriyle malı istimval edilen kişi, tazminattan efektif maliyet (kayıplar) yani istimvalin kendisine yüklediği maddi, doğrudan ve belirli kayıpla sınırlı olarak faydalanabilecektir. Bu tazminat, beklenen kâr ve faydayı içermemektedir.⁴² Bu hükümler önerilen kanunda istimvalin karşılığı ile ilgili kurallar konulurken dikkate alınabilir.

3. Sebep

İstimvalin sebebi, istisnaî, olağanüstü ve geçici nitelikteki kolektif ihtiyaçların tatminidir. İstimval; seferberlik, doğal afetler ve kıtlık gibi kamu hizmetlerini belirli bir süre ve ciddi olarak aksatan olağanüstü ve buhranlı hallerde, ya önceden yokken bu haller dolayısıyla ortaya çıkan,

⁴² BEN KHELİL Kawthar, Covid-19: Requisition Regime for Respiratory Masks, Lexology, <https://www.lexology.com/library>.

ya da önceden var olup da tatmini imkânsızlaşmış veya çok güçleşmiş olan kolektif ihtiyaçların tatmini amacına yönelmiş bir işlemdir. Bu yola olağanüstü zamanlarda başvurulabilir. Toplumun belirli bir andaki ihtiyacının karşılanması maksadı güdülmektedir. Taşınırın temini taşınmazlar kadar zor olmamakla birlikte olağanüstü şartların geçerli olduğu belirli bir dönemde taşınır ihtiyacını karşılamak da mümkün olmayabilir. Ancak olağanüstü şartlar dışında bu ihtiyaç üretim, satın alma vb. yollarla giderilebilir çünkü taşınır üretilir ve çoğaltılabilir. Dolayısıyla istimval, ikincil bir mal edinme usulüdür.⁴³

İstimvalin uygulanması fevkalâde hallere münhasırdır. MKK'ya göre fevkalâde haller:

- Umumî veya kısmî seferberlik,
- Devletin bir harbe girmesi ihtimali,
- Türkiye Cumhuriyeti'ni de alâkalandıran harp halleridir.

Kanun bu hallerin nasıl tespit edileceğini de göstermiştir. Bakanlar Kurulu fevkalâde hallerin ortaya çıkması üzerine bu kanunla kendisine verilen görev ve yetkilerin kullanılması gerektiğini görünce derhal kanunu uygulayarak durumu ilan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine arz eder. Olağanüstü / fevkalâde halin bu şekilde tespit edilmiş olması istimvalin sebebi olabilir.⁴⁴ Salgın sebebiyle istimvale karar verilmesi için salgının bir olağanüstü durum olarak kabul edilmesi gerekir. Olağanüstü haller ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgili ÇAĞLAYAN, kavramın olağanüstü hâl, savaş ve seferberlik gibi halleri kapsadığını ifade etmektedir.⁴⁵

4. Konu

İstimvalin konusu, taşınırın mülkiyeti veya kullanımının, taşınmazların ise sadece kullanımın idareye geçmesidir. Ayrıca fertlere çalışma yükümlülüğü getirilmesidir. İstimval, bir işletmeye kamu yararına işletilmek üzere el konmasını içermekle beraber bu işlem, geçici niteliktedir ve teşebbüsün mülkiyetini etkilemez.⁴⁶ MKK'ya göre istim-

⁴³ KUTLU GÜRSEL, s. 42.

⁴⁴ ONAR, s. 1578.

⁴⁵ ÇAĞLAYAN, s. 703.

⁴⁶ AZRAK, Millîleştirme ve İdare Hukuku, s. 60.

valin konusu, bazı taşınırın mülkiyetinin veya bazı işletmelerin geçici olarak işletmesinin idareye geçmesidir.⁴⁷ Anayasa'nın 35. maddesinde teminat altına alınan mülkiyet hakkı, iktisadi değer ifade eden ve parayla kıymetlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını içermektedir.⁴⁸ Bu çerçevede mülk olarak değerlendirilmesinde şüphe bulunmayan taşınır ve taşınmazlar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynı haklar ve fikrî haklar da mülkiyet hakkının kapsamında kabul edilmektedir.⁴⁹

5. Amaç

İstimval, istisnai, olağanüstü ve geçici nitelikteki kolektif ihtiyaçların tatmini amacıyla gerçekleştirilen bir idari işlemdir. İşlemin sebep ve maksat unsurları birbirine bağlıdır.⁵⁰ İstimval, olağanüstü durumlardan kaynaklanan bazı kolektif ihtiyaçların giderilmesi için başvuru bir tedbirdir.

MKK'nın 1. maddesinde hükümete tanınan istimval yetkisinin hangi amaçla verildiği açık bir şekilde gösterilmiştir: *"fevkalâde hallerde Devletin bünyesini iktisat ve millî müdafaa bakımından takviye maksadı ile"* bu yetki tanınmış olduğuna göre böyle bir amaca ilişkin olmayan istimvaler hukuken batıldır.⁵¹

İstimval An. m. 35'te düzenlenen mülkiyet hakkının sınırlanması niteliğinde olduğundan yapılan sınırlamanın kamu yararı nedeniyle yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesi, kamuya açık bir parkta spor alanı oluşturulmak üzere kamulaştırılan bir taşınmazın spor alanına dönüştürülmeyip ticari alana dönüştürülerek üçüncü kişilere satılmasının kamu yararı amacı dışında bir müdahale olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak AYM, yapılan müdahale bakımından kamu yararı amacının somut olarak gerçekleştirilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin An. m. 35'te teminat altında alınan meşru amaç unsurunu taşımadığını hüküm altına almıştır.⁵² İstimval de mülkiyet hak-

⁴⁷ ONAR, s. 1578.

⁴⁸ AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, R.G. 15.7.2015- 29417, § 20

⁴⁹ Mahmut Duran ve diğerleri, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60.

⁵⁰ YAYLA, s. 146.

⁵¹ ONAR, s. 1578.

⁵² *"Somut olayda kamu yararı kararında açıklanan amaç kamuya açık bir parkta spor alanı oluşturmak olup bu amaçla imar düzenlemesi ve kamulaştırma işlemi yapılmıştır. Kamulaştır-*

kına kamu yararı amacı ile yapılan bir müdahale olduğuna göre salgın nedeniyle yapılacak istimvali düzenleyen kanunda bu kamu yararı amacının ne olduğunun ve bu amaca uygun kullanılmaması halinde bunun müeyyidesinin ne olacağının düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Kamu yararının gerekleriyle ile mülkiyet hakkı arasında adil bir dengenin gözetilmesi gerekir. Danıştay, imar planıyla kamunun kullanımına ayrılmasına rağmen beş yıl geçtiği halde kamulaştırılmayan bir taşınmazla ilgili olarak idarenin kamu hizmetleri için ihtiyaç duyulan ve kamulaştırılması gereken taşınmazları belirlerken, ödenek durumunu ve hizmete duyulan ihtiyaç çerçevesinde hizmetin ivediliğini dikkate alarak kamunun kullanımına ayrılacak taşınmazları belirlemesi gerektiğine aksi durumun belirtilen adil dengenin bozulması ve mülkiyet hakkının belirsizliğe itilmesi anlamına geleceğine hükmetmiştir.⁵³ İstimvalin de

tırma işlemi yapıldıktan sonra ise başvurunun payının bulunduğu taşınmaz, bu kamu yararı amacının gerektirdiği şekilde spor alanına dönüştürülmemiş, kamulaştırma işleminin yapıldığı tarihten yaklaşık yedi ay gibi kısa sayılabilecek bir süre içerisinde ticari alana dönüştürülerek bu taşınmazın bir bölümü üçüncü kişilere satılmıştır. Diğer bir deyişle idare, kamulaştırılan taşınmaz yönünden kamu yararı kararında belirtilen amacı gerçekleştirmediği gibi esasında bu taşınmazı herhangi bir başka kamu yararı amacı doğrultusunda dahi kullanmamıştır. Üstelik Büyükşehir Belediyesi imar planında "spor alanı" olduğu gerekçeyle kamulaştırdığı taşınmazın imar durumunu "ticari alan" olarak değiştirmiş, kamulaştırılan taşınmaz yönünden yaptığı bu değişiklikte bir artı değer oluşturmuş ancak bu artı değerden başvurucuyu yoksun bırakarak taşınmazın bir bölümünü bu şekilde özel kişilere devretmiştir. Buna göre idare, kaynağını Anayasa ve yasalardan alan imar düzenlemeleri ve kamulaştırma işlemleriyle yöntemince kamu yararına dayalı olarak mülkiyetini devraldığı taşınmaz bölümünü, başvurucuyu mülkiyetinden yoksun bırakmaya yol açan bu işlemlerin dayandığı kamu yararı amacını somut olarak gerçekleştirmeden devretmek suretiyle başvurunun meşru bir rızası da olmadan sadece yararına gelir sağlayıcı bir mülkiyet transferine yol açmıştır. Dolayısıyla başvurunun taşınmazdaki payına ilişkin mülkiyet hakkına kamulaştırmanın dayandığı kamu yararı amacı bulunmadan müdahale edilerek Anayasa'nın 35. maddesindeki güvencelere aykırı olarak başvuru mülkiyetten yoksun bırakılmıştır. Sonuç olarak kamulaştırma yoluyla yapılan müdahale bakımından kamu yararı amacının somut olarak gerçekleştirilmemesi nedeniyle başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan meşru amaç unsurunu taşımadığı kanaatine varılmıştır. Başvurunun mülkiyet hakkına meşru amaç unsuruna gerçekleşmeden müdahalenin yapıldığı sonucuna varılmakla ayrıca orantılılık incelemesi yapılmasına gerek görülmemiştir"; Nusrat Külâh, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, § 68.

⁵³ "Dava konusu olan uyumsuzluğa dair olarak yukarıda açıklanan hukuki sonuca varıldıktan sonra, davalı idarenin, özellikle İstanbul, Ankara gibi metropoller için yapılmış imar planlarında kamunun kullanımına ayrılmış olan yerlerin tümünün aynı anda imar programlarına alınamayacağı, dolayısıyla hepsinin birden kamulaştırılmayacağı, mali ve idari yönden

ivedi durumlarda uygulanması gerektiği de dikkate alınarak idarenin kullanımına geçecek taşınmazların ve idarenin kullanımına veya mülkiyetine geçecek taşınırın belirlenmesi, kişilerin mülkiyet haklarına belirsizlik getirmeyecek surette yapılmalıdır. Dolayısıyla ayrıntıları düzenleyecek düzenleyici işlemlerin buna göre hazırlanması önem arz etmektedir.

VI. DEĞERLENDİRME

İstimvalin hukuka uygun olabilmesi için aşağıdaki şartları taşıması gerekir:

- Karşılığının ödenmesi,
- Belirli bir usule uygun hareket edilmesi,
- Kanunla yapılması,
- Geçici süreli olması,
- Olağanüstü şartların olması,
- Başka türlü temin imkanının bulunmaması,
- Yargı yolunun açık olması.⁵⁴

Olağanüstü dönemler dışındaki olağanüstü durumlarda getirilen mal ve çalışma yükümlülükleri ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında Anayasanın 13. maddesi uygulanacaktır.

Yapılacak kamu sağlığı kanununun hukuki belirliliği sağlaması gerekir. Alınan kararların muhataplarına nasıl ve ne zaman duyurulacağı

bunun imkan dahilinde olmadığı yolundaki iddialarının da değerlendirilmesi gerekli görülmemiştir.5393 Sayılı Belediye Kanununun 14. maddesinde, hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırasının belirlenmesinde, belediyenin mali durumu yanında hizmetin ivediliğinin dikkate alınacağı kuralına yer verilmiştir. Ayrıca 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 3. maddesinde, idarelerce yeterli ödenek temin edilmeden kamulaştırma işlemlerine başlanılmayacağı kuralı yer almıştır. Bu kurallar uyarınca, imar planlarını hazırlamakla yükümlü olan idarelerin, ilgili diğer idarelerle koordinasyon içinde hareket ederek, gerek imar planlarının, gerek imar programlarının hazırlanması aşamasında, kamu hizmetleri için ihtiyaç duyulan ve kamulaştırılması gereken taşınmazları belirlerken, ödenek durumunu ve hizmete duyulan ihtiyaç çerçevesinde hizmetin aciliyetini dikkate alarak kamunun kullanımına ayrılacak taşınmazları belirlemesi, kamu yararının gerekleriyle mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulmaması ve mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itilmemesi, dolayısıyla uyumsuzluklara neden olunmaması için hukuka uygun bir yöntem olacaktır. Bu durumda, davaya konu işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir". Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2010/342 K. 2013/4255 T. 25.11.2013, www.lexpera.com.tr.

⁵⁴ ÖRÜCÜ, s. 157-158.

düzenlenmelidir. Yayınlanmayan ve tedbirin alınmasından birkaç saat önce medya ve internet aracılığıyla duyurulan düzenlemeler ile hukuki belirlilik/kesinlik sağlanamaz.⁵⁵

Yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa m. 13'te düzenlenen sınırlama rejimine uygun hareket edildiği takdirde kanuni dayanak olmak kaydıyla olağanüstü durumlarda istimval mümkündür. İstimval, olağanüstü dönemler ile sınırlı bir mal edinme usulü değildir.⁵⁶ Dolayısıyla An. m. 13'e uygun olmak kaydıyla olağanüstü durumlarda mal ve çalışma yükümlülüğü getirilebilir. Olağanüstü dönemlerde getirilen mal ve çalışma yükümlülükleri ise An. m. 15'e uygun olmak şartıyla daha sınırlandırıcı mahiyettedir.⁵⁷

Genel olarak salgın sebebiyle istimval yapılabileceğinin kanunla öngörülmesi, olağanüstü durumun ve istimval ihtiyacının varlığının yürütmenin başı olan cumhurbaşkanınca karara bağlanması, bu kararın meclise sunulması, sağlık bakanlığı tarafından veya taşrada valilik ve kaymakamlıklar tarafından kurulacak komisyonlar tarafından kimlerden, nelerin istimval edileceğine karar verilmesi, istimval edilecek malların niteliği, miktarı ve bedeline ilişkin tutanakların düzenlenmesi gerekir. Cumhurbaşkanı kararı ve komisyon kararlarının olağanüstü durumun varlığı, ihtiyacın kolektif ve istisnai niteliği gibi konularda idari yargıda denetlenebilmesi mümkündür. Bedele ilişkin ihtilafların ise adli yargıda görülmesi gerekir. İstimval, salgın süresinde uygulanabilecek bir usuldür. Dolayısıyla alınan kararların olağanüstü durum sonrasında herhangi bir hukuki sonucunun olmaması gerekir.

Fransa'da Kamu Sağlığı Kanunu m. L3131 ile başbakana diğer yetkilerin yanı sıra hastalara uygun ilaçların ulaştırılabilmesi için gereken tüm tedbirleri alma ve sağlık olağanüstü hali/durumu ile mücadele için gerekli tüm mal ve hizmetlerin istimvali yetkisi verilmiştir. Fransa'da, covid-19 salgınıyla başa çıkmak için 23 Mart 2020 tarih ve 2020-290 sayılı Kanun ile Kamu Sağlığı Kanunu'na L.3131-15 maddesi eklenmiştir. Bu

⁵⁵ GROGAN, Joelle: *Power, Law and the COVID-19 Pandemic – Part I: The Year of Pandemic*, *VerfBlog*, 2021/5/15, <https://verfassungsblog.de/power-law-and-the-covid-19-pandemic-part-i-the-year-of-pandemic/>, DOI: 10.17176/20210515-211106-0.

⁵⁶ YAYLA, s. 42.

⁵⁷ YAYLA, s. 78.

madde kamu sağlığı nedeniyle acil / olağanüstü durum ilan edildiği takdirde kamu sağlığını korumak amacıyla başbakana sağlık felaketiyle mücadele için gerekli tüm mal ve hizmetlerin istimval edilmesi yetkisi vermektedir. Yine sağlık felaketinin ortadan kaldırılması için hastalara gerekli ilaçların temin edilmesi gerekli tüm tedbirleri almak yetkisi de başbakana verilmiştir. Bu tedbirler, karşılaşılan sağlık tehdidiyle orantılı, zaman ve yerin koşullarına uygun olmalıdır. Ayrıca bu tedbirler artık gerekli olmadığında gecikmeden sonlandırılmalıdır.⁵⁸ 2020-293 Sayılı Kararname ile sağlık profesyonelleri için maske istimval edilmiştir. 2020-337 Sayılı Kararname ile ise ağrı kesici, antibiyotikler gibi ilaçları da kapsayacak şekilde istimvalin kapsamı genişletilmiştir. İdarenin güvenliği sağlamak için aldığı tedbirlerin paradoksal biçimde hukuki güvensizliğe sebep olduğu ifade edilmektedir. Uygulanacak mevzuatın istikrarsızlığı, devamlı değiştirilmesi ve normlar hiyerarşisinde farklı seviyelerde tedbir alınması hukuki belirsizliğe yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Salgınla mücadele sürecinde alınan tedbirlerin belirlenmesi, uygulanması ve denetlenmesinde meclisin ve yargının rolünün artırılması gerekir. Tedbirlerin belirlenmesinden sonra uygun olan en kısa zamanda meclisin bilgisine sunulması yoluyla meclis denetimine imkân verilmesi hukuken doğru olacaktır. Alınan tedbirlerin yargısal denetiminin gerçekleştirilmesinde de mahkemelerin gerek salgın şartları gerekse de bu konudaki isteksizliklerinden dolayı gerekli rolü üstlenmedikleri ifade edilmektedir. Yürütme/idare tarafından alınan tedbirlerin siyasi ve yargısal denetiminin çok zayıf olduğu belirtilmektedir. Temel hak ve hürriyetlere bu şekildeki devamlı bir müdahalenin hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü açısından bir gerileme olduğu ifade edilmektedir. Diğer bir eleştiri de vatandaşların yürütmenin gücüne karşı pasif kalarak daha az özgür olmayı kabul ettiği yönündedir. İdari yargının da maske zorunluluğu uygulamasına dair tedbirin hukuka uygunluğunun değer-

⁵⁸ POCHART Francois, RAULINE Mathilde, VERTEVILLE Océane de La, "Compulsory licenses granted by public authorities: an application in the Covid-19 crisis in France", *Kluwer Law Blog*, <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/04/23/compulsory-licenses-granted-by-public-authorities-an-application-in-the-covid-19-crisis-in-france-part-1/>.

lendirdiği bir davada uygulamanın gerekliliği ve orantılılığını değerlendirmemesi eleştirilmiştir.⁵⁹

Yapılması önerilen kanunda salgının süresi ile sınırlı olarak istimval yetkisinin verilmesi gerekir. Ayrıca sadece salgın olması bir ihtiyacın istimval usulüyle karşılanması için yeterli değildir. Salgın sebebiyle ortaya çıkan bu kolektif ihtiyacın başka türlü karşılanma imkânı kalmamış olmalıdır. Bu teminatlar istimvalin mülkiyet hakkının özüne dokunulmamasını sağlamaya hizmet edebilir.⁶⁰ Salgın sebebiyle ortaya çıkan kolektif bir ihtiyacın varlığının tespitinin bu konuda uzman bir komisyon tarafından yapılması, daha sonra Sağlık Bakanlığı tarafından bu konuda bir teklif hazırlanarak Cumhurbaşkanlığına iletilmesi ve bu makam tarafından da istimvale karar verilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Salgınla mücadele için çıkarılan kanunların (Korona Kanunları) da tüm sorunları çözdüğünü söylemek de mümkün değildir. Bu kanunların olağanüstü durum ortaya çıkmadan yapılması gerekir. Olağanüstü durum başladıktan sonra yapılan kanunlar idareye geniş bir takdir yetkisi verilmesi, meclis denetimi eksikliği, idareye belirsiz ve açık uçlu yetkiler verilmesi gibi hukuki sorunlar ihtiva etmektedir. Bu kanunlarla kalıcı değişiklikler yapılabilmesi ve bunların olağan dönemi ve yönetimi etkilemesi de başka bir hukuki sıkıntı olarak ifade edilmektedir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin Covid-19 Salgınına Etkili ve Hak Temelli Bir Müdahaleden Gelecek İçin Dersler başlıklı 2329 (2020) sayılı kararında da kamu sağlığının korunması alınan tedbirlerin uygulanmasında insan hakları ve insan onurunu ihlal eden idari aşırılıktan, orantısız ve gereksiz olarak sınırlayıcı önlemlerden ve her türlü ayrımcılıktan kaçınılması tavsiye edilmiştir. Kararda meclislerin yürütmenin işlemlerini denetlemedeki temel görevlerinin yeniden teyit edilmesi

⁵⁹ BASİLİEN-GAİNCHÉ, Marie-Laure: French Response to COVID-19 Crisis: Rolling into the Deep, *VerfBlog*, 2021/3/18, <https://verfassungsblog.de/french-response-to-covid-19-crisis-rolling-into-the-deep/>, DOI: 10.17176/20210318-154150-0.

⁶⁰ AKÇA, Kürşat, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6.3: 543-596.s. 573, 576.

ve onlara bu görevi yerine getirmek üzere gerekli bilgi ve teknik araçların sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.⁶¹

SONUÇ

İstimval, olağanüstü durumlarda kişilere para, mal ve çalışma yükümlülüğü getirilmesi şeklinde ortaya çıkan bir idari işlemdir. Koronavirüs salgını istimval açısından olağanüstü durum olarak kabul edilebilir. İstimvalin uygulanması için olağanüstü hâl ilan edilmesi gerekmediği kanaatindeyim. Ancak istimval mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlama olduğundan bu sınırlama An. m. 13'e uygun bir şekilde gerçekleşmelidir.

Bundan sonra yeni salgınlar olmasının kuvvetle muhtemel olması ve normalleşme aşamasında dahi salgının etkilerinin devam edecek olması ve kamu sağlığına yönelik tehditlerin gün geçtikçe artması ve karmaşıklaşması kamu sağlığı kanununun önemini daha da arttırmaktadır. Olağanüstü durum ortaya çıkmadan böyle bir kanunun yapılması gerekir. Çünkü olağanüstü durumun şartları içinde yapılan kanunlar hukuki belirlilik ve kesinliği sağlamakta yetersiz kalacaktır. Ülkemizde ve diğer ülkelerde getirilen eleştirilerden biri de salgınla mücadele için alınan tedbirlerin tamamen yürütme tarafından alınması ve uygulanmasıdır. Olağanüstü durumun doğası, güçlü bir yürütmeyi gerektirmektedir. Ancak bu durum, yasama ve yargının etkisizleştirilmesine ve süreçte rol alamamalarına neden olmamalıdır. Yapılacak kanunda yürütme tarafından alınan tedbirler ile ilgili meclisin bilgilendirilmesi ve hatta belirli durumlarla ilgili onayının alınması zorunluluğunun getirilmesi

⁶¹ "8.7. Kamu sağlığının uygulanmasında insan haklarını veya insan onurunu ihlal eden idari aşırıktan, orantısız ve gereksiz yere baskıcı önlemlerden ve ayrıca her türlü ayrımcılıktan kaçınmak engelli kişilere ve yaşlılara karşı ayrımcılığa özel önem vererek, özellikle ayrımcı triyaj sistemlerinden kaçınmaya yönelik önlemler;

8.8. Parlamentoların hükümet eylemlerini denetleme görevlerindeki temel rolünü yeniden teyit etmek ve onlara hem teknik araçları hem de gerekli bilgi seviyesini sağlayarak bu görevi tam olarak yerine getirebilmelerini sağlamak." Resolution 2329 (2020) Lessons for the future from an effective and rights-based response to the Covid-19 pandemic, <http://assembly.coe.int/>.

yerinde olacaktır. Ayrıca kanunda etkili ve hızlı bir yargısal denetime olanak veren düzenlemelerin yer alması gerekir.⁶²

Önerilen kamu sağlığı kanununun istimvalle ilgili hükümleri açısından öncelikle olağanüstü durumun varlığını, bunun neticesi olan kolektif ihtiyacı ve bu ihtiyacın başka bir yolla karşılanma imkanının kalmadığını karara bağlayacak makamın belirlenmesi gerekir. Önerimiz yeni hükümet sisteminde yürütmenin başı olarak bu yetkinin cumhurbaşkanına verilmesidir. Ancak bu konu bilimsel bir değerlendirmeyi gerektirdiğinden daimî bir bilim kurulu kurulması ve bu kurulun tavsiyesi üzerine Sağlık Bakanlığının teklifi ile bu kararın alınması daha yerinde olacaktır. Dolayısıyla salgın hastalık gibi sağlıkla ilgili bir olağanüstü durumun ortaya çıkması halinde istimvale kimin karar vereceği, hangi malların istimval edilebileceği ve istimvalde nasıl bir usulün izleneceğinin kanunda belirtilmesi gerekir. Bu konuların kanunda açıkça öngörülmesi; kurulacak komisyonların nasıl kurulacağı, düzenlenecek tutanakları neleri ihtiva edeceği gibi konuların da düzenleyici işlemlerle belirlenmesi hukuken sağlıklı olacaktır. Kamunun sağlığının yanında hukuk devletinin sağlığının da korunması gerekir.

⁶² Fransız hukukundaki *référé-liberté* gibi bir usulün kabul edilmesi uygun olabilir. Bkz. ŞİRİN, Memduh Cemil, "Yargı Mensuplarına Maske Temin Eden İdarenin Avukatlara da Maske Temin Etmesi Gerekir mi? Fransız Danıştay'ının 20 Nisan 2020 tarihli Kararı'nın İncelenmesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 19: 103-114, s. 109.

KAYNAKLAR

- AKÇA, Kürşat, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6.3: 543-596.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- ATAKAN Murat Can, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018; 26(2): 397-441.
- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019.
- AZRAK, Ali Ülkü, Millileştirme ve İdare Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976.
- AZRAK, Ülkü, “Millileştirme Kavramı Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1968, 1.2; 47-58.
- BASİLİEN-GAÏNCHE, Marie-Laure: French Response to COVID-19 Crisis: Rolling into the Deep, VerfBlog, 2021/3/18, <https://verfassungsblog.de/french-response-to-covid-19-crisis-rolling-into-the-deep/>, DOI: 10.17176/20210318-154150-0.
- BEN KHELİL Kawthar, Covid-19: Requisition Regime for Respiratory Masks, Lexology, <https://www.lexology.com/library>.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- DORU, Seyit Rasim, “COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 78.2: 769-807.
- GEMALMAZ, Burak, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, MRK Baskı ve Tanıtım, Ankara, 2018.
- GÖZLER, Kemal/ KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, 2020.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku (Genel Esaslar), C. I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- GROGAN, Joelle: Power, Law and the COVID-19 Pandemic – Part I: The Year of Pandemic, VerfBlog, 2021/5/15, <https://verfassungsblog.de/power-law-and-the-covid-19->

pandemic-part-i-the-year-of-pandemic/
10.17176/20210515-211106-0.

DOI:

- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- KAPLAN, Gürsel, "Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayferi Göze'ye Armağan, Sayı: 2004/1-2, s. 167-188 (2004), <https://www.idare.gen.tr/kaplan-tasinmaz.htm>.
- KUTLU GÜRSEL, Meltem, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin, Ankara, 2012.
- OĞURLU, Yücel. AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi. Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, 485-522.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 3, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.
- ÖRÜCÜ, Esin, "1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 41.3-4: 145-161.
- ÖZTUNÇ, Hikmet, İdare Hukukunda İstimvalin Hukuki Rejimi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE., 2015.
- POCHART Francois, RAULİNE Mathilde, VERTEVİLLE Océane de La, "Compulsory licenses granted by public authorities: an application in the Covid-19 crisis in France", Kluwer Law Blog, <http://patentblog.kluweriplaw.com/2020/04/23/compulsory-licenses-granted-by-public-authorities-an-application-in-the-covid-19-crisis-in-france-part-1/>.
- YAYLA, Ahmet, Türk İdare Hukukuna Göre İstimvalin Rejimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- YÜZBAŞIOĞLU, Cihan, İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.