

KORONAVİRÜS HASTALIĞI (COVID-19) ile OLUŞAN FİİLİ NİTELİKLİ OLAĞANÜSTÜ HAL SÜRECİNE CEZA HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN BAKIŞ

1.GİRİŞ

1.1.Sürecin Özeti

Ocak ayında Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkan virüs, sağlık otoritelerinin eleştirilerine göre Çin tarafından sürecin şeffaf yönetilmemesi sebebiyle dünyayı sarmış, 17 Mart Salı günü koronavirüs görülenlerin sayısı 182 bini aşmış, virüs sonucu hayatını kaybedenlerin sayısı 7 bini geçmiştir. Ülkemizde de 11 Mart tarihinde Sağlık Bakanı Fahrettin Koca tarafından ilk vaka açıklanmış, iki gün sonra bu sayı beşe yükselmiş, 19 Mart itibarıyla da Türkiye'de iki kişinin Covid-19 nedeniyle hayatını kaybettiği ve 191 vakanın bulunduğu duyurulmuştur. Güncel olarak her akşam saat 23.45 sularında vaka sayılarındaki artış ve sonuçları duyurulmaya devam etmektedir.

Dünya Sağlık Örgütü ve Birleşmiş Milletler, hastalığı, “*daha önce maruz kalınmayan bir hastalığın ortaya çıkışı, hastalığa sebep olan etmenin insanlara bulaşması ve tehlikeli bir hastalığa yol açması, hastalığın devamlı ve kolayca yayılması*” kriterlerini sağlaması sebebiyle pandemi (salgın) olarak ilan ederek önlemlerin bu düzeyde tutulması gerekliliğine işaret etmiştir.

2.CEZA HUKUKU ARAÇLARI BAKIMINDAN SÜRECİN NİTELİĞİ

2.1.Amaçsal ve İşlevsel Bakış

Süreç hakkında pratik tartışmalar sürüp giderken, konuyla doğrudan bağlantılı olan amaçsal ve işlevsel vurgunun sürece katkı bağlamında faydalı olacağı kanaatindeyiz. Doğrudan norm ve pratik odaklı bir tartışmanın da sürece yönelik katkısı yadsınamaz. Ancak bu süreç, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun da bir salgın hastalıkla mücadele kapsamında belki de ilk sınavıdır. Ülkemizde koronavirüs salgını öncesinde domuz gribi ve kuş gribi gibi salgınlar da yaşanmış ancak etki itibarıyla bu denli yüksek düzeyli tedbir ve önlemlere başvurulmamıştır.

TCK m.1 “*Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.*”denmek suretiyle ceza kanununun amacını ortaya koymuş ve bu amaçlardan birinin de *kamu sağlığını* korumak olduğunu ifade etmiştir. Görüldüğü üzere ceza kanunumuz, deyim yerindeyse henüz amaçsal yaklaşımını ortaya koyduğu ilk arz-ı endamında dahi kamu sağlığının da kendi teminatı altında olduğunu ortaya koymuştur.

Çalışmamız itibarıyla ileride detaylıca izah edileceği üzere, yaşanan pratik, bu amaçsal yaklaşım temelinde normatif olarak uyarlanma ihtiyacını da doğurmuştur.

Her ne kadar, kanaat ve deneyimimiz çerçevesinde ceza hukukunun eklektik yapısı içerisinden *suç işlenmesini önleme* fonksiyonunun en az etkili fonksiyon olduğu kanaatinde

olsak da, bu fonksiyonu tamamen etkisiz kılabilecek norm ve tatbikat uyumsuzluğundan da kaçınma gereğini vurgulamakta yarar görüyoruz.

2.2.Sürecin Doğası İtibarıyla Ortaya Çıkabilecek Fiillerin Ceza Hukuku Açısından Nitelenmesi ve Normatif Dayanakları

2.2.1.Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu

TCK m.195 “*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” demek suretiyle bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma suçunu düzenlemiş ve gerekçesinde de “*Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”denmek suretiyle madde kapsamında yaklaşımını ortaya koymuştur.

Ancak tarafımızca da izlendiği üzere, TCK m.195, mevcut salgın haliyle ortaya çıkan duruma normatif bir dayanak olarak tarif edilmeye çalışılmış, bu yaklaşımın suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal edici mahiyette olduğu ortaya konmamıştır. Madde itibarıyla ancak, bulaşıcı hastalıklardan birine *yakalanmış* veya bu hastalıklardan *ölmüş* kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasıyla ilgili alınan tedbirlere uymayan bir fiil ve fail ilişkisinden bahsedilmiştir.

Ancak koronavirüs salgını noktasında ortaya çıkan ve cezalandırma faaliyetine dahil edilmesi ihtiyacı hasıl olan fiil tipi, salgınla alakalı tedbirlere önkoşulsuz şekilde uymama şeklinde ortaya çıkmaktadır. Tam da bu noktada, alınan tedbirlere uymamanın ancak bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanan veya bu hastalıklardan ölmüş bir kişinin bulunduğu yerde alınan tedbirler olması koşuluyla cezai yaptırıma bağlanması, koronavirüsle ortaya çıkan pratik hukuki ihtiyaçlarla örtüşmemektedir. Türkiye’de mevcut hal itibarıyla ortaya çıkan tabloda, henüz hastalığa yakalanıp yakalanmadığı belli olmaksızın, yurtdışından gelişlere yönelik tedbirler ortaya konmuş, yurtdışından gelenler yurt ve benzeri bölgelere yerleştirilmiş veya dışarı çıkmayacağına yönelik yazılı onay alınarak evine gönderilmiştir. Görüldüğü üzere TCK m.195 unsurlarıyla mevcut tablo uyuşmamaktadır. Bu konuda efektif uygulanabilirliği sağlamak adına madde içeriğindeki alınacak tedbirlere uymama şeklindeki suçun icra hareketi bakımından, işbu tedbirlerin bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerde alınmış olması şeklindeki önkoşul kaldırılmalıdır.

2.2.2.765 sayılı Eski Türk Ceza Kanununun Yaklaşımı

Bu noktada 765 sayılı eski TCK’nın 263.maddesinin “*Kolera ve sair bulaşık hastalıklardan musab veya vefiyat zuhur eden ev ve sair mahallerin kordon altına alınmasına dair Hükümetçe verilen emirlere ve yapılan icraata fiillen mümanaat edenler hareketlerinin derecesine göre bir aydan bir seneye kadar hapsolunur.*” daha efektif, pratik ihtiyaçlara daha uygun ve daha az sınırlayıcı olduğu kanaatini de mukayeseli olarak vurgulamakta fayda görmekteyiz.

Diğer yandan koronavirüs salgınıyla beraber uygulanan müşahede altına alma veya tecrit etme şeklinde uygulanan tedbirlerin dayanak noktası esasen halen yürürlükte bulunan 24.03.1930 tarihli 1593 numaralı UMUMİ HIFZISSIHHHA KANUNU'dur. Adı geçen kanunun 72.maddesi “57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı.” demek suretiyle aynı kanunun 57.maddesine atıf yapmış, 57.madde de bu uygulamaların yapılabileceği hastalıkları “Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı 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 hastalığı” şeklinde sınırlayıcı şekilde belirlemiştir. Görüldüğü üzere günümüz salgın süreci çerçevesinde alınan tedbirler de her ne kadar gerekli ve vazgeçilmez olsa da “kanuna aykırı” sıfatını taşımaya mecbur önlemlerdir. Bu noktadaki ihtiyaçlar da her işlem ve eyleminde hukuka uygun davranan devlet yapısı anlamındaki hukuk devleti temelinde ivedilikle giderilmelidir.

2.2.3.Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması Suçu Çerçevesinde Bir Çözüm Önerisi

Yine bir başka çözüm önerisi olarak genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu bakımından ortaya konan seçimlik hareketlere yönelik bir ilave yoluna gidilebilir kanaatindeyiz. Zira alınacak karantina tedbirlerine uymama fiilinin genel güvenliği de tehlikeye soktuğu açıktır.

Ancak yukarıda da ilave ihtiyacı belirtildiği üzere,

“(1) Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda;

a) Yangın çıkaran,

b) Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan,

c) Silahla ateş eden veya patlayıcı madde kullanan,

Kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” demek suretiyle ortaya düzenlenen maddenin mevcut hali genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulmasını belirli seçimlik hareketlere bağlamıştır. Bu yönüyle de genelleyici bir yaklaşım

benimsenmeyerek mevcut hal bakımından maddenin uygulama alanı bulma imkanı kalmamıştır.

2.2.4.Ekonomi Ceza Hukuku Bağlamında Ortaya Çıkacak Fiiller ve Normatif Dayanakları

2.2.4.1.Kamuya Gerekli Şeylerin Yokluğuna Neden Olma Suçu

TCK m.238 “*Taahhüt ettiği işi yerine getirmeyerek, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir.*” demek suretiyle kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunu düzenlemiştir. Yaşanan süreç itibarıyla piyasa koşullarını etkileyici mahiyetli fiiller de ortaya çıkmıştır. Bu fiiller de TCK çerçevesinde sorumluluk gerektiren fiiller mahiyetindedir. TCK m.238 itibarıyla suçun icra hareketi taahhüt ettiği işi yerine getirmeme şeklinde ortaya çıkacaktır. Ancak bu taahhüde aykırı davranışın salgın süreciyle de örtüşecek mahiyette *kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin* ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına yol açacak mahiyette ortaya çıkması gerekir. Suç niteliği itibarıyla özel faili bir suç değildir. Failin belirli bir mesleği ifa etme zorunluluğu aranmamaktadır. Niteliği itibarıyla bir kamu idaresine yönelik taahhüt altında bulunması yeterlidir. Bu konuda çalışan bir toptancı veya perakendeci dahi olabilecektir.

2.2.4.2.Mal ve Hizmet Satımından Kaçınma Suçu

Yine TCK m.240 itibarıyla düzenlenen mal ve hizmet satımından kaçınma suçu da salgın süreciyle beraber ortaya çıkan fiillerle uyarlık göstermektedir. Madde düzenlemesi “*Belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınarak kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde ortaya konmuştur. Bu anlamda bir sorumluluğun ortaya çıkması için belirli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınma fiilinin kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkması şeklindeki objektif cezalandırılabilme koşul ve sonucuyla fiili irtibat ve nedensellik bağının ortaya konması gerekecektir.

3.CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU ARAÇLARI BAKIMINDAN SÜRECİN NİTELİĞİ İTİBARIYLA ADLİ KONTROL TEDBİRLERİNİN DAHA EFEKTİF UYGULANMASI ÖNERİSİ

Sürecin niteliği itibarıyla infaz hukuku perspektifinde alınması gereken önlemler detaylıca aktarılmış olup bu anlamda tutukluluk tedbirine alternatif tedbirlerin daha efektif uygulanması da hayati önem arz etmektedir. Tutuklamanın ultima ratio niteliğinin belki de en çok anlam ve karşılığını bulması gereken bir sürecin yaşandığı aşıkardır. Bu kapsamda savcılık makamları da tutukluluk bakımından karar mercii olmasalar da talep mercii olduklarını unutmamalı, sevk taleplerinin büyük çoğunlukla istemleri gibi sonuçlandırılmı özellikle hatırlamalıdır. Tutuklamayı gerektirecek yoğunlukta fiiller olsa dahi, adli kontrolle beklenen faydanın temin edilmesi hali hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde araştırılmalıdır. Esasen salgın süreci

olmasa da sürecin doğası bunu gerektirmektedir ancak biz burada salgının da yarattığı olağanüstü süreç itibarıyla olması gerekenin titizlikle yerine getirilmesi gerektiğini hatırlatmakta fayda görmekteyiz. Tüm adli kontrol tedbirleri gerek savcılık makamları gerekse sulh ceza hakimlikleri tarafından tutukluluğa alternatif olarak düşünülmeli, fiilin ve koşulların (delil karartma, kaçma, tanıklar üzerinde baskı kurma) en yoğun hale ulaştığı durumlarda da konutunu terk etmeme (ev hapsi) şeklinde uygulanacak adli kontrol tedbirinden beklenen faydanın elde edilip edilemeyeceği son aşama olarak araştırılmalı ve muhakeme edilmelidir. Yine son olarak uygulamada neredeyse hiç başvurulmayan güvence bedeli yatırılması gibi adli kontrol tedbirleri de süreç itibarıyla etkin bir alternatif yol olarak kabul edilmelidir. Cezaevi koşulları itibarıyla salgının cezaevlerine sirayet etmesinin telafisi imkansız zararlara yol açacağı unutulmamalıdır.

4.İNFAZ HUKUKU BAKIMINDAN ALINABİLECEK ÖNLEMLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Hükümlü ve tutukluların hakkında alınan tedbirler kapsamında aile görüşmelerinin tamamen ortadan kaldırılması, avukat görüşününse kapalı şekilde yapılması yoluna gidilmiştir. Bu anlamda avukat görüşünün, sınırlama dengesi itibarıyla savunma hakkını tamamen ortadan kaldırmayacak mahiyette yerinde bir önlem olduğu, ancak aileyle görüş hakkının en azından segbis marifetiyle yapılması imkanı varken, bu hakkın tamamen ortadan kaldırılması yolunun ölçüsüz bir müdahale mahiyetinde olduğunu ifade etmek yerinde olacaktır. Yine buna benzer şekilde hükümlü ve tutukluların telefonla görüş hakkı da, aileyle bizzat görüş hakkının sınırlandırılmasına yönelik müdahale kapsamında basit ve yeterli teknik donanımın olması sebebiyle artırılmalıdır. Bu anlamda, salgın sürecinden sonra kullandırılmayan görüş haklarının toplu olarak iadesiyle kullandırılması, güncel olarak hakka yapılan müdahalenin ölçsüzlüğünü ortadan kaldırmayacaktır.

Cezaevleri sınırlı kişisel alana sahip ve sürekli surette temas halinde olunan alanlardır. Koşulları itibarıyla cezaevi hizmetlerini gören personelin dışarıyla irtibatı kesilmelidir. Yaşanan süreç çerçevesinde tutuklu ve hükümlülerle birebir temas halinde olacak ceza infaz kurumu personelinin cezaevi yerleşkesi alanında kalması temin edilmeli, vardiya değişikliği sürecinde mesai değişikliği yapan personelin de cezaevi sınırlarından dışarı çıkmaması sağlanmalıdır. Hükümlü ve tutuklularla birebir görev ifa eden ceza infaz kurumu personeliyle, cezaevinde başkaca görev ifa eden personelin (giriş kontrolleri, araç kontrolleri, yemekhane hizmetleri vs.) teması ortadan kaldırılmalıdır. Kolonya, dezenfekte ürünleri ve bilumum hijyen ürünleri gecikmeksizin hükümlü ve tutuklulara dağıtılmalıdır. Yemek hizmetlerindeki hijyen önlemleri en üst seviyeye çıkarılmalıdır.

İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi'nin bu yöndeki önerisine de iştirak ederek, kronik hastalığı bulunan, engelli, 60 yaş üzeri, hamile mahpuslar ile çocuklar yüksek risk grubunda olmaları sebebiyle tereddütsüz ve ivedi şekilde tahliye edilmesi gerekliliğini vurguluyoruz. Yaşam hakkından önemli hiçbir hak olamayacağını vurgulayarak ev hapsi şeklinde uygulanabilecek adli kontrol tedbirinin bu yöndeki ihtiyacı karşılamaya muktedir olduğunun altını çiziyoruz.

Av.Mehmet Zengin&Av.Furkan Akbulut