D.4/2022 YİM:75/2021

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasa’nın 152.Maddesi Hakkında

Yargıç Tanju Öncül huzurunda.

Davacı:Seda Okgül, Mahmut Paşa Kapalı Otoparkı Altı, Lefkoşa

 İle

Davalı: No.(1) Bakanlar Kurulu, KKTC Başsavcılığı vasıtası ile KKTC

 (2) Sağlık Bakanlığı vasıtası ile KKTC Başsavcısı Lefkoşa

 (3) Bulaşıcı Hastalıklar Üst Komitesi vasıtasıyla KKTC Başsavcısı, Lefkoşa

 (4) KKTC Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı, Polis Genel Müdürlüğü vasıtasıyla KKTC Başsavcısı, Lefkoşa

 (5)Lefkoşa Türk Belediyesi ve/veya Lefkoşa Türk Belediye Başkanı ve/veya Başkan Yardımcısı ve/veya Lefkoşa Türk Belediye Meclis Üyeleri ve/veya Lefkoşa Şehri Hemşehirleri, Lefkoşa

 A r a s ı n d a.

Davacı/Müstedi hazır değil tarafından Avukat Boysan Boyra

Davalı/Müstedaaleyh No.(1),(2),(3),(4)’ü temsilen Savcı Ayfer Şefik Tekinay

Davalı/Müstedaaleyh No.(5)hazır değil. Aleyhindeki istida 27.9.2021 tarihinde geri çekilmiştir.

----------

(Davacı/Müstedi Tarafından Yapılan 13.7.2021 Tarihli Ara Emri İstidası Hakkında)

# **K A R A R**

 Davacı,

“ A. Davalı No.1 ve/veya Davalı No.2 ve/veya No.3’ün

ve/veya Davalı No.4’ün ve/veya No.5’in ve/veya No.3’ün tavsiyesi ile alınan kararların ve/veya Davalılarca müştereken ve/veya münferiden 02/07/2021 tarihli Resmi Gazete’nin 497. sayısının 1304.sayfada bahsi geçen düşük, orta ve yüksek riskli olarak ayırt edilen ve 1305. sayfada ise vaka sayısına göre belirtilmiş olup,aktivite riskleri itibarı ile son 7 günde yapılmış PCR ve/veya antijen testleri ve/veya PCR ve/veya antijen testleri dair kararının ve/veya işleminin ve/veya bu karar tahtında yapılan tüm işlemlerin hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına ve/veya yok hükmünde olduğuna dair Mahkeme emri ve/veya hükmü;

B. Davalı No.4 ve No.5’in yine 02/07/2021 tarihinde Resmi Gazete’nin 497.sayısının 1293.sayfada bahsi geçen “AÇIK OLAN YERLERDE KURALLAR” başlığı altında yer alıp “Açık olan sektörlerin bağlı oldukları birlikler, İlçe Emniyet Kurulları, belediyeler ve Polis Genel Müdürlüğü tarafından denetlenecektir” şeklindeki kararlarının ve/veya bu kararlar altında yapılan tüm işlemlerin hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğurmayacağına ve/veya yok hükmünde olduğuna dair Mahkeme emri ve/veya hükmü;”

verilmesi talepleriyle başlattığı davası altında dosyaladığı, 13.7.2021 tarihli istidası ile,

“ a) Esas başvurunun nihai bir karara

bağlanmasına ve/veya Muhterem Mahkeme’ce takdir ve tayin edilecek bir tarihe kadar; Davalılar tarafından müştereken ve/veya münferiden takriben ve/veya 2.7.2021 tarihinde alınan ve Davacıyı Orta ve Yüksek riskli aktivite olarak addedilen aktiviteler için PCR ve/veya Antijen testi ve/veya son 7 günde PCR ve Antijen Testi yapmak şeklindeki kararların icrasını men edici bir emir ve/veya geçici bir ara emri verilmesi ve/veya yürütmenin durdurulmasına dair bir emir verilmesi zımnında bir Mahkeme emri itası,”

talebinde bulunmuştur.

 Davacı, istidaya ekli yemin varakasında özetle, PCR testlerinin yasal dayanağı olmadığını, 45/2018 sayılı Bulaşıcı Hastalıklar Yasası altında muayene yapılabilmesi için Mahkeme emrine ihtiyaç bulunduğunu, Davalıların yasa dışı kararlarıyla zorunlu PCR testleriyle kişileri muayeneye tabi tutmaya çalıştıklarını, Mahkeme emri olmadan yapılan bu işlemin yetki aşımıyla yapılmaya çalışıldığını, muayenenin hasta olduğundan şüphelenilen kişiler yerine sağlıklı kişiler üzerinde yapıldığını, döngü sayısına bağlı olarak hatalı pozitifler yaratıldığını, Davalıların yaptıkları sürüntü testleriyle şahsına ait DNA analizini çıkarabileceklerini, buna rızası olmadığını, kendi bedeni ve sağlığı üzerinde söz hakkı bulunduğunu, kararın, kişi hak ve özgürlüklerinin özüne dokunduğunu, kararın yok hükmünde olduğunu, hatalı pozitif çıkması halinde karantina oteline kapatılarak tedavi edilebileceğini, uygulanan sağlık protokollerinin belirsiz ve yanlış olduğunu, çalışma ve gelir elde etme hakkının etkilendiğini, hatalı bir netice dolayısıyla tedavi görmesinin söz konusu olabileceğini, DNA’sının temin edilebileceğini, bu nedenlerle ileride telafisi olmayacak bir zararın doğabi-leceğini iddia etmiştir.

 Tek taraflı olarak dosyalanmış konu istidanın dinlenmesi sonrasında istidanın Davalılara tebliğine emir verilmiştir.

 19.8.2021 tarihinde, Davalı No.1, No.2 ve No.3’ü temsilen KKTC Başsavcılığı itiraz ihbarnamesi dosyalamıştır. İtiraznameye ekli Eldem Albayrak tarafından yapılmış yemin varakasında özetle, korona virüs hastalığının 5.7.2020 tarihinde 45/2018 sayılı Yasa’nın 39’uncu maddesi uyarınca tehlikeli bulaşıcı hastalık olarak ilan edildiği, diğer testlerin hastalığın erken teşhisinde PCR kadar etkili olmadığı, gecikme halinde temas takibinin zor olacağı, virüsün ilk etapta kanda tespit edilme olasılığının düşük olduğu, döngülerle ilgili olarak üreticinin kullanma talimatında yazan değerlerin kullanılması gerektiği, 45/2018 sayılı Yasa tahtında muayene edilmek için Mahkeme emrine ihtiyaç olmadığı, her halükârda dava konusu kararların kimseyi zorla muayeneye tabi tutma anlamı taşımadığı, test yapılan insanlarda virüsün varlığının tespit edildiği, bu şahısların sağlıklı değil, ancak semptom göstermeyen kişiler olarak nitelendirile-bilecekleri, salgının önlenmesi açısından random testlerin önemli olduğu ve bunun Dünya Sağlık Örgütü tarafından da kabul edilmiş ve önerilmiş bir önlem olduğu, bu suretle semptom göstermeyen hastalar ile ileride semptom gösterecek kişilerin erken safhada tespitine olanak sağlandığı ve bu suretle bu kişilerin erken tedavi altına alınması ile bulaş yaratma-larının önlenebileceği, Davacının DNA analizinin alınan örnekle çıkarılabileceği iddiasının kurgusal olduğu, alınan örneklerle virüsün RNA’sının incelendiği, insan genomuyla ilgili tetkik yapılmadığı, rızası olmayan veya test yapmak istemeyen kişinin bu seçiminde özgür olduğu, ancak bunun alınan önlemler çerçevesinde bazı sonuçları olabileceği, Antijen testinin hatalı olmadığı, yetişkin hasta tedavisinde favipiravir isimli ilacın tedavi kapsamında yer aldığı, asemptomatik kişilere bu tedavinin uygulanmadığı, aşılı-aşısız kişilerle ilgili ayrımın Amerikan (CDC) rehberi incelenerek yapıldığı, kişi hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmadığı, ancak her halükârda temel hak ve özgürlüklerin kamu yararı, kamu düzeni, genel sağlık veya kişilerin can ve mal güvenliğini korumak için kısıtlanabileceği, salgının önlenmesinin kamu yararına olduğu, Davacının hatalı pozitif temin edilmesi halinde karantina oteline alınacağı iddiasının kurgusal olduğu, kararın yoklukla malul olmadığı, hukuka uygun olduğu, ilgili mevzuatın vermiş olduğu yetki çerçevesinde alındığı, emir verilirse test sayısının azalabileceği, salgının ve bulaş seviyesinin kontrolünün mümkün olmayacağı, ölüm veya hasta sayısının öngörülenin üzerine çıkabileceği, dava ve istida konusu kararın kamu yararına olduğu, kamu menfaatinin üstün veya korunması gerekli bir menfaat olduğu, kararın düzenleyici işlem olduğu, Davacıya yönelik uygulama işlemi yokluğunda Davacı tarafından tek başına dava edilemeyeceği, Davacının kişisel meşru menfaatinin doğrudan doğruya ve olumsuz yönde etkilenmediği, kararın yetki unsuru bakımından hukuka uygun olduğu, dava konusu karardan sonra aynı konu ile ilgili resmi gazetede yayımlanmış kararlar bulunduğu, dava konusu kararın yürürlükte olmadığı, davanın konusuz kaldığı veya yürütmesinin durdurulmasının mümkün olmadığı, Davacının Davalı No.1 ve No.4 aleyhine herhangi bir davası olmadığı, Davalı No.1 ve No.4’ün, yürütmesi durdurulabilecek bir kararı bulunmadığı ileri sürülmüştür.

 İstidanın ele alındığı 27.9.2021 tarihli oturumda Davacı Avukatı, Davalı No.5 ile ilgili ara emri istidasını geri çekmiş ve bunun üzerine de istida Davalı No.5 ile ilgili olduğu oranda iptal edilmiştir.

Aynı tarihte KKTC Başsavcılığı, Davalı No.4 açısından ayrı bir itiraz ihbarnamesi dosyalamıştır. Ömer Özakdenizli tarafından yapılmış bu itiraz ihbarnamesine ekli yemin varakasında;

“2)Ön İtiraz:Davalılar ve/veya No.2 ve/veya

No.3 dava konusu karardan sonra aynı konu ile ilgili 15.7.2021,08.07.2021 ve 26.07.2021 tarihli ve müteakip pek çok karar almış olup en son 18.09.2021 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan kararları almıştır. Bir sonraki kararın alınması ile aynı konudaki bir önceki karar yürürlükten kalkmış olacağından ve/veya davacının dava konusu etmekte olduğu karar halihazırda yürürlükte olan bir karar olmadığı cihetle aldığım hukuki müşavereye göre davacının davası konusuz kalmıştır ve/veya yürürlükte olan ve/veya hüküm ve sonuç doğurmaya devam eden bir karar olmadığından yürütmesinin durdurulması mümkün değildir. Bu bakımdan da Müstedinin istidasının bu gerekçe ile öncelikle reddedilmesini talep ederim.”

şeklinde bir Ön İtiraza yer verilmiş, bunun ötesinde, Davalı No.2 ve No.3’ün yemin varakasında yer alanlara benzer iddialar da anılan yemin varakasında yer bulmuş, ayrıca Polis Genel Müdürlüğü’nün Fasıl 156 Sokağa Çıkma Yasağı Yasası, 45/2018 sayılı Bulaşıcı Hastalıklar Yasası ve Fasıl 154 Ceza Yasası tahtında işlemler yaptığı, bunların denetiminin Yüksek İdare Mahkemesi’nin yetkisinde bulunmadığı, Davalı No.4 aleyhine hiçbir dava sebebi olmadığı ileri sürülmüştür.

 Davacı taraf, 1.11.2021 tarihinde dosyaladığı tek taraflı ikinci bir istida ile, Mahkemede tanıklık yapmasına olanak verilmesi için geçici bir emir talep etmiş, 8.11.2021 tarihinde ele alınan tek taraflı bu istida sonrasında Mahkeme, Davacının 13.7.2021 tarihli istidası açısından Mahkeme binasına ve salonlarına girip tanıklık yapabilmesi için ve yalnızca bu maksatla sınırlı olarak geçici bir emir vermiştir.

 17.11.2021 tarihinde başlayan istidanın dinlenmesi sürecinde, Davacı taraf iddialarını kanıtlamak amacıyla Davacının kendisine şahadet verdirmiş ve bu süreçte,

 Emare 1 olarak, 30/6/2021 tarihli kararları,

 Emare 2 olarak, iki adet İç İşleri Bakanlığı duyurusunu,

Mahkemeye sundurmuştur.

 Davalılar tarafından itiraz maksatları açısından Sağlık Bakanlığı Müsteşarı Dr.Düriye Deren Oygar’a ve Enfeksiyon Hastalıkları Klinik Mikrobiyoloji Uzmanı Dr.Emre Yusuf Vudalı’ya şahadet verdirilmiş, bu süreçte de,

Emare 3 olarak, 30/6/2021 tarihli kararın imzalı hali,

Emare 4 olarak 16/9/2021 tarihli Yüksek

Adliye Kurulu kararı,

Emare 5 olarak, 12/10/2021 tarihli Yüksek

Adliye Kurulu kararı,

Emare 6 olarak, Seda Okgül’ün Yüksek Mahkeme Başkanına hitaben kaleme aldığı yazısı ve kendine verilen cevap yazısı,

Emare 7 olarak, Avukat Boysan Boyra’nın Yüksek Mahkeme Başkanına hitaben kaleme aldığı yazısı ve kendine verilen cevap yazısı,

Emare 8 olarak, Enfeksiyon Kontrol Komitesinin 28/6/2021 tarihli toplantı tutanağı,

Emare 9 olarak, Enfeksiyon Kontrol Komitesinin 7/7/2021 tarihli toplantı tutanağı,

 Emare 10 olarak, CDC’nin referans gösterdiği çalışma,

 Emare 11 olarak, Viral Load Difference Between Symptomatic

and Asymptomatic Covid-19 Patients: “Systematic Review and Meta-Analysis,” başlıklı belge,

Mahkemeye sunulmuştur.

 Tarafların hitapları incelendiğinde, Savcılığın,

1. Yürütmesinin durdurulması talep edilen Davalı No.2 ve No.3’ün 2.7.2021 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmış kararı sonrasında konuya ilişkin olarak yeni kararlar üretildiği, yeni kararlar dolayısıyla 2.7.2021 tarihli kararın ortadan kalktığı, yürürlükte olmadığı, her yeni kararla bir önceki kararın zımni olarak ilga edildiği, kararın yürürlüğünün durmasının bu nedenle bir anlam ifade etmeyeceği,
2. (a)Kararın bütün hüküm ve sonuçlarını

doğurup bitirdiği ve akabinde yeni karar verildiği için güncel meşru bir menfaatın bulunmadığı,

(b)Düzenleyici işlem konumundaki konu

karardan Davacının ne şekilde ve hangi yönde etkilendiğini gösteren olguların yemin varakasında olması gerektiği, yemin varakasında olmadıkları oranda şahadetten çıkanların dikkate alınamayacağı,

(c)Yemin varakasında Antijen yapılmasına

ilişkin kararın Davacıyı ne şekilde etkilediğine dair iddia bulunmadığı,

(d)Davacının Tapu’ya alınmaması veya Mahkemeye

 girememesine ilişkin iddialarının ayrı idari kararlara

dayandığı, Davacının meşru menfaatini engelleyenlerin de o kararlar olduğu,

1. (a)Covid 19’un tehlikeli, bulaşıcı bir hastalık olarak

Bakanlar Kurulunca ilan edildiği, bu hastalık tehdidi ile ilgili olarak Sağlık Bakanlığının Bulaşıcı Hastalıklar Üst Komitesinin önerileri ile Dünya Sağlık Örgütünün önerilerini dikkate alarak uygun bulduğu hususlarda tedbir almaya, Bulaşıcı Hastalıklar Yasası Madde 36 uyarınca yetkili olduğu, yapılması gereken testlerin de yasada yazıldığı,

(b)Yasa gereği rızası olmayan kişiye muayene

için Mahkeme emri gerektiği, 36’ncı maddenin verdiği

yetkinin birini zorla muayene etme ya da birine zorla

birşey yapma yetkisi değil tedbir alma yetkisi olduğu,

Davalı No.2 ve No.3’ün kararlarının da tedbire yönelik

bulunduğu ve hastalığın yayılmasını önlemek için belli

yerlere giriş noktasında bazı koşullar getirildiği

(c)PCR’ın, muayene olmadığı, kimsenin de zorla alınıp

 muayeneye tabi tutulmadığı veya kendisine PCR

 yapılmadığı,

(d)İdarenin tedbir alırken takdir hakkı bulunduğu,

idarenin takdir hakkını gerçek, olgusal, bilimsel temellere dayandırdığı, kamu hizmetini gerçekleştirmeyi amaç edindiği, takdir hakkı kullanılırken ölçülülük ilkelerine ve orantılılığa uyulduğu,

(e)Davacının haklarının yasa ile sınırlanabileceği, bunun

bir sınırlama olmadığı, ancak sınırlama diye değer-lendirilse de yasal zemini bulunduğu, kısıtlama yapıldıysa da bunun kamu sağlığının korunması, genel sağlığın korunması amacıyla yapıldığı,

1. (a)Verilecek bir emrin dava sonunda çıkacak nihai kararın

 etkisini korumaya yarayacak nitelikte olmayacağı,

 çünkü dava konusu kararın hali hazırda bir etkisi

 bulunmadığı,

(b)Yüksek riskli ya da orta riskli aktivitelerdeki PCR

 zorunluluğunun kalkacağı şeklinde bir emir çıkarsa

bulaşın kontrolsuz şekilde yayılacağı, insanların hastalık tehdidine maruz kalacağı, bunun da sağlık sistemini ve ekonomiyi sıkıntıya düşüreceği, kişinin

zararı ile bu zararın balansının yapılması gerektiği, üstün tutulması gerekenin genel sağlığın korunması

olduğu özlü,

 Davacı tarafın ise, kararı veren merci ve kararın mahiyeti aynı ise yeni kararların tek ve aynı karar olarak kabul edilmesi gerektiği, kararın değişmiş olabileceği, ancak iptal edilmediği, yeni tadilatlarla aynı kararların devam ettiği, kararın tek olduğu, herkesin bu kararı uyguladığı, Davacının Anayasal hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği, kararın Anayasa’ya ve Bulaşıcı Hastalıklar Yasası’na aykırı olduğu, Bulaşıcı Hastalıklar Yasası’na göre kişinin bulaşıcı hastalık yayma ihtimali olması, bunun bir hekim tarafından tespit edilmesi ve Mahkeme emri temin edilmesi sonrası kişinin dolaşımının kısıtlanabileceği, Yasa’nın aslında kimsenin dolaşım özgürlüğünü kısıtlamayın dediği, Davacı hakkında ne hekim raporu, ne de Mahkeme kararı varken Davacının ve ailesinin korunma hakkının, çalışma hakkının, açlıktan korunma hakkının, dolaşım hakkının kısıtlandığı, çalışamayan, devletin de kendisi için birşey yapmadığı, müvekkillerini ve işlerini kaybetmekle karşı karşıya olan Davacının telafisi imkânsız zararı olduğu, talebin sadece Davacı açısından yürütmenin durdurulması yönünde olduğu, KKTC’de olağanüstü bir durum olmadığı, olağanüstü hal ilan edilmediği, olağanüstü hal ilan edilmemiş dönemlerde kişilerin hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılamayacağı, bu nedenle de kararların yok hükmünde olduğu, düzenleyici işlemlere karşı da dava açılabileceği, Davacının hâlâ daha Mahkemeye giremediği, güncel menfaatinin olduğu, özlü iddialarda bulunduğu görülmektedir.

Savcılığın yukarıda alıntılanmış ön itirazı ve dava konusu kararın zımni olarak ilga edildiği özlü iddiası ışığında öncelikle, bu hususların karara bağlanması gerekliliği ile karşılaşılmaktadır.

 Davacının Talep Takririnin (A) paragrafına bakıldığında, bu paragraf altında hükümsüz ve etkisiz olması talep edilen kararın, 497 sayılı ve 2 Temmuz 2021 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış kararda 1304 ve 1305’inci sayfalarda yer bulan,



şeklindeki kısımlar olduğu anlaşılmaktadır.

 Bu istidanın duruşmasına devam edilen 27.12.2021 tarihinden bir gün önceki, 992 sayılı ve 26.12.2021 tarihli Resmi Gazete’de, Bakanlıkca yayımlanmış Bulaşıcı Hastalıklar Üst Komitesi kararları incelendiğinde, 2.7.2021 tarihli kararda yer alan ve Davacının iptalini istediği yukarıda alıntılanmış kısmın, 26.12.2021 tarihli kararda aynı şekilde yer almadığı görülmektedir. Bununla birlikte, 26.12.2021 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış kararlar içerisinde sayfa 3927 ve 3928’de;

“ADAPASS SORGULAMASI

5. MEKAN/SEKTÖR/AKTİVİTE/ETKİNLİKLERE GİRİŞ YAPACAK KİŞİLERİN ADAPASS SİSTEMİ ÜZERİNDEN KONTROL EDİLECEK AŞI VE PCR KRİTERLERİ AŞAĞIDAKİ TABLODA BELİRTİLMİŞTİR.

|  |  |
| --- | --- |
| AŞILI:TEST YOKAŞISIZ:SON 72 SAAT PCR/SON 48 SAATANTİJEN | AŞILI:TEST YOKAŞISIZ:GİRİŞ YOK |
| AdaPass KAT I | AdaPass KAT II |
| SÜPERMARKET/MARKET | CASİNO | KAHVEHANE/KIRAATHANENİN KAPALI ALANLARI |
| DEVLET DAİRESLERİ | BAR/CLUB | SİNEMA |
| PERAKENDE SATIŞ MAĞAZALARI | KAPALI FİTNESSSALONLARI | GENEL KURUL TOPLANTILARI |
| BANKALAR | STADYUMLAR | KONGRELER/MİTİNGLER |
| AÇIK ALAN TAKIM SPORLARI | KAPALI ALAN TAKIM SPORLARI | GENÇLİK KAMPLARI |
|  | BOKS/GÜREŞ ANTREMAN | BET OFİSİ |
|  | TOPLU DANS/TÖREN | AVM |
|  | YÜZME HAVUZLARI | INTERNET CAFE |
|  | OTEL | BERBER/KUAFÖR, GÜZELLİK SALONU |
|  | GECE KULÜBÜ | İBADETHANELER |
|  | KONSER/TİYATRO | OFİSLER |
|  | DÜĞÜN (YEMEKLİ-KOKTEYLİ) | SERGİ |
|  | RESTAURANT,MEYHANE,PASTANE,CAFE KAPALI ALANLARI |  |

* En az çift doz aşı yaptırmamış (jonson için tek doz) kişilerin kapalı alanlara girmeleri yasaktır. Ayrıca kişilerin çift doz aşı yaptırmış olsa bile (jonson için tek doz aşı) hatırlatma dozu yapmamaları halinde bu kişiler sadece süpermarket/market, devlet daireleri, perakende satış mağazaları, açık alan takım sporları ve bankalara son 72 saatlik negatif pcr testi veya son 48 saatlik negatif antijen testi ile giriş yapabileceklerdir.
* Adapass sorgulaması 12 yaş ve üzeri için zorunlu olup kimlik kartı ile birlikte yapılmalıdır. 12-18 yaş aralığı için Adapass sorgulaması Adapass kartı, aşı kartı ve test sonuç belgesi ile yapılabilir.
* Yukarıda tabloda belirtilen mekan/sektör/aktivite/etkinliklerin girişlerinde Adapass sorgulamalarının aktif kontrolünün yapılabilmesi amacıyla yetkili biri bulundurmak zorundadırlar.
* COMIRNATY (Pfizer/Biontect)

VAXZEVRIA (Astrazeneca/Oxford) ] aşılarını yaptıran ve 2.Dozlarının

MODERNA üzerinden 6 ay geçen kişiler;

CORONAVAC(Sinovac) aşısını yaptıran ve 2.Dozlarının üzerinden 3 ay geçen kişiler;

COVİD-19 Vaccine Janssen/Johnson and Johnson aşısı yaptıran ve üzerinden 3 ay geçen kişiler;

3.Doz aşılarını yaptırmamaları halinde **ülke içerisinde** aşısız kişi olarak kabul edilecek ve Adapassları iptal edilecektir.

**Not:Hastalığı geçirmiş kişiler 180 güne kadar aşılı kişi olarak değerlendirilmeye devam edeceklerdir. Ancak 4.1.2022 tarihinden itibaren hastalığı geçirmiş kişiler 90 güne kadar aşılı kişi olarak değerlendirileceklerdir.**

6.Ülkemizde faaliyet gösteren ve aşağıda belirtilen sektörlerde çalışan

 aşılı kişiler her 14 günde bir, aşısız kişiler ise her 7 günde bir

 antijen testlerini yineleyeceklerdir.

 **TABLO:SEKTÖR ÇALIŞANLARININ YAPMASI GEREKEN TESTLER**

|  |
| --- |
| **ANTİJEN TEST****(AŞILILAR HER 14 GÜNDE BİR)****(AŞISIZLAR HER 7 GÜNDE BİR)** |
| OTEL ÇALIŞANLARI | MARKET/MAĞAZA ÇALIŞANLARI VETEDARİKÇİLERİ |
| CASİNO ÇALIŞANLARI | BERBER/KUAFÖR/GÜZELLİK SALONLARI/DÖVME SALONU ÇALIŞANLARI |
| MÜZİSYENLER | RESTAURANT ÇALIŞANLARI |
| BAR/CLUB ÇALIŞANLARI | CAFE ÇALIŞANLARI |
| SİNEMA SALONLARINDA ÇALIŞANLAR | MEYHANE ÇALIŞANLARI |
| TAKIM SPORLARI YAPANLAR | PASHANE ÇALIŞANLARI |
| YÜZME SPORLARI YAPANLAR | KAHVEHANE/KIRAATHANE ÇALIŞANLARI |
| KAPALI SPOR SALONLARINDA ÇALIŞANLAR | BANKA ÇALIŞANLARI |
| KAPALI ÇOCUK OYUN ALANLARINDA ÇALIŞANLAR | KAMU ÇALIŞANLARI |
| EĞLENCE/KONSER VB ORGANİZASYON GÖREVLİLERİ | OFİS ÇALIŞANLARI |
| GECE KLÜPLERİNDE ÇALIŞANLAR | İNTERNET CAFE ÇALIŞANLARI |
| BAKIM EVİ ÇALIŞANLARI | BET OFİS ÇALIŞANLARI |
| DENİZ/GEZİ TEKNE ÇALIŞANLARI | BOKS,GÜREŞ YAKIN DÖVÜŞ SPORCULARI |
| İŞÇİ YATI EVLERİ/LOJMANLARDA KALANLAR | PLAJ/HAVUZ ÇALIŞANLARI |
| ÜRETİM/FABRİKA ÇALIŞANLARI | OKUL/ÖZEL EĞİTİM MERKEZLERİ ÇALIŞANLARI |
| TOPLU TAŞIMACILIK ÇALIŞANLARI |  |
| İBADETHANEDE GÖREVLİ KİŞİLER “ |  |

şeklindeki düzenlemelerin varlığıyla karşılaşılmaktadır.

 Her iki kararın ilgili kısımları karşılaştırıldığında, Davacının 2.7.2021 tarihli kararla, kendisine PCR-Antijen zorunluluğu konduğunu belirttiği aktivitelerden halen PCR-Antijen zorunluluğu bulunanların “süpermarket, market” ve “takım sporları” olduğu ortaya çıkmaktadır. Bunlar dışında 2.7.2021 tarihli kararda yer bulan birçok aktivitenin ise, 26.12.2021 tarihli kararla, Davacı gibi aşısız ve PCR veya Antijen testi yaptırmayan kişilere, eskisinden farklı olarak, kısmen veya tamamen yasaklandığı görülmektedir. 2.7.2021 tarihli kararda orta risk aktivite başlığı altında yer bulan “kapalı ofis ortamında sosyal mesafe ve hijyen kuralına uyarak çalışma” ise 26.12.2021 tarihli kararda, Davacı gibi ofis çalışanlarının her yedi günde bir test yaptırması şeklinde kurala bağlanmış haldedir.

 Tam İlga-Kısmî İlga ve Sarih İlga-Zımnî İlganın tanımı, Kemal Gözler’in “İdare Hukuku,” (İkinci Baskı Cilt 1) adlı eserinde sayfa 1097’de;

“ **Tam İlga-Kısmî İlga (Değiştirme)-** İlga kapsam bakımından ‘tam ilga (abrogation totale)’ ve ‘kısmî ilga (abrogation partielle)’ olmak üzere ikiye ayrılabilir. Tam ilgada işlem bütünüyle yürürlükten kaldırılır. Kısmî ilgada ise işlemin bütününe dokunulmaz; sadece işlemin bir kısmı yürürlükten kaldırılıp, yerine yeni maddeler konulur veya bir maddenin bazı hükümleri değiştirilir. Kısmî ilga’ya ‘değiştirme (modification)’de denir. İşlemin ‘değiştirilmesi’nden zaman zaman sanki bir bağımsız kurummuş gibi bahsedildiği olur; ama değiştirme aslında hukukî niteliği itibarıyla kısmî ilgadan başka birşey değildir.

 **Sarih İlga-Zımnî İlga**-İlga, ‘sarih (expilicite)’ olabileceği gibi, ‘zımnî (implicite)’ bir şekilde de olabilir. ‘Sarih ilga (abrogation explicite)’da işlemin yürürlükten kaldırılmasına yönelik ayrıca ve açıkça bir irade açıklaması yapılır. ‘Zımnî ilga (abrogation implicite)’da işlemin yürürlükten kaldırılmasına yönelik ayrıca ve açıkça açıklanmış bir irade beyanı yoktur. Ama mevcut bir işlemle aynı konuda hiçbir şekilde uzlaşması mümkün olmayan ikinci bir işlemin yapılması ilk işlemin ‘zımnen ilga (abrogation implicite)’ edilmesi sonucunu doğurur. Örneğin Fransız Danıştayı, idarenin önce sınır dışı etme kararı aldığı bir yabancıya daha sonra oturma izni başvurusunun alındığına dair makbuz verme işlemini sınır dışı etme kararının ilgası olarak yorumlamıştır.”

şeklinde açıklanmıştır.

 Yukarıda alıntılanan her iki karar metninin ilgili kısımları ve bunlar arasında yaptığım karşılaştırma göz önünde bulundurulduğunda, Bulaşıcı Hastalıklar Üst Komitesi’nin kendi kararlarının bir kısmına dokunmadığı, bir kısmına ise, mevcut kurallar yerine yeni kurallar veya konular getirerek değişiklik yaptığı gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Hemen belirtmekte yarar vardır ki, tespitim bu yönde olmakla birlikte bu konuda verilecek kesin karar, ancak davanın esasının dinlenmesi sonrasında verilebilecektir. İlk nazardaki değerlendirmem ise, yukarıda belirttiklerimden anlaşılacağı üzere ortada kısmi bir ilganın olduğu özlüdür.

 2.7.2021 tarihinden sonra alınmış kararlardan birisi olan 26.12.2021’deki karar incelendiğinde, özellikle yukarıda belirtilen üç alanda, yani “süpermarket/markete gitme,” “takım sporları yapma” ve “ofiste çalışma” ile ilgili alanlarda, 2.7.2021 tarihindeki mevcut işlemlerle hiçbir şekilde uzlaşması mümkün olmayan ikinci bir işlemin gerçekleştiğinden söz etmek ilk nazarda mümkün görünmemektedir. Çünkü yukarıda vurgulandığı üzere, en azından bu üç alanda, iki metin arasında bir uzlaşının veya benzer bir içeriğin varlığı söz konusudur. Bu nedenle, 2.7.2021 tarihli kararın zımni ilgasının, en azından yukarıda belirtilen üç konu veya alan açısından söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Tüm bunlar da Davacının davasının tümden konusuz kaldığını söylemeyi olanaksızlaştırmaktadır. Bu noktada tekrar vurgulamakta yarar vardır ki, tüm bunlar ilk nazardaki tespitlerimdir ve tüm bu konular davanın esasının dinlenmesi sonrasında daha detaylı bir şekilde değerlendirilecek, kesin bir karara bağlanacaktır.

 Yukarıda belirtilen üç alanda konu idari işlemin veya kararın devam ettiği özlü değerlendirme sonrasında, Davacının şahadetine bakıldığında, Davacının, temelde, çalışamadığını, market ve restoranta gidemediğini, kapalı alanlarda oturamadığını, Tapu’ya, Mahkeme’ye giremediğini ileri sürdüğü gerçeği ile karşılaşılmaktadır.

 2.7.2021 tarihli kararın iptali talep edilen kısımları incelendiğinde, Mahkemeye veya devlet dairelerine girişin, “Covid-19 Aktivite Riskleri” başlığı altında yer almadığı görülmektedir. Burdan anlaşılacağı üzere, davanın açıldığı tarihte, Davacının, devlet dairelerine veya Mahkemeye girişine yönelik herhangi bir kısıtlama veya düzenleme getiren idari bir işlem bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu özdeki talepler açısından ortada ciddi bir dava olduğu kanaatine ulaşmak mümkün görünmemektedir.

 Davacının şahadetinde belirttiği, restoranlara giremediği, kapalı alanlarda oturamadığı özlü iddialar açısından 2.7.2021 tarihli karara bakıldığında, karar tarihine göre KKTC, “North Cyprus” başlığı altında “Turuncu” kategoride yer aldığından, Davacının kapalı alanlara girmesi sırasında, sadece yüksek riskli sayılan kapalı alanlar açısından PCR testi zorunluluğuna tabi tutulacağı gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Ancak 26.12.2021 tarihli yukarıda ilgili kısımları alıntılanmış karar incelendiğinde, Davacı gibi aşısız kişilerin, kapalı alan sayılabilecek yerlerden yalnızca süpermarket/market, devlet daireleri, perakente satış mağazaları ve bankalara PCR yaptırarak girebileceği, diğer çok sayıda yere ise hiç giremeyeceği gerçekleri ile karşılaşılmaktadır. Sırf restoranlar açısından konu incelendiğinde ise aşısızların restoranlara hiç giremeyeceği ortaya çıkmaktadır. Bunlardan anlaşılan, yukarıda belirtilen üç alan arasında yer almayan bu alanlarla (yani restorana girme, kapalı alanlarda oturmayla) ilgili olarak, 2.7.2021 tarihli kararın, artık zımnen ilga edilmiş olduğudur. Bu nedenlerle, anılan alanlarla ilgili iddialar açısından da ortada ciddi bir dava olduğu kanaatine ulaşmak mümkün olamamaktadır.

 Markete girişlerle ilgili iddialar açısından olay incelendiğinde ise, 2.7.2021 tarihli kararda markete girişlerin, “düşük riskli aktivite” kapsamında yer aldığı gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Aktiviteyi gerçekleştirecek kişiler açısından getirilen kurallar incelendiğinde, Davacı gibi aşısız kişilerden herhangi bir şekilde test isteneceğine dair kural bulunmadığı veya konmadığı görülmektedir.

 2.7.2021 tarihli karar incelendiğinde, kararın, genel ve soyut kural koyan bir idari işlem olduğu görüldüğünden anılan kararın ilk nazarda düzenleyici bir işlem olduğu söylenebilir hale gelmektedir. İyi İdare Yasası Madde 19’a göre, idarenin düzenleyici işlemlerine karşı da, meşru menfaatleri olumsuz yönde ve doğrudan doğruya etkilenen kişiler, iptal davası açabileceklerdir. YİM 159/2017, D.7/2018 sayılı kararda, çoğunluk görüşünde, düzenleyici işlemlere karşı iptal davası açılamayacağı algısını yaratacak şekilde bir yazıma yer verilmiş olmakla birlikte, orada incelenen konu, “tüzükler” olduğu için, anılan kararın bağlayıcılığı, tüzüklerle sınırlı kalmaktadır. Dava konusu düzenleyici işlem ise bir tüzük değildir. Bu nedenle, dava konusu düzenleyici işleme karşı meşru menfaati etkilenenlerin iptal davası açabileceğini söylemek ilk bakışta doğru görünmektedir. Davacının yukarıda belirtilen üç alandan biri olan markete girmesiyle ilgili olarak meşru bir menfaatı bulunduğu takdirde, Davacının, 2.7.2021 tarihli kararın bu kısmıyla ilgili iptal davası açma yoluna gidebileceği söylenebilir hale gelecektir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, 2.7.2021 tarihli kararla, Davacıya, markete girme açısından herhangi bir test zorunluluğu getirilmiş değildir. Bu nedenle, ilk nazarda Davacının bu alandaki iddiaları açısından meşru bir menfaatinin doğrudan doğruya ve olumsuz yönde etkilendiğinden söz edilememektedir. Buna bağlı olarak, markete gitme noktasındaki kurallar açısından Davacının ciddi bir davası olduğu da söylenebilir hale gelememektedir. Üç alandan bir diğeri olan “takım sporları yapma” açısından olay incelendiğinde de, Davacının şahadetinden hareketle, bu alandaki meşru bir menfaatinin doğrudan doğruya ve olumsuz yönde etkilendiği çıkarımını yapmak ilk nazarda mümkün olamamaktadır.

 Belirttiklerim göz önüne alındığında, aşısız bir kişi olan ve PCR veya Antijen testi yaptırmayı da reddeden Davacının, yukarıda belirtilen üç alandan geriye kalan “ofiste çalışma” açısından, halen devam eden sıkıntıları veya bu aktiviteyi yapma açısından karşılaştığı engeller bulunduğu düşünülebilir hale gelmektedir, ki bu da, Davacının meşru ve güncel bir menfaatının bu alanla sınırlı olarak doğrudan doğruya ve olumsuz yönde etkilendiğini ilk nazarda düşünülebilir hale getirmektedir.

 Davanın 75 günlük süre dolmadan açıldığı gerçeği, yukarıdakilerle birlikte değerlendirildiğinde, Davacının davasında yer alan 2.7.2021 tarihli karardaki, “ofiste çalışma için haftalık test yaptırması” boyutundaki kurallar açısından karara bağlanması gereken konunun ciddi olduğu kanaatine ulaşmak mümkün görünmektedir.

 Bu noktada hemen belirtmekte yarar vardır ki, Davacının iptalini talep ettiği kararlar, Davalı No.2 ve No.3’ün kararlarıdır. İstidanın dinlendiği dava tahtında, Davalı No.1 ve No.4’ün iptali talep edilen herhangi bir kararı olduğunu söylemek ilk nazarda olanaklı görünmemektedir. Bu nedenle Davacının, Davalı No.1 ve No.4 aleyhine ciddi bir davası olduğu ilk nazarda söylenebilir halde değildir, dolayısıyla Davalı No.1 ve No.4 ile ilgili olarak istidanın iptaline yönelmek kaçınılmaz görünmektedir.

 Gelinen bu aşamada Davacının, “ofiste çalışma için haftalık test yaptırma” işlemiyle ilgili iddialarında haklı olduğuna dair belirtiler bulunup bulunmadığı hususu açısından konu incelendiğinde ise görülenler şöyle sıralanabilmektedir, Davalı taraf 45/2018 sayılı Bulaşıcı Hastalıklar Yasası’nın 36’ncı maddesinin, Bakanlığa tedbir alma yetkisi verdiğini ve Bakanlığın tedbir alma konusunda takdir hakkı bulunduğunu ileri sürmüştür. Yasa’nın,

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| “Bakanlığın Hastalıklardan Korunma İçin Tedbir Alma Yetkisi53/2020 | 36. | (1) | Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinin herhangi bir bölgesi veya tamamı tehlikeli bir epidemik veya bulaşıcı hastalığın tehdidi veya etkisi altında olduğunda, Bakanlık, hastalığın ülkede yayılımının önlenmesi ve/veya hafifletilmesi için Bulaşıcı Hastalıklar Üst Komitesinin önerileri ile Dünya Sağlık Örgütünün önerilerini dikkate alarak uygun bulduğu hususlarda tedbirler alabilir. |
|  |  | (2) | Yukarıdaki (1)’inci fıkra uyarınca, sosyal mesafeye, hijyen ve karantina kurallarına, izolasyonlara (tecrit), maske takmaya, Bakanlıkça imzalatılan taahhütnamenin içeriğindeki beyana ve/veya taahhütlere ilişkin kurallara, yapılması öngörülen testlere, toplu yaşam alanlarında, işletmelerde, iş yerlerinde, organizasyonlarda, etkinliklerde ve/veya eğlence yerlerinde alınması gereken tedbirlere ilişkin kararlar ve/veya belirli işyerlerinin kapatılmasına ilişkin alınan kararlar Bakanlıkça Resmi Gazete’de yayımlanır. |
| 8/2021 |  | (3) | Toplu yaşam alanlarının yetkilileri, işletme yetkilisi, iş yeri yetkilisi ve eğlence yeri yetkilisi, bu işletmelerin tüzel kişi olması halinde ise tüzel kişi yetkilileri ile organizasyon veya etkinlik düzenleyen yetkililer, yukarıdaki (2)’nci fıkrada belirlenen kararlara uymak, uyulmasını sağlamak ve buna ilişkin gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. |
| 8/2021 |  | (4) | Yukarıdaki (1)’inci fıkra uyarınca, ev karantinası kuralları ile ev karantinası kuralları dışında uygulanacak olan merkezi karantina kurallarına, hastalığın bulaşıcılığını önlemek ve hastalığı tespit edip takibini yapabilmek amacı ile kişilerin alınan kararda belirtilen süre içerisinde yapması gereken PCR testi ve/veya hastalığın tespiti için yapılması gerekli görülen tanı ve tarama testleri sonucunda hasta olduğu tespit edilen kişiler ve temas ettikleri kişilere uygulanacak olan karantina koşulları ve alınan diğer önlemlere ilişkin kararlar, Bakanlıkça Resmi Gazete’de yayımlanır. |
|  |  | (5) | Aşağıda belirtilen konularda Bakanlıkça hazırlanıp Bakanlar Kurulunca onaylanarak Resmi Gazete’de yayımlanacak tüzükler yapılır: |
|  |  |  | (A) Yukarıdaki (1)’inci fıkra uyarınca alınacak tedbirler hakkında. |
|  |  |  | (B) Yukarıdaki (2)’nci fıkrada belirtilen koşulların düzenlenmesi ve alınan tedbirlerin uygulanması hakkında.” |

şeklindeki 36’ncı maddesinin yukarıda alıntılanmış (1)’inci fıkrası, bulaşıcı bir hastalık olduğu tartışılamayacak kadar açık olan Covid 19 hastalığı için, Bakanlığa, “tedbir” alma yetkisini vermiş haldedir. 36’ncı maddenin (2)’nci fıkrasının ise, sair şeylerin yanısıra, yapılması öngörülen testlere, işyerlerinde alınması gereken tedbirlere ilişkin karar almaya ve belirli işyerlerinin kapatılmasına karar vermeye dair yetki verdiği anlaşılmaktadır. 36’ncı maddenin (4)’üncü fıkrası ise, temelde, önlemlere ilişkin kararların Resmi Gazete’de yayımlanacağını belirlemiş, ayrıca konu fıkra içerisinde, Bakanlığın, hastalığı tespit edip takibini yapabilmek amacıyla kişilere kararda belirtilecek süre içerisinde PCR testi veya tanı ve tarama testi yapma konusunda karar alma yetkisi olduğu da bir anlamda detaylandırılarak tekrarlanmıştır.

 Yasa’nın Bakanlığa verdiği yetkiler incelendiğinde, Yasa’nın verdiği yetkilerin, bazı meslek gruplarının diğer bir deyişle, belirli türlerdeki meslekleri yapan kişilerin, mesleklerini yapmalarını tümden engelleyici tedbir alma veya karar verme yetkisi olduğunu söylemek ilk nazarda olanaklı görünmemektedir. Yasa’nın (4)’üncü fıkrasında detaylandırılmış yetki, hastalığın tespiti ve takibi amacıyla kişilere belli aralıklarla testler yapmak yetkisidir. Zaten Davalı No.1, No.2 ve No.3’ün itiraznamesine ekli yemin varakasında da, semptom göstermeyen hastaların erken safhada tespiti için random testlerin önemli olduğu dile getirilmiş ve bir anlamda (4)’üncü fıkradaki yasal düzenleme açımlanarak tekrarlan-mıştır. Yukarıda belirtildiği üzere, Yasa’nın 36’ncı maddesinin (4)’üncü fıkrası ile Bakanlığa verilen yetki, belirli meslek gruplarındaki çalışanları test yapmazlarsa çalışamaz, diğer meslek gurubundaki çalışanları ise test yapmasalar da çalışabilir halde bırakmak yetkisi değildir.

2.7.2021 tarihli karar incelendiğinde, Davacının da dahil olduğu anlaşılan “ofis çalışanlarının” yani belirli meslek gruplarının, haftalık test yaptırmazlarsa çalışamayacakları, çalışırlarsa da suç işlemiş olacakları sonucunu doğuracak bir tedbir işleminin varlığıyla karşılaşılmaktadır. Kanaatimce, böylesi bir tedbir işlemi, Yasa’nın Bakanlığa verdiği yetkinin aşılması suretiyle veya Yasa’nın verdiği yetki ötesinde yetki kullanmak suretiyle alınmış haldedir.

Yasa’nın verdiği yetkinin ötesinde yetki kullanarak yapıldığı düşünülebilir halde görünen, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması işleminin, hukuka aykırı olma olasılığından söz etmek kaçınılmazdır. Bu da, yalnızca belirtilen alandaki düzenleyici işlem açısından, Davacının iddialarında haklı olduğuna dair belirti bulunduğu kanaatine ulaşmayı sağlar niteliktedir. Hemen belirtmekte yarar vardır ki, bu değerlendirmeler, yukarıda vurgulandığı üzere, ilk nazardaki görüş ve kanaatlerimden ibarettir ve davanın esasının dinlenmesi sonrasında, konu, üç yargıç tarafından incelenip kesin bir şekilde karara bağlanacaktır.

 Konuya, işlemin yasaya aykırılığıyla ilgili iddiaların ötesinde, Anayasa’ya aykırılığıyla ilgili iddialar boyutunda bakıldığında ise, Anayasa’daki çalışma hakkının ve özgürlüğünün, sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı ve bir sınırlama olacaksa da bunun ne ile yapılabileceği sorularıyla karşılaşılmaktadır.

“ İnsan haklarına saygı bakımından en önemli husus, onların sınırlandırılmasıdır. Anayasamıza göre idare, temel hak ve hürriyetleri olağan dönemlerde bir kanuna dayanmaksızın sınırlandıramaz. Zira Anayasamızın 13’üncü maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, belli sebeplerle ancak kanunla sınırlanabilir. Yani temel hak ve hürriyet-lerin sınırlandırılması bakımından yetkili organ, idare değil, yasama organıdır. Bununla birlikte, temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanması gerekliliği, temel hak ve hürriyetler alanında idarenin herhangi bir sınırlandırıcı işlem yapamayacağı anlamına gelmez. İdare bir kanuna dayanmak ve kanuna aykırı olmamak şartıyla temel hak ve hürriyetler alanında da sınırlandırıcı işlemler yapabilir. Anayasanın 13’üncü maddesinin yasakladığı şey, bir temel hak ve hürriyetin daha önceden kanunla sınırlandırılmadan idare tarafından ilk elden sınırlandırılmasıdır. Yani bir temel hak ve hürriyete kanunla öngörülmemiş bir sınırlama idare tarafından getirilemez.”

Kemal Gözler’in “İdare Hukuku,” (İkinci Baskı Cilt 1) adlı eserinde sayfa 110’da dile getirilen yukarıda alıntılanmış görüşler göz önüne alınarak konu değerlendirildiğinde, keza, Anayasa Mahkememizin önceki birçok kararından hareketle olaya bakıldığında, olağan dönemlerde, çalışma hakkının ve özgürlüğünün, genel sınırlama sebepleriyle ve tabii ki bunlardan birisi olan genel sağlık sebebiyle, sınırlanabileceği (kişisel görüşüm farklı olmakla birlikte) düşünülebilir hale gelmektedir. Ancak açıktır ki, böylesi bir sınırlama yapılacaksa da sınırlamanın yukarıdaki alıntıdan ve Anayasamızdan görüldüğü üzere yasa ile olması zorunluluğu vardır.

 “Ofis çalışanlarının” test yaptırmadıkça çalışamayacağı veya suç işler hale sokulacağı bir tedbirin, çalışma hakkının veya özgürlüğünün sınırlanması olarak algılanması kaçınılmaz görünmektedir. Bu noktada bu sınırlamanın yasa ile yapılmış olması ise, yukarıda vurgulandığı üzere, Anayasa gereği, bir zorunluluktur. Bu yaklaşımla olaya bakıldığında, 36’ncı maddedeki yukarıda alıntılanmış yasal düzenlemelerden hareketle yapıldığı belirtilen sınırlamanın, Yasa ile yapılmış sayılıp sayılamayacağının belirlenmesi gerekliliği ile karşılaşılmaktadır.

 Yasa’nın 36’ncı maddesi, yukarıda da belirtildiği ve ilgili Savcının da dile getirdiği üzere, aslında, huzurumdaki konuyla ilgili olarak, Bakanlığa, “tedbir” alma ve hastalığı tespit ve takip amacıyla kişilere belli aralıklarla test yapma yetkisi vermiştir.

 Olay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’nin, G.K.E. 1987/16 K.1988/8 sayı ve 19.4.1988 tarihli kararında yer bulan “...sınırlamanın nerede başlayıp, nerede bittiği belirtilmezse amacı aşan demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan, içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış sakıncalı sınırlama getirilmiş olur, içeriğinin belirlenmesi yönetimin görüşüne bırakılan sınırlamanın yasa ile konulduğundan söz edilemez...” içerikli görüş ve değerlendirmeleri ve keza, Kemal Gözler’in yukarıda alıntılanmış görüşleri ışığında incelendiğinde, idareye “tedbir” alma ve ayrıca belli aralıklarla kişilere random (rastgele, tesadüfi) test yapma yetkisi verdiği yorumunda bulunduğum Yasa’ya bağlı olarak yapılmış ve içeriği, Savcılığın da kabul ettiği üzere, idarenin takdirine göre belirlenmiş, ayrıca random (rastgele, tesadüfi) test yerine, belli meslek guruplarına test zorunluluğu getirme şeklinde oluşturulmuş düzenleyici bir işlemle getirilen ve anayasal haklardan olan çalışma hakkına ve özgürlüğüne yönelik olan konu sınırlamanın, yasa ile yapılmış bir sınırlama sayılamayacağı, aksine idarece ilk elden yetki kullanılarak yapılmış bir sınırlandırma olarak değerlendirilebileceği düşünülebilir hale gelmektedir. Bu da, hak ve özgürlüklerin ancak yasa ile sınırlanabileceği özlü Anayasal kurala bir aykırılık bulunduğu değerlendirmesine ilk nazarda varmayı ve ofis çalışanlarının haftalık test yaptırması düzenlemesiyle ilgili olarak Davacının iddialarında haklı olduğuna dair belirtiler bulunduğu kanaatine ulaşmayı sağlar niteliktedir. Belirttiklerimden hareketle Davacının, anılan alandaki sınırlamanın hukuka aykırı olduğuyla ilgili iddialarında haklı olduğuna dair belirtiler bulunduğu kanaatine de ulaşırım.

 Ara emri verilmesi ile ilgili 3’üncü unsur olan, ileride telafisi mümkün olmayacak bir zararın doğacağı veya eski duruma dönüşün çok zorlaşacağı hususunda olay incelenmeye başlanıldığında ise görülenler şöyle sıralanabilmektedir:

 Davacı Avukatı, Davacının şahadetinde dile getirdiğinden farklı olarak, konu istida ile sadece Davacı için yürütmenin durmasını istediklerini dile getirmiş haldedir veya bir anlamda talebin bu şekilde sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.

 Davacının şahadetine bakıldığında, Davacının konu karar dolayısıyla çalışamadığını, gelirinden, ailesine bakmaktan mahrum kaldığını, müvekkillerini kaybetmekte olduğunu dile getirdiği ortaya çıkmaktadır. İstidaya ekli yemin varakası incelendiğinde, çalışma ve gelir elde etme hakkının engellendiğinden, (kısmen farklı bir başlık altında olduğu düşünülse dahi) söz edildiği görülmektedir. Bu meselede, korunması gereken bir yandaki yarar, Davacının çalışma, para kazanma, ailesini ve kendisini geçindirme hakkı iken, korunması gereken diğer yandaki yarar ise, hiçbir semptom göstermese bile test yaptırmadığı sürece başka kişileri hasta etme olasılığı olan bir kişinin çalışmasının engellenmesi suretiyle toplumun korunması noktasındadır. Mahkemenin yapması gereken de, bu ikisi arasındaki dengeyi göz önüne alarak bir kanaate varmaktır. Davacı gibi aşısız kişilerde, bir hastalık belirtisi yokken, kişinin, sırf belli bir meslek gurubuna aittir diye test yaptırmak zorunda olması ve test yaptırmadığı sürece çalışamaması ve gelirinden mahrum kalmış olması, kişinin kendisinin ve ailesinin en temel ihtiyaçlarını bile karşılayamayacak hale düşme olasılığını ortaya çıkarmaktadır. Özellikle de bu tür kuralların uzun süre yürürlükte kaldığı zamanlar için, bu husus inkâr edilemez bir hal almaktadır. Kişilerin ve ailelerinin açlıktan ve yoksulluktan korunmasını sağlayacak ortamları yaratmak Devletin de görevleri arasındadır. Toplum sağlığının ve sağlık sisteminin korunması gerektiği gerçeği çok önemli olmakla birlikte, kişilerin gelir elde etmesini engellememek de çok önemlidir. Çalışamayan, gelir elde edemeyen bir kişi ve ailesi için, özellikle de yukarıda belirtildiği üzere, süre uzadıkça ortaya çıkabilecek açlık ve yoksulluk hali göz önüne alındığında ve emrin, sadece Davacıyı ilgilendirdiği oranda verilmesinin talep edildiği gerçeği düşünüldüğünde, Davacıya bağlı olası bir bulaşın engellenmesi noktasındaki düşük oranlı toplum yararının değil, Davacının ve ailesinin yararının üstün tutulması makul ve adil görünmektedir. Belirtilen nedenlerle geçici bir emir verilmezse çalışmayan ve gelir elde edemeyen Davacı açısından ileride telafisi mümkün olmayacak bir zararın doğacağı veya eski duruma dönüşün çok zorlaşacağı kanaatine de ulaşılır.

 Tüm bu nedenlerle, 2.7.2021 tarihli işlemin, yalnızca ofis çalışanlarına haftalık PCR testi koşulu getiren kısmı ile ilgili bir emir verilmesinin adil olduğu sonucuna varılır. Talebin sınırlandırıldığı ve sadece Davacı için emir verilmesinin talep edildiği gerçeği de dikkate alındıktan sonra, emrin, konu işlemin, yalnızca Davacıyla ilgili olduğu oranda, yürütmesinin durmasına yönelik olması da uygun ve adil bulunur.

Tüm bunlara bağlı olarak, Davalı No.2 veya No.3’ün, 2.7.2021 tarihinde alınan ve ofis çalışanı olan Davacının haftalık PCR veya Antijen testi yaptırması sonucunu doğuran veya düzenleyen kararının veya işleminin yürütmesinin, yalnızca Davacıyla ilgili olduğu oranda, dava sonuna kadar durmasına emir verilir.

2.7.2021 tarihli kararın, emre konu aktivite dışındaki diğer aktivitelerle ilgili kısımlarının yürütmesinin durması talebi ile Davacı dışındaki kişiler açısından kararın yürütmesinin durması talepleri ret ve iptal edilir.

İstida, Davalı No.1 ve No.4’le ilgili olduğu oranda ret ve iptal edilir.

Davacının bazı taleplerinde haklı, bazı taleplerinde ise haksız bulunduğu gerçeği göz önüne alındıktan sonra, masraf emri verilmesi uygun ve adil görülmez ve istida masraflarına ilişkin herhangi bir emir verilmez.

 Tanju Öncül

 Yargıç

26 Ocak 2022