

COVID-19'A KARŞI TÜRKİYE'DE ZORUNLU AŞI MÜMKÜN MÜ?

Doç. Dr. Olgun Akbulut

Aralık 2019'da Çin'in Vuhan kentinde ortaya çıkan ve birkaç ay içinde tüm dünyaya yayılan yeni tip koronavirüs (COVID-19) salgınının etkileri sürmektedir. Mayıs 2020 sonu itibariyle Türkiye'yle birlikte birçok ülkede "normalleşme" adımları atılmaya başlanmış olsa da, daha sert bir "ikinci dalga"nın gerçekleşme ihtimali sürekli gündemde kalmış ve birçok yerde salgına karşı alınan önlemlerin, en azından virüse karşı bir aşı geliştirilene kadar devam ettirilmesi kararlaştırılmıştır. Bu yazının amacı COVID-19 küresel salgını ile mücadele amacıyla geliştirilmeye çalışılan aşının tatbiki için hukuki zemini tespit etmek ve boşluklara karşı çözüm önerisi sunmaktır.

Salgın Hastalıklar Karşısında Hukuk

Salgın hastalık olağanüstü bir durumdur. Hukuk her şeyi düzenlediği gibi olağanüstü durumları da düzenlemektedir. Olağanüstü durumlar gerek anayasalarda gerekse uluslararası sözleşmelerde savaş veya ulusun yaşamını tehdit eden başkaca tehlike adı altında düzenlenmiştir (Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 15, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 4, 1982 Anayasası m. 15 ve 119). COVID-19 küresel salgını ile etkili mücadele için birçok ülke olağanüstü hal ilan etmiş ve olağanüstü hal hukukunu devreye sokmuştur. Türkiye'de COVID-19 nedeni ile olağanüstü hal ilan edilmediğinden konuyu olağan hukuk çerçevesinde inceleyeceğiz.

Salgın hastalık halinde, hukuk terazisinin bir kefesinde "salgın hastalıkla mücadele için alınacak önlemler", diğer kefesinde ise "bireysel hak ve özgürlükler" yer almaktadır. Bu

tartımı aşı konusu ile sınırlandırdığımızda ise bir kefedeki "zorunlu aşı" diğer kefedeki "vücut dokunulmazlığı" ile karşılaşmaktayız. Vücut dokunulmazlığı ise yine ulusal anayasalarda ve uluslararası insan hakları sözleşmelerindeki (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 12, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 17, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8) temel haklar kapsamında görülmektedir.

Zorunlu aşının hukuki zemini ise ülkeler arasında farklılık göstermektedir. Bazı ülkelerde zorunlu aşı düzenlemesi bulunmamaktadır. Avrupa'da yapılan ve 27 AB üyesi ile İzlanda ve Norveç'i kapsayan bir araştırmaya göre, bu ülkelerin 16'sında zorunlu aşı uygulaması yapılmamaktadır.¹ Bu ülkelerin çocukluk, kırılgan gruplar ve seyahat aşısı planları olmasına rağmen konu tavsiye ve gönüllük ekseninde ele alınmıştır. Bazı ülkelerde ise sadece bazı çocukluk aşıları için düzenleme bulunmaktadır. Örneğin Fransa'da yakın tari-

he kadar difteri, çocuk felci ve tetanos kanunen zorunlu çocukluk aşıları kapsamında iken 2018 yılında 11 farklı aşı zorunlu aşı kapsamına alınmıştır.² Zorunlu aşıya karşı ebeveynlerin aksi davranışı cezalandırılmaktadır.³ Fransa'ya ek olarak 12 Avrupa ülkesinde daha en az bir aşı zorunlu aşı kapsamına alınmıştır. Letonya 12 zorunlu aşı düzenlemesi ile başı çekmektedir. Yine birçok ülkede ancak bir salgın hastalık ortaya çıktığında kanuni düzenlemeler ile aşı zorunlu hale getirilmiştir. Örneğin, birçok ülke, kanunlarında 1980 yılıyla birlikte yeryüzünden silinen çiçek hastalığına karşı aşı düzenlemesine yer vermiştir. Bugün için de yukarıda sözü edilen çalışmada incelenen 29 Avrupa ülkesi içinde çocuk felci hastalığına karşı 11 ülkede, difteri hastalığına karşı 10 ülkede, Hepatit B'ye karşı 9 ülkede zorunlu aşı düzenlemesi bulunmaktadır.⁴

Bu tablodan ortaya çıkmaktadır ki COVID-19'a karşı geliştirilebilecek aşının zorunlu olması, hukuken düzenlenmesi gerekli bir alan olarak ülkelerin önünde durmaktadır.

Türkiye'deki Hukuki Durum

Türkiye'de salgın hastalıklar konusu 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda düzenlenmiştir.⁵ Ne var ki çok eski olan bu kanun çok fazla değişiklik geçirmeden günümüze kadar gelmiştir. Haliyle bu kanunda "hastalık" ve "salgın hastalık" kavramları altına girebilecek hastalık türlerinin çoğu çok eskide kalmıştır. Kanundaki bu güncellikten uzak durum COVID-19 salgını nedeniyle ciddi şekilde su yüzüne çıkmıştır. Öyle ki, virüs kaynaklı hastalıklar bu kanun kapsamında salgın hastalık olarak kabul edilmemektedir. Daha

da vahimi, kanun kapsamındaki zorunlu aşı düzenlemelerinin güncelleme cevap verememesidir. Eğer COVID-19'un aşısı bulunursa bu kanuna dayanılarak, gönüllülük durumu hariç, insanlara aşı yapılabilmesi mümkün gözükmemektedir. Çünkü aşı vb yöntemler ile rızasına aykırı olarak bir insanın vücuduna yapılan müdahale, hukukta "vücut bütünlüğünü ihlal" olarak değerlendirilmektedir. "Vücut bütünlüğü" anayasamızda koruma altına alınmıştır.

Anayasamızın 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*". Burada atıf yapılan kanun, aşı konusunu tek başına düzenleyen ve yukarıda anılan Umumi Hıfzıssıhha Kanunudur.

Adı geçen kanunun 57. maddesi mücadele edilecek salgın hastalıkları tek tek saymaktadır. Bu hastalıklar şunlardır: 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 tessemmümatı, 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 tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tifli), çocuk felci, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalığı.

Aynı kanunun 72. maddesi de açıkça "aşı" konusunu düzenlemektedir. Bu maddeye gö-

re; “57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur: ... 2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki...”. COVID-19 veya koronavirüs, Kanunun 57. maddesinde adı geçen hastalıklardan olmadığı için Kanunun 72. maddesindeki zorunlu aşı düzenlemesi güncel küresel salgına karşı geliştirilmiş herhangi bir aşığı kapsamamaktadır. Aksi anayasal “vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı”na (AY m. 17/2) aykırıdır.

Türkiye’de gerek adı geçen kanunun 64. maddesi gerekse Sağlık Bakanlığı’nın çalışma alanını düzenleyen kanun ve sair mevzuat, bakanlığa halk sağlığının korunması, geliştirilmesi, hastalıklarla mücadele edebilmesi için gerekli yetkilendirmeyi yapmaktadır. Ancak, bu genel nitelikli düzenlemeler ve yetkilendirmeler karşısında, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığına sınır getiren aşı düzenlemesi özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir. Hukukta aynı konuyu düzenleyen iki hüküm varsa bunlardan genel hüküm niteliğinde olan (*lex generalis*), özel hüküm niteliğinde olana karşı gücünü kaybetmektedir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi (AYM) de önüne gelen bir bireysel başvuruda yukarıda anılan hastalıklardan birine girmedikçe zorunlu aşının anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. AYM, ilk olarak 2015 yılında Genel Kurul kararıyla oluşturduğu bu içtihadını bir yıl sonraki başka bir kararında tekrar etmiştir.

Bu iki kararın da konusu bebeklik/çocukluk dönemi aşılarını çocuklarına yaptırmak istemeyen ebeveynler aleyhine alınan sağlık ted-

birlerinin hak ihlali yarattığıdır. AYM’ye göre, zorunlu aşı uygulaması için öngörülebilirlik gerekmektedir. Öngörülebilirlik anayasal hakka müdahalenin meşruiyet unsurlarından biridir ve kanunen düzenlenerek ortaya konulması gerekir. Oysa ilgili kanun Sağlık Bakanlığı genelgesinde belirtilen aşılarından sadece çiçek aşısını zorunlu aşı kapsamında düzenlemiştir. Diğerlerinin kanuni dayanağı bulunmamakta ve bu aşılar Bakanlık genelgesine dayanılarak yapılmaktadır. Bakanlık genelgesine dayanılarak yapılan aşı kanuni dayanak ile sağlanması gereken öngörülebilirliği sağlamamaktadır. Yine AYM, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 64. maddesinde Sağlık Bakanlığı’na gerekli tedbirleri almak için verilen yetkiyi de genel nitelikli önlemler olarak görmüştür. Bu nedenle AYM, zorunlu aşı düzenlemelerinden kanunda açıkça yer verilmemiş olanların uygulanmasını, Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına aykırı görmüştür.⁶ Mahkeme, yenidoğan bebeklerden topuk kanı alınmasına yönelik müdahaleyi ise kanunda yenidoğan bebeklerin metabolizma hastalıklarının teşhisi için gerekli testlerin yapılmasına yönelik bir düzenlenmenin varlığı nedeni ile anayasaya aykırı bir müdahale olarak görmemiştir.⁷

Dolayısıyla mevcut mevzuat ve hukuki öngörülebilirlik kapsamında COVID-19’a karşı geliştirilebilecek bir aşının, hukuken zorunlu aşı kapsamında olmadığı söylenebilir. Kanun kapsamına alınmadan böyle bir zorunlu aşı uygulaması ise anayasanın ihlali anlamına gelecektir.

Zorunlu Aşıya Uluslararası Hukuki Dayanak Var mıdır?

Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim organı olan ve bu konuda önemli içtihadı sahip Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) zorunlu aşı konusunu Sözleşme'deki vücut bütünlüğünü de kapsayan özel yaşam kapsamında görmektedir. AİHM'e göre, zorunlu aşı küçük çaplı da olsa kişinin vücut ve psikolojik bütünlüğüne bir müdahaledir ve bu tarz müdahalelerin öncelikle kanun ile düzenlenmiş olması gerekmektedir. Kanuni düzenlemenin yokluğu halinde müdahale doğrudan insan haklarına aykırı hale gelmektedir. Kanuni düzenlemenin varlığı halinde de AİHM, zorunlu aşının, sağlığın korunması amacını gütmesi ve demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olması şartlarını aramaktadır. Salgın bir hastalıkla mücadele amaçlı zorunlu aşı, AİHM içtihadında, kamu sağlığının korunması meşru amacı kapsamında ele alınmıştır.⁸

Konuyu özel olarak düzenleyen bir diğer belge de yine Türkiye'nin taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir.⁹ Sözleşme, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler'in temel insan hakları sözleşmeleri ile tıbbın gereklilikleri arasında bir denge kurmaya çalışmaktadır.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi de ana ilke olarak "tıbbi müdahalelere rıza" kavramını öne çıkarmaktadır. Sözleşme açıkça müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden bilgilendirme sonrası özgürce verilecek rıza şartını koymuştur. Eğer müdahalede bulunulacak kişi rıza verme yeteneğine sahip değilse kanuni temsilcisinin

rızası aranmaktadır. Son olarak Sözleşme, ancak acil durumlarda rıza aranmadan müdahaleye imkan vermektedir. Aşı tipi tıbbi müdahalelerin ise acil durum yaratması pek olası görülmediğinden kişinin rızasına aykırı şekilde zorunlu aşı adı geçen Sözleşme kapsamında da mümkün görünmemektedir.

BM'nin Çocuk Hakları Sözleşmesi de her ne kadar çocuğun yararına olacak uygulamalara geçit verse de tıbbi müdahalelerde kanuni temsilcinin rızasının alınmasını aşacak bir düzenlemeye sahip değildir.

Sonuç ve Öneriler

Türkiye'de 90 yıllık Umumi Hıfzıssıhha Kanunu salgın hastalıklar ve aşı konusunda güncelliğini kaybetmiş durumdadır. Bir tıbbi müdahale olan aşı, ancak kanunen düzenlendiğinde, anayasal ve insan hakları sözleşmeleri kaynaklı haklar ile uyumlu bir müdahale olabilmektedir. Oysa bu alanda ülkemizde kanuni boşluk bulunmaktadır. COVID-19'un aşısının herkese yapılabilmesi için bu kanuni boşluğu dolduracak düzenleme yapılmalıdır. Bu kanuni düzenlemede COVID-19 aşısı açıkça zorunlu aşılar kapsamına alınmalı ve aşı olmaya yönelik zorlayıcı tedbirlere yer verilmelidir.

Ancak bu düzenlemede iki noktaya özellikle dikkat edilmelidir:

İlk olarak, bu zorlayıcı tedbirler insan onuruna yaraşır ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin özüne uygun şekilde, hafif tedbirlerden daha zorlayıcı tedbirlere doğru artan şekilde aşamalı olarak düzenlenmelidir. En zorlayıcı tedbir ilk başvuru önlem olmamalıdır.

İkinci olarak, uygulanacak aşının muhtemel yan etkileri konusunda aşı yapılacak kişiler üzerinde sağlık taraması yapılmalıdır. Aşının genel sağlığa ve kişinin sağlığına katkısı ile yan etkiler, adalet terazisinde tıp biliminin güncel gereklilikleri gözetilerek iyi tartılmalıdır. Aşı uygulanacak kişinin aşı kararına veya aşının uygulanma şekline karşı itirazı halinde başvurabileceği hukuki yollar kanunda açıkça düzenlenmelidir.

Ülkemizde hukuk kurumları son yıllarda ne yazık ki ciddi güvenilirlik kaybı yaşamıştır. Bu durum insanlığı tehdit eden küresel bir salgınla birlikte daha belirgin hale gelmiştir. Bu nedenle zorunlu aşı konusunu salt hukuki zorunluluk olarak ortaya koymak uygulanabilirlik açısından yeterli olmayabilecektir. Hukuki düzenlemeye karşı toplumsal kabulü sağlamak, yanlış ve yanıltıcı bilgilerle mücadele

etmek adına aşının bireysel ve toplumsal sağlık için gerekliliğini ve herhangi bir dini, ideolojik veya felsefi inanç ve kanaat ile çelişmediğini vurgulayan kampanyalar düzenlenmelidir. Bu kampanyaların hem kamu kurumları hem de özel kurumlar ve ayrıca tüzel kişiliği olmayan topluluklar aracılığı ile düzenlenmesi de yerinde olacaktır. Benzer şekilde, kanaat önderleri de doğru bilginin yaygınlaştırılmasında önemli rol üstlenebilirler.

Son olarak, sağlık alanı COVID-19 salgını ile birlikte önümüzdeki on yılların en önemli konularından biri olacağını ispat etmiştir. Bu alan konuya dair mevcut birden fazla kanunun içeriğini detaylı şekilde yeniden düzenleyen temel kanun (*code*) niteliğindeki bir düzenlemeye konu olmalıdır.

NOTLAR

1. “Mandatory and recommended vaccination in the EU, Iceland and Norway: results of the VENICE 2010 survey on the ways of implementing national vaccination programmes”, Euro Surveill, (2012;17(22):pii=20183), <https://doi.org/10.2807/es.e.17.22.20183-en>, Son erişim: 08.6.2020.
2. “Extension of French vaccination mandates: from the recommendation of the Steering Committee of the Citizen Consultation on Vaccination to the law”, Euro Surveill (26.4.2018, 23(17): 18-00048), Bkz. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5930727/>, Son erişim: 08.6.2020.
3. Fransa’da Anayasa Konseyi, bu kanuni düzenlemeleri anayasaya uygun bulmuştur. Bkz. Conseil Constitutionnel , Décision No. 2015-458 QPC du 20 mars 2015.
4. “Mandatory and recommended vaccination in the EU...”.
5. Kanun No: 1593, KT: 24.4.1930, RG. 1489, 06.5.1930.
6. AYM (GK), Başvuru No: 2013/1789, KT: 11.11.2015, par. 69, 72, 75.
7. AYM, Başvuru No: 2014/4077, KT: 29.6.2016, par. 90, 99-100.
Burada adı geçen kanun, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’dur, KT: 07.5.1987, RG. 19461, 15.5.1987.
8. ECtHR, Solomakhin v. Ukraine, App. No: 24429/03, 15.02.2012, par. 33-39.
9. “Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (Convention on Human Rights and Biomedicine)” European Treaty Series No: 164, Opened for signature in Oviedo on 04.4.1997, Entered into force on 01.12.1999; Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi), KT: 04.04.1997, (RG. 25439, 20.04.2004).



Doç. Dr. Olgun Akbulut Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde anayasa hukuku doçentidir.