

## “ZORUNLU AŞI” UYGULAMASI SORUNU ÜZERİNE

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Zorla aşı yapmak, kişinin vücut bütünlüğe müdahaledir. Ancak, kişinin vücut bütünlüğüne her müdahale, bir hak ihlaline sebebiyet vermez. Kamu sağlığının korunması amacıyla, kişilerin belirli hak ve özgürlüklerine müdahale edilebilir. Bu amaçla kişiler teşhis ve tedaviye, hatta, henüz hasta olmamakla birlikte, aşılama muamelesine tabi tutulabilirler. Bunun için temel koşul, bu müdahalenin kanuni dayanağının olmasıdır.

Anayasaya göre, “*tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz*” (m. 17, f. 2).

“*Tıbbî müdahale; hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerdir. Bu kapsamda, birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi şeklindeki aşı uygulamasının da müdahalenin boyutundan bağımsız olarak vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğu açıktır.*”<sup>1</sup>

Anayasa Mahkemesi, “zorunlu aşı” uygulaması için sadece tıbbi zorunluluğun varlığını yeterli görmemektedir. Bu zorunluluğun yanı sıra, kanuni dayanağın da olması gerekmektedir. Buradaki kanuni dayanaktan neyin anlaşılması gerektiği de bir sorundur. Anayasa Mahkemesi, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda (m. 57 ve m. 88 vd.) sayılan belirli hastalıklarla sınırlı olarak “zorunlu aşı” uygulaması yapılabileceğini kabul etmiştir.<sup>2</sup> Bu içtihadı göre, bir hastalık dolayısıyla “zorunlu aşı” uygulaması yapılabilmesi için bu hastalığın kanunla belirlenmesi gerekecektir.

Anayasa Mahkemesinin bu içtihadına göre, 1593 sayılı Kanunda açıkça sayılmadıkları için, kamu sağlığını tehlikeye sokma özelliği taşımalarına rağmen, örneğin “HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA” gibi hastalıklara karşı “zorunlu aşı” uygulaması yapılamayacaktır.<sup>3</sup>

Bu yaklaşımın doğru olmadığını belirtmek gerekir. Anayasa Mahkemesi, bu değerlendirmelerde, 1593 s. Kanun, m. 64 hükmünü göz ardı etmiştir. Zira söz konusu madde hükmü, bu Kanunda (m. 72) belirtilen tedbirlerin bilahare ortaya çıkan ve kamu sağlığı bakımından tehlike oluşturan hastalıklarla ilgili olarak da uygulanabilmesine imkân tanımaktadır. Başka bir ifadeyle, 1593 sayılı Kanun hükümlerine göre, kamu sağlığı bakımından alınması gereken tedbirler, bu Kanunda sayılan hastalıklarla sınırlı tutulmamıştır. Bu hastalıklar **örnekleme** yöntemiyle belirlenmiştir. Hatta işaret etmek gerekir ki, zaman içinde alınan sağlık tedbirlerinin etkisiyle, bu hastalıklardan bir kısmının kamu sağlığı bakımından tehlikelilik özelliği ortadan kalkmıştır. Bu itibarla, **COVID-19** gibi, bilahare ortaya çıkan ve kamu sağlığı bakımından tehlikelilik özelliği taşıdığı tespit edilen hastalıkla ilgili olarak da bu Kanunda belirtilen tedbirler alınabilir (m. 64).

<sup>1</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 11.11.2015 tarihli ve 2013/1789 Bireysel Başvuru sayılı Kararı (RG: 24 Aralık 2015/29572), kn. 52.

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesi, BB 2013/1789, kn. 71, 72; ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 21.11.2017 tarihli ve 2014/5629 Bireysel Başvuru sayılı Kararı, kn. 52, 53; Anayasa Mahkemesi’nin 23.3.2016 tarihli ve 2013/7246 Bireysel Başvuru sayılı Kararı, kn. 75, 76.

<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesi, BB 2013/1789, kn. 71.

1593 sayılı Kanun bakımından **sorun** teşkil eden husus, Kanunda yer verilmiş olan, “*hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki*” ifadesidir (m. 72). Öncelikle belirtmek gerekir ki, **aşı uygulaması, hastaya değil, kişilerin belirli bir hastalığa karşı korunması amacıyla yapılan bir tıbbi müdahaledir.**

Söz konusu Kanun, **çiçek aşısı** uygulaması (m. 88) hariç olmak üzere, tıbbi müdahale ve tedavi yükümlülüğünü sadece **kamu sağlığı bakımından tehlikeli olan bulaşıcı hastalığa maruz kaldığı tespit edilen veya bu hususta kendisinden şüphelenilen<sup>4</sup> kişiler** bakımından getirmiştir.<sup>5</sup> Bu itibarla, mevzuatımız, tehlikeli salgın hastalık sebebiyle olağanüstü hal ilan edilmiş olsa bile, salgın hastalığın sirayet ettiğinden şüphe edilmeyen kişilere tıbbi müdahale yetkisi vermemektedir.

Sonuç itibarıyla belirtebiliriz ki, **1593 sayılı Kanun**, bulaşıcı hastalıktan korunmak amacıyla da olsa, bulaşıcı hastalığa karşı bir tedbir de olsa, **hasta olduğu hususunda somut şüphe sebebi bulunmayan kişilere tıbbî müdahalede bulunma yetkisi vermemektedir.** Bunun tek istisnasını, **çiçek aşısı** uygulaması (m. 88) oluşturmaktadır. Tehlikeli salgın hastalığın toplumda sirayet ettiği kişilerin varlığı, genel bir bulaş tehlikesini ifade etmektedir. Ancak, söz konusu Kanun, bu **genel bulaş tehlikesine binaen, hasta olup olmadığına bakılmaksızın herkese tıbbî müdahalede bulunma yetkisi vermemektedir.** Bu itibarla, mer’î mevzuatımız, **çiçek aşısı** uygulaması (m. 88) hariç olmak üzere, **kişilerin iradesi olmadan aşı uygulamasına izin vermemektedir.**

Bir varsayım olarak mevzuatımızın “zorunlu aşı” uygulamasına izin verdiği kabul edilse bile, bunun fiili uygulanabilirliği olamaz; yani, kişi istemediği takdirde, zor kullanılarak aşılınması yoluna gidilemez.

Ancak, COVID-19 gibi tehlikeli salgın hastalığa karşı alınması gereken tedbirler cümlesinden, örneğin toplu taşıma araçlarından yararlanabilmek, uçakla seyahat edebilmek, eğitim öğretim hizmetlerinden mevcutlu olarak yararlanabilmek, bir toplantıya mevcutlu olarak katılabilmek gibi, belirli hizmetlerden yararlanabilmek, belirli faaliyetlere iştirak edebilmek için, **aşı yaptırmak bir koşul olarak aranabilir.** Bunun için bir KANUNİ DÜZENLEME YAPILMASINA GEREK BULUNDUĞU nu belirtmek gerekir. Bu düzenlemede, kişinin, aşı yaptırmadığı için, bir hizmetten yararlandırılmaması, bir hakkı kullanmasının engellenmesi, bir hukuka uygunluk sebebi olarak tanımlanabilir. Hatta, aşı yaptırmadığı için bir kamu görevlisinin çalıştığı kamu kurumuna, bir işçinin çalıştığı işyerine kabul edilmemesi, mazeretsiz göreve/işe gelmemek olarak değerlendirilebilir.

<sup>4</sup> Bu bağlamdaki şüphenin, kişinin geldiği ülkede veya bölgede salgın hastalığın varlığı, salgın hastalığa maruz kalmış bulunan kişilerle teması gibi somut bir sebebe dayalı olması gerekir.

<sup>5</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: **COVID-19 Salgınının Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku, Vergi Hukuku ve Milletlerarası Hukuk Alanında Sebebiyet Verdiği veya Verebileceği Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Önerileri**”, in: TÜBA COVID-19 KÜRESEL SALGINI: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, “*COVID-19 Salgını Dolayısıyla Ulusal veya Uluslararası Alanda Ortaya Çıkan / Çıkabilecek Hukuki Sorunların Tespiti ile Bunların Çözümüne Yönelik Öneriler Raporu*”, Editörler: İzzet Özgenç-Halil Akkanat-Hayrettin Çağlar-Haluk Hadi Sümer-Muhammet Özkes, Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA) yayını, TÜBA Raporları No: 36, Ankara, Temmuz 2020, sh. 11 vd., 14.; ÖZGENÇ, İzzet: “**The Problems Caused or to be Caused by COVID-19 Outbreak in the Fields of Constitutional Law, Administrative Law, Penal Law, Tax Law and International Law and the Solution Proposed for Such Problems**”, in: *TÜBA COVID-19 GLOBAL OUTBREAK: Report on Judicial Changes and Interactions, Report on Determination of The Legal Problems Due to Covid-19 Outbreak and Solution Proposals at National and International Level*, Editors: İzzet Özgenç-Halil Akkanat-Hayrettin Çağlar-Haluk Hadi Sümer-Muhammet Özkes, Turkish Academy of Sciences Publications, TÜBA Report No: 40, Ankara, August 2020, ss. 13, 16.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, “zorunlu aşı” uygulamasının hukuki temeli mevcut olsa bile, bu aşı mecburiyetine riayet etmeyenlerle ilgili olarak idari yaptırım kararı verilemez.

1593 sayılı Kanun hükümlerine göre, umumi hıfzıssıhha meclisleri bulaşıcı “*hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için*” gerekli tedbirleri belirler ve karara bağlar (m. 27). Umumi Hıfzıssıhha Meclislerini aldığı kararlar, vali veya kaymakam tarafından yerine getirilir (m. 28). Ayrıca ifade etmek gerekir ki, kamu sağlığı bakımından tehlikeli olan bulaşıcı hastalığın ortaya çıkması halinde umumi hıfzıssıhha meclislerinin karara bağlayabileceği tedbirler, 1593 s. Kanun, m. 72’de sayılanlarla sınırlı değildir. Ancak, umumi hıfzıssıhha meclisleri, kamu sağlığı bakımından tehlikeli olan bulaşıcı hastalıktan korunmak amacıyla da olsa, aşı zorunluluğu ihdas edemez.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Kamu sağlığı bakımından tehlikeli olan bulaşıcı hastalığın ortaya çıkması halinde umumi hıfzıssıhha meclislerinin karara bağlayabileceği tedbirlere aykırı davranışta bulunanlarla ilgili yaptırım, özel norm olan, 1593 s. Kanun, m. 285’de idari para cezası olarak belirlenmiştir (Bkz. ÖZGENÇ, TÜBA COVID-19 KÜRESEL SALGINI: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu, sh. 20; ÖZGENÇ, TÜBA COVID-19 GLOBAL OUTBREAK: Report on Judicial Changes and Interactions, sh. 22). Bu itibarla, kamu sağlığı bakımından tehlikeli olan bulaşıcı hastalıktan korunmak amacıyla umumi hıfzıssıhha meclislerini kararlarıyla belirlenen örneğin maske takma tedbirine aykırı hareket edilmesi halinde, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 32. maddesinin uygulanması gerektiği yönündeki Yargıtay 19. Ceza Dairesinin kararlarının (14.12.2020 tarihli ve E. 2020 / 5699, K. 2020 /19579; 9.11.2020 tarihli ve E. 2020/4354, K. 2020/14250) sorunlu olduğu kanaatindeyiz.