

FRANSA'DA “SAĞLIK OLAĞANÜSTÜ HÂLİ” KAPSAMINDA ALINAN TEDBİRLERİN YARGISAL DENETİMİ

(JUDICIAL REVIEW OF THE MEASURES TAKEN WITHIN THE SCOPE OF THE
"STATE OF HEALTH EMERGENCY" IN FRANCE)

Erkan Duymaz*

COVID-19 salgınıyla mücadele kapsamında alınan tedbirlerin hukuka uygunluğu ve bilhassa temel hak ve özgürlüklerin kullanımına getirdiği sınırlamaların kanuniliği ve ölçülülüğü hemen her ülkede tartışma konusu yapılmaktadır. Fransa, pandemi ile mücadelenin hukuki çerçevesini “sağlık olağanüstü hâli” (*état d'urgence sanitaire-sağlık OHAL'i*) olarak adlandırılan kapsamlı bir yasal düzenleme ile oluşturma yoluna gitti. 23 Mart 2020 tarihli Kanun tarafından Halk Sağlığı Kanunu'na geçici olarak (21 Nisan 2021 tarihine kadar) eklenen sağlık OHAL'i kurumu, toplumun sağlığını ciddi ölçüde tehdit eden bir “sağlık afeti” yaşanması durumunda Bakanlar Kuruluna istisnai tedbirler alma yetkisi tanımaktadır.¹ Buna göre, Sağlık Bakanlığınca sunulan bir rapor üzerine, Bakanlar Kurulu kararnamesi ile süresi bir ayı geçmemek üzere sağlık OHAL'i ilan edilebilecektir. Kararnamenin dayandığı raporda yer alan sağlık verileri kamuya açık olmak zorundadır. Bir ayın sonunda sağlık OHAL'inin uzatılması ancak kanunla mümkün olmaktadır. Sağlık OHAL'inin geçerli olacağı süre kanun tarafından belirlenmekle birlikte Bakanlar Kurulu, kanunun öngördüğü süre dolmadan olağanüstü hâle son verebilecektir. Sağlık OHAL'i kapsamında alınan tedbirler OHAL'in ortadan kalkmasıyla birlikte kendiliğinden son bulacaktır.

Sağlık OHAL'i ilan edilmesi durumunda, Başbakan'a, seyahat özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, girişim özgürlüğü ve mülkiyet hakkı başta olmak üzere çok sayıda temel hak ve özgürlüğe kararname yoluyla sınır-

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.

¹ LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id>

lama getirme yetkisi tanınmaktadır. OHAL kapsamında alınan karar ve uygulamaya konulan tedbirlere karşı İdari Yargılama Kanunu hükümleri uyarınca askıya alma referesi ve özgürlük referesi (*référé-suspension / référé-liberté*) yollarına başvurulabilecektir. Kanun ayrıca OHAL kapsamında alınan tedbirlere uyulmaması durumunda altı ay hapis cezası ve 10.000 Euro para cezasına varan yaptırımlar öngörmektedir.

Nihayet, sağlık OHAL'i ilan edildiğinde derhal bir "Bilim Kurulu" oluşturulacağı; Kurul'un başkanının Cumhurbaşkanı tarafından, birer üyesinin Millet Meclisi ve Senato Başkanları tarafından, diğer üyelerinin ise kararname yoluyla atanacağı belirtilmektedir. Bilim Kurulu'nun görevi sağlık afetinin seyri hakkındaki bilgileri, bununla ilgili mevcut bilimsel verileri ve afetle mücadele kapsamında alınması gereken tedbirleri ve bunların sürelerini içeren periyodik tavsiye görüşleri hazırlamak şeklinde tanımlanmıştır. Kanun, bu görüşlerin vakit kaybetmeksizin alevi kılınması gerektiğini ayrıca belirtmiştir.

23 Mart 2020 tarihli Kanun, sağlık OHAL'i kurumunu düzenlemekle kalmayıp, istisnai bir şekilde, ülke genelinde 24 Mart 2020 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde iki ay süreyle sağlık OHAL'i ilan etmiştir. Bakanlar Kurulu, bu süre dolmadan OHAL süresinin uzatılması ve 23 Mart 2020 tarihli Kanun'a birtakım düzenlemeler eklenmesi için bir kanun tasarısı sunmuş; bu tasarı Parlamento tarafından onaylanarak 10 Temmuz 2020 gün bitimine kadar sağlık OHAL'inin uzatılmasına karar verilmiştir.²

Kısaca aktarılan bu süreçte, siyasi kararlar ve uygulamaya konulan somut tedbirlere etkili bir yargısal denetim eşlik etmektedir. 23 Mart 2020 tarihli Kanun için Anayasa Konseyine (*Conseil constitutionnel*) başvuruda bulunulmamış olmasına karşın bu Kanun'da değişiklik yapan ve sağlık OHAL'inin süresini uzatan 11 Mayıs 2020 tarihli Kanun Cumhurbaşkanı, Senato Başkanı ve 60'tan fazla milletvekili ve 60'tan fazla senatör tarafından Anayasa Konseyinin denetimine tabi tutulmuştur. Konsey, anayasaya aykırılık iddialarının önemli bir bölümünü reddederken, bazı hususlarda yorumlu ret (*réserves d'interprétation*) yoluna gi-

² LOI n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041865244&categorieLien=id>

dip, iki düzenleme bakımından ise anayasa aykırılık tespitinde bulunmuştur.³ Bunlardan ilki, karantina ve izolasyon tedbirlerine, ikincisi ise enfekte olan hastalara ve bunların temas ettiği kişilere ait kişisel verilere ilişkindir. Karantina ve izolasyon konusunda, Konsey, dışarı çıkmanın tamamen yasak olduğu tam izolasyon ve kişinin bir gün içerisinde 12 saat süreyle evinden çıkamadığı kısmi izolasyon durumlarının “özgürlükten yoksun bırakma” sonucunu doğuracak tedbirler olduğunu belirterek, bu tedbirlere konu olan kişilerin yükümlülükleri, tedbirlerin azami süreleri ve bu tedbirler üzerindeki hakim denetimi bakımından Kanun’un yeterli güvenceleri sağlamadığına kanaat getirmiştir. Konsey, kişisel veriler bakımında ise, hasta kişilerin ve bunların temas ettiği diğer kişilerin takibine hizmet eden bilgi toplama ve verileri işleme sistemine sosyal destek kurumlarının girebilmelerini ve bu sayede söz konusu kişilerin kişisel verilerine erişebilmelerini özel yaşama saygı gösterilmesi hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Öte yandan, sağlık OHAL’i kapsamında öngörülen yükümlülüklerle veya getirilen yasaklara 30 gün içerisinde üç kez uymama veya aykırı davranma eylemi için 6 ay hapis cezası ve 3.750 Euro para cezası yaptırımını öngören düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu yönündeki iddialar öncelikli anayasallık sorunu (*question prioritaire de constitutionnalité*) prosedürü kapsamında yüksek mahkemelerin önüne gelmiştir. Danıştay (*Conseil d’Etat*), söz konusu düzenlemenin “yeni” bir anayasallık sorunu oluşturmadığını ve anayasaya aykırılık iddiasının “ciddi” (*serieux*) nitelikte olmadığını belirterek iddiaları Anayasa Konseyine taşımayı reddetmiş;⁴ buna karşın aynı düzenlemenin suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini ve suçsuzluk karinesini ihlal edebileceği görüşünü savunan Yargıtay (*Cour de cassation*) anayasallık sorununu ciddi bularak Anayasa Konseyinin gündemine taşımıştır.⁵ Yargıtay, buna gerekçe olarak, söz konusu düzenlemede bahsi geçen yükümlülüklerin veya yasakların içe-

³ Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020800DC.htm>

⁴ Conseil d’État,, 04/04/2020, 439888, Inédit au recueil Lebon.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000041808379&fastReqId=665397469&fastPos=1>

⁵ Arrêt n°868 du 13 mai 2020 (20-90.004) - Cour de Cassation - Chambre criminelle.

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/qpc_3396/cour_cassation_3641/1_code_44723.html

riğinin Kanun'da yeterli ölçüde belirli olmamasını, Kanun'un bu konuda Başbakan kararnamelerine gönderme yapmasını göstermiştir. Bundan sonraki dönemde gözler Anayasa Konseyinde olacaktır.

Bu süreçte en aktif rolü oynayan yargı mercii ise tartışmasız Danıştayıdır. Özgürlük referesi prosedürü kapsamında 18.05.2020 tarihi itibariyle 25 karara imza atan Danıştay, bu sayede, sağlık OHAL'i çerçevesinde kararnamelerle yürürlüğe konan çok sayıda tedbiri temel hak ve özgürlükler açısından değerlendirme fırsatı bulmuştur.⁶ Bu kararların tamamını aktarmak bu kısa yazıda mümkün olmasa da, tamamen subjektif bir değerlendirmeyle önemli görülen üç karara değinmek faydalı olacaktır.

Bunlardan ilki, sağlık OHAL'i süresince bisiklet kullanımının fiilen engellenmesine ilişkindir. Bisiklet Kullanıcıları Federasyonu tarafından yapılan başvuruda, Danıştayın refere yargıcından, izolasyon döneminde bisiklet kullanılabilceğini açıkça ifade etmesi ve kapalı olan bisiklet yollarını açması konusunda Hükûmete talimat/emir vermesi istenmiştir. 23 Mart 2020 tarihli kararname ile sadece kişilerin fiziksel hareketliliği konusunda birtakım düzenlemeler yapılmış olduğunu, ulaşım araçları bakımından herhangi bir düzenlemeye gidilmediğini tespit eden Danıştay, buna karşın çok sayıda kamu otoritesinin bisiklet kullanımının yasak olduğu yönünde açıklamalar yaptığını anımsatmıştır. Danıştay, bu karışıklığın giderilmesi ve bisiklet kullanıcılarının seyahat özgürlüğünün ihlal edilmemesi için Hükûmete, 24 saat içerisinde, yaygın bir iletişim kanalıyla, izolasyon veya kapanma döneminde izin verilen seyahatlerde bisikletin kullanılabilceğini kamuya ilan etmesi talimatını vermiştir. Nitekim refere yargıcına göre, bisiklet kullanmak seyahat özgürlüğünün ve kişisel özgürlüğe saygı gösterilmesi hakkının kapsamına giren bir faaliyettir. Hükûmetin bu konudaki belirsiz veya tutarsız pozisyonu, bu hak ve özgürlüklere ağır ve açıkça hukuka aykırı bir müdahale teşkil edecektir.⁷

⁶ Kararların listesine, özetlerine ve bağlantılarına aşağıdaki bağlantıdan ulaşılabilir.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19>

⁷ <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-30-avril-usage-du-velo-durant-l-etat-d-urgence-sanitaire>

Bir diğ er karar, sokağ a çıkma kısıtlamalarına uymayanların tespit edilmesi amacıyla Paris'te dron (veya drone) kullanılarak kamuya açık yerlerin izlenmesine ilişkindir. İnsan hakları alanında faaliyet gösteren iki örgüt, kolluğ un dron kullanarak denetim yapmasının durdurulması talebiyle Paris idare mahkemesine başvurmuş, bu başvuru reddedilince uyuşmazlığ ı Danıştaya taşımışlardır. Paris polisi, dronların kişileri teşhis için değ il, yalnızca yürürlükteki sağ lık tedbirlerine aykırı toplanmaları tespit amacıyla kullanıldığını; dronların 80-100 metre yükseklikte uçurduğ unu, geniş açıyla görüntü alındığını ve fotoğraf çekimi yapılmadığını, zira dronların hafıza kartı bulunmadığını öne sürmüştür. Buna karş ın, refere yargıcı, polis tarafından kullanılan dronlarda optik zoom bulunduğ unu ve dronların 80 metrenin altında seyredebileceğini, bu sayede kişileri teşhis etmeye elverişli verileri toplayabileceklerine dikkat çekmiştir. Yargıç ayrıca, dronlar aracılığ ıyla elde edilen verilerin öngörülen amaç dışında kullanılmasını, yani görüntüye giren kişileri teşhis edilmesini önleyecek bir teknik donanım a sahip olmadığını da eklemiştir. Dolayısıyla, dronların bu şekilde kullanılması kişisel verilerin işlenmesi kapsamında değ erlendirilmeli ve ilgili kanun hükümlerine uygun olmalıdır. Mevcut uygulamanın bu yönde olmadığını kaydeden Danıştay, Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonunun (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*) görüşü alınarak bu konuda bir bakanlık kararı alınmadıkça veya dronlarda kişilerin teşhis edilmesini engelleyecek bir donanım bulunmadıkça söz konusu izlemelerin hukuka aykırı olacağını kaydetmiş ve dron aracılığ ıyla yapılan izleme ve denetleme faaliyetlerine derhal son verilmesini emretmiştir.⁸

Üçüncü kararın konusu, ibadet mekânlarında toplu hâlde bulunulmasının yasaklanmasıdır. Çok sayıda dernek ve gerçek kişi tarafından yapılan bu başvuruda Danıştaydan toplu halde ibadet yapma yasağ ının kaldırılması talimatı verilmesi istenmiştir. Danıştay, inanç ve ibadet özgürlüğ ünün temel bir özgürlük olduğunu ancak bunun anayasal nitelikteki sağ lığ ın korunması meşru amacıyla uzlaştırılması gerektiğini belirtmiştir. 11 Mayıs 2020 tarihli Başbakanlık kararnamesi ile kamuya açık yerlerde 10'dan az sayıda kişinin bir araya gelmesine izin verilerek tedbirlerde yumuşamaya gidildiğini ancak bunun ibadet mekânlarına uygulanmadığını hatırlatan Danıştay, genel ve mutlak nitelikteki bu ya-

⁸ <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-18-mai-2020-surveillance-par-drones>

sağın devam ettirilmesinin kamu sağlığının korunması amacı bakımından ölçüsüz bir tedbir olduğuna kanaat getirmiştir. Ölçülülük ilkesinin gözetilmemesi, Danıştaya göre, din özgürlüğünün bir parçası olan toplu ibadet özgürlüğüne ağır ve açıkça hukuka aykırı bir müdahale olarak kabul edilmelidir. Danıştay, sonuç olarak, Başbakan'a, sekiz gün içerisinde, 11 Mayıs 2020 tarihli kararnameyi gözden geçirerek, izolasyon tedbirlerinin gevşetildiğini bu dönemde, mevcut sağlık riskleriyle mutlak surette orantılı olacak bir şekilde, ibadet mekânlarındaki toplanmaları düzenlemesi talimatında bulunmuştur.⁹

Danıştay, bunların dışında, genel ve mutlak bir kapanma uygulamasının gerekliliği; yabancıların tutulduğu geri gönderme merkezlerinin geçici süreyle kapatılması; hydroxychloroquine içeren ilaçların doktorlar tarafından hastalara verilmesi; sağlık çalışanları için koruyucu maske ve COVID-19 test kitlerinin üretimi; sağlık çalışanlarına koruyucu ekipmanların dağıtımı; semt pazarlarının açılması-kapatılması; evsiz olan veya kötü koşullarda yaşayan kişilere güvenli konaklama imkanı sağlanması; tutuklu ve hükümlülere ek sağlık hizmeti sunulması ve bunların bir kısmının tahliye edilmesi; ceza infaz kurumu çalışanlarını korumak amacıyla özel tedbirlerin alınması; ekonomik açıdan güç durumda olanlara ek destek sağlanması;¹⁰ adli ve idari yargının işleyişi konusunda alınan sağlık tedbirlerinin savunma hakkına etkisi; bakıma muhtaç yaşlı kimselerin sağlık hizmetlerine eşit erişim hakkı, hasta hakları ve kurumda yaşayan ve çalışan kişilerin sistematik ve düzenli bir şekilde testlere tabi tutulması; belediyeler tarafından kararlaştırılan zorunlu maske uygulamaları; metalürji sanayi kuruluşlarının kapatılması; tarımsal gübreleme faaliyetlerinin düzenlenmesi; sağlık OHAL'i süresince çalışan avukatların virüsten korunması; iltica başvuru sisteminin askıya alınması¹¹ gibi konularda çok sayıda başvuruyu incelemiş, duruşmalar düzenlemiş, Hü-

⁹ <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-18-mai-2020-rassemblements-dans-les-lieux-de-culte>

¹⁰ Sağlık OHAL'i uyarınca uygulanan sokağa çıkma kısıtlamalarının ekonomik sıkıntı yaşayan kişilerin özel durumlarını dikkate almadığı gerekçesiyle anayasa aykırılık iddiasında bulunulmuş; ancak bu iddia Danıştay tarafından Anayasa Konseyine iletilmemiştir.

¹¹ Danıştay, bu konuda, İçişleri Bakanlığına, beş gün içerisinde gerekli güvenlik tedbirlerini alarak iltica başvurularının kayda alınması talimatını vermiştir.

kümetten, ilgili bakanlıklardan ve idari birimlerden bilgi temin etmiş ve bazı durumlarda kamu makamlarına kesin talimatlar vermiştir.

Bir bütün olarak ele alındığında, Fransa'da sağlık OHAL'i çerçevesinde kabul edilen yasal düzenlemelerin ve alınan somut tedbirlerin yargısal denetiminin etkili bir biçimde sağlandığı söylenebilir. Bunu mümkün kılan faktörler şu şekilde özetlenebilir:

- Sağlık OHAL'i kapsamında alınan hiçbir karar ve yapılan hiçbir işlem yargısal denetimden muaf tutulmamıştır. İdari yargı OHAL süresince de temel hak ve özgürlüklerin Devlete karşı korunmasında kilit bir rol oynamaktadır. Bunun da ötesinde sağlık OHAL'inin süresini uzatan ve içeriğinde değişiklik yapan Kanun Anayasa Konseyinin denetimine sunulmuştur. Yürütmenin başında bulunan Cumhurbaşkanı bizzat başvuru arasında yer alarak anayasallık denetimine katkı sunmuştur.

- İdari Yargılama Kanunu'nda düzenlenen özgürlük referesi kurumu OHAL uygulamalarının denetlenmesi bakımından oldukça işlevsel bir hukuk yoludur. Bu kurum, Devleti, yerel yönetimleri, kamu kurumlarını ve kamu hizmeti yürüten özel hukuk kuruluşlarını kapsayacak şekilde, idarenin bir temel hak ve özgürlüğe müdahale etmesi durumunda kişilere idari yargıya başvurma hakkı tanımaktadır. Geniş yetkilerle donatılan refere yargı (ivedi olarak karar verilmesi gerektiği ve bir temel hak ve özgürlüğün açıkça hukuka aykırı ve ağır bir müdahaleye uğradığı kanaatine vardığında) bir idari kararı askıya alabileceği gibi belirli tedbirlerin alınması konusunda idareye spesifik emirler verebilmektedir. Bu süreç 48 saat içerisinde tamamlanmaktadır. (Madde L521-2)

- Sağlık OHAL'i kapsamında alınan tedbirlerin gerekliliği ve orantılılığı konusunda bir değerlendirme yapmak için ihtiyaç duyulan bilgi ve veriler alenidir. OHAL ilanına dayanak teşkil eden Sağlık Bakanlığı raporu ve alınacak tedbirler konusunda Hüûmete yol gösteren Bilim Kurulu görüşleri kamuoyuyla paylaşılmaktadır. Aleniyet, yargısal denetimi kolaylaştırdığı gibi Hükûmetin siyasi sorumluluğunun tartışılabilmesine katkı sunmaktadır.

Fransa'da güçlü ve örgütlü bir sivil toplumun varlığı yargısal mekanizmaların harekete geçirilmesinde önemli bir rol oynamıştır. Danıştayın kararlarına bakıldığında başvuru sıfatıyla çok sayıda sendikanın, meslek örgütünün ve derneğin ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlar arasında ulusal ölçekte faaliyet gösteren insan hakları örgütleri olduğu gibi, belirli alanlarda uzmanlaşmış daha küçük örgütler de bulunmakta-

dır. Öte yandan, baroların, yargıç sendikalarının, tabip odalarının ve sağlık çalışanları sendikalarının birçok başvuruya katkı sunduğu görülmektedir. Hükûmet üzerinde güçlü bir sivil denetimin varlığına işaret eden bu çeşitlilik, yargısal denetimin güçlenmesine de vesile olmaktadır. Nitekim geniş yelpazeli bu katılım sayesinde, hukuki açıdan daha nitelikli başvurular yapılmakta, bireysel menfaatlerin yanında kamusal menfaatin de yargı önünde temsil edilmesi sağlanmakta ve yargı kararlarının meşruluğu güçlenmektedir.