

COVID-19 Çerçevesinde Alınan Tedbirlerin Temel Hak ve Özgürlükler, Hukuka Uygunluk ve İdarenin Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi

Murat Buğra TAHTALI*

Makalenin Geliş Tarihi: 06.04.2021 **Kabul Tarihi:** 10.11.2021

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.1041184](https://doi.org/10.30915/abd.1041184)

* Dr. Öğr. Üyesi / İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.

<https://orcid.org/0000-0003-2459-9938>

COVID-19 ÇERÇEVESİNDE ALINAN TEDBİRLERİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER, HUKUKA UYGUNLUK VE İDARENİN SORUMLULUĞU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

2019 yılının sonunda Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkan Türkiye dâhil Dünyanın neredeyse tüm ülkelerine yayılan yeni tip Corona Virüsü (Covid-19), 2020 yılı mart ayı itibarıyla "Uluslararası Pandemi (Salgın)" olarak ilan edilmiştir. Salgının yayılmasının önlenmesi amacıyla alınan tedbirler kapsamında birçok devlet, çok sayıda sert tedbirler almaya başlamıştır. Ülkemizde de bu kapsamda olağanüstü hal ilan edilmeden olağanüstü tedbirler alınmış ve İçişleri Bakanlığı genelgeleriyle bir dizi düzenlemeye gidilmiştir. Bu dönemde tedbirler kapsamında yapılan müdahalelerin hukuki değerlendirilmesi, hem temel hak ve özgürlüklerin güvencesi, hem de idarenin bu nedenle oluşacak zararlardan sorumlu olup olmadığının tespiti bakımından, geleceğe etki edecek ve emsal teşkil edecek niteliktedir. Bu çalışma, alınan tedbirlerin, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması/durdurulması boyutuyla Anayasal dayanağını ve tedbir kapsamında alınan kararlardan idarenin sorumluluğunu incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Covid-19

Temel Hak ve Özgürlükler

İdarenin Sorumluluğu

İdare Hukuku

İdari Yargılama Hukuku

LEGAL ASSESSMENT OF COVID-19 MEASURES AND THEIR EFFECT UPON FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS, LAWFULNESS AND ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITIES

ABSTRACT

In December 2019, an infectious disease outbreak caused by severe acute respiratory syndrome was reported in Wuhan, China and soon spread across the world including Turkey. A novel coronavirus was identified as Covid-19 by the WHO, issuing a 'global pandemic' notice in mid-March 2020. Many countries took firm administrative measures to contain the outbreak and prevent further spread, imposing curfew and restricting public gatherings. In this context, in our country, extraordinary measures were taken before the State of Emergency was declared and a series of regulations were made with the circulars of the Ministry of Interior. The legal evaluation of the interventions made within the scope of the measures in this period, both in terms of the guarantee of fundamental rights and freedoms, and the determination of whether the administration is responsible for the damages that may occur due to this reason, has a quality that will affect the future and set a precedent. The present work aims to analyse the constitutional basis of these emergency measures with their restrictive or suspending effects on the fundamental rights and freedoms, and the liability of the Government for damages caused by its decisions to the holders of rights and freedoms.

Keywords

Covid-19

Fundamental Rights and Freedoms

Responsibility of Administration

Administrative Law

Administrative Procedure Law

GİRİŞ

Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkan ve 2020 yılının ilk yarısında da tüm dünyayı etkisi altına alan yeni tip Korona Virüsü (Covid-19) yalnızca Türkiye'de değil, aynı zamanda tüm dünyada sağlık nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin ciddi ölçüde sınırlandırılmasına ve hatta belli bir zamanla sınırlı olacak dahi olsa bazı hak ve özgürlüklerin durdurulmasına neden olmuştur. Her ne kadar bu süreçte salgın nedeniyle alınan bu tedbirler ile ilgili büyük ölçüde devletlere tam bir teslimiyet durumu söz konusu ise de bu dönemde yapılan kısıtlamalar, salgın tehlikesi ortadan kalktıktan sonrası için de devletlerin hak ve özgürlükleri sınırlaması hususunda emsal teşkil edecektir. Görünen o ki, gerek kamu hizmetlerinin gör(dür)ülme usulleri, gerekse hak ve özgürlüklerin kullanılması açısından salgın süreci sonrasında dünyada ve ülkemizde hiçbir şey artık eskisi gibi olmayacak, kamu hizmetleri ve temel hak ve özgürlükler bağlamında yeni ve farklı uygulamalar hepimizi bekliyor olacaktır.

Alınan tedbirler, Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ve bazı durumlarda kullanılmasının durdurulması sonucunu doğurmakla beraber, bu tedbirler nedeniyle milli ekonomiler, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de çok ciddi yara almıştır. Sürecin kademeli olarak sona ermesi ve hayatın normale dönmesi halinde dahi, görünen o ki, işsizlik sorunu önümüzdeki birkaç yılın en önemli gündem maddesi olacaktır.

Gelinen bu süreçte, ülkemizde alınan tedbirlerin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda Anayasaya uygunluğu ve ortaya çıkan ekonomik sorunlardan dolayı idarenin sorumlu olup olmadığı, sorumlu ise bu sorumluluğun idare hukuku bakımından nasıl olduğu konularının incelenmesi ve kişilerin tazminat istemlerinde izlenecek usulün tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir.

Bu çalışmada Covid-19 tedbirleri, öncelikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından Anayasal boyutuyla incelenecek, ardından alınan tedbirlerden idarenin sorumlu olup olmadığı tartışılacak, nihayet çözüm önerileri sunulacaktır. Çalışmanın, önümüzdeki sürece katkı sunması en büyük temennidir.

1. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASININ ANAYASAL DAYANAĞI

1.1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Dayanağına İlişkin Genel Bilgilendirme

Temel hak ve özgürlüklerin neler olduğu, nasıl denetleneceği, kötüye kullanılmasının ne şekilde önleneceği ve sınırlandırılmasının şartları Anayasada^[1] (AY) belirlenmiştir. Anayasanın 12. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin genel tanıtımı yapılmış, 14. maddesinde bu hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasaklanarak nelerin “kötüye kullanma” kapsamı içinde değerlendirileceği ifade edilmiş, bu hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin ilkeleri belirleyen hükümler ise 13. ve 15. maddelerde düzenlenmiştir.

Anayasa terminolojisinde “*kısıtlanma*” terimi yer almamakla birlikte, Anayasada 13. maddede temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemlerdeki sınırlandırılma rejimi belirlenirken, 15. maddede, olağanüstü hallerde bu hak ve özgürlüklerin, sınırlandırılmasının da ötesinde, kullanılmasının durdurulması düzenlenmiştir. Dolayısıyla Anayasamızda, farklı hallerde temel hak ve özgürlüklerin “*sınırlandırılması*” ve “*kullanılmasının durdurulması*” ayrı ayrı düzenlendiğinden, çalışmada bu iki durumu birden açıklayacak çatı kavram olarak “*kısıtlanma*” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

Çalışmamızda söz konusu hükümlerin dışında, konumuzla dolaylı şekilde bağlantılı olan Anayasa hükümleri de düzenleniş şekline ve sıralamasına uygun olarak ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

1.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvencesinin ve Kısıtlanmasının Dolaylı Anayasal Dayanağı

Covid-19 nedeniyle alınan tedbirler, temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvenceleri kısıtlayıcı sonuçlar doğurduğundan, hem bu özgürlüklerin hem de Cumhuriyetin temel niteliklerini içinde barındıran 2. maddeye değinmek gerekmektedir. 2. maddenin önemi, Cumhuriyetin temel niteliklerini barındırması ve 1. ve 3. madde ile birlikte, 4. maddede koruma altına alınmış olmasıdır. Gerçekten de bu ilk dört madde incelendiğinde görülmektedir

[1] Metin içinde kullanılacak “Anayasa” ve “Anayasamız” ifadeleri, yürürlükte bulunan 1982 Anayasasını ifade etmektedir.

ki 1. maddede Devlet'in şeklinin "Cumhuriyet" olduğu^[2], 2. maddede Cumhuriyetin temel nitelikleri^[3], 3. maddede Devletin bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti^[4] hakkında hükümler yer almaktadır.

Nihayet 4. madde ile ilk üç maddenin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği belirtilerek bu üç maddedeki tüm hükümler Anayasal güvence açısından daha nitelikli ver ayrıcalıklı bir konuma getirilmektedir^[5].

Anayasanın 2. maddesinin, "*Cumhuriyetin Temel Nitelikleri*" başlığını taşıdığı düşünüldüğünde; bu maddede yer alan *demokratik devlet, laik devlet, sosyal devlet ve hukuk devleti* ilkelerinin, Anayasanın 1. maddesinde devletin şekli olarak belirlenen "Cumhuriyetin" taşıyıcı kolonları olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Bu dört ilkeden konumuzla bağlantılı olanlar; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından "*hukuk devleti*", süreç nedeniyle kişilerin uğradıkları zararların tazmin edilmesi bakımından ise "*sosyal devlet*" ilkeleridir.

Hukuk devleti, Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyet'in temel bir niteliği olarak belirtilmiş ise de tanımı Anayasada yapılmamıştır. Dolayısıyla bu ilkenin tanımı ve ihtiva ettiği anlam, doktrindeki yazarların görüşleri ve yargı kararları ile netleştirilmeye çalışılmıştır. Bu kavram ilk kez

[2] **Anayasa Madde – 1:**
"Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir."

[3] **Anayasa Madde – 2:**
"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

[4] **Anayasa Madde – 3:**
"Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir. Bayrağı, şekli kanununda belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayraktır. Milli marşı "İstiklal Marşı"dır. Başkenti Ankara'dır."

[5] **Anayasa Madde – 4:**
"Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez."

Almanya'da 1860'larda iki Alman hukukçu tarafından hukuk literatürüne kazandırılmıştır^[6].

Doktrinde hukuk devleti için birçok tanım kullanılmakla birlikte temel anlamda tüm yazarların üstünde durduğu özellikler hemen hemen aynıdır. Bir görüşe göre hukuk devleti, keyfi devletin karşıtı olarak değerlendirilmiştir^[7]. Buna göre keyfi devlette, kamu görevlileri işlemleri yaparken kendi iradeleri ile bağılıdır ve bu bağılıklarının temelinde kamu yararına ilişkin kişisel değerlendirmeleri yatmaktadır^[8]. Dolayısıyla her kamu görevlisinin, ilgili işlemde kamu yararının nasıl sağlanacağı yönündeki görüşü kendisine has olacağından, hukuk kurallarının uygulanmasında sistem birliği olmayan, keyfiyete dayalı bir yapı ortaya çıkacaktır. Oysa hukuk devleti; üstün devlet kudretinin zorlayıcılığına karşı kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacına özgülünmüş olup, bu ilkede ulaşılmak istenen nihai amaç, kamu kudretinin sınırlandırılması ve denetlenmesidir^[9]. Başka bir tanıma göre ise bu ilke, “*idare edilenlere hukuk güvenliğini sağlayan ve yerleşmiş hukuk düzenine yalnız bireylerin değil, idarenin de uymasını gerektiren bir ilke*” olarak tanımlanmıştır^[10]. Benzer bir ifadeyle bu kavram; “*faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, yönetilenlere hukuki güvence sağlayan ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı devlet*” olarak açıklanmıştır^[11]. Yine bunlardan daha kısa olan hukuk devleti tanımında, bu ilkenin olmazsa olmaz unsuru üzerinden tanım yapılmıştır. Buna göre hukuk devleti ilkesi; “*devletin işlemlerinin hukuk kurallarına bağlılığı*” ile tanımlanmıştır^[12].

[6] Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 104.

[7] Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 109.

[8] Atay, 2016, s. 109, 110.

[9] Atay, 2016, s. 111.

[10] Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 27.

[11] Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 47; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, Cilt:1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 62.

[12] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 125.

Özünde birbirine benzeyen bu tanımlardan yola çıkarak, Anayasada ve sair mevzuatta tanımı yapılmayan bu ilkenin herkesçe kabul edilen unsurlarının olduğu, tanımlardaki farklılıkların ise yazarların bu unsurlardan hangisini / hangilerini öncelendiği ile alakalı bir durum olduğu söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi de birçok kararında hukuk devleti ilkesini benzer ifadelerle tanımlamış ancak temel anlamda bu ilkeyi, “*Hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayıp, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde, yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlet*” olarak tanımlamıştır^[13]. İşte temel hak ve özgürlüklerin Anayasada güvence altına alınmış olması, Anayasanın üstünlüğünü konu alan ve kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı kuralını düzenleyen 11. madde^[14] ile birlikte değerlendirildiğinde, hukuk devletine hizmet etmektedir. Dolayısıyla belirtmek gerekir ki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için, öncelikle Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin bulunması gerekmektedir. Aynı zamanda sınırlamanın ne şekilde yapılacağına ilkeler halinde Anayasa metninde belirtilmiş olması, bu temel hak ve özgürlükler açısından hukuk devletine uygun olarak ayrıca bir güvence getirmektedir.

1.3. Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvencesinin ve Kısıtlanmasının Doğrudan Anayasal Dayanağı

1.3.1. Temel Hak ve Özgürlük Kavramları

Konumuzla doğrudan bağlantılı olan en önemli ilke temel hak ve özgürlükleri düzenleyen 12. maddedir^[15]. Maddede doğrudan tanım yapılmasa

[13] Anayasa Mahkemesi, 1985/31, 27.03.1986. Kararın tam metni için bkz <<https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y1987N19435S198629>>, (Erişim Tarihi: 07.05.2020)

[14] **Anayasa Madde – 11:**
“(1) *Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*
(2) *Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*”

[15] **Anayasa Madde – 12:**
“(1) *Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*

bile cümlelerin lafzından temel hak ve özgürlükler deyiminden “*kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez hak ve özgürlükler*” anlaşılmaktadır. Burada “temel hak” ve “özgürlük” olmak üzere iki kavram zikredilmektedir. Konunun temellendirilmesi açısından bu iki kavramı tanımlamakta fayda vardır.

Özgürlük, sözlükte “hürriyet” ile aynı anlamda kullanılmakta^[16] ve “*Her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu*” olarak tanımlanmaktadır^[17].

Hak kavramı ise, özgürlüğün somutlaşmış biçimi olarak ifade edilmektedir^[18]. Daha açık bir ifadeyle hak, özgürlüğün kullanılması aşamasında ortaya çıkan bir kavramdır^[19]. Dolayısıyla devlet (idare) tarafından bir hakkın kullanılmasına müsaade edildiği ölçüde özgürlük aynı zamanda bir hak olarak değerlendirilmektedir. “Temel haklar” ile “özgürlükler” arasında teorik olarak böyle bir ayrım var ise de Anayasada bu iki kavram genelde ya birlikte ya da birbirinin yerine kullanılmış, tam anlamıyla bu yönlü teorik bir ayrım Anayasada yer almamıştır.

1.3.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasının Anayasal Dayanağı

Temel hak ve özgürlüklerin hangi durumlarda ne şekilde sınırlandırılacağını belirleyen iki temel ilke Anayasanın 13., 14. ve 15. maddelerinde yer almaktadır. Bu maddeleri incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki 13. madde, olağan dönemlerde Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının genel ilkelerini belirlerken 15. madde olağanüstü durumların ortaya çıkması halinde temel hak ve özgürlüklerin olağandan

(2) *Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*”

[16] Çalışmada “*hürriyet*” yerine, bu kavramla aynı anlama gelen “*özgürlük*” terimi kullanılacaktır.

[17] http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.552c417ab93384.91451677, (Erişim Tarihi: 14.04.2015)

[18] Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000, s. 205.

[19] İbrahim Ömer Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1993, s. 13.

daha fazla olacak şekilde nasıl sınırlandırılabilirliğini ve hatta bu hakların kullanımının –olağanüstü dönem süreciyle sınırlı olmak kaydıyla- nasıl durdurulabileceğinin ilkelerini ortaya koymaktadır. Nihayet 14. madde ile de ayrıca bir sınırlandırma ilkesine yer verilmemiş; temel hak ve özgürlüklerin, tabiatı gereği nasıl kullanılması gerektiği yönündeki ilkeler -hangi durumlarda bu hakların kötüye kullanılmış kabul edileceğini belirtmek suretiyle- belirlenmiş, bu hakların kötüye kullanımı halinde müeyyidelerin (yaptırımın) kanunda düzenleneceği belirtilerek temel hak ve özgürlüklerle ilgili dolaylı bir sınırlama yoluna gidilmiştir^[20].

Konunun daha net anlaşılabilmesi için, Anayasanın 13. ve 15. maddelerindeki ilkeleri incelemekte fayda vardır.

1.3.2.1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasının Anayasal Dayanağı

Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı, Anayasanın 13. maddesinde yer almaktadır^[21]. Buna göre temel hak ve özgürlükler, tabiatları gereği, hayatın olağan akışı içinde dahi belli şartlar altında sınırlandırılabilir. Toplum halinde yaşamın bir sonucu olarak, temel hak ve özgürlüklerin herkes tarafından sınırsız kullanılması söz konusu olamaz. Zira bir temel hak ve özgürlüğün doğal sınırı, başkasının hak ve özgürlüklerinin başladığı alandır.

13. maddede yer alan olağan dönemdeki sınırlama ilkeleri şu şekilde sıralanabilir:

- Yapılan sınırlama, hakkın özüne dokunmamalıdır^[22].

[20] Aynı yöndeki görüş için bkz. Bülent Tanör, *İki Anayasa: 1961-1982*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 134.

[21] **Anayasa Madde – 13:**
“*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*”

[22] *Hakkın özü* kavramı, 1961 Anayasası döneminde “sınırlamanın sınırı” olarak belirlenmiş ve 1982 Anayasası döneminde de 13. maddenin ilk halinde düzenlenmemekle birlikte, değişiklikten sonra yerini almıştır. Bu kavramın, “*mümkün olan yasal sınırlama yapılırken dahi, temel hakların çekirdek çevresine değmemek*” ilkesini ifade ettiği

- Sınırlamanın yapılabilmesi için, hakkın düzenlendiği ilgili Anayasa maddesinde, bu hakka ilişkin özel bir sınırlama sebebine yer verilmiş olması gerekmektedir^[23].
- Sınırlama ancak kanunla yapılabilir. Bunun haricindeki bir norm ile (yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya adsız düzenleyici işlemlerle) bir sınırlama söz konusu olduğunda bu sınırlama 13. madde dolayısıyla Anayasaya aykırı olacaktır.

belirtilmektedir. Bilgi için bkz. Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, çev. Mumcu Ahmet, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 266. Benzer yöndeki tanım için bkz. Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986, s. 198. “Hakkın özü” şartının geri getirilmesi, doktrinde bu kavramın sınırlarının belirlenmesindeki zorluk ve uygulamada zorunlu kısıtlamaları Anayasaya aykırı hale getirmesi gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Bu eleştiriler ve değerlendirmeleri için bkz. Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesi Üzerine Bir İnceleme)”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001, S. 4, s. 58-60.

[23] Anayasanın 13. maddesinin ilk hali şu şekilde idi:

“(1) *Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğinin, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*

(2) *Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.*

(3) *Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir*”. Dolayısıyla 13. maddenin ilk düzenlemesinde özel sınırlama sebeplerinin yanında bir de genel sınırlama sebepleri öngörülmüş, böylece çifte bir sınırlama sistemi getirilmişti. Ancak değişiklik sonrasında 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri kaldırılmış ve sadece ilgili maddede yer alması durumunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği, aksi halde sınırlanamayacağı kuralı getirilmiştir. Bu yeni düzenlemenin, “özgürlüklerin asil, sınırlamanın istisna olduğu” ilkesine uygun düştüğü değerlendirilmiştir. Bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme” in *Anayasa ve Uyum Yasaları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2003, s. 31. Ancak ilk bakışta muğlak ifadeler olması nedeniyle genel sınırlama sebeplerinin Anayasa m. 13 metninden çıkartılması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiş ise de aynı muğlak ifadelerin –genel sağlık, genel ahlak, kamu düzeni ifadelerinde olduğu gibi- Anayasanın çeşitli maddelerinde özel sınırlama sebepleri olarak yer almıştır. (Ör. Anayasa madde–20, 21, 22, 26, 33, 34, 51.)

- Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olamaz^[24].
- Sınırlama demokratik toplum gereklerine ve laiklik ilkesine aykırı olamaz.
- Sınırlama ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Özetlenecek olursa, Türk Hukuku'nda, hayatın olağan akışı içinde temel hak ve özgürlüklerin sınırsız olmadığı ve Anayasa ile güvence altına alınan bazı hak ve özgürlüklerin, yine Anayasada ilkeleri belirlendiği şekilde ve o hak ve özgürlüklerin düzenlendiği Anayasa maddesinde özel bir sınırlama sebebi bulunması halinde; 13. maddede belirtilen diğer ilkelere de bağlı kalmak şartıyla, kanunla sınırlandırılabilmesi söylenebilir.

1.3.2.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanılmasının Durdurulmasının Anayasal Dayanağı

Temel ilke bu şekilde incelendikten sonra, sorulması gereken en önemli soru, olağanüstü bir durum yaşandığında temel hak ve özgürlüklerle ilgili güvencelerin ne olacağı, eğer sınırlandırabiliyorsa; bu hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacaktır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki temel hak ve özgürlükler, olağan dönemde dahi belli şartlar altında sınırlandırılabilirken ve bu sınırlamanın nasıl yapılacağına ana çerçevesi Anayasa ile belirlenmiş iken, olağan dışı şartların geliştiği dönemlerde olağan döneme nazaran Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin daha fazla sınırlandırılması ve bu sınırlamanın nasıl yapılacağına ilkelerinin de Anayasada yer alması

[24] 13. maddenin ilk halinde, yapılacak yasal düzenleme ile getirilecek düzenlemenin Anayasanın sözüne uygun olmak şartına bağlandığı görülürken, 2001 değişikliği sonrası bu husus "Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmamak" şeklinde değiştirilmiştir. İlk bakışta bu iki düzenleme arasında uygunluk – aykırı olmama ifadeleri arasında herhangi bir farklılık olmadığı düşünülebilir. Benzer görüş için bkz. Gözler, 2001, s. 57. Ancak, doktrinde Anayasanın sözüne uygun olmak kavramının, Anayasanın sözüne ve ruhuna bağlı olmayı, bu söz ve öz dışında bir düzenleme yapmamayı gerektiren bir anlam ifade ettiği ve idareyi daha sınırlandırıcı bir kavram olduğu, ancak "aykırı olmamak" ifadesinin, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun düşmesi bile aykırı olmamak kaydıyla sınırlandırma yapılabileceğini ifade ettiği ve dolayısıyla daha fazla sınırlandırmaya elverişli bir kavram olduğu gerekçesiyle bu değişiklik eleştirilmiştir. Bilgi ve değerlendirme için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2002, C. 19, S. 1, s. 158, 159.

pek tabiidir. Bu noktada Anayasanın 15. maddesi^[25], aklımızdaki soruların cevabı niteliğinde olacaktır.

Anayasanın 15. maddesinin hangi hallerde uygulanacağı, maddenin ilk fıkrasının en başında sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi ile tek tek belirlenmiştir. Bunlar;

- Savaş hali,
- Seferberlik hali ve
- Olağanüstü hal

15. maddeye göre, bu üç halden birinin varlığı halinde milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla ve durumun gerektirdiği ölçü ile sınırlı olmak kaydıyla, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması sınırlandırmanın da ötesine geçerek kısmen veya tamamen durdurulabilecektir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak, bu maddenin uygulanmasını gerektiren olağanüstü durumun sona ermesi halinde tedbirler, sınırlamalar ve hakların kullanılmasının önündeki engeller de sona erecektir. Yine 15. maddenin birinci fıkrasına göre, idare, olağanüstü durumların varlığını gerekçe göstererek ve içinde bulunulan durumun olağan dışılığını bir an önce sona erdirmek amacıyla, Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler de alabilecektir. Maddede geçen “*bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*” cümlesi; Anayasanın 13. maddesi ile getirilen ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ana ilkelerini belirleyen güvencenin, olağanüstü durumların ortaya çıkması halinde, yine bir Anayasa maddesiyle geçici süreyle de olsa geçersiz kılınması olarak yorumlanabilir. Örneğin olağanüstü hallerde 15’inci maddenin çizdiği çerçeveye uymak koşuluyla, seyahat özgürlüğünün, Anayasanın ilgili maddelerine

[25] **Anayasa Madde – 15:**

“(1) Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

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

aykırı olarak sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir^[26]. Son olarak, buradaki “temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması” hususunda, bu durdurmanın, kapsam ve süre bakımından en alt düzeyde tutulmasına dikkat edilmesi gerektiği bildirilmektedir^[27].

1.3.2.2.1. Savaş, Seferberlik ve Olağanüstü Hal Durumlarında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Durdurulması

Peki, 15. maddeyle getirilen, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma / kullanımının durdurulması rejimi, hangi durumlarda söz konusu olacaktır? Olağanüstü yönetim usulü nasıl ortaya çıkacaktır ve bu durumun başka bir Anayasal dayanağı var mıdır ve varsa nedir? Bu soruların cevabı için, 15. madde ile birlikte anlam ifade eden Anayasanın 119. maddesini incelemekte yarar vardır.

1982 Anayasasında maddenin ilk halinde “Olağanüstü Yönetim Usulleri” başlığıyla yer alan 119. madde, kendisinden sonra gelen ve 2017 değişiklikleri sonrasında mülga edilen (yürürlükten kaldırılan) 120., 121. ve 122. maddelerdeki çeşitli hükümleri de içerecek şekilde “Olağanüstü Hal Yönetimi” adı altında yeniden düzenlenmiştir^[28].

[26] Kemal Gözler, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Hukuki Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1990, S. 4, s. 561-565.

[27] Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 263.

[28] **Anayasa Madde – 119:**

“(1) Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.

(2) Olağanüstü hal ilanı kararı, verildiği gün Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur.

(3) Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır; Meclis gerekli gördüğü takdirde olağanüstü halin süresini kısaltabilir, uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

119. maddenin son şeklinde, Olağanüstü Hal (OHAL) ilan etme yetkisi Cumhurbaşkanına ait olup, OHAL ilanını gerektirecek haller de şu şekilde sıralanabilmektedir:

- Savaş,
- Savaşı gerektirecek bir durumun varlığı,
- Seferberlik,
- Ayaklanma,
- Vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma,
- Ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğünü içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması,
- Anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması,
- Şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması,
- Tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması.

Bu hallerden birinin veya birkaçının ülkenin tamamında veya belli bir bölgesinde ortaya çıkması halinde Cumhurbaşkanı, coğrafi kapsamı da kendisi belirlemek suretiyle OHAL ilan edebilir.

(4) Cumhurbaşkanının talebiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilir. Savaş hallerinde bu dört aylık süre aranmaz.

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

(6) Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

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

İşte 119. maddenin 5. fıkrasındaki “*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.*” hükmü uyarınca OHAL ilanı ile yürürlüğe giren geçici yeni rejimde alınması gereken olağanüstü tedbirler nedeniyle, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve kullanımının durdurulmasının nasıl olacağına ilişkin genel ilkeler, Anayasanın 15. maddesi hükümleri ile belirlenecektir.

Anayasanın OHAL ilanı ve yönetimini düzenleyen 119. maddesinin uygulanması, 15. maddedeki ilkelere bağlıdır. Başka bir ifadeyle, usulüne göre ilan edilen OHAL sonrasında yeni geçici rejimde temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ne şekilde genişleyeceği ve müdahalenin sınırlarının neler olduğu sorusu, Anayasanın 15. maddesinde cevap bulmaktadır.

Ancak bu noktada sorulması gereken soru, OHAL ilan etmeden de 15. madde gereğince, Anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlükleri –geçici süreyle de olsa- ortadan kaldıracak olağanüstü tedbirler alınabilip alınamayacağıdır.

1.3.2.2.2. OHAL İlan Edilmeksizin Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanımının Durdurulabilmesinin Anayasal Dayanağı Sorunu

Gerek Anayasa hukuku ve idare hukuku alanındaki doktrin kaynaklarında gerekse mahkeme kararlarında OHAL ilanı söz konusu olmaksızın, durumun gerektirdiği hallerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulabileceği yönünde herhangi bir yoruma rastlanamamıştır. Bunun nedeninin, Anayasa koyucunun, olağanüstü durumların varlığı halinde, 119. madde gereğince OHAL ilan edileceğini ve 15. maddede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını durduran düzenlemelerin de böylece Anayasal bir dayanağa kavuşacak olması yönündeki beklentisi olduğu düşünülmektedir.

Her ne kadar, AY 15. madde hükmünde “... *olağanüstü halin ilanı durumunda*” ifadesi yerine “... *olağanüstü hallerde*” ifadesi yer almakta ise de 119 /5. maddede yer alan “*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.” ifadesinin lafzından yola çıkılarak, 15. maddedeki olağanüstü hal rejiminin ve olağan dönemin ötesinde 13. maddede güvence altına alınan sınırlama ilkelerine aykırı olarak yapılacak düzenlemelerin mümkün ve Anayasaya uygun olabilmesi için, 119. maddenin şartlarının sağlanması, başka bir ifadeyle OHAL rejimine geçilmiş olması gerektiği düşünülmektedir. Başka bir deyişle, OHAL ilan edilmeden ve buna bağlı olarak OHAL Kanunu kendiliğinden yürürlüğe girmeden, 15. madde kapsamında tedbirlerin alınması, alınan tedbirlerin Anayasal dayanaktan yoksun olacağı anlamına gelmektedir. Nitekim OHAL ilan edilmeden, OHAL koşullarının ve dolayısıyla da 15. madde uyarınca Anayasal güvenceye aykırı tedbirlerin uygulanmasının Anayasaya aykırı olacağı hususu, aynı zamanda Anayasa koyucunun madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmektedir. Şöyle ki 15. madde ile ilgili olarak kaleme alınan gerekçede “*Hükümün uygulanabilmesi için savaş, sıkıyönetim yahut olağanüstü halin usulüne uygun yani kanunun öngördüğü surette ilanı gerekir.*” ifadesine yer verilmiştir^[29].

2. COVID-19 SALGINI SÜRESİNCE TÜRKİYE’DE ALINAN TEDBİRLER

Dünyadaki birçok devlette olduğu gibi Türkiye’de de Covid-19 pandemisinin önlenmesi ve zararlarının en aza indirilmesi amacıyla farklı alanlarda birçok sınırlamaya gidilmiştir. Çalışmanın sistematığı bakımından önem arz etmesi nedeniyle, öncelikle bu tedbirler kronolojik sırasıyla incelenecek, sonrasında alınan bu tedbirler, hukuka uygunluk ve idarenin sorumluluğu bakımından değerlendirilecektir.

İlk vakanın görülmesinin ardından; aşamalı olarak tedbirlerle ilgili düğmeye basılmış ve 13 Mart 2020’de kamu görevlilerinin görevlerine istinaden veya şahsi sebeplerle yurt dışına çıkışı durdurulmuş, ivedi ve zorunlu olan durumlarda ise Valilik / Kaymakamlık izni ile çıkmalarına onay verilebileceği karara bağlanmıştır^[30].

[29] Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s. 80.

[30] 13 Mart 2020 tarihli ve 31067 sayılı 2. Resmî Gazete’de yayımlanan 2 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi. İlgili Genelge’ye ulaşmak için bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200313-8.pdf>>. Erişim Tarihi 19.05.2020.

Salgının Türkiye'ye sıçraması ve ilk vakaların görülmeye başlamasının ardından, salgının yayılım hızının önlenmesi ve/veya en aza indirilmesi için 16 Mart 2020 tarihinde İçişleri Bakanlığı tarafından 81 il valiliğine gönderilen genelgeyle aynı tarih saat 00:00 itibarıyla kafe, restoran, çay bahçesi, tiyatro ve sinemalar, çocuk oyun alanları, taziye evleri ve çadırları gibi insanların bir arada buldukları tüm alanların faaliyetlerinin durdurulması ve düğün-nişan ve toplantı-gösteri yürüyüşü gibi etkinliklerin yasaklanmasına karar verilmiştir^[31].

Salgının önlenmesi ve kişi hareketliliğinin önüne geçilebilmesi amacıyla 20 Mart 2020 tarihinde yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile ülke genelinde her türlü bilimsel/kültürel aktivitenin ilk aşamada Nisan ayı sonuna kadar ertelenmesi kararlaştırılmıştır^[32].

21 Mart 2020 tarihi, ilk Covid-19 vakasının ülkemizde görülmesinden ve ilk kayıpların ilanından itibaren virüs salgınından en çok etkilenen ve en yüksek risk grubunda olduğu ısrarla belirtilen 65 yaş ve üstünde bulunan vatandaşlar ile kronik rahatsızlığı olan vatandaşlar için sokağa çıkma yasağı getirilmesi bakımından son derece önemli bir dönüm noktası olmuştur^[33]. Bu yasağın süreç açısından dönüm noktası olmasının sebebi, o güne kadar uzun süredir beklenmekte olan ve ayırım gözetmeksizin herkesin talep ettiği sokağa çıkma yasağının ilk adımı olmasıdır.

Aynı tarihli başka bir İçişleri Bakanlığı genelgesi ile 81 ilin tamamında bulunan berber, kuaför ve güzellik merkezlerinin tamamının geçici süreyle kapatılmasına karar verilmiştir^[34].

[31] Cumhurbaşkanlığı genelgesinin aksine bu genelge Resmi Gazete'de değil, İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayımlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi>>, (Erişim Tarihi: 20.05.2020)

[32] 20 Mart 2020 tarihli ve 31074 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200320-18.pdf>>, (Erişim Tarihi: 19.05.2020)

[33] Bahse konu genelge İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayınlanmıştır. Genelge metnine ulaşmak için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsızligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi>>, (Erişim Tarihi: 21.05.2020)

[34] İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayınlanan genelgenin tam metnine ulaşmak için bkz. <<https://www.icisleri.gov.tr/bakanligimiz-81-il-valiligine>>

22 Mart 2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 4 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personel için, tedbirler kapsamında esnek çalışma uygulamasına geçilmiş ve görevli oldukları gün dışında iş yerine gelmeyenlerin, idari izinli sayılacakları belirtilmiştir^[35].

25 Mart 2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 2283 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Covid-19 kapsamında iş yerleri kapanarak zarara uğrayan esnaf ve sanatkarlara Halk Bankası tarafından verilen düşük faizli kredi kullanımlarında taksit ertelenmesi yapılması kararlaştırılmıştır^[36].

28 Mart 2020 tarihinde İçişleri Bakanlığı tarafından iller arası seyahat kısıtlamasının ilk adımı atılarak, otobüs, uçak ve tren seferlerini kullanan kişilerin istisnai durumlar haricinde valiliklerden alacakları izin belgesi olmadan seyahat edemeyeceklerine ilişkin genelge yayımlanmıştır^[37].

2020 yılının Mart ayı yavaş yavaş artırılan tedbirlerin geçiş süreci olurken, Covid-19 pandemisi konusunda alınan tedbirlerin o tarihe kadar en fazla artırıldığı dönem ise Nisan ayı olmuştur.

3 Nisan 2020 tarihinde yine İçişleri Bakanlığı tarafından ilan edilen genelge ile otuz Büyükşehir Belediyesi ile Büyükşehir olmamasına rağmen vatandaşlarda görülen akciğer hastalıklarının yoğunluğu nedeniyle Zonguldak iline her türlü toplu taşıma, uçak, deniz yolu, yaya olarak ve özel araçlarla giriş-çıkışlar, istisnai durumlar hariç geçici olarak yasaklanmış, aynı genelgeyle 81 ilin tamamında geçerli olmak üzere, 01.01.2000 ve sonrası tarihte doğan kişilerin (kamuoyundaki deyişle 20 yaş altı vatandaşlar) sokağa

[koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-bir-genelge-daha-gonderdi](#)>

[35] 22 Mart 2020 tarihli ve 31076 Mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200322M1-1.pdf>>, (Erişim Tarihi: 19.05.2020)

[36] 25 Mart 2020 tarihli ve 31079 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. İlgili Cumhurbaşkanlığı kararına ulaşmak için bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200325-3.pdf>>, (Erişim Tarihi: 20.05.2020)

[37] Bu genelge de Resmi Gazete’de değil, İçişleri Bakanlığı’nın resmi web sitesinde yayınlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-kapsaminda-ucakotobus-seferleri-genelgesi>>, (Erişim Tarihi: 20.05.2020)

çıkmaları yasaklanmıştır^[38]. Böylece 65 yaş üstündeki vatandaşlara getirilen 21 Mart 2020 tarihli sınırlamanın yanında, 20 yaş ve altındaki vatandaşların da sokağa çıkmaları yasaklanarak, yasağın kapsamı daha da genişletilmiştir.

İstanbul başta olmak üzere vatandaş nüfusunun yoğun olması nedeniyle otuz Büyükşehir ile daha önce de belirtildiği üzere bunlara ilaveten il genelinde akciğer rahatsızlıklarının fazla olması nedeniyle Zonguldak ili, pandemi sürecinde tedbirlerin en yoğun uygulandığı illerdir. Bu kapsamda, Covid-19 pandemisinin ülkemizde görülmeye başladığı günden itibaren birçok kişinin sürekli dile getirdiği ve kamuoyunun beklentisi haline gelen genel sokağa çıkma yasağı uygulaması, bahsedilen otuz bir ilde uygulanmak ve geçici bir dönem sadece hafta sonunu kapsamak üzere 10 Nisan 2020 günü saat 00:00 itibarıyla yürürlüğe konulmuştur^[39].

Bu tedbir, yine bu otuz bir ilde, sonrasındaki birkaç hafta boyunca hafta sonlarında ve resmi tatillere denk gelen günlerin de hafta sonuyla birleştirilmesi suretiyle uygulanmaya devam etmiştir.

Bu uygulamaya belli bir süre devam edildikten sonra, Sağlık Bakanlığı'nın günlük olarak açıkladığı verilerde, yeni vaka ve vefat sayılarının azalması, bunun yanında iyileşen hasta sayılarının artması sonucunda tedbirler belli ölçüde yumuşatılmaya başlanmış ve ilk aşamada seyahat yasağı ve sokağa çıkma yasağı uygulaması, bazı şehirler açısından sona erdirilmiştir. Ancak özellikle getirilen kısıtlamalar sonrasında yeniden bir rahvet ortamının doğmaması için, kısıtlamalardaki yumuşamaların, Ramazan ayının sonuna gelmesi, Bayram tatili ile beraber, gelenek kaynaklı bir refleksle ev ziyaretlerinin artacağı ve sosyal mesafenin korunmayarak alınan önemlerin anlamsız kılınacağı endişesiyle 23 Mayıs 2020 saat 00:00'dan tarihinden başlayarak, 27 Mayıs 2020 saat 00:00'a kadar olan süre içinde, tüm Türkiye genelinde sokağa çıkma yasağı uygulanmış ve süreç başından beri ilk kez tüm ülke

[38] Bahsi geçen genelge İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayınlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/sehir-giriscikis-tebirleri-ve-yas-sinirlamasi>>, (Erişim Tarihi: 21.05.2020)

[39] Bahsi geçen genelde de diğerlerinde olduğu gibi, İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayınlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/2-gun-sokaga-cikma-yasagi>>, (Erişim Tarihi: 21.05.2020)

genelinde istisnai durumlar hariç getirilen bir kısıtlama İçişleri Bakanlığı'nın genelgesi ile uygulanmıştır^[40].

Alınan tedbirler neticesinde salgının yayılması dönem dönem kontrol altına alınabilmiş ise de 2021 yılı Nisan ayına gelindiğinde vaka ve vefat sayılarında ciddi bir artma görülünce, salgının başından itibaren tartışılabilen tam kapanma yeniden gündeme gelmiş ve 26.04.2021 tarihinde İçişleri Bakanlığı'nın 81 il valiliğine gönderdiği genelgeyle 29.04.2021 ile 17.05.2021 tarihleri arasında tam kapanmaya gidildiği duyurulmuş, bu dönemde zorunlu durumlar hariç herkesi kapsayacak bir kısıtlama getirilmiştir^[41]. Aynı dönemde istisnai durumdakiler hariç sokağa çıkma yasağı ve seyahat yasağı da ülke genelinde uygulanmıştır.

Alınan bu tedbirler sonrasında vaka ve vefat sayılarının kontrol altına alınmasının ardından, 1 Haziran 2021 itibariyle kısıtlamalar kademeli olarak gevşetilmiştir.

3. COVID-19 SÜRECİNDE TÜRKİYE'DE ALINAN TEDBİRLERİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir önceki başlıkta kronolojik olarak sıralanan^[42], hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasına ilişkin işlemler; Cumhurbaşkanı kararı olarak, ya da İçişleri Bakanlığı genelgesi olarak tesis edilmiş olup, bu işlemler Anayasanın 15. maddesine ve dolayısıyla da hukuka uygun olup olmadığı bakımından değerlendirilmeye muhtaçtır. Çalışmanın amacına ulaşabilmesi için, bu kararlar; Anayasanın üstünlüğü ve diğer normların Anayasa ve kendi aralarındaki hiyerarşisini belirlemek açısından, öncelikle normlar

[40] Bu genelge de İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayınlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/81-ilde-22052020-saat-2400-ile-26052020-saat-2400-arasinda-uygulanacak-sokaga-cikma-kisitlamasi>>, (Erişim Tarihi: 22.05.2020)

[41] Bu genelge de İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayınlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz. <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-tam-kapanma-tedbirleri-genelgesi-gonderildi>, (Erişim Tarihi: 16.11.2021)

[42] Çalışmada, konu ile doğrudan ilgili olan önlemler tarihsel açıdan sıralamaya tabi tutulmuştur. Ancak bu konuda çok daha ayrıntılı kronolojik sıralamaya ulaşmak için bkz <[https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=covid-19-hukuk-kronig%CC%86i-\(11-26-mart\)_637234231712445567.pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=covid-19-hukuk-kronig%CC%86i-(11-26-mart)_637234231712445567.pdf)>, (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

hiyerarşisi bakımından, sonrasında ise idari işlemin unsurları bakımından değerlendirilecektir.

3.1. Anayasada Yer Alan Güvenceler Bakımından Değerlendirme

Çalışmamızda öncesinde de ifade edildiği üzere, temel hak ve özgürlüklere yönelik kısıtlamaların ne şekilde yapılacağı Anayasanın 13. ve 15. maddelerinde ayrıntılarıyla düzenlenmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün Covid-19'un dünya çapında görülen bir salgın olduğunu ilan etmesinden sonra Türkiye'de de tedbirler alınmış olmakla beraber, usulüne uygun bir OHAL ilan edilmemiş olması nedeniyle 15. maddede öngörülen kısıtlamaların uygulanması Anayasa'ya göre mümkün değildir.

Tüm bu süreç incelendiğinde, alınan kararların –bir kısmı salgın süreci nedeniyle faaliyetlerini durdurmak zorunda kalan bazı sektörlerde çalışan kişilerin ekonomik olarak desteklenmesi amacına yönelik olsa da– büyük bir kısmının Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin bazılarının kullanımının, kısmen veya tamamen belli süreliğine durdurulması sonucunu doğurduğu değerlendirilmektedir.

Çalışmada daha önce yapılan kronolojik sıralamaya göre incelemek gerekirse; 13 Mart 2020 tarihinde yayımlanan 2 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamında kamu görevlilerine getirilen yurt dışı seyahat yasağı ve zorunlu hallerde bu seyahatin Vali veya Kaymakamın iznine tabi kılınması, Anayasanın 23. maddesinde yer alan Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğüne aykırıdır. Zira bahsi geçen maddenin 1. fıkrasında “*Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.*” ifadesine yer verildikten sonra 3. fıkrada bu özgürlüğün, “... suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek; amacıyla kanunla sınırlandırılabilir.” hükmü getirilmiştir. Kararname ile getirilen tedbirlerin amacının herhangi bir suç soruşturma ve kovuşturmasını ilgilendiren veya suç işlenmesini önleyen bir tarafı olmadığından, bu aykırılık durumu çıkmaktadır.

Yine 16 Mart 2020 tarihli, İçişleri Bakanlığı tarafından 81 il valiliğine gönderilen ve “*kafe, restoran, çay bahçesi, tiyatro ve sinemalar, çocuk oyun alanları, taziye evleri ve çadırları gibi insanların bir arada buldukları tüm alanların faaliyetlerinin durdurulması ve düğün-nişan ve toplantı-gösteri yürüyüşü gibi etkinliklerin yasaklanmasına*” yönelik düzenlemeyi içeren genelge, AY. m. 34'te düzenlenen “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı”nın, 17. maddede düzenlenen “Kişinin Dokunulmazlığı,

Maddi ve Manevi Varlığı” hükmünün ve nihayet 27. maddede yer alan “Bilim ve Sanat Özgürlüğü” nün ihlalidir. Şöyle ki, genelge ile kafe ve restoranların, düğün/nişan ve taziye organizasyonlarının ve özelde kamuoyuna bir konu hakkında açıklama yapma hakkını barındıran toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanması her ne kadar 34. maddenin 3. fıkrasında “*millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla*” mümkün hale getirilmiş ve genel sağlığı da içinde barındıran “kamu düzeni” bu sınırlama sebeplerinin arasında sayılmış ise de aynı fıkranın devamında, 13. maddeye uygun olarak bu sınırlamaların “kanunla” yapılabileceği açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla genelge ile getirilen bu sınırlama 34. maddenin öngördüğü bir sınırlama değildir. Yine aynı genelge ile kafe ve restoranların kapatılması ve tiyatro ve sinemaların faaliyetlerinin durdurulması, kişilerin sosyalleşmelerini ve kendilerini manevi olarak geliştirmelerini engelleyen dolayısıyla da manevi varlığını geliştirme hakkını kısıtlayan bir durumdur. Nihayet aynı genelgede tiyatro ve sinemaların faaliyetlerinin durdurulması, aynı zamanda bilim ve sanat özgürlüğünün engellenmesi anlamına gelmektedir.

20 Mart 2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Genelgesi kapsamında her türlü bilimsel ve kültürel etkinliğin, ilk aşamada belli bir süreliğine de olsa yasaklanması aynı gerekçelerle 17. maddede düzenlenen kişinin manevi bütünlüğünü geliştirme hakkına ve 27. maddede düzenlenen Bilim ve Sanat Özgürlüğü’ne ve nihayet 34. maddede yer alan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına aykırıdır.

Bu düzenlemeden hemen sonra, 21 Mart’ta yayımlanan İçişleri Bakanlığı Genelgesi ile 65 yaş üstündeki kişilere getirilen sokağa çıkma yasağı seyahat özgürlüğünü, aynı gün kuaför ve güzellik salonlarının belirsiz bir süreyle kapatılması, sanat icra eden bu kişilerin faaliyetlerinin yasaklanması nedeniyle bilim ve sanat özgürlüğünü, 28 Mart’ta 81 il valiliğine gönderilen İçişleri Bakanlığı genelgesiyle iller arası seyahati kısıtlayan düzenleme, 3 Nisan’da yayımlanan bir diğer genelge ile 30 Büyük Şehir ve Zonguldak iline giriş-çıkışları yasaklayan ve yurt genelinde 20 yaş altındaki gençlerin sokağa çıkma yasağını öngören düzenleme, 10 Nisan’da yayımlanan, sayılan 31 ilde hafta sonları için geçerli olmak kaydıyla belli süreliğine bu illerde yaşayan herkesin sokağa çıkmasını yasaklayan düzenleme ve nihayet 23 Mayıs tarihi itibarıyla Ramazan Bayramı süresince yurt genelinde sokağa çıkma yasağını

öngören düzenleme –Anayasada öngörülen şartları sağlamadığından- seyahat özgürlüğünü ihlal etmiştir.

Aynı durum, 26.04.2021 tarihinde 81 il valiliğine gönderilen genelge doğrultusunda 29.04.2021 – 17.05.2021 tarihleri arasında getirilen tam kapanma için de geçerlidir. Özellikle bu son tam kapanma genelgesi ile seyahat özgürlüğü, çalışma özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü gibi Anayasada yer alan birçok temel hak ve özgürlüğün kullanılması, Anayasada öngörülen şartlara aykırı olarak durdurulmuştur.

3.2. Normlar Hiyerarşisi Bakımından Değerlendirme

Normlar hiyerarşisi kavramı, “*hukuk normlarının derece ve kuvvetini belirlemekte ve bir hukuk düzeninde var olan normların çokluğu*” olarak tanımlanmıştır^[43]. Bu kavramı sistematize edenin Kelsen olduğu söylene de bu görüşü savunanlar, aynı zamanda Kelsen’in, “normlar hiyerarşisi” kavramının doğrudan mucidi olmadığını, bu kavramın çok daha öncesinde, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Federal Yüksek Mahkemesi’nde 1803 yılında görülen *Marbury v. Madison Davası*’nda ortaya atıldığını ifade etmişlerdir^[44]. Kelsenci anlayışa göre bir norm, ancak bir üst normun öngördüğü şekilde yaratılmışsa geçerli olup, hiyerarşinin her katı, geçerliliğini bu hiyerarşinin bir üst katından almaktadır^[45].

Anayasamızda normlar hiyerarşisi, doğrudan bu başlık altında düzenlenmiş bulunmamakta, aynı zamanda Anayasa metninde “normlar hiyerarşisi” kavramına da yer verilmemektedir. Bununla birlikte Anayasanın 137. maddesinde “Kanunsuz Emir” başlığı ile düzenlenen hükmün lafzına bakıldığında,

[43] Erdal Kuluçlu, “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, *Sayıştay Dergisi*, 2008, C. Temmuz-Eylül, S. 71, s. 3.

[44] Abdullah Sezer, *Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)* in *Anayasa Mahkemesi’nin 57. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s. 354.

[45] Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Yayınevi, Bursa, 1999, s. 126.

normlar hiyerarşisinin genel resmi karşımıza çıkmaktadır^[46]. Buna göre en üstün norm Anayasa olup, kanunlar Anayasaya, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kanuna ve Anayasaya, yönetmelik Cumhurbaşkanlığı kararnamesine, kanuna ve Anayasaya uygun olmak durumundadır.

Ancak Anayasanın 137. maddesi, tek başına normlar hiyerarşisinin tamamını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Zira Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu ve altında imzası bulunan uluslararası antlaşmalar da usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmakla birlikte iç hukuk kuralı haline gelecektir. Dolayısıyla uluslararası antlaşma hükümlerini de normlar hiyerarşisi bakımından bir yere koymak gerekmektedir. Uluslararası antlaşma hükümlerinin iç hukukumuzdaki ve normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek için Anayasanın 90/5. maddesi hükmü^[47] bize yol gösterici olmaktadır. Bahsi geçen fıkranın 1. cümlesinde uluslararası antlaşmaların iç hukukumuzdaki yeri ile ilgili genel bir hükme yer verilmiş ve bu hükümlerin “*kanun hükmünde*” olduğu ifade edilmiş, ancak 2004 yılında getirilen ek cümlede bu antlaşmalardan, “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümleri içerenler*” ile ilgili ayrı bir düzenleme yapılarak bu türdeki uluslararası antlaşmalar ile kanunların çelişmesi halinde uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı ifade edilmiştir.

AY. m. 90/5 hükmünün lafzi yorumdan hareketle, uluslararası antlaşmaların iç hukuk kuralları karşısındaki yerini, kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin hükümler içerip içermemesi durumuna göre belirlemek gerekecektir. Buna göre, kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin hükümlere yer veren uluslararası antlaşmalar, kanunlarla çelişmesi halinde doğrudan uygulanabilir nitelikte

[46] **Anayasa Madde – 137:**

“*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmes ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. ...*”

[47] **Anayasa Madde – 90/5:**

“... ”

(5) *Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

olduğuna göre bunların kanunlardan üstün olduğu sonucu karşımıza çıkacaktır. Ancak bu kural diğer (ticari hükümleri içeren) uluslararası antlaşmalarla ilgili düzenlenmediğinden ve genel olarak uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtildiğinden, kişi hak ve özgürlükleri içermeyen uluslararası antlaşmaların kanunlarla eşit olduğu sonucunu doğurmaktadır. Tüm bu açıklamalardan hareketle normlar hiyerarşisini şu şekilde tablo haline getirmek mümkündür:

HAKEMLİ



ŞEKİL-1: Pozitif hukukumuza göre normlar hiyerarşisi piramidi.

Üstte yer alan örnek şekilde yer aldığı üzere, günümüz pozitif hukuk kaynaklarında normlar hiyerarşisi altı basamaktan oluşmaktadır.

Bunların en üstünde Anayasa, ikinci sırada Kişi Hak ve Özgürlüklerine İlişkin Uluslararası Antlaşmalar, üçüncü sırada Kanunlar ve Ticari Alandaki Uluslararası Antlaşmalar, dördüncü sırada Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri,

beşinci sırada Yönetmelikler ve nihayet en altında ise Adsız Düzenleyici İşlemler yer almaktadır^[48].

Konumuz açısından en önemli ve açıklamaya en muhtaç olan konu adsız düzenleyici işlemlerdir. İdare hukuku doktrinde maddi bakımdan işlemler; bireysel (birel) ve düzenleyici işlemler olmak üzere iki başlıkta incelenmekte olup, düzenleyici işlemler kendi aralarında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi^[49], yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler^[50] olarak üç başlık altında toplanmaktadır. Adsız düzenleyici işlemler de kendi arasında “yönerge”, “genelge”, “genel emir”, “tebliğ”, “tarife”, “kılavuz”, “imar planı” gibi alt başlıklara ayrılmaktadır^[51]. Bu düzenleyici işlemlerin ayrı ayrı zikredilmemesi ve “adsız düzenleyici işlem” adı altında toplanmasının sebebi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelikten farklı olarak Anayasa’da zikredilmemeleri

[48] Metinde verilen “normlar hiyerarşisi piramidi” Anayasadaki düzenlemelerden yola çıkarak tarafımda yapılmış bir tablo olup, doktrinde bu normların sıralaması ile ilgili farklı yorumlar bulunmaktadır. Örneğin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin kanunlarla eşit olduğunu iddia eden görüş için bkz. Yeliz Şanlı Atay, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 10, S. 2, s. 588-592 Başka bir değerlendirmede, AY. m. 90 hükmünden hareketle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler içeren uluslararası antlaşmalarla bu içeriğe sahip olmayan (ticari nitelikli) uluslararası antlaşmaların ayrı ayrı değerlendirilmesinden hareketle, ikinci türdeki (ticari) uluslararası antlaşma hükümleriyle kanunların çelişmesi durumunda, kanunların (iç hukuk mevzuatının) uygulanacağı yönünde Anayasa koyucununun zımnî bir iradesinin olduğu değerlendirilmekte, dolayısıyla bu görüşe göre ticari nitelikteki uluslararası antlaşmalar piramitte kanunların altındaki satırda konumlandırılmaktadır. Bu yöndeki değerlendirme için bkz. Kuluçlu, 2008, s. 5.

[49] Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki statüsünün, Anayasada zikredilen bir düzenleyici işlem olduğu yönündeki görüş ve ayrıntılı gerekçesi için bkz. Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 81.

[50] Doktrinde adsız düzenleyici işlemlere “diğer düzenleyici işlemler” de denildiği görülmektedir. Bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 327; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Karan, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 606.

[51] Çağlayan, 2019, s. 327; Ramazan Cengiz Derdiman, *İdare Hukuku*, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2007, s. 31; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 87.

olarak açıklanmaktadır^[52]. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'da zikredilen düzenleyici işlemler dışında başkaca düzenleyici işlemler tesis edilmesinin, Anayasaya ve idare hukuku kurallarına aykırı olmayacağına karar vermiştir^[53].

Genelgeler, üstteki açıklamada da belirtildiği gibi, adsız düzenleyici işlemler arasında yer almaktadır. Covid-19 sürecinde Türkiye'de alınan tedbirler kapsamında getirilen kısıtlamalar, kronolojik olarak incelendiği bölümde de görüleceği üzere Cumhurbaşkanlığı kararı, Cumhurbaşkanlığı genelgesi veya İçişleri Bakanlığı tarafından çıkartılan genelgelerle getirilmiştir. Her iki düzenlemenin de hukuki statüsü bakımından (Cumhurbaşkanlığı kararı ve genelge) prensip olarak^[54] adsız düzenleyici işlemler olarak değerlendirilmesi, konumuz bakımından her iki işlemin özelliklerini ve normlar hiyerarşisi bakımından incelenmesini zorunlu kılmaktadır^[55].

Özellikle genelgelerin en belirgin vasfının, çoğunlukla idare için geçerlilik taşıyan, ilgili yasal düzenlemelerin hükümlerini yorumlamak ve açıklamak üzere yapılmaları olduğu belirtilmiştir^[56]. Her ne kadar genelgelerin de idare hukuku bakımından bağlayıcı oldukları belirtilmekte^[57] ise de bu işlemler, Anayasanın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uygun oldukları

[52] Çağlayan, 2019, s. 327.

[53] Anayasa Mahkemesi, 1990/19, 21.06.1991. İlgili karara ulaşmak için bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21355.pdf>>, (Erişim Tarihi: 25.05.2020)

[54] Cumhurbaşkanlığı kararları kimi zaman bireysel işlem olarak da ortaya çıkabilmektedir. Ancak bu çalışmada, örneklerde olduğu gibi düzenleyici işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı kararlarının yapısı ve normlar hiyerarşisi içindeki yeri üzerinde durulacaktır.

[55] Cumhurbaşkanlığı kararı, terimsel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'ne benzemekte ise de yine Cumhurbaşkanı tarafından alınan ancak kararnamelerin şekil şartlarına tabi olmayan, hukuki statü olarak da adsız düzenleyici işlemler içinde yer alan düzenleyici işlemlerdir. Ayrıca iki işlem, yargı denetimi bakımından da farklılık göstermekte olup, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi (Anayasa Yargısı) tarafından yapılırken, Cumhurbaşkanlığı kararlarının yargısal denetimi idari yargı tarafından yapılmaktadır.

[56] İl Han Özay, *Gün Işığında Yönetim II – Yargısal Koruma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 177.

[57] Derdiman, 2007, s. 31; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 87.

ölçüde Anayasaya uygundurlar. Başka bir deyişle, Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmişken, genelgelerle getirilen bir düzenlemenin –usulüne göre ilan edilmiş bir OHAL söz konusu olmadığı hallerde- temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı hükümler içermesi halinde, bu genelgelerde yer alan temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan hükümler, Anayasaya aykırı hale gelmektedir. Bu durumda “*Anayasaya ve dolayısıyla da hukuka aykırı olduğu görülen bu genelgelerle konulan kuralların uygulanabilirliği ne olacaktır?*” sorusu akla gelebilir. Gerek doktrinde gerekse yargı içtihatlarında vurgulandığı üzere idari işlemlerin özelliklerinden en önemlisi hukuka uygunluk karinesinden yararlanmalarıdır. Başka bir ifadeyle, bir idari işlem; idarece geri alınmadığı veya hukuka aykırı olduğu yargı organları tarafından tespit edilmediği (idari yargı organlarıncı iptal edilmediği) sürece, yapılan işlemin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla genelge ile Anayasaya ve dolayısıyla hukuka aykırı olarak konulan kuralların, dava açma süresi içinde iptal davasına konu edilmesi ve idari yargı organları tarafından iptal edilmesi veya en azından iptal davası sonuçlanıncaya kadar bu kuralların uygulanmasının önüne geçilebilmesi için işlemin yürütmesinin durdurulmasının talep edilmesi ve görevli ve yetkili^[58] yargı organınca yürütmenin durdurulması kararı verilmesi gerekmektedir^[59].

[58] Danıştay Kanunu’nun 24/(b) maddesi gereğince, “*Danıştay, Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere ... karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ilk derece mahkemesi olarak karara bağlar*”. Covid-19 ile ilgili sınırlamaları içeren 2020/2 ve 2020/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgeleri de bu kapsama giren birer düzenleyici işlem olduğundan, söz konusu kısıtlamalara ilişkin hükümlerin iptali için açılacak davada görevli mahkeme Danıştay’dır. İdari yargı yerlerinde yetki, görevli mahkemenin ülke genelinde birden fazla olması halinde hangi coğrafi bölgedeki görevli mahkemenin bu davaya bakacağı ile ilgili bir husus olduğundan, görevli mahkemenin Danıştay olduğu durumlarda yetkili mahkemeyi ayrıca tartışmaya gerek bulunmamaktadır.

[59] İYUK m. 27/2 hükmünde geçen; “*Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir.*” hükmü gereğince genelgenin iptali için idari yargı organına başvuran kişi veya kişilerin, işlemin hukuka

Konumuz bakımından, makalede daha önce kronolojik olarak incelen Cumhurbaşkanlığı genelgeleri ile İçişleri Bakanlığı'nın yayımladığı genelgelerin kendi içlerinde kategorik olarak incelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle İçişleri Bakanlığı tarafından çıkartılan genelgelerde, İl İdaresi Kanunu'nun 11/(C) maddesi ile Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 27 ve 72. maddelerine dayanması, sınırlamanın kanunla öngörüldüğü ve ilk bakışta sınırlamanın temelinin genelge değil kanun olduğu ve İçişleri Bakanlığı'nın genelgeleri ile getirilen kısıtlamaların normlar hiyerarşisi bakımından hukuka uygun olduğu ileri sürülebilir ise de çalışmada daha önce de bahsedildiği üzere; genelgelerin, “*kanunun hükümlerini yorumlamak ve açıklamak üzere*” çıkarıldığı göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu genelgelerin, bahsi geçen kanunları yorumlayan veya açıklayan hükümler getirmek yerine kendi başına hususi kısıtlamalar getiren yeni kurallar tesis ettiği düşünülmektedir. Zira ilgili genelgelere dayanak olarak gösterilen İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinde “*İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır.*” normu yer almaktadır. İçişleri Bakanlığı'nın çıkardığı genelgelerle getirilen kısıtlamaların bir diğer dayanağı olan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 27. maddesinde “*Umumi hıfzıssıhha meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin ıslahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faydeleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler.*” hükmü ile aynı Kanununun 72. maddesinde şu hükme yer verilmektedir:

“57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

1- Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphelenilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap

aykırı olduğunu ve işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceğini gerekçeli olarak belirtmesi ve bu iddianın yargı organınca kabul edilmesi gerekmektedir.

eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı.

2- Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki.

3- Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri.

4- Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafı.

5- Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri.

6- Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men'i.

7- Dahilinde sâri ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi.”

Son olarak madde metninde atıfta bulunulan 57. maddede sayılan hastalıklar ise “*Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi-paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, 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 nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklar...*” ifadesi yer almakta, başka bir ifadeyle bu hastalık isimleri sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesine göre sayılmaktadır. Dolayısıyla 72. maddede bahsedilen önlemlerin alınabilmesi, madde hükmü ile ancak bu hastalıklardan birinin varlığı şartına bağlanmıştır. Covid-19’un zatürreye sebep olduğu bilindiğinden, bu kanunun uygulanacağı düşünülmektedir.

Ancak İçişleri Bakanlığı genelgesi ile getirilen kısıtlamaların –OHAL ilanı söz konusu olmadığından- olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ilkeleri belirleyen Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil ettiği ve normlar hiyerarşisi bakımından hukuka aykırı olduğu değerlendirilmektedir. Zira genelgelerin dayandığı kanun maddeleri valilere tedbir alma yetkisi vermekte ise de bu tedbirler ancak 13. maddede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin tedbirlere aykırı düşmediği ölçüde hukuka uygun olabilmektedir. Bu durum, il valilerinin aldığı sokağa

çıkma yasakları örneğinde incelendiğinde bu yasağın seyahat özgürlüğünü sınırlayıcı nitelikte olduğu görülmektedir. Genel sağlık, seyahat özgürlüğünü sınırlayan özel sebepler arasında yer almadığından, salgının etkilerinin önlenmesi veya azaltılması amacıyla alınmış dahi olsa bu sınırlama Anayasanın 13. maddesindeki ilkelerle çelişeceğinden Anayasaya aykırı olacaktır. Bir genelgenin Anayasaya aykırı olarak çıkartılması, normlar hiyerarşisine de açıkça aykırı olacaktır^[60]. Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sadece Anayasanın bu hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerinde yer alan özel sınırlama sebeplerine dayalı olarak sınırlanacağı ilkesi karşısında Hukukta özgürlük esas, sınırlama istisna olduğundan, doktrinde sınırlama sebebinin dolaylı olarak değil, doğrudan kanunda öngörülmüş olması gerektiği, genelgenin kanuna atıfta bulunmasıyla bu açıklığın söz konusu olamayacağı ve getirilen bu sınırlamanın 13. maddede öngörülen usule aykırı olacağı ifade edilmiştir^[61].

Yine metinde incelediğimiz ve kamu görevlilerinin yurt dışına çıkışına kısıtlama getiren 2020/2 Sayılı Cumhurbaşkanlığı genelgesi ile açık ve kapalı alanlarda düzenlenecek her türlü bilimsel, sanatsal ve kültürel toplantı ve gösterinin yasaklanmasına ilişkin 2020/3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı genelgesi temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı hükümler içermekle beraber, genelge şeklinde düzenlenmesine rağmen bu genelgelerde herhangi bir kanuni dayanak kullanılmamıştır. Doktrinde genelgenin de dâhil olduğu adsız düzenleyici işlemlerin Cumhurbaşkanının yetkisinde olduğu kabul edilmekle birlikte, bu işlemlerin ya kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir dayanağa oturtulmuş olması gerektiği ifade edilmiştir^[62]. Ancak her iki Cumhurbaşkanlığı genelgesi de az önce belirtildiği gibi herhangi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanmadığı gibi, Anayasada açıkça belirtildiği üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı hükümlerin getirilmesi kural olarak mümkün

[60] Aynı yöndeki görüş için bkz. Seçkin Yavuzdoğan, “Tehlikeli Salgın Hastalık Sebebiyle Alınan Sokağa Çıkma Yasağı Kararları Üzerine Birkaç Not”, *Adalet Dergisi*, 2020, C. 1, S. 64, s. 136, 137.

[61] Kemal Gözler, “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)”, www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm, (Erişim Tarihi: 20.10.2020)

[62] Özen Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, S. 1, s. 12.

olmayıp, bu durumun tek istisnası, olağanüstü yönetim usullerinde çıkartılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacak düzenlemelerdir. Covid-19 sürecinde OHAL ilan edilmemiş olması, böyle bir yönetim usulüne geçişi gerektirecek derecede olağanüstü bir durumun olmadığını gösterir ki bu durumda da bahsi geçen temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayansaydı ve hatta bu düzenlemeler bizzat Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı altında yayımlanmış olsaydı da düzenleme Anayasaya uygun olmayacaktı. Bahsi geçen Cumhurbaşkanlığı genelgelerinin bu açılardan da normlar hiyerarşisi ve Anayasanın 13. maddesindeki ilkeler bakımından Anayasaya aykırı olduğu düşünülmektedir.

3.3. İdari İşlemin Unsurları Bakımından Değerlendirme

İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 2/1 maddesinde, idari işlemler hakkında açılan iptal davalarını tanımlarken “*idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları*” ifadesi kullanılmıştır. Buna göre idari işlemin unsurları; *yetki, şekil, sebep, konu ve maksat* olarak belirlenmektedir. Kanunun lafzından, idari işlemin, bu unsurlardan biri bakımından dahi hukuka aykırı olması halinde işlem sakat olacağından, idarenin yaptığı işlemin hukuka uygun olabilmesi için tüm bu unsurları, mevzuatta öngörüldüğü şekilde içermesi gerekmektedir.

Covid-19 sürecinde alınan tedbirlerin bireysel işlem bakımından somut olaylara göre incelenmesi mümkün olmamakla birlikte, çalışmada özellikle Cumhurbaşkanlığı kararı ve genelge ile alınan tedbirlerin genel düzenleyici işlemler kapsamında idari işlemin unsurları bakımından değerlendirilmesi yoluna gidilecektir.

İdari işlemlerin yetki unsuru; işlemin mevzuatla idare amacıyla irade açıklama ehliyetine sahip kılınan kişi/kurul/makam tarafından yapılıp yapılmadığını, şekil unsuru; mevzuatta bir işlemin yapılışı bakımından herhangi bir şekil şartı veya usul öngörüldüğü takdirde işlemin bu şekil şartına veya usule uygun yapılıp yapılmadığını, sebep unsuru; idareyi o işlemi yapmaya sevk eden nedeni, konu unsuru; yapılan işlem ile hukuk âleminde meydana gelmesi beklenen neticenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, nihayet amaç

unsuru; mevzuatta öngörülen özel bir amaç olmaması halinde genel itibarıyla kamu yararını ifade etmektedir^[63].

Türk idari yapısında yürütme organının başında Cumhurbaşkanı olduğu tartışmasız bir gerçekliktir. Daha açık bir ifadeyle, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesinden sonra yeni sistemi inşa etmek için, 703 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile yeni sisteme geçişin temelleri atılmış, sonrasında çıkartılan 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile mevzuatın sisteme adaptasyonu sağlanmış ve bu iki önemli düzenlemenin ardından, başbakanlık ve bakanlar kurulu kaldırılmış tüm bakanlıklar, Cumhurbaşkanlığı'na bağlanmıştır. Dolayısıyla yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı'nın ve ona bağlı olarak çalışan Bakanlıkların yönetmelik çıkarma yetkisi olduğu gibi, genelge çıkarma yetkisi de vardır. Covid-19 sürecinde alınan kararlar daha önce de ifade edildiği üzere Cumhurbaşkanlığı Kararı, Cumhurbaşkanlığı genelgesi ve İçişleri Bakanlığı genelgesi şeklinde çıkarıldığından ve bu kararların yetkili merciler tarafından alındığı görüldüğünden söz konusu düzenleyici işlemlerde yetki unsuru bakımından herhangi bir hukuka aykırılık olmadığı düşünülmektedir.

Covid-19 sürecinde alınan tedbirler şekil unsuru bakımından değerlendirildiğinde tüm tedbirlerin ortak özelliğinin, (istisnalar hariç olmak üzere) temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı hükümler içermesi olduğu görülmektedir. Çalışmada daha önce de ifade edildiği üzere Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması, olağan dönemler için 13. maddede, olağanüstü dönemler içinse 15. maddede düzenlenmiştir. Yine metinde daha önce de ifade edildiği üzere, temel hak ve özgürlüklerin 13. maddedeki sınırlama hallerine aykırı olacak şekilde kısıtlanabilmesi, başka bir deyişle 15. madde hükümlerinin uygulanabilmesi, ancak usulüne uygun olarak ilan edilmiş bir OHAL' in varlığı ile mümkündür. İşte Covid-19 sürecinde

[63] İdari işlemin unsurları konusunda tüm tanımlar yaklaşık bu yönde olup, bu tanımlar ile ilgili ayrıntılar ve bilgi için bkz. A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt:1 Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 369; Özyay, 2010, s. 203-205; A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 313; Çağlayan, 2019, s. 341-393; Derdiman, 2007, s. 524-532; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 274-301; Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 134-161; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 115-141; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, 2020, s. 365-435; Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.381-430 .

OHAL ilan edilmemiş olmasına rağmen, Anayasanın 13. maddesinde öngörülen “kanunla sınırlandırma” ilkesine aykırı olarak temel hak ve özgürlüklerin genelgeler ve Cumhurbaşkanlığı kararı ile sınırlandırılmış olması, başka bir ifadeyle söz konusu düzenleyici işlemlerin kanuni dayanakları olmaksızın ve OHAL ilan edilmeksizin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı hükümler içermesinin, Anayasada öngörülen *şekil unsuruna aykırılık teşkil ettiği* düşünülmektedir. Bunun yanında Cumhurbaşkanlığı ve İçişleri Bakanlığı tarafından çıkartılan genelgelerin ilan usulünün öngörülen şekilde yapılıp yapılmadığı da şekil unsuru bakımından işlemin hukuka uygunluğunu etkileyecek bir husustur. Düzenleyici işlemlerle ilgili Anayasanın 104. maddesinde hüküm bulunmakta, bunlardan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'nin ve Cumhurbaşkanı tarafından çıkartılan yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayımlanacağı belirtilmektedir. Bu düzenleme dışında 2018 yılında yürürlüğe giren “10 Sayılı Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”^[64] nin 4. maddesinde Resmi Gazete'de yayımlanması zorunlu olan mevzuat sınırlı sayı ilkesi çerçevesinde düzenlenmiş^[65] ve bu maddenin (ç) bendinde, “Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanlığınca Resmi Gazete'de yayımlanması uygun görülen karar

[64] 15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. İlgili sayının aslına ulaşmak için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180715-7.pdf>, ET. 18.10.2020.

[65] Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.4:
 (1) Resmî Gazete'de;
 a) Kanunlar,
 b) TBMM İçtüzüğü ve Başkanlık Divanınca Resmî Gazete'de yayımlanması istenen Türkiye Büyük Millet Meclisi kararları,
 c) Milletlerarası antlaşmalar ve sözleşmeler,
 ç) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanlığınca Resmi Gazete'de yayımlanması uygun görülen karar ve genelgeler,
 d) Özel kanunlarında Resmî Gazete'de yayımlanması öngörülen mahkeme kararları,
 e) 24/5/1984 tarihli ve 3011 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanunda belirtilen yönetmelikler,
 f) Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakan atanması, görevine son verilmesi veya istifasına dair işlemler,
 g) Cumhurbaşkanına vekâlet etme işlemleri,
 ğ) Bağlı, ilgili veya ilişkili olunan kurum değişikliklerine dair kararlar,
 h) Yüksek yargı organlarının üyeliğine seçilme kararları,
 ı) Cumhurbaşkanınca yapılan seçme ve atamalar ile göreve son vermeler,

ve genelgeler”, Resmi Gazete’de yayımlanması zorunlu mevzuat arasında gösterilmiştir. Ancak bakanlıklar tarafından çıkartılan genelgeler, bu maddede belirtilen ve Resmi Gazete’de yayımlanması zorunlu olan düzenli işlemler arasında gösterilmemiştir. Maddede, Cumhurbaşkanı tarafından uygun görülecek karar ve genelgelerin Resmi Gazete’de yayımlanacağı belirtildiğinden ve makaleye konu olan her iki Cumhurbaşkanlığı işlemi de Resmi Gazete’de yayımlandığından, bununla birlikte İçişleri Bakanlığı genelgeleri her ne kadar Resmi Gazete’de yayımlanmamış olsa da 4. maddede Resmi Gazete’de yayımlanması gereken düzenleyici işlemler arasında yer almamış olduğundan, alınan bu kararların bu bakımdan şekil unsuru noktasında herhangi bir sakatlığı bulunmamaktadır.

Sebeup unsuru, idareyi işlem yapmak için harekete geçiren neden olduğundan, idareyi, temel hak ve özgürlükleri genelge ve Cumhurbaşkanlığı kararıyla sınırlandırma noktasında harekete geçirecek bir durumun olması gerekmektedir. Tekrara düşmemek amacıyla, daha önce belirtilen gerekçelerle, bu hak ve özgürlüklerin bahsi geçen düzenleyici işlemlerle kısıtlanabilmesinin, ancak OHAL ilanı ile mümkün olacağı belirtilmelidir. Bu açıdan Covid-19 tedbirleri kapsamında yayımlanan ve tedbirlerin uygulanması amacıyla temel hak ve özgürlüklere kısıtlama getiren hükümleri barındıran İçişleri Bakanlığı genelgeleri ile 2 ve 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgelerindeki düzenlemelerin, *sebeup unsuru bakımından da hukuka aykırı olduğu* değerlendirilmektedir.

Sebeup ve konu unsurları, deyim yerindeyse zincirin halkaları misali neden-sonuç ilişkisiyle birbirlerine bağlıdır. Konu unsuru, daha önce de tanımlandığı üzere, yapılan idari işlemle hukuk âleminde meydana gelmesi beklenen neticenin gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Bu açıdan bakıldığında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması OHAL ilanı olmadığı takdirde ancak kanunla söz konusu olabileceği için, kanun dışında bir düzenleyici işlemle bu sınırlamaların yapılması, hukuk âleminde meydana gelmesi beklenen neticenin gerçekleşmemiş olduğunun göstergesidir. Daha açık bir

i) Sınır tespit kararları, idari bağıllık değişikliğine dair kararlar, belediye kurulmasına dair kararlar, yer adlarının değiştirilmesine dair kararlar,

j) Özel kanunlarında Resmi Gazete’de yayımlanması belirtilen diğer işlemler, yayımlanır.

(2) Birinci fıkrada sayılanlar dışında Resmi Gazete’de yayımlanmasına lüzum görülen hususlar Cumhurbaşkanlığınca belirlenir.

ifadeyle, OHAL ilanı söz konusu olmadan, düzenleyici işlemlerle temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması sonucunun doğması hukuk alanında meydana gelmesi beklenen bir sonuç olmadığından, bahse konu düzenleyici işlemlerle getirilen kısıtlamaların, *konu unsuru bakımından da hukuka aykırı olduğu* düşünülmektedir.

Nihayet idari işlemlerin temel amacı kamu yararı olduğundan, söz konusu düzenlemelerle getirilen kısıtlamaların amaç unsuruna uygun olup olmadığını iyi değerlendirmek gerekmektedir. Her ne kadar, tüm dünya ülkelerinde olduğu gibi, ülkemizde de Covid-19 salgını ciddi bir yaşam güvenliği sorunu olup, getirilen sınırlamaların da salgının artmasının önlenmesi açısından hayati öneme sahip ve alınması zorunlu tedbirler olduğu aşikâr ise de alınan tedbirlerin Anayasada öngörülen kurallara uyulmadan alınmış olması, Anayasanın üstünlüğünü kural altına alan 11. maddeye ve temel hak ve özgürlüklerin; “*herkesin kişiliğine bağlı, vazgeçilmez, devredilmez haklar olduğunu*” beyan eden 12. maddeye aykırılık teşkil eder. Başka bir ifadeyle salgın koşulları karşısında alınan tedbirler özellikle yaşam hakkının korunması bakımından kamu yararına uygun görülse de pandemi süreci sonrasında tüm dünyada “*artık hiçbir şeyin eskisi gibi olmayacağı*” öngörüsü karşısında temel hak ve özgürlüklere Anayasada öngörülen güvencelere aykırı olarak müdahale edilmesine ilişkin bir emsal durum meydana getirdiğinden alınan tedbirlerin yerindeliğini gölgede bırakmakta ve işlemler kamu yararına yani *amaç unsuruna aykırı* hale gelmektedir.

Görüldüğü gibi, mevcut durumda temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin (bireysel işlemler) ve bu müdahalelere dayanak olarak gösterilen düzenleyici idari işlemler bakımından; şekil, sebep, konu ve amaç unsurları bakımından sakat olduğu düşünülmektedir.

Çalışmada daha önce de değinildiği üzere İYUK 2. madde hükmü, idari işlemin bu 5 unsur bakımından da hukuka uygun olması gerektiğini, başka bir ifadeyle işlem bu unsurlardan biri veya birkaçı bakımından hukuka aykırı olduğu takdirde sakat hale geleceğini bildirmektedir.

Çalışmanın bu kısmına kadar, Covid-19 süresince alınan tedbirlerin, Anayasa ve idari işlemin unsurları bakımından hukuka aykırı olduğu gerekçeleriyle birlikte değerlendirilmiştir. Bu nokta akla şu soru gelmektedir: Covid-19 kapsamında alınan tedbirlerin idari davalara konu olabilmesi söz konusu olabilir mi?

Bu sorunun cevabı İYUK hükümlerinde gizlidir.

Çalışmanın en önemli sonuçlarından biri olan bu hususu biraz ayrıntılı değerlendirmekte fayda vardır.

İYUK 2. madde hükmü^[66] gereğince, idari yargıda görülecek davalar temel anlamda iki türlü olup bunlar iptal ve tam yargı davalarıdır^[67]. Ancak her iki dava da ilk inceleme ve esas incelemesi olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. İlk inceleme, davanın esas aşamasına geçilmeden önce idari yargı organlarının çeşitli kriterlere göre yaptığı incelemeden oluşmaktadır. Bu kriterlerin neler olduğu ve sıralaması ise İYUK 14. maddede gösterilmektedir^[68].

[66] **İYUK Madde-2:**

- a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,*
b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,
c) (Değişik: 18/12/1999-4492/6 md.) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.”

[67] Maddede her ne kadar “*idari sözleşmeden doğan davalar*” ifadesi yer almakta ve bu davanın ayrıca zikredilmesi idari yargıda üçüncü bir davanın olduğu gibi bir anlama yol açmakta ise de idari sözleşmelerin idari işlemin unsurları bakımından sakat olması ve bu sakatlıkların kişilerin menfaatlerini zedelemesi halinde bu sözleşmeler iptal davasına, sözleşmelerin uygulaması nedeniyle kişilerin doğrudan zarara uğraması halinde ise tam yargı davasına konu olabilecekleri göz önünde bulundurulduğunda idari sözleşmelerden doğan davaların, bu iki temel dava türü içinde eridiği ve ayrı bir dava türü olmadıkları kabul edilmektedir.

[68] **İYUK Madde – 14/3:**

- “...
Dilekçeler, Danıştay’da daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından:
a) Görev ve yetki,
b) İdari merci tecavüzü,
c) Ehliyet,
d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,
e) Süre aşımı,
f) Husumet,
g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları, Yönlerinden sırasıyla incelenir.”

İYUK 14/3 maddesi hükmünde belirtilen ilk inceleme koşulları incelendiğinde, dava açma ehliyetinin, ilk inceleme kriterleri arasında sayıldığı görülmektedir. Dava açma ehliyetinin ne olduğu sorusunun cevabı da İYUK 2. madde hükmünde saklıdır. Buna göre iptal davaları ve tam yargı davaları için iki ayrı dava açma ehliyeti öngörülmüş, iptal davalarını açabilmek için idari işlem dolayısıyla “*davacının menfaatinin ihlal edilmesi*”, tam yargı davaları içinse “*davacının kişisel hakların doğrudan muhtel olması (zarara uğraması)*” dava açma koşulu olarak kabul edilmiştir. Başka bir anlatımla, bir idari davanın esasına geçilebilmesi yani iptal davaları açısından işlemin unsurlar bakımından sakat olup olmadıklarının değerlendirilmesi, tam yargı davaları için ise uğranılan zararlar yapılan idari işlem arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığının ve idarenin sorumluluğunun olup olmadığının tespit edilebilmesi için, öncelikle davanın doğru kişi/kişiler tarafından açılmış olması gerekmektedir.

Bu açıklamalardan hareketle, tedbirler kapsamında yürürlüğe konulan düzenleyici işlemler ve bunların uygulanması kapsamında yapılan bireysel işlemler nedeniyle menfaati zedelenen kişilerin, söz konusu işlemleri iptal davasına konu edebilmelerinin ve sonuç almalarının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Burada akıllara diğer bir idari dava türü olan tam yargı davasının mümkün olup olamayacağı sorusunun da gelmesi pek tabiidir. İlk inceleme kriterlerinden ehliyet bakımından şartları sağlayan kişi/kişilerin dava açması halinde diğer ilk inceleme koşullarında da herhangi bir sorun yok ise tam yargı davasının ilk kısmı atlatılmış olacaktır. Ancak davanın esas bakımından idari yargı organlarınca kabul edilmesi, başka bir deyişle idarenin sorumluluğunun tespit edilerek idarenin tazminata mahkûm edilmesi ayrı bir başlık altında incelenmesi gereken önemli bir husustur. Çalışmayı nihayetlendirmeden önce, çalışma ile varılmak istenen hedefe ulaşmak için, son olarak bu önemli hususun da incelenmesi gerekmektedir.

4. COVID-19 SÜRECİNDE ALINAN TEDBİRLERİN İDARENİN SORUMLULUĞU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Covid-19 sürecinde alınan tedbirler, dünya genelinde olduğu gibi ülkemizde de farklı sektörlerde ve farklı özelliklerde birçok alanda zarara neden olmuştur.

Kafe, restoran, kır bahçesi, kıraathane gibi insanların toplu şekilde bulunduğu yerlerin kapatılması, düğün gibi yine kalabalık bir insan topluluğunun sosyal mesafeye uyma ihtimallerinin zor olduğu organizasyonların iptal edilmesi, berber / kuaför / güzellik salonu gibi kapalı ve insanların yakın mesafede durmak zorunda oldukları yerlerin geçici süreyle kapatılması, 65 yaş ve üstü kişiler için salgından korumak için sokağa çıkma yasağı getirilmesi, seyahat kısıtlaması nedeniyle otobüs ve uçak seferlerinin uzunca bir süre sefer yapamaması, yine 30 Büyükşehir ile Zonguldak ilinde belirli süreliğine giriş çıkışların kural olarak kısıtlanması ve istisnalar dışında bu şehirlerin arasındaki akaryakıt istasyonlarının da bu sürelerde kapalı ve işlevsiz kalması ve sokağa çıkma yasağının hafta sonları ve belli günlerde uygulandığı şehirlerde kısıtlama süresi boyunca eczanelerden oto lastikçilere, şehir içindeki akaryakıt istasyonlarına kadar birçok işletmenin sadece belli günlerde açık olmasına izin verilmesi ve sinema / tiyatro / opera / bale gibi kültür merkezlerinin uğradıkları zararlar ve özel sektörde faaliyet gösteren sanayi tesislerinin faaliyetlerini durdurmaları nedeniyle küçülmeye gitmeleri sonucunda işsiz kalan kişiler, bunlardan sadece ilk aşamada akla gelenlerdir.

Covid-19 süreci sadece ekonomik zararlara neden olmakla kalmamış, aynı zamanda pandemi sürecinde aşının ve genel kabul gören bir tedavi sürecinin bulunamamış olması nedeniyle bir çok kişinin hayatını kaybetmesine de sebebiyet vermiştir. Özellikle sürecin en başından itibaren hastalarla doğrudan temas halinde bulunan sağlık çalışanlarının virüse yakalanarak sağlıklarını ve hatta hayatlarını kaybetmeleri gibi sorunlarla karşılaşmıştır.

Sayılan bu kısıtlamalara gidilmemiş olsa idi, salgının Türkiye’de; Avrupa ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri’ne göre çok daha kontrollü seyretmesi ve sağlık sistemi çökmeden bu sürecin atlatılmasını sağlamanın mümkün olmayacağı aşikârdır. Başka bir deyişle genel sağlık, kamu düzeninin en önemli unsurlarından olup, bu durumlarda en fazla öncelik verilmesi gereken husustur. Bununla birlikte yukarıda belirtildiği gibi, alınan bu tedbirler ve getirilen kısıtlamalar neticesinde birçok sektör uzunca bir süre “sıfır gelir, zorunlu gider” prensibi ile kazancı olmadan bu süreci geçirmeye gayret etmiştir. Yani bu süreçte farklı sektörlerde ve iş kollarında kazanç sağlayan birçok kişinin zarara uğradığı da önemli bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşte alınan bu tedbirler nedeniyle bahsi geçen kişilerin uğradıkları zararlar nedeniyle idareden tazminat talebinde bulunma olasılığının hukuken mevcut olup olmaması, tam yargı davalarının esasına ilişkin bir durumdur.

Bu olasılığın varlığı ise ancak idarenin sorumluluğu çerçevesinde açıklanabilir. Genel ve en basit tanımıyla idarenin sorumluluğu; “*idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararların yine idare tarafından giderilmesi*” olarak tanımlanmaktadır^[69].

İdarenin sorumluluğu, kusur sorumluluğu (hizmet kusuru) ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki türdür. Bu iki sorumluluk türünün ayırımına girmeden önce belirtmek gerekir ki, tazminat sorumluluğunun genel ilkesi çerçevesinde her iki türdeki sorumluluk için de üç temel şartın somut olayda bulunması gerekmektedir^[70]:

- İdarenin eylem veya işlemi,
- Zarar,
- Kişinin uğradığı zararlar idarenin eylem veya işlemi arasındaki illiyet bağı.

İdarenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için kural olarak^[71] oluşan zararın idarenin eylem veya işleminden kaynaklanması gerekmektedir.

Kusur sorumluluğunda, kamu hizmetlerinin kötü ve/veya geç işlemesi yahut hiç işlememesi nedeniyle idarenin^[72] kusurlu davrandığı durumların

[69] Bu ve benzer tanımlar için bkz. Derdiman, 2007, s. 134; Günday, 2011, s. 367, 368 Yayla, 2010, s. 351.

[70] Çağlayan, 2019, s. 655-664.

[71] Bu üç şartın hepsinin birden var olması idarenin kusur sorumluluğunda olduğu gibi kusursuz sorumluluğunun varlığında da aranmakta olup, Danıştay içtihatlarından ve doktrindeki çoğunluktan hareketle bu durumun tek istisnası kusursuz sorumluluk ilkesinin bir alt ilkesi olan sosyal risk ilkesinde zararlar idarenin davranışı arasında illiyet bağının bulunma şartının bulunmamasıdır.

[72] 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, idare amacıyla işlem yaparak veya eylemde bulunarak kusurlu davranışlarla kişilerde zarara neden olan memur da idare ile birlikte müteselsil sorumlu olarak kabul edilmekte ise de bu durum 657 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birinci derece sorumluluğun idarede olacağı şekilde düzenlenmiştir. Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ramazan Yıldırım, *Türk İdari Rejimi Dersleri*, Cilt 1, Mimoza Yayınevi, Konya, 2014, s. 300, 301.

bulunması gerekmektedir^[73]. Daha kapsayıcı bir ifadeyle hizmet kusuru kavramı, idarenin yürüttüğü bir kamu hizmetinin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bir bozukluk ve aksaklığı ifade etmekte kullanılmaktadır^[74]. Bu sorumluluk türünde, idarenin kusurlu davranışının zarara yol açtığına ispat yükü, kural olarak iddia eden davacıdadır. Daha açık bir ifadeyle, somut olayda zarara uğradığını iddia eden davacı taraf, zarar ile idarenin davranışı arasındaki illiyet bağını, idarenin kusurlu olduğunu ispatlayan delillerle desteklemek zorundadır. Tabii burada idari yargılama usulünde öne çıkan re'sen araştırma ilkesini de unutmamak gerekir. Re'sen araştırma ilkesi, bilgi ve belgelerin toplanması konusunda taraflar kadar mahkemenin de yetkilendirilmiş olması olarak tanımlanabilir^[75]. Bu ilkenin ayrıntıları, İYUK. m. 20/1'de "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.*" hükmüyle açıklanmıştır. Buna göre davacının, idarenin kusurlu olduğu yönündeki iddiasını ispatlamak için öne sürdüğü ancak elinde bulunmayan delilleri, re'sen araştırma ilkesi gereğince ilgili idari yargı organı, davalı idareden isteyebilecektir. İdarenin, idari yargı organının istediği belgeleri sunmamasının sonuca ne şekilde etki edeceği, istenen belgenin delil değeri ve ispat üstündeki ağırlığı, ilgili idari yargı organınca önceden tespit edilmeli ve bu belgelerin mahkemeye ibraz edilmemesi halinde sonuçlarının ne olacağı, bu durumun yargılamayı ne şekilde etkileyeceği ilgili belgelerin idari makamlardan istenmesi hususuna ilişkin ara kararda mutlaka belirtilmelidir. (İYUK m. 20/2) Dolayısıyla davacının, idarenin kusurlu olduğu iddiasını ispat için dava dilekçesinde belirttiği ancak elinde bulunmayan belgeler var ise, bu belgeleri ibraz ederek kusurlu olmadığını ispat yükü bu kez idareye geçecektir. İşte mahkemenin, idareden istenen belge/belgelerin dava üzerindeki etkisini bildirmesine

[73] Gözübüyük, 2009, s. 351; Gözübüyük ve Tan, 2011, s. 744, 745.

[74] Suat Aksu ve M. Şakir Başaran, *Hizmet Kusuru ve Kamu Zararları*, Esurbil Eğitim Danışmanlık, 2013, s. 21.

[75] Bu yöndeki tanım için bkz. Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 243.

rağmen idarenin bu belgeleri ibraz etmemesi durumunda idare, kusursuz olduğunu ispat edemediğinden, idari yargı organının, mevcut deliller üzerinden idare aleyhine bir hüküm kurması muhtemeldir.

İdarenin sorumluluk ilkelerinden bir diğeri olan kusursuz sorumluluk ilkesi^[76] temelde risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olarak iki kısımda incelenmekte, risk ilkesi de kendi içinde tehlike barındıran eşyalar, tehlikeli yöntemler, tehlikeli durumlar, mesleki riskler, kamu hizmetlerine geçici olarak iştirak edilmesi ve sosyal olaylar olarak ayrı başlıklar altında incelenmektedir^[77]. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olabilmesi için idarenin sebebiyet verdiği zararın belirli kişilere özgü (özel), ağır ve olağan dışı olması gerektiği belirtilmektedir^[78]. Başka bir ifadeyle idarenin, kamu yararını amaçlayan ve faaliyet/hizmetlerin olağan akışı içinde sebep

[76] İdarenin kusursuz sorumluluğuna temel oluşturan ve idarenin sorumluluğunun tespitinde özel hukuk kişileri arasındaki münasebetleri belirleyen özel hukuk ilişkisinin uygulanmayacağını belirleyen ilk kararın, 1873 tarihinde Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen Blanco Kararı olduğu ifade edilmiştir. Bilgi için bkz. Müzeyyen Eroğlu Durkal, “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 23, S. 1, s. 167; Hayrettin Kurt, “İdari Eylemler Nedeniyle Üçüncü Kişilere Verilen Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, *Akademik Teklif Dergisi*, 2015, C. 4, S. 2, s. 113, 114. İdarenin eylem ve işlemlerinden sorumlu olmasının özel hukuktaki sorumluluk ilkelerinden kaynaklandığına ilişkin aynı yöndeki görüş için bkz. Ayşegül Çoban, “Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 11, S. 1-2, s. 321. Ancak tekrardan vurgulamak gerekirse bu karar, kusursuz sorumluluğun özel hukuk boyutuyla ele alındığı ilk karar olup, idarenin kusursuz sorumluluğu kavramı daha sonra Fransız Danıştay’ının ve oradan etkilenerek de Türkiye’deki Danıştay kararlarının içtihatlarıyla gelişmiştir. Zira idarenin sorumluluğunun kendine özgü kuralları olduğu ifade edilmiştir. Bilgi için bkz. Gözübüyük, 2009, s. 282. Ancak özel hukuk bakımından da olsa kusursuz sorumluluk kavramının ve ilkelerinin ilk kez zikredilmesi bakımından bu kararın önemine vurgu yapılmıştır.

[77] Çağlayan, 2019, s. 635-646.

[78] Lûtfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1974, s. 49.

olduğu zararlardan sorumlu tutulabilmesi için hizmet kusurunun bulunması gerekir^[79].

Kusursuz sorumluluk hallerinden *risk ilkesi*; idarenin tehlike taşıyan faaliyeti ve kuruluşu dolayısıyla var olan sorumluluğu olup, riskin gerçekleşmesi durumunda ne idarenin önleyebileceği ne de kişilerin korunabileceği olumsuz sonuçların ve zararların, idare tarafından karşılanacağı ilkesini ifade etmektedir^[80]. Aynı risk ilkesinin alt ilkelerinden olan *mesleki risk*; kamu hizmetlerinde, üstlendikleri görevler nedeniyle riskli alanlarda çalışan bir kişinin, görevi sırasında veya görevi nedeniyle zarara uğraması olarak tanımlanabilmektedir^[81]. Bu faaliyetler her ne kadar risk taşıyacak da kamu yararı gereğince birilerinin bu faaliyetleri yapması gerekmekte olduğundan, idarenin kusuru olmasa dahi faaliyet nedeniyle meydana gelen zararlardan idare sorumlu olacaktır. Risk ilkesinin alt ilkelerinden olan ve kusursuz sorumluluğu etkileyen *sosyal risk*; özellikle toplumsal olaylar^[82] ve terör olayları gibi; kamu düzenini bozmaya ve hatta devletin Anayasal düzenini ortadan kaldırmaya yönelik bazı taşkınlık ve saldırıların bastırılmasına yönelik faaliyetlerden kaynaklanan zararların idare tarafından tazmin edilmesi anlamına gelen ilkedir^[83]. Zira demokratik hukuk devletlerinin idareleri, bazen hürriyetçi düzeni yok etmeksizin kamu düzenini korumak zorunda olduğundan, olağan dönemlerde yasaklanmayan bazı temel hak ve özgürlüklerin kullanımları sırasında öngörülemeyecek ve önlenemeyecek şekilde ani gelişen toplumsal olaylara müdahale ederken, olaylardan bağımsız üçüncü kişilere zarar vermek durumunda kalabilirler^[84]. Bunun yanında 3. kişilerin

[79] Çağrı Bayer, “Danıştay Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 2018, C. 1, S. 1, s. 47.

[80] Gözübüyük ve Tan, 2011, s. 753.

[81] Mesleki risk ilkesi ile ilgili benzer tanım ve açıklamalar için bkz. Atay, 2016, s. 764; Çağlayan, 2019, s. 638, 639; Günday, 2011, s. 380; Tan, 2014, s. 474.

[82] Toplumsal olaylar, doktrinde belirli bir amaç için bir araya gelen kitleler ve bu kitlelerin yapmış olduğu taşkınlıklar olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım için bkz. Kürşat Akça, “Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 2, S. Özel Sayı, s. 995.

[83] Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 759.

[84] Yayla, 2010, s. 366, 367.

verdikleri zararların da sosyal devlet ilkesi gereğince idare tarafından karşılanması gerektiği belirtilmektedir^[85]. İşte bu durumlarda idarenin olaylarla ilgili olmayan ancak idarenin kamu yararını ve kamu düzenini sağlamak için yaptığı müdahalelerden etkilenen veya 3. kişilerin eylemleri nedeniyle zarara uğrayan bu kişilerin uğradığı zararların, idarenin kusuru aranmaksızın sosyal risk ilkesi gereğince idare tarafından karşılanması gerektiği kabul edilmektedir^[86]. Danıştay, toplumsal olaylar nedeniyle oluşan zararlarda zaman içinde birbiriyle çelişebilen kararlar vermiştir. Zira Danıştay, 1961 yılında verdiği bir kararda kitle hareketlerinden meydana gelen zararda idarenin kusursuz da olsa sorumlu olacağına karar vermişken^[87], 1980 yılında, karşıt görüşlü iki öğrenci grubu arasındaki olaylar nedeniyle belediye otobüsünün zarar görmesi nedeniyle oluşan zararda idarenin sorumluluğunun bulunmadığına karar vermiş^[88], 1993 yılında Sivas'ta Madımak Oteli'nin yanmasına ve birçok sanatçının çıkan yangının etkileri nedeniyle hayatını kaybetmesi ve yaralanması nedeniyle oluşan zararda kolluk müdahalesinin

[85] Doktrinde sosyal risk ilkesinin; insanların birlikte yaşamalarından doğan kaçınılmaz bir tehlike hali olduğu belirtilmiştir. Bilgi için bkz. Atay, 2016, s. 766; Çoban, 2003, s. 324. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere sosyal risk ilkesi, zararı kimin verdiğiinden bağımsız olarak toplum halinde yaşamının doğurduğu bir sonuç olarak belirtildiğinden, 3. kişilerin verdiği zararların da sosyal risk ilkesi kapsamında idareden tazmin edilebileceği yazar tarafından kabul edilmektedir. Aynı yönde olan ve sosyal risk sorumluluğunun, idarenin dışında 3. kişilerin davranışlarından kaynaklandığını açıkça belirten diğer görüşler için bkz. Ramazan Çağlayan, "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, C. Ankara, s. 470; Bahtiyar Akyılmaz, "Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, C. 9, S. 1-2, s. 186; Çoban, 2003, s. 326. İdarenin dışında gelişen olaylardan dolayı idarenin sorumluluğunun doğmasının, Anayasanın 125. maddesinde yer alan idarenin kendi eylem ve işlemlerinden sorumluluğu ilkesine aykırı olduğu yönündeki görüş için bkz. Çoban, 2003, s. 326.

[86] İdarenin sorumluluğunu açıklayan diğer ilkelere farklı olarak sosyal risk ilkesinde zarar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağının aranmaması nedeniyle, illiyet bağının bulunmaması durumunda sorumluluktan bahsedilemeyeceği gerekçesinden yola çıkılarak bu istisnanın ancak kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Çağlayan, 2019, s. 641.

[87] Danıştay 12. Dairesi, E. 1969 / 1746, K. 1971 / 2478, KT. 06.11.1971.

[88] Danıştay 12. Dairesi, E. 1979 / 515, K. 1980 / 3750, KT. 16.10.1980.

zamanında yapılmadığından bahisle kusur sorumluluğunun bulunduğu hükmetmiştir^[89]. Doktrinde sosyal risk ilkesinin sadece toplumsal olaylar ve terör olayları ile sınırlı olmayacağı, devletin uyguladığı politikaların neden olduğu kitlesel hareketlerden oluşan zararların da sosyal risk ilkesi nedeniyle de karşılanabileceği ifade edilmektedir^[90].

Nihayet kusursuz sorumluluğun bir diğer hali olan *fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini (kamu külfetleri karşısında eşitlik)*, idarenin, kamu yararı gerekçesiyle yaptığı işlemlerin karşılığında, işlemin muhataplarının bu konuda idareye karşı fedakârlıklar nedeniyle uğramış oldukları zararın idarece karşılanması olarak tanımlamak mümkündür^[91]. Bu ilkenin, idarenin bünyesinde herhangi bir tehlike barındırmayan faaliyetlerinden kaynaklanan, olağan dışı zararlar için uygulandığı ifade edilmektedir^[92]. Zira bu durumlarda, idareye yükletilecek bir kusur olmadan kamu yararı düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla kimilerinin özel bir zarara uğraması söz konusu olduğundan, oluşan bu zararın mağdurlar tarafından çekilmesi, hakkaniyete aykırı olacaktır^[93]. Zira bu ilke gereğince toplumun genel yararına olan bazı idari kararlar veya faaliyetler belli kişi veya kişileri külfet altına sokabileceğinden ve söz konusu külfet, ilgililerince katlanılabilir bir külfetin ötesinde

[89] Danıştay 10. Dairesi, E. 1994 / 7359, K. 1995 / 3359, KT. 12.07.1995.

[90] Gerçekten Ramazan Çağlayan, sosyal risk ilkesinde zararı doğuran etkenin kimi zaman vatandaşı oldukları devletin politikaları, kimi zaman da aynı devletin vatandaşlarından bir kısmının siyasî ve sosyal davranışları olabileceğini ifade etmiştir. Bilgi için bkz. Çağlayan, 2009, s. 471. Bu ikili ayırımla ilgili yazar açıklayıcı bir ifadede bulunmamış ise de ilk durumda vatandaşların davranışları değil, doğrudan devletin (idarenin) tek yanlı politikalarının zarara sebebiyet verebileceği anlaşılmakta ve böylece sosyal risk ilkesinin sadece toplumsal olayların getirdiği zararları kapsamadığı anlaşılmaktadır. Aynı yöndeki görüş için bkz. Çoban, 2003, s. 327.

[91] Bu ilkeyle ilgili tanımlar ve açıklamalar için bkz. Gözübüyük ve Tan, 2011, s. 755, 756; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 767; Tan, 2014, s. 469, 470; Günday, 2011, s. 382; Atay, 2016, s. 776-778.

[92] Çağlayan, 2019, s. 646, 647. Zararın olağan dışı olması gerektiği hususunda aynı yöndeki görüş için bkz. Atay, 2016, s. 776.

[93] Gözübüyük ve Tan, 2011, s. 755.

bir özellik göstereceğinden, kamu külfetlerinin dağılımında bozulan bu dengenin bir denkleştirme ile yeniden kurulması gerekmektedir^[94].

Kusur sorumluluğu (hizmet kusuru), tam yargı davalarında birincil niteliktedir. Bunun anlamı; tam yargı davalarında dosyanın esasına giren idari yargı organının, öncelikle hizmet kusurunun (idarenin kusur sorumluluğunun) varlığını araştırması, hizmet kusurunun şartları sağlanmamışsa bu kez idarenin kusursuz sorumluluğunun olayda var olup olmadığını incelemesi, nihayet kusursuz sorumluluk şartlarının olayda var olduğunun tespit edilmesi halinde tazminata hükmetmesi, bu şartlar da bulunmuyor veya şartlar var olmakla beraber kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğu ortadan kaldıran hallerin varlığını tespit etmesi halinde davayı esastan reddetmesi gerektiğidir^[95]. Hizmet kusurunda idarenin sorumlu (kusurlu) olduğunu iddia ve ispat etmek kural olarak davacının sorumluluğunda olmakla beraber, daha önce yapılan açıklamalardan hareketle re'sen araştırma ilkesi gereği, mahkemenin olayda kusur sorumluluğu olup olmadığını, hizmet kusuru yok ise bu kez kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarenin tazminata mahkûm edilip edilemeyeceğini belirleme yetkisi ve tüm bu araştırmaları yapma zorunluluğu bulunmaktadır.

Ülkemizde, Covid-19 tedbirleri kapsamında getirilen kısıtlamalar nedeniyle, daha önce de ayrıntılı olarak örneklendirildiği üzere birçok kişi zarara uğramış, idare de gerek Cumhurbaşkanı gerekse Hazine ve Maliye Bakanlığı nezdinde yaptığı açıklamalarla süreç nedeniyle zarara ve/veya ekonomik hak kaybına uğrayan kişilere talepleri halinde yardım edileceğine dair açıklamalarda bulunmuş, doğrudan yapılan maddi yardımların yanı sıra, kamu bankalarından düşük faizli ihtiyaç kredileri ve mevcut kredilerin taksitlerinin ertelenmesi gibi kolaylıklara ilişkin destek paketleri kamuoyu ile paylaşılmıştır. Ancak bu tedbirler devlet hazinesinin elindeki imkanlarla sınırlı olduğundan, işsiz kalan veya zarara uğrayan kişilerin hepsinin bu yardımlardan yararlanması mümkün olmamıştır.

Bu kapsamda yanıtlanması gereken soru şudur: Hazine yardımlarından gereken desteği alamayan, bu süreçte işsiz kalan, işletmesini kapatmak durumunda kalan kişiler, uğradıkları zararı tam yargı davası yoluyla idareden

[94] Tan, 2014, s. 776.

[95] Çağlayan, 2019, s. 630, 631.

talep ettiklerinde bu davaların kazanılma, kişilerin tazminat alma ihtimalleri var mıdır?

Tam yargı davalarında idarenin hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluğunun şartlarının oluşup oluşmadığını tespit etmelidirler. Açıklamalarda verilen örneklerde olduğu gibi zarar tüm ülkede çok farklı meslek gruplarında farklı boyutlarla ortaya çıktığından, ortaya çıkan zararlardan idarenin sorumluluğunu da somut durumlara göre değerlendirmek gerekmektedir. İYUK m.2'de tam yargı davalarının, ancak yapılan işlem veya eylemler nedeniyle kişisel hakları muhtel olan (zarara uğrayan) kişiler tarafından açılacakları ifade edilmiştir. Dolayısıyla öncelikle bu davaların, bahsi geçen düzenleyici işlemler ve bu işlemlerin bir gereği olarak alınan kararlardan uğranılan kişilerin bir zararları olması gerekmektedir. Bu durumda açılacak tam yargı davalarında, her kişinin uğramış olduğu somut ve kişisel zararlarının tazminini isteyeceği vurgulanmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki; her ne kadar bu kararı verecek olan makam idari yargı organları ise de sürecin neden olduğu ekonomik kayıplar nedeniyle uğranılan zararlarla ilgili idarenin sorumluluğu, her iki ilkeye de farklı gerekçelerle dayandırılabilir.

Çalışmada daha önce ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, Covid-19 nedeniyle getirilen kısıtlamalar, OHAL ilan edilmeden getirilen, ancak yalnızca OHAL sürecinde Anayasanın 15. maddesi kapsamında uygulanması mümkün ve hukuka uygun olan düzenlemelerdir. Bu kısıtlamaların gerekçesi de kendine has özelliklerinden dolayı idare hukukunda ayrı bir başlık altında ele alınan ancak özünde güvenlik kamu hizmetini ele alan kolluk hizmetlerinin sunulmasıdır. Zira kollukla sağlanmak istenen kamu düzeni olup, kamu düzeninin unsurlarından biri de genel sağlıktır. Başka bir deyişle genel sağlık, kamu düzeninin unsurlarından biri olup, bunun bozulmasının önüne geçmek de idarenin kolluk kamu hizmeti ile mümkün olabilecektir. Genel sağlığın korunmasına ilişkin tedbirlerin Anayasaya aykırı olması, kısıtlamanın gerekçesini de sakat hale getirmektedir. Daha açık ifadeyle, kolluk hizmetlerinin kamu düzenini sağlama işlevi, sağlığın korunması amacına hizmet etse dahi bu işlemlerin dayanağı Anayasaya ve hukuka uygun olmadığından, kolluk kamu hizmetinin kötü işlemesine sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla örneğin iş yeri kapanan bir kafe işletmecisi, genelgenin Anayasanın 13. maddesine aykırı olduğundan bahisle, genel sağlığın korunması gerekçesiyle getirilen düzenleme ile kolluk hizmetlerinin

kötü işlediğini ve idarenin kusurlu olduğunu iddia ederek, uğradığı zararı kusur sorumluluğuna (hizmet kusuru) dayandırabilecektir.

Ancak, idari yargı organları uğranılan zararın hizmet kusuruna dayandığını kabul etmese dahi, “kusursuz sorumluluk” ilkesine dayanarak kişi lehine tazminata karar verebilecektir. Zira, bu zararlar zaten, Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan ve 4. madde ile güvence altına alınan “sosyal devlet ilkesi”nin bir sonucu olarak, idarenin kusursuz sorumluluk kapsamında karşılanması gereken zararlardır.

Covid-19 salgınına yönelik tedbirler birçok alanda farklı zararlara neden olduğundan, uğranılan zararların kusursuz sorumluluk ilkelerinden hangisinin kapsamına dahil olduğunu tespit edebilmek için örnekleme yöntemiyle ele alınmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir. Örneğin Covid-19 tedbirleri kapsamında genelgeler nedeniyle iş yerleri kapanan berber/kuaför veya kafe işletmecileri ve bu dönemde paket servis vermek koşuluyla açık olsalar dahi, dışarıdan gelen paketlere olan güvensizlik nedeniyle işleri durma noktasına gelen restoran sahipleri, eğitim öğretimin ilk ve ortaöğretimde kısmen, yükseköğretimde de tamamen uzaktan olarak gerçekleştiği bu dönemde üniversitelerde bulunan kantinler ve öğrenci olmadığı için kapalı olan öğrenci yurtlarının sahipleri/işletmecileri uğradıkları bu zararı, idarenin kusursuz sorumluluğu ilkelerinden hangisine göre talep edebilecektir?

Çalışmanın kaleme alındığı dönemde, konu özelinde gerek yargı kararı gerekse yayınlanmış doktrinsel görüşlere henüz pek rastlanmamıştır. Ancak çalışmada değinilen idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin ilkeler kapsamında bu zararların idarenin kusursuz sorumluluğunu açıklayan ilkelerden hangisinin kapsamında olduğu değerlendirilebilir.

Öncelikle, sosyal risk ilkesi her ne kadar sadece toplumsal olaylardan kaynaklanan zararların gerçekleşmesi hali ile sınırlı olmayıp, devlet politikalarının bir sonucu olarak ortaya çıkan zararları da kapsayabileceğinden, bir an için, Covid-19 kapsamında çıkartılan Cumhurbaşkanlığı genelgesi ve İçişleri Bakanlığı'nın genelgeleri nedeniyle oluşan zarar bu kapsamda değerlendirilebileceği düşünülebilir. Ancak sosyal risk ilkesinin uygulama alanının idareden bağımsız da olsa kitlesel hareketlerden oluştuğu düşünüldüğünde, Covid-19 tedbirleri kapsamında oluşan zararların herhangi bir kitlesel ve sosyal olaydan değil, doğrudan idarenin kendi işlem ve bu işleme dayalı eylemlerinden meydana gelen ancak yine de kamu yararı gerektiren

eylemler olması nedeniyle idarenin bu zararlardan sorumluluğunun sosyal risk ilkesi ile açıklanmasının mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır.

Pandeminin ülkemizde yayılmaya başlamasından önce Avrupa'daki birçok ülkede hastalığın bilinmemesi ve dolayısıyla devlet yetkilileri tarafından yeterince önlem alınmaması nedeniyle salgın, önüne geçilemeyen bir hal almış, birçok yerde sağlık sistemi hasta yoğunluğundan dolayı çökme noktasına gelmiştir. İşte bu tür bir durumun yaşanmaması için, ülkemizde de –her ne kadar başta bahsedildiği üzere Anayasaya aykırı şekilde olsa da– özü itibariyle kamu yararı gerekçesiyle zorunlu birtakım tedbirler alınmış, işletme sahipleri de salgının yayılması konusunda alınan bu tedbirlere saygı duyarak o dönem için belirsiz süreliğine iş yerlerini kapatmışlar ve dolayısıyla bir külfet altına girmiş, kamu yararının sağlanması amacıyla fedakârlıkta bulunmuşlardır. Dolayısıyla bu fedakârlık ve kabullendikleri bu külfet nedeniyle uğradıkları zararların idarece, kamu külfetleri karşısında eşitlik (fedakarlığın denkleştirilmesi) ilkesi kapsamında karşılanması gerektiği düşünülmektedir^[96]. Özetlemek gerekirse, her ne kadar alınan tedbirlerin Anayasaya aykırı olması nedeniyle esasında kamu yararının varlığını kabul etmek mümkün değil ise de kusursuz sorumluluk ilkesinin ikincil nitelikte olması (kusur sorumluluğunun mahkemece kabul edilmemesi halinde, idarenin tazminata mahkum edilebilmesinin alternatif durumu olması) nedeniyle bu gerekçeyle de tazminat talep edilmesinin mümkün olabileceği değerlendirilmektedir.

Alınan tedbirlerin doğrudan bir sonucu olmamakla birlikte salgının bir sonucu olarak, hastalığa yakalanan kişilerin sağlıklarına bir an önce kavuşması için en ön sırada mücadele eden sağlık çalışanlarının, hastalarla yakın temasları nedeniyle bulaşıcı olan virüsten etkilenmeleri sebebiyle oluşan zararın ise mesleki risk ilkesi gereğince karşılanması gerekmektedir. Her ne kadar süreç başında Covid-19 hastalarıyla doğrudan temas içinde olan hekimlere üç ay süreyle, performansa dayalı olarak aldıkları döner sermaye alacaklarının en üst düzeyde hesaplarına yatırılması yoluna gidilmiş ise de, ödenen bu bedel hastalığa yakalanan hekimlere değil, hastalarla temas

[96] İki hukukçu meslektaşın aynı yöndeki görüşleri için bkz. Doğan Erkan ve Yasin Gökberk Çınar, “Salgındaki Tedbirlerden Zarar Görenlere Karşı İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, *Duvar Gazetesi*, <https://www.gazeteduvar.com.tr/forum/2020/05/27/korona-salginindaki-tedbirlerden-zarar-gorenlere-karsi-idarenin-kusursuz-sorumlulugu>, (Erişim Tarihi: 27.05.2020)

halinde olan tüm hekimlere yapmış oldukları çalışmalar neticesinde verilmiş bir ücrettir. Yine bu ödeme, tüm sağlık çalışanlarına değil sadece hekimlere yönelik bir geçici ödeme olduğundan, mesleki risk ilkesinin şartlarını taşıyan bir ödeme değildir. Hastanelerde çalışan ve hastalarla temas nedeniyle bu hastalığa yakalanan her sağlık çalışanının, çalıştığı riskli koşullar sonucunda riskin gerçekleşmesi ve bu hastalık nedeniyle uğradıkları zararların karşılanması gerekmektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

2019 yılı sonunda Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkan yeni tip korona virüsün, insandan insana geçmesi ve tüm dünyada önü alınamaz bir noktaya gelmesi nedeniyle Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından uluslararası pandemi ilan edilmiş ve tüm devletler, birbiri ardına bu hastalığın yayılmasının önlenmesi/durdurulmasına yönelik arayışlar kapsamında çeşitli önlemler almaya başlamışlardır. Bazı devletler, durumun yol açtığı tedbirleri kolayca alabilmek amacıyla ülke genelinde OHAL ilan etmiş, ancak Türkiye'nin de aralarında bulunduğu bazı devletler, aynı tedbirleri OHAL ilan etmeden alma yolunu seçmişlerdir.

Şu an ülkemizde ve birçok ülkede OHAL ilanı olmaksızın Anayasadaki güvencelere aykırı olağanüstü tedbirler alınmakta ve salgın hastalığın neden olduğu hayati tehdit özgürlüklerin önüne geçtiğinden, bu durumun Anayasaya uygun olup olmadığı tartışılmamaktadır. Ancak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasanın 13. maddesinde ele alınmış ve temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların hakkın özüne dokunulmaksızın ancak kanunla yapılabileceği kural altına alınmıştır. Sınırlamaları düzenleyen ve gereken hallerde Anayasanın 13. maddesindeki kurallara aykırı tedbirler alınabileceğini ifade eden bir başka madde olan 15. maddenin uygulanabilmesi içinse, Anayasanın gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere usulüne uygun olarak ilan edilmiş bir OHAL olması gerekmektedir. Başka bir deyişle 15. maddenin; ancak olağanüstü hal rejimlerinde uygulanabileceği şartı getirilmiştir. Bu durumda genelge ile getirilen tedbirler ve sınırlamalar hukuken olmasa da fiiliyatta Anayasanın 15. maddesine uygun düşen tedbirlerdir. Salgının önlenmesi için zorunlu olan bu tedbirler OHAL ilan edildikten sonra alınsaydı hiçbir hukuka aykırı durumla karşılaşılmayacaktı. Dolayısıyla alınan tedbirlerin kamu yararına uygun ve zorunlu olması, bu tedbirlerin, mevcut haliyle hukuken Anayasaya aykırı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Geldiğimiz noktada her ne kadar Mayıs 2020 itibarıyla yeni vaka ve vefat sayılarında gözle görülür bir azalma olduğundan, tedbirler kademeli olarak yumuşatılmış ve 1 Haziran 2020 itibarıyla de "yeni normal" denilen düzene geçilmiş ise de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin süreç belirsiz bir zaman daha hayatımızda olmaya devam edecektir. Salgının en yoğun döneminde dahi ülkesel veya bölgesel bir OHAL ilan edilmemesinden yola çıkarak, virüsün mutasyona uğraması ve yeni bir

dalga olmaması halinde bundan sonrası için de OHAL ilan edilmesi gibi bir durum öngörülmemektedir.

İşte tüm dünyada artık yeni bir düzene geçilmesine sebebiyet veren ve uzunca bir süre hiçbir şeyin eskisi gibi olmayacağı öngörülen bu yeni dönemde devletlerin, genel sağlık gibi nedenlerle temel hak ve özgürlükleri diledikleri gibi kısıtlayabilecekleri, Anayasalardaki temel hak ve özgürlük güvencelerinin göz ardı edilebileceği, tüm dünyada ortaya çıkabilecek otoriter bir sistemle şimdiden baş edebilmek ve bu günkü uygulamaların gelecekte devlet idarelerine emsal teşkil etmesinin önüne geçebilmek için idarenin Anayasaya uygun hareket etmesini ve zorunlu hallerde dahi kısıtlamaların Anayasada öngörülen şartlara riayet ederek yapılmasını talep etmek elzemdir.

Tedbirlerin Anayasaya aykırılığını tespit etmek, bu günden geleceğe sorunların çözümü için yeterli olmamakta, aynı zamanda idarenin bu tedbirler nedeniyle kişilerin uğradıkları zararlardan sorumluluğunu tespit etmek de gerekmektedir.

Çalışmada bu kapsamda öncelikle temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının Anayasal dayanağına ilişkin değerlendirme yapılmış, sonrasında ise Covid-19 nedeniyle alınan tedbirlerin, idarenin sorumluluğu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır. Buna göre süreçteki somut örneklerden yola çıkılarak kimi durumlarda idarenin kusur sorumluluğuna gidilebileceği, kimi durumlarda da idarenin kusursuz sorumluluğu çerçevesinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine göre tazminat alınabileceği ifade edilmiştir.

Ülkemizi ve tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 sürecinin, temel hak ve özgürlükler ve idarenin sorumluluğu noktasında ele alındığı bu çalışmanın uygulamaya faydalı olması en büyük temennidir.

KAYNAKÇA

Akça, Kürşat, “Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 2, S. Özel Sayı, 987–1020.

Aksu, Suat ve Başaran, M. Şakir, *Hizmet Kusuru ve Kamu Zararları*, Esurbil Eğitim Danışmanlık, 2013.

Akyılmaz, Bahtiyar, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, C. 9, S. 1-2, 185–211.

Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat, Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, 2020.

Aliefendioğlu, Yılmaz, “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2002, C. 19, S. 1, 141–176.

Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Bayer, Çağrı, “Danıştay Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, 2018, C. 1, S. 1, 35–80.

Çağlayan, Ramazan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, C. Ankara, 451–496.

Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

Çoban, Ayşegül, “Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 11, S. 1-2, 319–337.

Derdiman, Ramazan Cengiz, *İdare Hukuku*, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2007.

Doehring, Karl, *Genel Devlet Kuramı*, çev. Mumcu Ahmet, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2018.

Duran, Lûtfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1974.

Erkan, Doğan ve Çınar, Yasin Gökberk, “Salgındaki Tedbirlerden Zarar Görenlere Karşı İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, *Duvar Gazetesi*, <https://www.gazeteduvar.com.tr/forum/2020/05/27/korona-salginindaki-tedbirlerden-zarar-gorenlere-karsi-idarenin-kusursuz-sorumlulugu>, (Erişim Tarihi: 27.05.2020)

Eroğlu Durkal, Müzeyyen, “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 23, S. 1, 159–189.

Gözler, Kemal, “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)”, www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm, (Erişim Tarihi: 20.10.2020)

Gözler, Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1990, S. 4, 561–590.

Gözler, Kemal, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Yayınevi, Bursa, 1999.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000.

Gözler, Kemal, “Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesi Üzerine Bir İnceleme)”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001, S. 4, 53–67.

Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Gözübüyük, A. Şeref ve Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt:1 Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

Kaboğlu, İbrahim Ömer, *Özgürlükler Hukuku*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1993.

Kalabalık, Halil, *İdare Hukuku Dersleri*, Cilt:1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Kuluçlu, Erdal, “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, *Sayıştay Dergisi*, 2008, C. Temmuz-Eylül, S. 71, 3–22.

Kurt, Hayrettin, “İdari Eylemler Nedeniyle Üçüncü Kişilere Verilen Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, *Akademik Teklif Dergisi*, 2015, C. 4, S. 2, 96–120.

Mumcu, Ahmet ve Küzeci, Elif, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Özay, İl Han, *Gün Işığında Yönetim II – Yargısal Koruma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Sancakdar, Oğuz, Önüt, Lale Burcu, Us Doğan, Eser, Kasapoğlu Turhan, Mine, Seyhan, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Sezer, Abdullah, *Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)* in Anayasa Mahkemesi'nin 57. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.

Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986.

Şanlı Atay, Yeliz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 10, S. 2, 579–593.

Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Tanör, Bülent, *İki Anayasa: 1961-1982*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994.

Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

Ulusoy, Ali D., *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Ülgen, Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, S. 1, 3–39.

Yavuzdoğan, Seçkin, “Tehlikeli Salgın Hastalık Sebebiyle Alınan Sokağa Çıkma Yasağı Kararları Üzerine Birkaç Not”, *Adalet Dergisi*, 2020, C. 1, S. 64, 125–139.

Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

Yıldırım, Ramazan, *Türk İdari Rejimi Dersleri*, Cilt 1, Mimoza Yayınevi, Konya, 2014.

Yıldırım, Turan, Yasin, Melikşah, Karan, Nur, Özdemir, H. Eyüp, Üstün, Gül, Okay Tekinsoy, Özge, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Yılmazoğlu, Yunus Emre ve Perdecioğlu, İsmail Emrah, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme” in Anayasa ve Uyum Yasaları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2003.

İnternet Kaynakları

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200313-8.pdf>

[https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=covid-19-hukuk-kronig%CC%86i-\(11-26-mart\)_637234231712445567.pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=covid-19-hukuk-kronig%CC%86i-(11-26-mart)_637234231712445567.pdf)

<https://www.icisleri.gov.tr/2-gun-sokaga-cikma-yasagi>

<https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsizligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi>

<https://www.icisleri.gov.tr/81-ilde-22052020-saat-2400-ile-26052020-saat-2400-arasinda-uygulanacak-sokaga-cikma-kisitlamasi>

<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi>

<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-kapsaminda-ucakotobus-seferleri-genelgesi>

<https://www.icisleri.gov.tr/bakanligimiz-81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-bir-genelge-daha-gonderdi>

<https://www.icisleri.gov.tr/sehir-giriscikis-tebirleri-ve-yas-sinirlamasi>

COVID-19 Çerçevesinde Alınan Tedbirlerin Temel Hak ve Özgürlükler,
Hukuka Uygunluk ve İdarenin Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21355.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200320-18.pdf>.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200322M1-1.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200325-3.pdf>