

GENEL SAĞLIĞIN KORUNMASINA İLİŞKİN İDARİ BİR FAALİYET OLARAK AŞI UYGULAMASININ KANUNİLİĞİ

*Arş. Gör. Dr. Sencer Abdullah AKKOYUNLU**

I- Giriş

İdarenin tehlikeli gördüğü durum ve faaliyetler karşısında tedbirler alması gerekliliktir. İdare aldığı tedbirlerle tehlikenin zarara dönüşmesini önlemekte, böylece kişileri korumaktır. Etkinlikleri çok çeşitli alanlara yayılan idarenin genel sağlığı korumaya yönelik faaliyetleri tedbir niteliğindeki faaliyetlerinin bir kısmını oluşturmaktadır.

İdare genel sağlığı korumaya yönelik faaliyetleri kapsamında önleyici bir faaliyet olarak kişilere aşı uygulamanın gerekli olduğu kanaatine ulaşabilmektedir. İdarenin bu kanaatini eyleme dönüştürebilmesi için vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelere ilişkin olan Anayasanın 17'nci maddesinde ve ayrıca bütün temel hak ve özgürlükler için güvence oluşturan Anayasanın 13'üncü maddesinde yer alan güvenceleri ihlal etmemesi gerekmektedir.

Aşı uygulamasının vücut bütünlüğüne müdahale ediyor olması itibarıyla Anayasada öngörülen güvencelere riayet edilmesi gerekliliği bakımından, son dönemde özellikle “kanunla sınırlama (kanunilik)” ve “aşı uygulanmadan önce ilgilinin rızasının alınması” hususları tartışmalı hale gelmiştir. Dolayısıyla kişilere aşı uygulanmadan önce rızalarının aranıp aranmayacağı, idareye kanunla genel sağlığı koruma yetkisi verilmesinin aşı uygulama yetkisinin varlığını kabul için yeterli sayılıp sayılmayacağı, aşı uygulama yetkisinin kanunda ayrıca ve açıkça gösterilmesinin gerekli olup olmadığı meseleleri üzerine yazmanın faydalı olacağı anlaşılmıştır.

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

II- Aşının Tanımlanması

İdari faaliyet olarak aşı uygulamasına ilişkin açıklama yapmadan önce aşının tanımını yapmak gerekmektedir. Aşı pek yabancı olmadığımız, belki toplumdaki bireylerin hepsine veya önemli bir kısmına uygulanmış olan bir tıbbi müdahale aracıdır.

Aşı kişilere yapılan tıbbi bir müdahaledir.¹ Dolayısıyla önce tıbbi müdahaleden ne anlaşıldığına değinmek gerekmektedir. Tıbbi müdahalenin tanımı Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4'üncü maddesinin (g) bendinde tıbbi müdahalenin tıp mesleğini yerine getirmeye yetkili kimseler tarafından uygulanan; sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisine ilişkin ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim olduğu ifade edilmiştir.²

Aşının tanımına Türk Dil Kurumu Sözlüğünde yer verilmiştir. Aşı, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde “*birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için vücuda verilen, o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik;*”³ aşılama ise “*bu eriyiğin uygulanması*”⁴ olarak tanımlanmıştır.

Aşı tıbbi bir uygulama olduğuna göre, tıp biliminde aşından ne anlaşıldığını bilmek gerekmektedir. Aşı tıp bilimine ilişkin bir çalışmada “*belirli bir hastalığa karşı özgün koruma sağlamak amacı ile*

¹ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2015, s. 300; Gıda Güvenliği Hareketi, s 1; Zafer Kahraman, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 480; Emine Dede, *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları*, 2017, s. 134; Halide Savaş, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, Ankara, 2011, s. 24.

² Tıbbi müdahalenin tanımı için ayrıca bkz. Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991, s. 5; Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, 2003, s. 24; Mustafa Çeker, Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/makaleler.htm>, e.t: 25.03.2018, s. 3; Kahraman, s. 480; Seda Kara Kılıçarslan, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, İstanbul, 2015, s. 54; Dede, s. 107 v.d., Savaş, s. 25.

³ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a8044541b1b38.08221155, e.t: 11.02.2018.

⁴ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a8044541b1b38.08221155, e.t: 11.02.2018.

hazırlanmış immünobiyolojik preparat” olarak tanımlanmıştır.⁵ Bu alana ilişkin başka bir çalışmada da “insan ve hayvanlarda hastalık nedeni olabilecek virüs, bakteri v.s. mikroorganizmalara karşı bağışıklık oluşturmak amacıyla kullanılan, mikroorganizmaların özel işlemlerden geçirilmesi sonucu hastalık yapıcı etkileri zayıflatılmış ancak vücudun savunma sistemini uyaracak nitelikleri korunmuş olan ve hastalık mikrobu veya mikrobun parçacıklarını veya antijenleri içeren biyolojik karışım...” olarak tanımlanmıştır.⁶ Aynı çalışmada aşılama da “vücuda aşuların verilmesi ile spesifik virüs ve bakterilerin meydana getirdiği hastalıklardan korumak üzere vücudun kendi bağışıklık sistemini hazır hale getirmesi...” olarak gösterilmiştir.⁷

III- Aşı Uygulamasının Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahale Olması

Aşı uygulaması kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir faaliyettir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında ifade edildiği üzere “...birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi şeklindeki aşı uygulamasının...vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğu açıktır...”⁸ Aşı uygulaması vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale türü olduğuna göre vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler bakımından Anayasada yer verilen güvencelerin neler olduğunu göstermek gerekmektedir. Anayasada kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi yasak edilmiş olup, bunun ancak bazı hallerde gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir. Kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler ve bu kapsamda yer alan aşı uygulaması belli

⁵ Bekir Urağan İneli, *18 Yaş Üstü Erişkinlerin, Erişkin Aşuları Konusundaki Bilgi, Tutum Ve Görüşleri İle Aşı Yaptırma Oranlarının Değerlendirilmesi* (Tez Danışmanı: Doç. Dr. Melahat Akdeniz), Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Antalya, 2016, s. 5.

⁶ Sebahat Dilek Torun, *Ümraniye Eğitim Ve Araştırma Sağlık Grup Başkanlığı Bölgesinde Aşılama Hizmetleri Ve Soğuk Zincir Yönetimi Üzerine Eğitimin Etkisi* (Danışman: Doç. Dr. Sibel Kalaça), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 18.

⁷ Torun, s. 16.

⁸ A.Y.M; Halime Sare Aysal Başvurusu, 11.11.2015, Başvuru No: 2013/1789, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; A.Y.M; Muhammed Ali Bayram Başvurusu, 29.6.2016, Başvuru No: 2014/4077, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

hallerle sınırlı tutulmuştur. Anayasayla (m.17/2) “tıbbi zorunluluklar”⁹ ve “kanunda yazılı haller” dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı öngörülmüştür.

Aşı uygulaması, daha önce ifade ettiğimiz üzere bir tıbbi müdahale türü olup, vücut bütünlüğüne yönelmektedir. Vücut bütünlüğü de kişilik hakları arasında sayıldığından¹⁰ tıbbi müdahale, kişilik hakkına yönelik bir faaliyet olup, vücut bütünlüğünün korunması ile bu hak arasında çatışma yaşanabilmektedir.¹¹

Aşı uygulamasını da içeren tıbbi müdahalenin kişilik hakkına yönelik olması itibarıyla bu müdahalenin hangi hallerde hukuka uygun sayılacağı Medeni Kanunda gösterilmiştir. Medeni Kanunda (m.24) “*kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*” denilmek suretiyle ancak sayılan hallerden birisinin varlığı halinde kişilerin vücut bütünlüğüne müdahale edilebileceği ortaya konulmuştur.

IV- Aşı Uygulamasının Genel Sağlığı Korumaya Yönelik Olması

Aşı uygulaması ile genel sağlığın korunması amaç edinilmektedir. Zira aşıya ilişkin tanımlardan anlaşılacağı üzere aşı uygulamasıyla kişilerin hastalıklara karşı bağışıklık kazanmaları, hastalıkların henüz zararlı etkilerini göstermeden önlenmesi istenilmektedir. Aşı uygulamasının bu özelliği onun tedbir niteliğinde bir faaliyet olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda alınan tedbirler toplumun bir kısmına veya bütün topluma yönelik olduğu için geneli ilgilendiren hastalıklara karşı başvuru tedbirlerdir.

Hastalıkların toplumun genelini ilgilendiren bir sorun haline gelmesi her hastalık bakımından gerçekleşmektedir. Bunun için hastalıkların toplumda yaygın olarak görülmesi veya bulaşıcı ve salgın nitelikte

⁹ Trafik kazasında ağır şekilde yaralanıp, bilinci kapalı olan bir kişiye, doktorun yaptığı tıbbi müdahale tıbbi zorunluluğa örnek olarak gösterilmiştir (Bkz. Çeker, s. 8). Ayrıca tıbbi zorunluluk Medeni Kanununun 24’üncü maddesinin ikinci fıkrasında kişilik hakkına müdahale edilebilecek haller arasında gösterilen “daha üstün nitelikli özel yarar” kapsamında incelenmiştir (Bkz. Kahraman, s. 497).

¹⁰ Kahraman, s. 503; Mustafa Kıcalıoğlu, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, Ankara, 2011, s. 113.

¹¹ Çeker, s. 1.

olması gerekmektedir. Böyle hastalıklarla yapılacak mücadelede idarenin gündelik faaliyetleri arasında sayılabilecek olan sağlık hizmetlerinden bireysel yararlanmalar, yani yalnızca hastalıklara yakalananların tedavi edilmeleri yeterli değildir. Aynı zamanda hastalıkların toplumu olumsuz etkileyecek sonuçlarının önüne geçmek gerekmektedir. O halde idare, genel sağlığı koruma faaliyetleri çerçevesinde aşı uygulamasını da içeren tedbirlere başvurmalıdır. Nitekim sağlığın korunmasına ilişkin olarak toplum menfaatinin gerekli kıldığı hallerde, salgın bir hastalığın önüne geçmek amacıyla, kişilere rızaları olmadan da aşı uygulandığı ifade edilmekte,¹² kişilere toplum menfaatinin gerekli kıldığı hallerde ve kanunla öngörülmesi halinde rızaları olmasa bile aşı uygulanabilmesinin kamu düzeninin genel sağlık unsuruna ilişkin olduğu belirtilmektedir.¹³

Aşı uygulamasını da içeren genel sağlık, kamu düzeninin unsurlarından birisi olarak kabul edilmektedir.¹⁴ Genel sağlık, toplumun bulaşıcı ve salgın hastalıklara karşı korunması, kişilerin sağlıklı bir hayat sürdürmeleri demektir.¹⁵ Genel sağlık toplumsal hayatın hastalık

12 Yenerer Çakmut, s. 53-54.

13 Mustafa Dural-Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul, 2015, s. 105.

14 Bkz. Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982, s. 255; İsmet Giritli-Pertev Bilgen-Tayfun Akgüner-Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, 6. Basım, İstanbul, Kasım 2013, s. 1158; A. Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, C. I, 9. Bası, Ankara 2013, s. 646; İl Han Özay, *Gümsüğünde Yönetim*, İstanbul, Ekim 2004, s. 729; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul, Eylül 2009, s. 39; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2011, s. 292; Bahtiyar Akyılmaz-Murat Sezginer-Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, 2016, s. 587; Turan Yıldırım-Melikşah Yasin- Nur Kaman -H. Eyüp Özdemir-Gül Üstün-Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul, Kasım 2016, s. 547; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Ankara, 2017, s. 266; Kemal Gözler-Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, 2017, s. 578; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 2016, s. 654 (Duran, Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, Gözübüyük-Tan, Yayla, Özay, Yıldırım-Yasin-Kaman-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy ve Atay genel sağlığı "sağlık", Gözler-Kaplan da "kamu sağlığı" başlığı altında incelemektedir).

15 Duran, s. 255; Gözübüyük-Tan, s. 646; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 587; Yıldırım-Yasin-Kaman-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy, s. 547; Çağlayan, s. 266; Atay, s. 644-645; Gözler-Kaplan, s. 578.

tehlikesi olmadan sürdürülebilmesini içermektedir.¹⁶ Bu unsurun varlığı sayesinde hastalık ve hastalık tehlikesi önlenilmektedir.¹⁷

Genel sağlık kamu düzeninin bir unsuru olduğuna göre idarenin kolluk faaliyetleriyle korunmaktadır. Yani genel sağlık, “idari kolluk” tabiri yerine kısaca “kolluk” olarak ifade ettiğimiz faaliyetler kapsamında yer almaktadır.

Kolluk faaliyetleri idarenin kamu düzenini sağlamaya yönelik faaliyetleridir.¹⁸ Kamu düzeninin korunması kolluk faaliyetlerinin amacını oluşturmaktadır.¹⁹ Kolluk kamu düzenini temin etmek, korumak ve bozulduğunda yeniden sağlamak için faaliyette bulunmaktadır.²⁰

Aşı önleyici niteliğe sahip bir tıbbi müdahaledir.²¹ Aşı uygulamasıyla kamu düzenine ilişkin bozukluğun önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Aşı yoluyla bu bozukluğun önüne geçilmesi, kolluk faaliyetlerinin önleyici olma özelliğinin²² genel sağlığın korunması bakımından görünüm şeklini oluşturmaktadır.

Kamu düzeni ve bu düzenin bir unsurunu oluşturan genel sağlık unsuru tek tek kişilerin menfaatlerinden üstün bir menfaat olup, bu unsurun korunmasında üstün nitelikte kamusal yarar bulunmaktadır.²³ Toplumun geneline yönelik menfaatlerin kişisel menfaatlardan öncelikli

¹⁶ Günday, s. 293.

¹⁷ Özay, s. 729.

¹⁸ Çağlayan, s. 262; Gözler-Kaplan, s. 577.

¹⁹ Gözler-Kaplan, s. 577; Yıldırım-Yasin- Kaman -Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy, s. 543.

²⁰ Duran, s. 248; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1147; Gözübüyük-Tan, s. 645; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 585.

²¹ Savaş, s. 25; Y.2.H.D, 03.03.2014, E. 2013/21336, K. 2014/4508, Lexpera İçtihat Bankası; Y.2.H.D, 07.04.2014, E.2014/33, K. 2014/8131, Lexpera İçtihat Bankası; Y.2.H.D, 14.4.2014, E. 2014/149, K. 2014/8841, Lexpera İçtihat Bankası.

²² Duran, s. 251; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 590; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1149; Gözler-Kaplan, s. 580; Günday, s. 294.

²³ Bu gereklilik hali “toplum menfaatinin bulunması” olarak da ifade edilmiştir (Bkz. Yenerer Çakmut, s. 53-54.

olma halini ifade eden üstün nitelikte kamusal yarar²⁴ kolluk faaliyetleriyle sağlanmaktadır.

AİHM bir kararında sağlığın korunması amacına hizmet ediyor olması itibariyle aşının önemini ortaya koymuştur.²⁵ Mahkeme bu kararında çocuklara aşı yapılmasını zorunlu kılan kanunların varlığından şikâyet edilmesi karşısında itiraz konusu kuralın amacı bakımından müdahalenin halk sağlığının korunması ihtiyacına dayandığı, dolayısıyla haklı olduğu tespitinde bulunmuştur. Mahkeme somut uyuşmazlık bakımından yaptığı değerlendirmede birçok devletin aşı yoluyla mücadelede, takdir marjının ötesine geçmeyecek şekilde kişileri (yani onların kişisel yararlarını) hayatları tehlikede olmasa bile, başkalarının hayatlarını tehlikeye atmamak adına genel yarara uymaya zorladığını ortaya koymuştur.

AİHM verdiği başka bir kararda da halk sağlığını koruma sebebinin ve bölgedeki bulaşıcı hastalıkların yayılmasını kontrol altına alma gerekliliğinin kişinin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahaleyi haklı çıkarabileceğini tespit etmiştir.²⁶

V- Aşı Uygulamasının Kanundan Kaynaklanması

İdare kolluk faaliyetleriyle hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirmektedir.²⁷ Bu sınırlamaların kanunla yapılması²⁸ gerekmektedir. İdare ancak kanunları uygulamak suretiyle hak ve özgürlüklere müdahale edebilmektedir.

Kolluk faaliyetlerinin bir kısmı genel sağlığı korumak için yerine getirilmektedir. Üstün nitelikte bir yarar bulunsa da genel sağlığın

²⁴ Kara Kılıçarslan, s. 95.

²⁵ AİHM (ECHR), Carlo Boffa and 13 others v/San Marino, 15/01/1998, Application No. 26536/95, HUDOC.

²⁶ AİHM (ECHR), Case of Solomakhin v. Ukraine, 24/09/2012, Application No. 24429/03, HUDOC.

²⁷ Atay, s. 643-644; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 585; Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1147; Yıldırım-Yasin- Kaman -Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy, s. 543.

²⁸ Kanunla sınırlama gereğini ortaya koyan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine göre “bu Sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için kanunda belirtilen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında kısıtlama konulamaz” (m.26/1).

korunmasında da kanunilik ilkesine uyulması gerekmektedir. Aşı uygulaması genel sağlığı korumaya yönelik faaliyetler kapsamında yer aldığından bu faaliyetin yerine getirilmesinde kanunilik ilkesi gözetilmelidir. Nitekim AİHM önüne gelen bir uyuşmazlıkta sağlığı koruma gereğine vurgu yaparken kanunla sınırlama gereğini de göz önünde bulundurmuş, önüne gelen uyuşmazlıkta idareye verilen yetkinin genel sağlığı koruma amacına yönelik olduğunu ve bu yetkinin kanunla verildiğini tespit etmiştir.²⁹

Temel hak ve özgürlüklere müdahale anlamına gelen kolluk faaliyetlerinin kanunla gerçekleştirilmesi gereği Anayasadan kaynaklanmaktadır. Anayasanın 13'üncü maddesi gereğince temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilmektedir. Anayasanın 123'üncü maddesine göre de idare kanunla düzenlenecek olup, görevleri kanunla belirlenecektir.

Aşı uygulaması, az önce ifade ettiğimiz üzere vücut bütünlüğüne yönelik bir kolluk müdahalesidir. Vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler kanunla yapılabilmektedir. Anayasanın 17. maddesinde kişilerin vücut bütünlüğüne ancak kanunda sayılı hallerde dokunulabileceği öngörülmüştür. Buna göre Anayasanın 13, 17 ve 123'üncü maddelerinde yer alan düzenlemeler vücut bütünlüğünün korunmasında anayasal güvence oluşturmaktadır.

İdarenin aşı uygulayabileceği bazen kanunda açıkça (apaçık şekilde) gösterilmektedir. Bazende açıkça gösterilmese de genel sağlığı koruma yetkisine yer veren kanuni düzenlemelerden bu yetkinin de var olduğu yorum yoluyla çıkarılabilmektedir. Her iki halde de idarenin bu yetkisi kanundan kaynaklanmaktadır.

İdarenin kanunda açıkça düzenlenmese de yetkili olabileceğinin ortaya konulmasında "saklı yetkisinden" söz edilmektedir. Saklı yetki halinde idari makamın yetkili olduğu kuralda (kanunda) düzenlenmekle birlikte hangi konuda yetkili olduğu açıkça gösterilmemekte, ancak bu konunun yetki kuralında yer alan konuda saklı bulunduğu kabul edilmektedir.³⁰

²⁹ AİHM (ECHR), Case of Solomakhin v. Ukraine, 24/09/2012, Application No. 24429/03, HUDOC.

³⁰ Güher Ulu, *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, 2012, s. 185.

İdarenin saklı yetkisi ortaya konulurken, yani kanunla idareye yetki verilip verilmediği tespit edilirken yetkinin kanunun özünde bulunabileceği, nitekim kolluk kanunlarından bazılarının idarenin yetkilerini açıkça düzenlemekle beraber bazılarının bu tedbirlerin (kullanılacak yetkilerin) neler olduğunu göstermeksizin sadece belli bir alanda tedbirler alabileceğini söylemekle yetindiği, idareye kanunla “kamu güvenliğini, kamu sağlığını koruma” görevi verilmesiyle bu kavramların (güvenlik ve sağlık kavramlarının) içinde saklı bulunan, bunlara sıkı şekilde bağlı olan yetkilerin de tespit edilmiş sayılacağı ifade edilmektedir.³¹

İdarenin saklı yetkisinin tespitinin yorum ve araştırma faaliyetleriyle mümkün olacağı ortaya konulmaktadır. İdarenin yetkilerinin hangi konularda olduğunu, hangi yetkileri kullanabileceğinin açıkça belirlenmemesi halinde yetkiyi düzenleyen kuralın yorumlanması, kuralın içeriğinin araştırılması suretiyle bir sonuca ulaşılabileceği gösterilmekte ve buna “saklı yetki durumu” denilebileceği belirtilmektedir.³² Yetkinin yorum ve araştırma yoluyla tespit edileceği kuralına ilişkin olması bakımından kanunda yetkinin açıkça belirtilmesinin gerekmediği, yetkinin üstü kapalı bir şekilde de düzenlenebileceği, önemli olanın yetkinin varlığının düzenlendiği kuraldan “yeterli derecede anlaşılabilmesinin” olduğu ifade edilmektedir.³³

Yetkinin tespitine ve kullanılmasına ilişkin olarak yakın tehlike karşısında kamu düzeninin korunmasında idarenin başka surette hareket edemeyecek durumda olmasının gerekliliğine vurgu yapılmaktadır. Maddi düzen, sükün, emniyet ve sağlığı ihlal eden veya derhal ihlal edebilecek olan tehlikelerin önüne geçmenin ve kanunların emredici hükümlerini başka şekilde uygulamanın mümkün olmadığı hallerde derhal harekete geçmenin ve gerekli kolluk tedbir ve araçlarına başvurmanın polisın olağan görev ve yetkileri arasında olduğu, maddi düzenin olağanın üstünde bazı faaliyetlerle ihlal edilmesi veya derhal

31 Bkz. Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, 1965, s. 139-140.

32 Bkz. Tekin Akıllıoğlu, “Saklı Yetki Kavramı”, *A.İ.D.*, S. 11/3, Y. Eylül/1978, s. 73.

33 Bkz. Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş I*, 1968/1970, s. 80.

ihlal edilme tehlikesine karşı önleyici tedbirlerin alınmasında polisin bir dereceye kadar serbestiye sahip olduğu ortaya konulmaktadır.³⁴

Aşı uygulama yetkisinin “açıkça düzenlenmesi gerektiği”³⁵, bunun için toplum sağlığı gibi gerekçelerin tek başına yeterli olmayacağı³⁶ da ileri sürülmektedir. Bu kapsamda aşı için rıza şartının bulunduğu, bu şartın ancak açık bir kanuni düzenleme bulunması halinde aranmayacağı, Umumi Hıfzısıhha Kanununda çiçek aşısında olduğu gibi açıkça zorunlu olduğu gösterilenler dışında hiçbir aşının zorunlu tutulmadığı ifade edilmektedir.³⁷

Aşı genel sağlığın (kamu sağlığının) korunmasına yönelik bir kolluk tedbiri olup, bu uygulama, birazdan değineceğimiz kolluk düzenlemelerinin, yani kuralların konusuna girmektedir. İdarenin aşı uygulama yetkisi bu kurallardan yorum yoluyla tespit edilebilmektedir.³⁸ İdareye genel sağlığı koruma yetkisi veren kanuni düzenlemelerde sağlık tedbirlerine başvurulabileceği öngörülmüş olup, bu tedbirlerin içerisine aşı uygulamanın da girebileceği, apaçık olmasa da yeterli derecede açıktır. O halde idarenin aşı uygulama yetkisinin ilgili kanuni düzenlemelerde saklı bulunduğunu ve varlığının yeterli derecede anlaşılabilir olduğunu kabul etmek gerekmektedir.³⁹

34 Bkz, Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III. Cilt, 3. Bası, İstanbul, 1966, s. 1507.

35 Hakeri, s. 300.

36 Hakeri, s. 302.

37 Bkz. Hakeri, s. 300.

38 İdarenin yetkilerinin kapsamına nelerin girdiği tespit edilirken, yani yetkinin konusu belirlenirken dar yoruma gidilmesi halinde idari faaliyetlerin yürütülmesinde aksaklıklar meydana gelebilecek, geniş yorumda ise kişiler hukuka aykırı olarak kısıtlanabilecek (Akıllıoğlu, s. 73), yani kişi hak ve özgürlükleri hukuka aykırı şekilde sınırlandırılmış olacaktır.

39 İdarenin aşı uygulama yetkisine sahip olduğundan söz edebilmek için yetkinin açıkça veya saklı biçimde kanunda düzenlenmiş olması yeterli olmayıp, aynı zamanda bu yetkinin kullanımının Anayasanın 13’üncü maddesinde, bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli olan güvencelere aykırı olmaması gerekir. Anayasanın 13’üncü maddesine göre “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”. Örneğin kanunlarda açıkça söz edilmeksizin idareye genel sağlığı koruma yetkisi verilmesi üzerine idarenin aşı uygulama yetkisinin kabulü

A. İdareye Genel Sağlığı Koruma Yetkisi Verilmesi

İdarenin kanunda açıkça gösterilmese de genel sağlığı koruma yetkisi kapsamında aşı uygulayabileceğini, bunun saklı yetki hali olarak ifade edildiğini belirtmiştik. İdareye genel sağlığı koruma yetkisi veren çok sayıda kanuni düzenleme bulunmaktadır.

İdarenin genel sağlığı koruma görev ve yetkisi Anayasada kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşamlarını sürdürebilme hakkı kapsamında yer almaktadır. Anayasaya göre “Herkes, sağlıklı...bir çevrede yaşama hakkına sahiptir” (m.56/1). Bu hak karşısında idare, kanuni düzenlemeler çerçevesinde toplum sağlığını temin etmeye, yani genel sağlığı korumaya yönelik kolluk faaliyetlerinde bulunmalıdır.

Genel sağlığın korunmasına yönelik kanuni düzenlemeler içerisinde en önce bakılması gereken “sağlıklı yaşamak için alınması gerekli önlemlerin bütünü”⁴⁰ anlamına gelen hıfzısıhaya (sağlığın korunmasına) ilişkin olan ve toplumun geneline yönelik sağlık tedbirlerinin alınmasını içeren faaliyetleri düzenleyen 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, yani “Genel Sağlık Kanunu”dur.

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 1’inci maddesinde “*memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir*” denilerek Devletin bu alana ilişkin yükümlülükleri gösterilmiştir. Düzenlemeyle Devletin ülkenin sağlık koşullarını iyileştirmek ve kişilerin sağlığına zarar veren hastalıklarla veya diğer başka etkenlerle mücadele etmek ve gelecek neslin sağlıklı olarak yetişmesini ve halkın sağlık hizmetlerinden yararlanmasını sağlamakla görevli olduğu ortaya konulmuştur.

Anayasanın 13’üncü maddesinde temel hak ve özgürlükleri sınırlamanın sınırı olarak öngörülen “Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlama” koşuluna aykırılık teşkil etmemektedir. Zira Anayasanın 17’nci maddesinde “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz” denilmek suretiyle bu hakka yönelik müdahalelerin ya tıbbi zorunluluk halinde ya da ilgili kanunlarda yazılı sebep ya da sebeplere dayanılarak gerçekleştirilebileceği belirtilmiş, ilgili kanunlarda da “kişilerin sağlığının korunması”, “bulaıcı ve salgın hastalıkların önlenmesi” gibi sebeplerle idarenin yetkisini kullanacağı gösterilmiştir.

40 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a808fbb0a4331.90197175, e.t: 11.02.2018.

Devletin sağlık alanındaki görevlerini yerine getirmek üzere kurulan Sağlık Bakanlığının bu alandaki faaliyetlerinin neler olduğu Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 3'üncü maddesinde sayılmıştır. Sağlık Bakanlığının görevleri içerisinde; sık görülen, yani yaygınlık kazanan veya bulaşıcı nitelikte bulunan hastalıkların yayılmasını önlemeye yönelik olarak kolluk yetkisi kullanılarak gerçekleştirilebilecek faaliyetlere yer verilmiştir. Bu faaliyetler arasında “memlekete sari ve salgın hastalıkların hulülüne mümanaat”, ülkede bulaşıcı ve salgın hastalıkların ortaya çıkmasına engel olmak; “dahilde her nevi intani, sari ve salgın hastalıklarla veya çok miktarda vefiatı intaç ettiği görülen sair muzır amillerle mücadele” ise ülke sınırları içerisinde mikroplarla meydana gelen, bulaşıcı ve salgın hastalıklarla veya çok sayıda ölüme neden olan diğer zararlı etkenlerle mücadele etmek demek olup, bunlar genellikle arz eden, ülkenin tamamında veya belli bir bölgede yerine getirilecek, genel sağlığı korumaya yönelik kolluk faaliyetleriyle yerine getirilebilecek; bu kapsamda aşı uygulama yoluna gidilebilecektir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunuyla “umumi hıfzıssıhha meclislerine” de genel sağlığı koruma görev ve yetkisi verilmiştir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (m.23, m.24) gereğince ilde valinin veya il sağlık müdürünün, ilçede ise kaymakamın başkanlığında toplanan umumi hıfzıssıhha meclisleri için Kanunda (m.27) “*umumi hıfzıssıhha meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin ıslahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar*” denilerek bu meclislerin “genel sağlığın korunmasına yönelik kolluk yetkisine sahip oldukları” düzenlenmiştir. 27'nci maddede ayrıca “*sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faideleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler*” denilmek suretiyle “meclislerin bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunmaya yönelik bilgileri halkla paylaşacağı ve bulaşıcı bir hastalığın yok edilmesi için alınan tedbirlerin yerine getirilmesine yardım edeceği” ortaya konulmuştur. Umumi hıfzıssıhha meclislerinin sağlığı korumak için kullanabileceği yetkiler açıkça gösterilmese de bu meclislerin görevli olduğu yerlerde sağlık koşullarının iyileştirilmesi veya bozulan koşulların düzeltilmesi için kişilere aşı uygulanmasını gerektirecek tedbirlere başvurulması gerekli olabilecektir.

Umumi Hıfzıssıhha Kanununda umumi hıfzıssıhha meclislerinin tedbirler alacağı, bulaşıcı bir hastalığın yok edilmesi için alınan

tedbirlerin yerine getirilmesine yardım edeceği düzenlenmekle birlikte, tedbirlerin neler olduğu ve yapılacak yardımın kapsamına hangi faaliyetlerin gireceği gösterilmemiştir. Bu hükümle umumi hıfzıssıhha meclislerinin kişilere zorla aşı yapma yetkisine kavuşmadığı, hükmün sağlıkla ilgili tedbirlerin alınması, bulaşıcı hastalıklarla ilgili olarak bilgilendirme ve başvuru tedbirlerin yerine getirilmesine yardımcı olma yetkilerini düzenlediği ifade edilmektedir.⁴¹

663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamede Sağlık Bakanlığının görev ve yetkilerinin neler olduğu gösterilmiştir. KHK'da genel sağlığın korunmasına ilişkin kolluk faaliyetleri bakımından Sağlık Bakanlığının görevinin herkesin bedeni, zihni ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamak olduğu (m.2/1), bu kapsamda Bakanlığın halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi (m.2/2-a), teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütülmesi (m.2/2-b), uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkeye girmesinin önlenmesi (m.2/2-c) ile ilgili olarak sağlık sistemini yöneteceği ve politikaları belirleyeceği, Bakanlığın bu amaçla görevin ve hizmetin gerektirdiği her türlü tedbiri alacağı (m.2/3-f) öngörülmüştür.

663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin 14/A maddesiyle Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, Sağlık Bakanlığının bir hizmet birimi olarak düzenlenmiştir. Genel Müdürlüğün görevleri arasında halk sağlığını koruma ve geliştirme ile sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadeleyle (m.14/A/1-a) ve bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıklar ile ilgili olarak bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmaya (m.14/A/1-c) yer verilmiştir.

663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin 28'inci maddesiyle Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü kurulmuş, Genel Müdürlüğe genel sağlığın korunmasına yönelik görev ve yetkiler verilmiştir. KHK'da Genel Müdürlüğünün uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkemize girmesini önlemek amacıyla, uluslararası giriş noktaları ve bunların gümrüklü alanlarında gerekli her türlü sağlık tedbirini alma veya aldırma (m.28/2-a), uluslararası giriş

41 Bkz. Hakeri, s. 300.

noktalarında hac, göç veya seyahat gibi toplu nüfus hareketlerinde gerekli sağlık tedbirlerini alma veya aldırma (m. 28/2-b) ve uluslararası giriş noktalarında yapılması gereken tüm sağlık hizmetleri, sağlık denetimleri ve çevre sağlığı işlemlerini yürütme, usûl ve esaslarını belirleme (m.28/2-g) görev ve yetkilerine sahip olduğu düzenlenmiştir.

Medeni Kanununun 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasında üstün nitelikte kamusal yararı gerçekleştirmek amacıyla kişilik haklarına müdahale edilebileceği düzenlenmekle, idarenin üstün nitelikte kamusal yarar teşkil eden kamu düzenini korumaya yönelik faaliyetlerde bulunabilmesine izin verilmiştir. İdarenin kamu düzenini korumak amacıyla kişilik haklarına müdahale edebilecek olması kamu düzeninin bir unsuru olan genel sağlığı korumaya yönelik yetkileri kullanabilmesini mümkün kılmıştır.

B. İdarenin Aşı Uygulama Yetkisinin Kanunda Açıkça Düzenlenmesi

İdareye açıkça aşı uygulama yetkisi veren düzenlemeler Umumi Hıfzısıhha Kanununda yer almaktadır. Memleket dahilinde sari (bulaşıcı) ve salgın hastalıklarla mücadele kapsamında, Umumi Hıfzısıhha Kanununun 72'inci maddesinde idarenin aşı uygulama yetkisi açıkça düzenlenmiştir. Umumi Hıfzısıhha Kanununun 72'inci maddesinde bu Kanunun 57'inci maddesinde sayılı bulunan hastalıklardan birisinin yani, 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, çiçek⁴², difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayı 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 haddi tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından birisinin görülmesi veya görüldüğünden şüphe edilmesi halinde idarenin uygulayacağı tedbirlere yer verilmiştir. Düzenlemede “*hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara...aşı tatbiki*” uygulanacak tedbirler arasında gösterilerek, idareye aşı uygulama yetkisi verilmiştir.

⁴² Aşının çiçek hastalığına karşı uygulanabileceği Umumi Hıfzısıhha Kanununun 88, 89, 90, 92 ve 93'üncü maddelerinde ayrıca gösterilmiştir.

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 72'inci maddesi gereğince uygulanacak tedbirler ve bu tedbirler arasında aşı uygulaması 57'inci maddede sayılan hastalıklara ilişkin olanlarla sınırlı tutulmuştur. İdarenin her hastalıkta bu tedbirlere başvurabileceği, dolayısıyla kişilere bütün hastalıklar bakımından aşı uygulayabileceği öngörülmemiştir. Başka bir anlatımla genel aşı zorunluluğu getirilmemiştir.⁴³

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57'inci maddesinde sayılan hastalıkların yanı sıra başka bazı hastalıklara karşı da idarenin kişilere aşı uygulayacağı öngörölmüştür. Bunlardan birisi çiçek hastalığıdır. Kişiler birden fazla kez çiçek aşısı yaptırmaya mecbur tutulmuşlardır. Umumi Hıfzısıhha Kanununa göre *“Türkiye dahilinde her fert çiçek aşısı ile mükerreren aşılanmağa mecburdur...”* (m.88). Bu mecburiyet karşısında idare kişilere aşı uygulama yetkisini kullanacaktır.

Umumi Hıfzısıhha Kanununda, hangi aşı olduğu madde metninde gösterilmese de düzenleniş yeri itibariyle çiçek aşısı olduğu anlaşılan aşının yeni doğanlara belli bir süre zarfında yapılacağı öngörölmüştür. Kanuna göre *“Türkiye hudutları dahilinde doğan her çocuk doğumu takip eden ilk dört ay zarfında aşılanır...”* (m.89). O halde idare dört aylık veya dört aydan daha küçük çocuklara aşı uygulama yetkisine sahiptir. Bu yetkinin kullanımına ilişkin olarak Yargıtay, daha sonraki tarihlerde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan düzenlemeyle ilgili verdiği kararlardan verdiği kararların aksi yönde karar almış ve *“Umumi Hıfzısıhha Kanununda yer alan "her çocuğun doğumu takip eden ilk dört ay zarfında aşılanmasının zorunlu olduğuna" ilişkin hüküm (m.89), müdahaleye ilgili kişinin muvafakat etmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz...”*⁴⁴ demek suretiyle aşı için çocukların yasal temsilcilerinin rızalarının aranacağını ifade etmiştir.

Aşının kanunlarda kişiler için yükümlölük olarak düzenlendiği hallerde idare aşı uygulama yetkisine sahip olacaktır. Örnek olarak gösterdiğimiz düzenlemelerden UHK m.88 ve m.89 aşının yükümlölük olarak öngördüğü hallerdendir. Bu Kanunda aynı nitelikte başka

43 Hakeri s. 300.

44 Y.2.H.D, 03.03.2014, E. 2013/21336, K. 2014/4508, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 07.04.2014, E. 2014/33, K. 2014/8131, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 14.4.2014, E. 2014/149, K. 2014/8841, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 12.05.2014, E. 2014/3539, K. 2014/10796, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 04.11.2014, E. 2014/8392, K. 2014/21580, Lexpera İtihat Bankası.

düzenlemeler de bulunmaktadır. Nitekim Umumi Hıfzısıhha Kanunu gereğince otuz yaşına kadar her şahsın çiçek aşısını beş senede bir tekrar ettirmeye mecbur olması (m.90), çiçek salgınının görülmesi halinde sağlık memurları tarafından gerekli görülecek bütün kişilere çiçek aşısı uygulanmasının mecburi olması (m.90), askeri makamların askeri hizmetlerini ifası sırasında ve kanunen belli edilen sürelerde askerlerin çiçek aşılarını düzenli şekilde yapmaya mecbur tutulmaları (m.92) ve ticari ve sınai bütün müesseselerin sahiplerinin çalıştırdıkları kimselere kendi araçlarıyla (imkânlarıyla), kanunda öngörülen sürelerde çiçek aşısı ile aşılamaya mecbur olmaları (m.93) karşısında idare yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde kişileri aşı yaptırmaya zorlayacak, aşı uygulama yetkisini kullanacaktır.

Umumi Hıfzısıhha Kanununda yabancı ülkelerde görülen hastalıkların yayılmasına engel olmak amacıyla limanlarda başvurulacak tedbirler ayrıca düzenlenmiş ve bu tedbirler arasında aşı uygulamasına da yer verilmiştir. Düzenlemede hangi hastalıklara karşı bu tedbirin alınacağından söz edilmeksizin Türkiye limanlarına bulaşıcı ve salgın hastalıkların girmesine engel olmak amacıyla yolcu ve mürettebata aşı uygulanabileceği öngörülerek aşı uygulanacak hastalıkları tayin etme yetkisi idareye verilmiştir.

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 54'üncü maddesinde komşu ülkelerden birinde 37'nci maddede zikredilen hastalıkların, yani kolera, veba, sarıhümme, lekelihümme ve çiçek hastalıkları ile Sağlık Bakanlığınca tayin ve ilân edilecek diğer tehlikeli salgın hastalıkların ortaya çıkması halinde kara sınırlarında, yani sınır kapılarında Sağlık Bakanlığı tarafından gelen yolculara aşı uygulanabileceği düzenlenmiştir. Böylece Kanunda sayılan hastalıkların yanı sıra Sağlık Bakanlığınca kanunda sayılanlardan başka hastalıkları da aşı uygulama yetkisi kapsamında değerlendirme yetkisi verilmiştir.

VI- Kişilere Rızaları Olmadan Aşı Yapılıp Yapılamayacağı Hususu

Aşı uygulaması ile görüşler aynı yönde değildir. Aşılama ile ilgili olumlu görüşlerin⁴⁵ yanı sıra olumsuz yönde görüşler⁴⁶ de

⁴⁵ Murat Akova – Bertil Emrah Oder– Önder Ergönül – Şevket Ruacan – Kemal Türker; “Bilim Akademisinin Aşılama İle İlgili Görüşü,” Bilim Akademisi Derneği-34 – 179/148, www.bilimakademisi.org , Temmuz 2015; Gül Ergör, “Aşının Halk Sağlığı İçin Önemi”, Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı, İzmir Tabip

bulunmaktadır. Dolayısıyla kişilerin her zaman kendilerine veya çocuklarına aşı uygulanmasına karşı çıkma ihtimali bulunmaktadır. Böyle bir ihtimalle karşı karşıya kalındığında idarenin kişilere veya çocuklarına onların rızaları bulunmasa bile aşı yapma yetkisinin var olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Kişinin kendisine veya çocuğuna aşı uygulanmadan önce rızasının sağlanması, aşı uygulanacağına kendisine önceden bildirilmesi ve kişinin kendi isteğiyle bu müdahaleye karşı koymaması, müsaade göstermesi anlamına gelmektedir.⁴⁷ Hasta Hakları Yönetmeliğine göre rıza “*kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini ifade eder*” (m.4/h).

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 31’inci maddesinin birinci fıkrasında rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılmasının esas olduğu gösterilmiştir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 5’inci maddesinin birinci fıkrasında da sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabileceği ifade edildikten sonra ikinci fıkrada bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile

Odası, Nisan 2017, s. 13; Ekin Özgür Aktaş, “Anayasa Mahkemesinin 2013/1789 Başvuru Nolu Kararı Açısından Zorunlu Aşılama”, Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı, İzmir Tabip Odası, Nisan 2017, s. 7.

46 Alişan Yıldırım, Zorunlu Aşı, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2014/02/12/etibba-diyor-ki-zorunlu-asi/>, e.t: 30.07.2017; Alişan Yıldırım, Sihirli Değnek “Aşı Efsanesi”, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2015/04/23/misafir-yazar/sihirli-degnek-asi-efsanesi/>, e.t: 30.07.2017; Alişan Yıldırım, Alternatif Bilimler Akademisi!, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2015/08/04/hakimda/alternatif-bilimlerakademisi/>, e.t: 30.07.2017; Alişan Yıldırım, Çocuklara Hangi Aşılar Neden Yapılmalı, Hangileri Neden Yapılmamalı, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2015/07/04/misafir-yazar/cocuklara-hangi-asilar-neden-yapilmali-hangileri-neden-yapilmamali/>, e.t: 30.07.2017; Alişan Yıldırım, Çocukluk Çağı Aşıları Mecburi Değil Tavsiye Niteliğinde Olmalıdır, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2014/12/07/etibba-diyor-ki-cocukluk-cagi-asilari-mecburi-degil-tavsiye-niteliginde-olmalidir/>, e.t: 30.07.2017; Hatice Betül Gemici – Özlem Evrim Göksoy– Ahmet Doğan– Murat Doğan, Gıda Güvenliği Hareketi, Türkiye’nin Sağlık ve Aşı Mevzuatı, <http://www.gidahareketi.org/files/asi-mevzuati.pdf>.

47 Tıbbi müdahalede rıza ile ilgili açıklamalar için bkz. Ayan, s. 11 v.d., Hakeri, s. 266 v.d; Yenerer Çakmut, s. 193 v.d; Kahraman, s. 484 v.d., Kıcalıoğlu, s. 112 v.d; Kürşat Ersöz, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Y. 5, S. 45, Mayıs 2010, s. 110 v.d.

sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmesinin gerektiği belirtilmiştir.⁴⁸

Aşı uygulayacağı kişinin rızasını alması idarenin tek taraflı iradesiyle hareket edemeyeceği anlamına gelecektir.⁴⁹ Esasında idarenin bir kolluk faaliyeti olan aşığı uygulamadan önce ilgilinin rızasını alması bu faaliyetler için aranan bir özellik değildir. Zira aşı uygulaması idari eylem olup⁵⁰, idari eylemlerde karşı tarafın rızasını aranmaz. İdari eylemler tek taraflı olma özelliğine sahiptir.⁵¹

48 Tıbbi müdahale için hastanın rızasının alınmasına ilişkin düzenlemeler için bkz. 1219 sayılı İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.6, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70/1, Hasta Hakları Yönetmeliği m.5/d, m.22/1, m.24/1, m.28.

49 İdarenin tek yanlı işlemlerde bulunma yetkisi onun ölçülü işlemlerde bulunma zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağından, yapılan işlem ölçülülük ilkesine uygunluğu bakımından denetleneyecektir. Zira Anayasanın 13'üncü maddesi gereğince temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının ölçülülük ilkesine uygun olması zorunludur. Buna göre idarenin kanunla bu yetkinin kendisine verilip verilmediğini tespit ederken aşı uygulamanın ölçülü bir tedbir olup olmayacağını da gözetmesi gerekmektedir. O halde aşı tedbiri karşısında daha hafif ve uygun tedbirler varsa bunlara başvurulmalı (Gereklilik ilkesi için bkz. Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara 2002 s. 37-38.), aşı genel sağlığın korunmasına kısmen de olsa katkıda bulunmalı (Elverişlilik ilkesi için bkz. Oğurlu, s. 36) ve aşı genel sağlığın korunması amacıyla orantısız olmamalıdır (Orantılılık ilkesi için bkz. Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, 2002, s. 36).

50 İdari eylemler maddi aleme etki ederek, onda değişiklik meydana getirmeye yönelik faaliyetler olup, hukuki bir sonuç doğurmaya yönelmezler (Taner Ayanoğlu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, 2004, s. 81). İdare de aşı uygulamak suretiyle kişilerin hukuki durumlarında değişiklik yapmaya yönelmeksizin onları hastalıklardan korumaya yönelik bir faaliyet gerçekleştirir.

51 Serdar Özgüldür, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Ankara, 1996, s. 54; Emrah Özcan, *Fiili Yol* (Danışman: Prof. Dr. Ali Ulusoy), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 12. İdare idari eylemde bulunmadan önce herhangi bir kişiden ya da makamdan izin almak zorunda değildir (Ayanoğlu, s. 80). İdarenin eylemde bulunmasıyla birlikte onun bu faaliyeti hukuki sonuçlarını doğurmakta; tamamlanmış olmaktadır (Özgüldür, s. 54). İdari işlemlerin de bir özelliği olan tek yanlı olmanın sonucunda idarenin iradesini açıklamasıyla birlikte o işlem gerçekleştirilir (Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 381; Günay, s. 124). İşlemin yapılmasında sadece o işlemi yapanın, yani idarenin iradesini ortaya koyması yeterlidir (Giritli-Bilgen-Akgüner-Berk, s. 1279; Atay, s. 427; Çağlayan, s. 295). İşlemin meydana gelmesinde işleme konu olanın iradesi pay sahibi değildir (Yıldırım-Yasin-Kaman-Özdemir-Üstün-Okay Tekinsoy, s. 394).

İdarenin işlemlerinde karşı tarafın da görüşünü alması, rızasını göz önünde bulundurması karşı tarafın da işleme katılımının sağlanması bakımından faydalıdır. Ancak idarenin kişilerin kendilerine zarar verecek davranışlardan korunmasında ve genel sağlığın devam ettirilmesinde karşı tarafın rızasını gözetmemesi, genel sağlık gibi üstün menfaatlerin korunması gereği karşısında adeta bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin kişilere motosiklet kullanırken kask, araç kullanırken emniyet kemeri takma zorunluluğu getirilmekte, böylece kişiler kaza halinde ölüm ve yaralanmalara karşı korunmaktadır. İdarenin genel sağlığı korumak amacıyla kişilere rızaları hilafına aşı uygulamasında da aynı amaç bulunmaktadır. İdare aşı yoluyla bulaşıcı ve salgın hastalıkların yayılmasının önüne geçmek, dolayısıyla toplumu korumak amacıyla kişilere rıza göstermeseler bile aşı uygulayabilmektedir.

Medeni Kanunun 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasında kişilik hakkına müdahale edilebilecek haller kapsamında "daha üstün nitelikte kamusal yararın bulunmasıyla" idarenin kişilik hakkına ve bu kapsamda vücut bütünlüğüne müdahale yetkisine kavuşması üzerine aşı uygulayabilecek olması⁵² idari eylem olan aşı uygulamasının tek taraflı olduğunu, rıza aranmaksızın uygulanabileceğini göstermektedir. Bu düzenleme gereğince aşı uygulanabilmesi kişilik hakkına müdahale edilebilen hallerden olan "daha üstün nitelikte kamusal yarar" ve "kanunun verdiği yetkinin kullanılması" kapsamında yer almaktadır.⁵³ Buna göre idare aşı uygulamakta üstün nitelikte kamusal yararın bulunması sebebine dayanarak faaliyette bulunurken karşı tarafın rızasını aramayacaktır. Müdahale yetkisi Medeni Kanunda açıkça düzenlendiğinden idare kanunla kendisine verilen yetkiyi kullanmış olacaktır. Ayrıca idareye açıkça aşı uygulama yetkisi vermemekle birlikte, sağlığı koruma yetkisi kapsamında aşı uygulama yetkisi veren kanuni düzenlemelerde rıza koşulu aranmadığından, idare bu yetkisini kendiliğinden kullanabilecektir. Buradan anlaşılacağı üzere aşı

Zira idari işlemin gerçekleştirilmesinde işleme konu olanın rızası aranmaz (Günday, s. 124; Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 381; Gözübüyük-Tan, s. 367; Çağlayan, s. 295). Dolayısıyla idare ile işleme konu olan kimsenin iradeleri arasında eşitlik bulunmaz (Gözübüyük-Tan, s. 367).

⁵² Ayrıca bkz. Kara Kılıçarslan, s. 119.

⁵³ Çeker, s. 7.

uygulanmasının rıza olmaksızın gerçekleştirilmesi kanunla öngörülmüş olmasına bağlıdır.⁵⁴

Aşının rıza olmaksızın uygulanabileceği AİHM kararlarına da konu olmuştur. AİHM'nin bir kararında ifade edildiği üzere zorla aşı, rıza olmaksızın tıbbi müdahale anlamına gelmektedir.⁵⁵ Özellikle bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadelede, kanunun uygulanması kapsamında kişilere rızaları olmadan aşı uygulanabilmektedir.⁵⁶ Kamu sağlığı olarak da ifade edilen genel sağlığı korumaya yönelik müdahaleler ilgili olduğu kişinin rızası olmadan gerçekleştirilebilmekte olup, bu amaçla yapılan müdahaleler hukuka aykırı değildir.⁵⁷

VII- Aşı Uygulaması Karşısında Yargı Yerlerinin Tutumu

Aşı uygulamasına yönelik olarak Yargıtay'ın ve Anayasa Mahkemesinin kararları dikkat çekicidir. Verilen kararlar aşı uygulamasının kanuniliğine ve çocuklara yasal temsilcilerinin rızaları olmadan aşı uygulanıp uygulanamayacağına ilişkindir.

Yargıtay aşı ile ilgili olarak başlarda yasal temsilcilerinin rızası olmasa da gerek çocuğun üstün menfaatlerinin gerekse de toplum sağlığının korunması için çocuklara aşı uygulanabileceği yönünde kararlar vermiştir.⁵⁸ Ancak Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru talepli dilekçeler karşısında verdiği, birazdan değineceğimiz kararlar üzerine Yargıtay bu tutumunu değiştirmiştir. Yargıtay aşının zorunlu tutulamayacağına ilişkin sonraki kararlarında Anayasa Mahkemesinin aşya yönelik bireysel başvuru talepli kararları doğrultusunda karar almıştır.

54 Mithat Kara, “Anayasa Mahkemesi'nin Zorunlu Aşıya Yaklaşımı”, *Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı*, İzmir Tabip Odası, Nisan 2017, s. 44.

55 ECHR, Case of Solomakhin v. Ukraine, 24/09/2012, Application no. 24429/03, HUDOC.

56 Kahraman, s. 496; Yenerer Çakmut, s 54.

57 Çeker, s. 7.

58 Y.2.H.D, 4.5.2015, E. 2014/22611, K. 2015/9162, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Y.2.H.D, 07.05.2015, E. 2015/1170, K. 2015/9552, Lexpera İçtihat Bankası; Y.2.H.D, 13.05.2015, E. 2015/637, K. 2015/10057, Lexpera İçtihat Bankası; Y.2.H.D, 26.5.2015, E. 2014/28082, K. 2015/10714, Lexpera İçtihat Bankası.

Yargıtay 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında korunmaya muhtaç çocuk sayılıp, bu Kanun gereğince haklarında koruma tedbirine hükmedilerek aşı uygulanacak çocuklara ilişkin olarak anne ve babanın çocuklarının menfaatlerini göz önünde tutmaları ve aşıya karşı koyarken haklı bir sebep göstermeleri gerektiğini, çocuğa yapılacak müdahale ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde buna karşı çıkmaları halinde çocuğun üstün yararı esas alınarak müdahalenin gerekli olup olmadığına karar verileceğini, aşının çocuğun üstün yararına olması halinde yasal temsilcilerin buna rıza göstermekten kaçınamayacaklarını, aksi durumda yasal temsilcilerin rızalarına hukuki sonuç bağlanamayacağını, yani rızalarının aranmayacağını ortaya koymuştur.⁵⁹ Böylece Yargıtay anne ve babası çocuğa aşı uygulamasına karşı çıksa bile bu müdahalenin çocuğun sağlığı bakımından gerekli olup olmayacağına karar verilebileceğini, bu karar alınırken çocuğun üstün menfaatinin esas alınacağını göstermiştir.

Yargıtay'ın aksine anne ve babanın aşıya rıza göstermemelerinin rıza yetkilerini kötüye kullandıkları anlamına gelmediği, aşının koruyucu etkisinin uzun vadeli olduğu, aşının sadece çocuğun sağlığı bakımından acil bir zorunluluk içermesi halinde ebeveyn rıza göstermese bile zorla aşı yapılabileceği ifade edilmiştir.⁶⁰ Böylece aşının anne ve babasının rızası olmadan çocuğa müdahale edecek kadar onun sağlığına etki eden bir uygulama olmadığı, aşının böyle bir etkiye sahip olup olmadığına ancak uzun vadede anlaşılabileceği, dolayısıyla çocuğun anne ve babasının rızası hilafına bir faaliyete girişecek kadar üstün bir menfaatinin bulunmadığı dile getirilmiştir.

Yargıtay verdiği kararlarda aşının çocuğun üstün menfaatinin yanı sıra "toplum sağlığı" için gerekli olmasına da değinmiştir. Mahkeme bu gerekliliği ortaya koyarken uygulanmak istenen aşının Sağlık Bakanlığınca belirlenen "genişletilmiş bağışıklık programı" uyarınca

⁵⁹ Y.2.H.D, 4.5.2015, E. 2014/22611, K. 2015/9162, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Y.2.H.D, 07.05.2015, E. 2015/1170, K. 2015/9552, Lexpera İçtihat Bankası Y.2.H.D, 13.05.2015, E. 2015/637, K. 2015/10057, Lexpera İçtihat Bankası; Y.2.H.D, 26.5.2015, E. 2014/28082, K. 2015/10714, Lexpera İçtihat Bankası.

⁶⁰ Bkz. Hakeri, s. 304-305. Yazar bu görüşünü kaymakamlığın soruşturma izni vermeme kararı üzerine yaptığı değerlendirmede ortaya koymuştur (Bkz. Hakeri, s. 303-305).

yapılması zorunlu aşılardan olduğunu ifade etmiştir.⁶¹ Mahkeme böylece aşının genel sağlığın korunmasına yönelik bir faaliyet olduğunu, kolluk faaliyetleri kapsamında aşı uygulanabileceğini göstermiştir.

Çocuklara yasal temsilcilerinin rızaları olmadan aşı uygulanması bireysel başvuru konusu da olmuş, Anayasa Mahkemesi ihlal iddiaları hakkında iki önemli karar vermiştir. Mahkeme, Anayasanın 17'nci maddesiyle tıbbi müdahaleyi ret hakkına ve kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme yetkisine değinmiş, başvurular karşısında her iki kararında da rıza olmaksızın aşı uygulanmakla Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan "maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi" hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶²

Anayasa Mahkemesi kararlarında⁶³ aşı uygulanmasına ebeveynleri tarafından karşı konulan çocukların 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında korunmaya muhtaç çocuk sayılıp, bu Kanun gereğince haklarında koruma tedbiri uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmiştir. Mahkeme 5395 sayılı Kanunda yer alan bu düzenlemenin tıbbi müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunmaksızın çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli olan geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonunu içerecek şekilde, genel olarak sağlık tedbirine hükmedileceğine işaret ettiğini belirtmiştir. Mahkeme söz konusu düzenlemenin doğan her çocuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi verildiği şeklinde anlaşılmasının olanaklı olmadığını, aksinin kabulü hâlinde uygulanacak tıbbi müdahalenin tür ve kapsamı belirsiz olacak şekilde, rıza verilmeyen müdahale türlerinin gündeme gelmesinin muhtemel olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme 5395 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeye dayanılarak aşı uygulamanın kanuni temelinin ihtiva etmesi gereken unsurlardan olan "öngörülebilirlik niteliğini" taşımadığına, müdahalenin

⁶¹ Y.2.H.D, 4.5.2015, E. 2014/22611, K. 2015/9162, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶² A.Y.M; Halime Sare Aysal Başvurusu, 11.11.2015, Başvuru No: 2013/1789, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; A.Y.M; Muhammed Ali Bayram Başvurusu, 29.6.2016, Başvuru No: 2014/4077, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁶³ A.Y.M; Halime Sare Aysal Başvurusu, 11.11.2015, Başvuru No: 2013/1789, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; A.Y.M; Muhammed Ali Bayram Başvurusu, 29.6.2016, Başvuru No: 2014/4077, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

Anayasa'nın 17. maddesi anlamında meşruiyet unsurlarından birisi olan "kanunilik şartını sağlamadığına" karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi aşı uygulamasının kanunilik ilkesine uygunluğunu incelerken Sağlık Bakanlığının yayımladığı 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelgede uygulanacak aşıları göstermesini de bu ilkeye uygunluk bakımından değerlendirmiştir. Mahkeme Umumi Hıfzısıhha Kanununda açıkça düzenlenmiş olmasına bağlı olarak yalnızca çiçek aşısının mecburi olduğunu, bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapılmakla birlikte "genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığını" ifade etmiştir. Mahkeme söz konusu Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerinin Umumi Hıfzısıhha Kanununun 57'nci maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için uygulanacağı öngörülenlerle sınırlı tutulmadığını, başvurucuya uygulanacağına hükmedilen aşıların 57'nci maddede tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığını belirlemiştir.⁶⁴ Böylece mahkeme idarenin kanunda açıkça sayılanlar dışında aşı uygulama yetkisinin bulunmadığını, uygulanacak aşının mutlaka kanunda sayılanlardan birisi kapsamına girmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarla hukuk kuralların belirli (açık) ve öngörülebilir olma gereğine değinmiştir. Belirlilik (açıklık), hukuk kurallarının insanların davranışlarını biçimlendirebilmesi için yeterli derecede açık olması gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁵ Belirlilik ilkesi gereğince hukuk kuralları anlaşılır olmalıdır.⁶⁶ Ne ifade ettiğini anlayamadığı kurallar kişilerde güvensizlik oluşturur; hatta içeriğini anlayamadıkları kuralların kişilere tehlike sunduğu ifade edilir.⁶⁷

64 A.Y.M; Halime Sare Aysal Başvurusu, 11.11.2015, Başvuru No: 2013/1789, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası; A.Y.M; Muhammed Ali Bayram Başvurusu, 29.6.2016, Başvuru No: 2014/4077, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

65 Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, İstanbul, 2011, s. 24.

66 İsmail Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara, 2015, s. 72.

67 Funda Başaran Yavaşlar, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi", *Kamu Hukukçuları Platformu-Hukuk Güvenliği (8-9 Kasım 2013)*, Hazırlayan Ece Göztepe, s. 191.

Hukuk kurallarının öngörülebilirliği ise kişilerin kendilerine uygulanacak kuralların neler olduğunu, bunların uygulanmakla hangi sonuçları doğurabileceğini kestirebilmesi ve davranışlarını buna göre düzenleyebilmesi demektir.⁶⁸ Hukuki öngörülebilirlikten söz edebilmek için kuralların makul düzeyde açık ve anlaşılır olması yeterli olup, açıklık ve anlaşılabilirliğin kesinlik ihtiva etmesi olanaklı değildir.⁶⁹ Zira kuralların her zaman kapsam itibariyle farklı yorumlanmalarının önüne geçecek kadar açık ve anlaşılır olmalarını sağlayacak bir ölçüt bulunmamaktadır.⁷⁰

Tekrar edeceğimiz üzere Anayasa Mahkemesi 5395 sayılı Kanunun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakımına karar verilebilmesi kapsamında ebeveynin rızası olmaksızın aşı uygulamasına tabi tutulamayacağına karar vermiştir. Biz aşının kanuniliğini değerlendirirken 5395 sayılı Kanunda yer alan, bahsi geçen düzenlemeye değinmemiştik. Zira aşının kanundan kaynaklandığını çok daha kuvvetli şekilde ortaya koymayı sağlayacak başka kanuni düzenlemeler bulunmaktadır.

Aşının kanunla açıkça öngörüldüğü hallerde idarenin aşı uygulama yetkisinin apaçık olduğunu, Umumi Hıfzısıhha Kanunu ve ilgili diğer kanunlarda ise idareye genel sağlığı koruma yetkisi verilmesiyle idarenin aşı uygulama yetkisinin genel sağlığı koruma yetkisi içerisinde saklı bulunduğunu, idarenin bu yetkisinin varlığının yeterli derecede açık olduğunu ve yorum yoluyla çıkarılabileceğini ifade etmiştik. Kanaatimizce idarenin genel sağlığı korumaya yönelik olarak başvuracağı tedbirlerden birinin aşı uygulamak olacağı yeterince açıktır. Kişiler idarenin bu tedbiri rızaları olmasa da kendilerine uygulayabileceğini öngörebilirler. Dolayısıyla aşı uygulaması açıklık ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık teşkil etmemektedir.

Anayasa Mahkemesinin aşının kanunda açıkça sayılan hallerde uygulanabileceğine ilişkin kararlarından sonra Yargıtay'ın aşı ile ilgili kararlarında değişiklik meydana gelmiştir. Yargıtay önceleri çocuğun

68 Köküarı, s. 138.

69 Köküarı, s. 138.

70 Selda Çağlar, "Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi", *Kamu Hukukçuları Platformu-Hukuk Güvenliği (8-9 Kasım 2013)*, Hazırlayan Ece Göztepe, s. 32.

üstün menfaati ve toplum sağlığının korunması gereğince çocuğa yasal temsilcilerinin rızası olmadan da aşı yapılabilceği görüşündeyken, bireysel başvuru talepleri karşısında Anayasa Mahkemesinin kararlarından sonra tersi yönde kararlar vermeye başlamıştır.

Yargıtay, Anayasa Mahkemesinin 2013/1789 numaralı başvuruda verdiği ihlal kararının devam etmekte olan davalara uygulanacağını ifade ederek yasal temsilcilerin çocuğa aşı yapılmasına rıza göstermemesi karşısında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi kapsamında yerel mahkemelerce verilen "sağlık tedbiri uygulanması" kararlarını bozmuştur.⁷¹

VIII- Sonuç

Aşı uygulaması Türkiye'de son dönemlerde özellikle çocuklara uygulanacak olan aşular bakımından tartışmalı bir konu haline gelmiştir. Aşı uygulaması karşı çıkanlar olduğu gibi, uygulanması gerektiğini savunanlar da olmuştur. Konu yargı mercilerinin de önüne gitmiş, Yargıtay önceki kararlarında çocuklara yasal temsilcilerinin rızaları olmadan aşı uygulanabileceğine hükmetmiştir. Ancak bireysel başvuru hakkının kullanımı kapsamında önüne gelen başvurular karşısında

⁷¹ Y.2.H.D, 03.02.2016, E. 2015/26231, K. 2016/1724, Lexpera İtihat Bankası. Ayrıca bkz. Y.2.H.D, 09.03.2016, E. 2016/141, K. 2016/4655, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 24.03.2016, E. 2016/2367, K. 2016/5882, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 7.4.2016, E. 2016/4997, K. 2016/7105, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 7.4.2016, E.2016/6332, K. 2016/7104, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 14.04.2016, E. 2016/4989, K. 2016/7631, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 05.05.2016, E. 2016/6766, K. 2016/9249, Lexpera İtihat Bankası; Y.2.H.D, 22.12.2016, E.2016/19574, K. 2016/16369, Lexpera İtihat Bankası. Yargıtay'ın söz konusu kararlarına göre "...5395 sayılı Yasanın 5. maddesinin (1.) fıkrasının (d) bendine dayanan benzer uygulamalarda, bireysel başvuru konusu yapılması halinde Yüksek Mahkemece, bundan sonra da hak ihlalinin tespit edileceği ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yolunun açılacağı da muhakkak gözükmemektedir. Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türkiye'nin "taraf" olduğu eki protokollerin ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının, öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yollarında çözüme kavuşturulması asıldır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ikincil nitelikte bir yoldur. Bu husus, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin birçok kararında ifade edilmiştir. O halde, yargılamanın yenilenmesi sebebi olabilecek bu hususun, derece mahkemelerinde yargılaması devam eden davalarda da göz önüne alınması gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki bireysel başvuru sonucu aldığı ihlal kararı karşısında hak ihlaline yol açmamak için hükmün bozulması gerekmiştir..."

Anayasa Mahkemesinin rıza olmaksızın aşı uygulamasını hak ihlali gören kararları üzerine Yargıtay'ın kararları da bu yönde değişmiştir.

İdarenin aşı uygulama yetkisini kullanabilmesi için bu yetkinin kanuna dayanması gerekmektedir. İdareye kanunla bu yetkinin verilmesi ve ayrıca rızanın koşul olarak öngörülmemesi halinde idarenin aşı uygulamak için ilgilinin rızasını alması gerekmemektedir. İdare bazı hastalıklar bakımından Umumi Hıfzısıhha Kanununda açıkça gösterilmekle birlikte ilgili kanunlarda ayrıca gösterilmeyen haller ve hastalıklar bakımından da aşı uygulama yetkisine sahiptir.

Medeni Kanununun 24'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince "üstün nitelikte kamusal yararın bulunması" halinde kişilik hakkına müdahale edilebilmesi, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede genel sağlığın korunmasına yönelik olarak verilen yetkiler idarenin aşı uygulama yetkisini de içeren tedbirlere başvurabileceğini göstermektedir. İdarenin aşı uygulama yetkisi, genel nitelikteki bu yetkilerinin içerisinde saklı olup, yorum yoluyla varlığı anlaşılabilir kadar açık bulunmaktadır. Dolayısıyla idarenin genel sağlığı korumak amacıyla aşı uygulama yetkisi kanuni dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca ilgili kanunlarda aşı uygulanabilmesi için muhatabın rızasının alınması koşulu da aranmamaktadır.

İlgili kanunlarda her hastalık türü bakımından açıkça düzenlenmeyen aşı uygulama yetkisinin kanunla ayrıca düzenlenmesi idarenin aşı yetkisine yönelik tereddütlerin önüne geçilmesi bakımından gerekliliktir. Zira Umumi Hıfzısıhha Kanunu bugün için anlaşılması güç, eski bir ifade yapısına sahip kanun olup, idarenin genel sağlık alanındaki yetkilerinin günümüz koşullarına uygun olarak kanunla yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Aşı uygulaması yalnızca bireysel nitelikte bir sağlık uygulaması değildir. Aşı, uygulanacağı kişinin yanı sıra toplumu da korumayı amaçlayan bir kolluk faaliyetidir. Toplumun sağlık koşulları içerisinde yaşantısını sürdürebilmesi, genel sağlığın ve dolayısıyla kamu düzeninin korunması için idarenin böyle bir faaliyette bulunması şarttır.⁷² İdarenin bir kolluk faaliyeti olarak aşı uygulama yetkisi kanundan kaynaklanmakta olup, rıza gerektirmemektedir. Dolayısıyla Anayasa

⁷² Aynı yönde görüş için bkz. Akova- Oder- Ergönül- Ruacan- Türker, Bilim Akademisi.

Mahkemesinin bireysel başvuru talepleri karşısında rıza olmaksızın aşı uygulama da hak ihlali bulunduğuna yönelik kararlarına katılmıyoruz.

KAYNAKLAR

AKILLIOĞLU, Tekin; “Saklı Yetki Kavramı”, *A.İ.D*, S. 11/3, Y. Eylül/1978, s. 73-83.

AKOVA, Murat – ODER, Bertil Emrah – ERGÖNÜL, Önder – RUACAN, Şevket – TÜRKER, Kemal; “Bilim Akademisinin Aşılama İle İlgili Görüşü,” *Bilim Akademisi Derneği-34 – 179/148*, www.bilimakademisi.org, Temmuz 2015.

AKTAŞ, Sururi *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı*, İstanbul, 2011.

AKTAŞ, Ekin Özgür; “Anayasa Mahkemesinin 2013/1789 Başvuru Nolu Kararı Açısından Zorunlu Aşılama”, *Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşılama Kararı, İzmir Tabip Odası*, Nisan 2017, s. 7-11.

AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNER, Murat-KAYA, Cemil; *Türk İdare Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, 2016.

ATAY, Ender Ethem; *İdare Hukuku*, 5. Bası, Ankara, 2016.

AYAN, Mehmet; *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991.

AYANOĞLU, Taner; *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, 2004.

BALTA, Tahsin Bekir, *İdare Hukukuna Giriş I*, 1968/1970.

BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda; “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu-Hukuk Güvenliği (8-9 Kasım 2013)*.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; *İdare Hukuku Dersleri*, 5. Baskı, Ankara, 2017.

ÇEKER, Mustafa; “Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”, <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/makaleler.htm> , e.t: 25.03.2018 (s. 1-15).

ÇAĞLAR, Selda; “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, *Kamu Hukukçuları Platformu-Hukuk Güvenliği (8-9 Kasım 2013)*.

DEDE, Emine; *Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları*, 2017.

DURAL, Mustafa – ÖĞÜZ, Tufan; *Kişiler Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul, 2015.

DURAN, Lütfi; *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982

ERGÖR, Gül, “Aşının Halk Sağlığı İçin Önemi”, Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı”, *İzmir Tabip Odası*, Nisan 2017, s. 12-18.

ERSÖZ, Kürşat; “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Y. 5, S. 45, Mayıs 2010, s. 105-122.

GEMİCİ, Hatice Betül – GÖKSOY, Özlem Evrim – DOğAN, Ahmet – DOğAN, Murat, Gıda Güvenliği Hareketi, “Türkiye’nin Sağlık ve Aşı Mevzuatı”, <http://www.gidahareketi.org/files/asi-mevzuati.pdf>.

GİRİTLİ, İsmet- BİLGİN, Pertev- AKGÜNER, Tayfun- BERK, Kahraman; *İdare Hukuku*, 6. Basım, İstanbul, Kasım 2013.

GÖZLER, Kemal-KAPLAN, Gürsel; *İdare Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, 2017.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref – TAN, Turgut; *İdare Hukuku (Genel Esaslar)*, C. I, 9. Bası, Ankara 2013.

GÜNDAY, Metin; *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2011.

GÜNEŞ, Turan; *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara, 1965.

HAKERİ, Hakan; *Tıp Hukuku*, 10. Baskı, Eylül 2015.

İNELİ, Bekir Urağan; “18 Yaş Üstü Erişkinlerin, Erişkin Aşuları Konusundaki Bilgi, Tutum Ve Görüşleri İle Aşı Yaptırma Oranlarının Değerlendirilmesi” (Tez Danışmanı: Doç. Dr. Melahat Akdeniz), Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Antalya, 2016.

KAHRAMAN, Zafer; “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 479-510.

KARA, Mithat; “Anayasa Mahkemesi’nin Zorunlu Aşıya Yaklaşımı”, Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararı, *İzmir Tabip Odası*, Nisan 2017, s. 37-48.

KARA KILIÇARSLAN, Seda; *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, İstanbul, 2015.

KICALIOğLU, Mustafa; *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, Ankara, 2011.

KÖKÜSARI, İsmail; *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara, 2015.

METİN, Yüksel; *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, 2002.

OĞURLU, Yücel; *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara, 2002.

ONAR, Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III. Cilt, 3. Bası, İstanbul, 1966.

ÖZAY, İl Han; *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, Ekim 2004.

ÖZCAN, Emrah; “Fiili Yol” (Danışman: Prof. Dr. Ali ULUSOY), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.

ÖZGÜLDÜR, Serdar; *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Ankara, 1996.

SAVAŞ, Halide; *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, Ankara, 2011.

TORUN, Sebahat Dilek; “Ümraniye Eğitim Ve Araştırma Sağlık Grup Başkanlığı Bölgesinde Aşılama Hizmetleri Ve Soğuk Zincir Yönetimi Üzerine Eğitimin Etkisi” (Danışman: Doç. Dr. Sibel KALAÇA, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.

ULU, Güher; *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, 2012.

YAYLA, Yıldızhan; *İdare Hukuku*, İstanbul, Eylül 2009.

YENERER ÇAKMUT, Özlem; *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Ocak 2003.

YILDIRAN, Alişan; “Zorunlu Aşı”, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2014/02/12/etibba-diyor-ki/zorunlu-asi/>, e.t: 30.07.2017.

YILDIRAN, Alişan; “Çocuklara Hangi Aşılar Neden Yapılmalı, Hangileri Neden Yapılmamalı”, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2015/07/04/misafir-yazar/cocuklara-hangi-asilar-neden-yapilmali-hangileri-neden-yapilmamali/>, e.t: 30.07.2017.

YILDIRAN, Alişan; “Alternatif Bilimler Akademisi!”, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2015/08/04/hakimda/alternatif-bilimler-akademisi/>, e.t: 30.07.2017.

YILDIRAN, Alişan; “Sihirli Değnek “Aşı Efsanesi”, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2015/04/23/misafir-yazar/sihirli-degnek-asi-efsanesi/>, e.t: 30.07.2017.

YILDIRAN, Alişan; “Çocukluk Çağı Aşıları Mecburi Değil Tavsiye Niteliğinde Olmalıdır”, <http://ahmetrasimkucukusta.com/2014/12/07/etibba-diyor-ki/cocukluk-cagi-asilari-mecburi-degil-tavsiye-niteliginde-olmalidir/> , e.t: 30.07.2017.

YILDIRIM, Turan- YASİN, Melikşah- KAMAN, Nur- ÖZDEMİR, H. Eyüp- ÜSTÜN, Gül- OKAY TEKİNSOY, Özge; *İdare Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul, Kasım 2016.